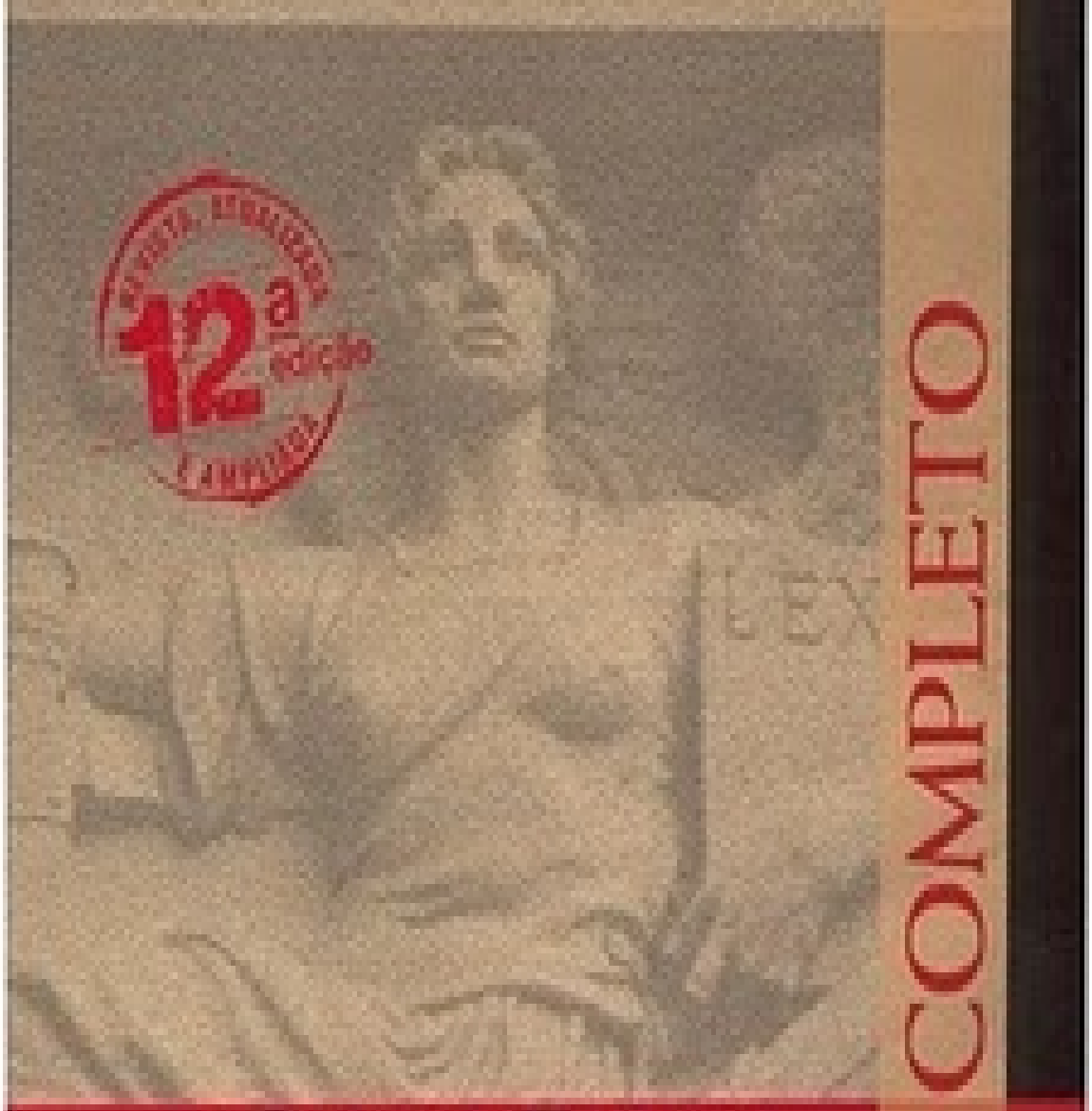

12ª edição
Revista, atualizada e ampliada

CURSO COMPLETO

CÉSAR FIUZA

DIREITO CIVIL

Importante
Inclui comentário sobre a Lei 11.698
de 13/06/08 (guarda compartilhada)

SOBRE O DR. CÉSAR FIUZA

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDAE FEDERAL DE MINAS GERAIS. PROFESSOR DE DIREITO

CIVIL E ROMANO NA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS, NA FUNDAÇÃO

MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA E NA ACADEMIS DE POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS.

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

DIREITO CIVIL

CURSO COMPLETO

2ª EDIÇÃO

REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA

BELO HORIZONTE - 1999-06-07

Dedico o presente trabalho a meus alunos, de ontem, hoje e sempre, em especial aos Cadetes da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais, fonte primeira de inspiração deste livro.

Nota do Autor

Este livro nasceu de coletânea de notas de aulas, a partir da idéia de que, talvez à exceção de alguns poucos, não há no mercado manual de Direito Civil em um só volume. Isto cria dois problemas, em princípio. O primeiro deles é a falta de material didático adequado para cursos regulares de Direito Civil de curta duração, como pro exemplo, os que ocorrem em cursos não estritamente jurídicos. O segundo é também a falta de material de estudo adequado a quem deseja se reciclar em tempo breve, ao estudar para concurso, por exemplo. Em ambos os casos, o estudo dos grandes tratadistas é penoso e desnecessário, apesar de recomendável.

Embora não tenha sido concebido para os Cursos de Graduação em Direito, o manual também seria útil aos bacharelandos, que dele se poderão valer para se introduzir no estudo das instituições de Direito Civil, consultando, a seguir, os grandes autores. Será útil também para breves recordações antes de uma prova, por exemplo.

Assim é que o livro contém um resumo dos melhores autores, sendo o principal, Caio Mário da Silva Pereira, cuja obre festejamos desde nosso bacharelado. A intenção não foi, seguramente, a de esgotar os assuntos tratados, mas simplesmente a de explanar de forma didática os principais institutos do Direito Civil. Para isto, procuramos ser o mais completos, analisando item por item, do modo mais claro, sempre com exemplos práticos.

Começando com uma introdução ao estudo de Direito, adentramos a Lei de Introdução ao Código Civil, seguida da Parte Geral do código. Na Parte Especial, iniciamos pelo Direito das Obrigações, incluindo o Direito Contratual com os contratos tipificados e não tipificados no Código Civil. Em seguida, abordamos o Direito das Coisas, Família e Sucessões, seguindo a sistemática da maioria dos Cursos de Bacharelado em Direito.

Finalmente, rogamos a nossos leitores que não poupem críticas, remetendo-as ao Editor, para que sempre possamos melhorar, a cada nova edição.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 1998

César Fiúza

Capítulo I- Introdução

1 - Conceito de Direito

1.1 Definição etimológica de direito

1.2 Definição semântica de Direito

2 - Instrumentos de controle social

2.1 Direito e Religião

2.2 Direito e Moral

2.3 Direito e Regras de trato social

3 - Direito e Justiça

3.1 Critérios formais

3.2 Critérios materiais

4 - Acepções do Direito

4.1 Direito objetivo e subjetivo

4.1.1 Estrutura dos direitos subjetivos

4.1.2 Classificação dos direitos subjetivos

4.2 Direito Natural e direito positivo

4.3 Divisões do Direito positivo

Capítulo I - INTRODUÇÃO

1 CONCEITO DE DIREITO

A primeira idéia que devemos trabalhar é a de adaptação, adaptação do homem a si próprio e ao meio em que vive. O ser humano, a fim de realizar seus ideais tem que se adaptar à natureza. Cria seu mundo cultural e a ele se submete.(1) Nesse afã de se adaptar, utiliza-se o homem de dois processos distintos. Segundo estes processos, haverá dois tipos de adaptação humana, a interna e a externa.

Adaptação interna é a orgânica, que se processa através dos órgãos do corpo, sem a intervenção do elemento vontade.

Adaptação externa consiste em tudo aquilo que o homem constrói, complementando a natureza, em conseqüência de seu esforço, perspicácia e imaginação.

Mas onde entra o Direito?

Para respondermos a esta pergunta, carece analisar a relação humana com a sociedade de seu duplo aspecto de adaptação: de um lado o Direito ajuda o homem a se adaptar às condições do meio; de outro, é o homem que deve adaptar-se ao Direito, preestabelecido segundo suas próprias aspirações.

A vida em sociedade só é possível com organização, daí a necessidade do Direito.

A sociedade cria o Direito para formular as bases da Justiça e segurança. Mas o Direito não gera o bem-estar social sozinho. Seus valores não são inventados pelo legislador, sendo, ao contrário, expressão da vontade social.

Se o Direito é fator de adaptação social, surgido da necessidade de ordem, Justiça e segurança, caso a natureza humana atingisse nível supremo de perfeição, sem dúvida alguma, o Direito tenderia a desaparecer.

Em poucas palavras, o Direito não corresponde às necessidades individuais de cada pessoa. Corresponde sim a uma carência da coletividade de paz, ordem e bem comum.

Para o indivíduo e para a sociedade, o Direito não constitui fim em si mesmo,

mas apenas meio para tornar possível a convivência e o progresso social.

(1 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 17)Nesse sentido, o Direito deve estar sempre se refazendo, de acordo com a mobilidade social, pois só assim será instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social.

Mas é por intermédio de normas jurídicas que o Direito promove seus objetivos.

Normas são modelos de comportamento, que fixam limites à liberdade humana, impondo determinadas condutas e sanções àqueles que as violarem.

É lógico que o Direito não pode e não deve absorver todos os atos e manifestações humanos. Seu escopo é apenas o de zelar e promover a segurança e Justiça nas relações sociais. Assim, não visa ao aperfeiçoamento do homem, de que bem se incumbe a Moral. Tampouco pretende ligar o homem a Deus. Esta é tarefa da Religião. E, por fim, não se preocupa em incentivar o cavalheirismo e as boas maneiras, disto cuidando a Etiqueta.

O homem é ser social. Na concepção aristotélica, o homem, considerado fora da sociedade, seria ou um bruto ou um Deus.(2) Santo Tomás de Aquino, partindo disto, elaborou três hipóteses para a vida fora da sociedade. Na primeira, teríamos o indivíduo que, por má sorte - maia fortuna - se veria alijado do ambiente social. A literatura bem representa o caso com Robinson Crusoé. Na segunda hipótese, a própria natureza afasta o homem da sociedade. São os casos de alienação mental - corruptio naturae. Enfim, na terceira hipótese se colocariam aqueles dotados de grande espiritualidade, como certos monges orientais, que vivem felizes, em completo isolamento. Trata-se da excellentia naturae.(3) A conclusão é que, fora da sociedade, não há condições de vida para o homem. Estudá-lo apartadamente, seria como estudar a física sem as leis da gravidade. Estudo que só ajudaria a provar a impossibilidade da vida fora da sociedade.

Examinando o fenômeno social, vemos que as pessoas e os grupos se interagem, a todo momento, na busca de seus objetivos. E esta interação é percebida de três formas: enquanto cooperação, enquanto competição e enquanto conflito.

Na cooperação, as pessoas buscam o mesmo objetivo, conjugando seus esforços. A interação se manifesta direta e positivamente.

Em relação à interação social por cooperação, de grande importância foi a tese de Duguit, chamada solidarismo social. Baseou-se na famosa divisão de Durkheim das formas de solidariedade social: mecânica e orgânica.(4) Resolveu ele denominar a solidariedade mecânica de solidariedade por semelhança e a orgânica (2 ARISTOTLE. Politici. Great Books of the Western World. Chicago: University of Chicago, 1952, p. 446 (1953).3 Excelência; elevação de espírito. SANCTI THOMAE

AQUINATIS. Summa theologiae, Matriti: Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLXI.

(p. 686/687).4 TIRYAKIAN, Edward. Émile Durkheim. in: BOTTOMORE, Tom e NISBET, Robert. História dá análise sociológica. Rio de Janeiro: zahar, 1980, p. 252

DURKHEIM, Émile. Divisão do trabalho Social. Os Pensadores. 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1985, Cap. II e III.)de solidariedade por divisão do trabalho. A solidariedade por semelhança se caracteriza pelo fato de todos os indivíduos de um grupo social conjugarem seus esforços em um mesmo trabalho. Na solidariedade por divisão do trabalho a atividade global é dividida em tarefas. Se formos construir uma casa, podemos nos reunir em grupo e todos fazermos o mesmo trabalho. Mas também podemos dividir o processo de construção em tarefas, incumbindo cada pessoa de uma delas.

Para Duguit, o Direito se revelaria como o agente capaz de garantir a solidariedade social, sendo a lei legítima apenas quando a promovesse.(5) A segunda forma de interação é a competição.

Nela, haverá disputa, em que uns procurarão excluir os outros. A interação é indireta e, quase sempre, positiva. Aqui, o Direito entra disciplinando a competição, estabelecendo [imites necessários ao equilíbrio e à Justiça.

Finalmente, a terceira forma de interação é o conflito. Haverá impasse que não se resolveu pelo diálogo, e as pessoas recorrem à agressão, ou buscam a mediação da Justiça. Os conflitos são imanentes à sociedade. Dizia Heráclito que "se ajusta apenas o que se opõe; a discórdia é a lei de todo porvir".(6) Em relação ao conflito, o Direito opera por dois lados: primeiramente, prevenindo; de outro lado, solucionando.

Mas que é direito? Qual o significado dessa palavra tão corriqueira? Como

poderíamos definir o termo direito, enquanto objeto de nossos estudos.

De início, deve ficar claro que a palavra direito é polissêmica, ou seja, tem várias acepções. Daí decorre que direito tem várias definições, dependendo da acepção sob análise. Seria errôneo dar-se apenas uma definição para direito.

Devem ser dadas tantas definições, quantos forem os sentidos do vocábulo.

Para definirmos o objeto de estudo "direito", devemos, antes, entender a diferença entre idéia, conceito e definição.

Idéia é a representação mental de determinado objeto.

Conceito é a expressão mental do objeto, sem nenhuma tentativa de explicá-lo, de distingui-lo de outros objetos. A tarefa de explicar e distinguir é da definição.

Definição é, pois, a explicação do conceito. Procura-se indicar o gênero próximo, ou seja, com que o objeto se parece, e a diferença específica, isto é, em que o objeto se distingue de seus similares em gênero.

Assim, ao vermos uma cadeira, fazemos dela uma idéia, formulamos um conceito -

isto é uma cadeira, e elaboramos uma definição - é peça de mobília (gênero próximo), composta de pés e parte rasa, em que se senta (diferença específica).

(5 DUGUIT, Leon. Traité de droit conititutionnel, Paris: Anciénne Librairie Fontemoing, 1927)(6 HERÁCLITO. Fragmentos. Pré-Socráticos. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 80.)As definições podem ser nominais ou reais, também chamadas de lógicas.

Chamam-se nominais, por se preocuparem com o significado da palavra em função do nome dado ao objeto. As nominais serão etimológicas ou semânticas.

l.1 Definição etimológica de direito

A palavra direito vem do latim directum, que significa aquilo que é reto.

Directum, por sua vez, vem do particípio passado do verbo dirigere que significa dirigir, alinhar.

O termo direito foi introduzido, com esse sentido, já na Idade Média, aproximadamente no século IV. A palavra usada pelos romanos era ius. Quanto a esta, os filólogos não se entendem. Para alguns ius vem de iussum, particípio passado do verbo iubere, que quer dizer mandar, ordenar. O radical, para eles, seria sânscrito, Yu (vínculo). Para outros, ius estaria ligado a iustum, aquilo que é justo, tendo seu radical no védico Yos, significando aquilo que é bom.

As várias línguas ocidentais usam o mesmo radical - aquilo que é reto, correto -

para identificar o termo direito. Em francês, droit; em alemão, Recht; em espanhol, derecho; em italiano, diritto; em russo, pravo, também significando o que é correto; em inglês, right, apesar de mais usado o termo law, do latim lex

- lei.

1.2 Definição semântica de Direito

A semântica procura definir "direito" por seus vários sentidos. Assim, primeiramente, a palavra significa aquilo que é reto; em segundo lugar, aquilo que é conforme às leis; em terceiro lugar, conjunto de leis; em quarto, a ciência que estuda as leis; em quinto, a faculdade, o poder de cada indivíduo de exigir o que é seu.

Vistas as definições nominais, passemos às definições reais.

As definições reais ou lógicas fixam a essência do objeto, fornecendo suas características básicas, procurando seu gênero próximo e sua diferença específica.

Definindo direito desta forma, teríamos um milhão de definições conforme o autor. Examinemos alguns.

Para Caio Mário, "é o princípio de tudo o que é bom e justo para a adequação do homem à vida social".(7) Radbruch define direito como "o conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social".(8) Segundo Paulo Nader, "é um conjunto de normas de conduta social, imposto coercivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça".(9)(7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996)(8 RADBRUCH, Gustavo. Filosofia do direito. 3. ed., Coimbra, 1953, p. 99-112.)(9 NADER, Paul O. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 17 et

seq.) Na definição de Paulo Nader, de Radbruch e de Caio Mário, temos o gênero próximo: princípio de tudo o que é bom e justo e conjunto de normas, o que aproxima o Direito da Moral, da Religião e da Etiqueta. Mas apenas na definição de Paulo Nader e de Radbruch, temos a diferença específica: imposto coercivamente pelo Estado - normas positivas, o que diferencia o Direito da Moral, da Religião e das normas de trato social, também denominadas Etiqueta.

Todas essas definições apenas denotam um dos sentidos da palavra direito, ou seja, direito, enquanto norma, princípio.

Há, entretanto, outras definições reais que ficaram famosas, ao longo da história.

Para Celso, jurisconsulto romano do séc. I d.C., "ius est ars boni ei aequi".(10) Na opinião de Dante, poeta italiano do séc. XIII, "ius est realis ac personalis hominis ad hominem proiportio, quae servata societatem servat, corruipta corrumipit".(11) Segundo Hugo Grócio, jurisconsulto holandês do séc. XVII, "O direito é o conjunto de normas ditadas pela razão e sugeridas pelo appetitus societatis".(12) Nas palavras de Kant, filósofo alemão do séc. XVIII, "direito é o conjunto das condições, segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos outros, de acordo com uma lei geral de liberdade".(13) Na concepção de Rudolf von Ihering, jurista alemão do séc.

XIX, "direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurada pelo Estado através da coação".(14) Concluindo, temos que a palavra direito pode ser usada em várias acepções.

Ao dizermos que "o Direito é nossa disciplina favorita", usamos a palavra no sentido de ciência do Direito. Quando falamos que o Direito não foi bem aplicado, empregamos o termo no sentido de regra. Ao nos reportarmos a certa pessoa, como indivíduo direito, queremos dizer ser ela justa, correta. Às vezes, nos referimos ao Direito de certo país - Direito Brasileiro, Francês etc. Neste sentido utilizamos a palavra enquanto ordenamento jurídico, ordem jurídica ou sistema jurídico. Quando falamos que o credor tem o direito de receber, nos referimos à faculdade inerente a ele, credor, de exigir o pagamento.

(10 CELSUS. Digestum. Lib., Tradução livre: "O direito é a arte do bom e do justo".)(11 ALIGHIERI, Dante. De monarchia. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1947, p. 119. Tradução livre: "O direito é a proporção real e pessoal de um homem em relação a outro, que, se observada, mantém a sociedade em

ordem; se corrompida, corrompe-a".)(12 GROCIO, Hugo. Del derecho de lá guerra y de la paz. Madrid: Reus, 1925, p. 44 Tradução livre: Apetite de viver em sociedade.)(13 KANT. The science of right. Great Books of the Western World.

Chicago: University of Chicago, 1952, p. 397.)(14 VON IHERING, Rudolf. A luta pelo direito. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.3/4.)2 INSTRUMENTOS DE

CONTROLE SOCIAL Para viver em sociedade, o ser humano emprega vários instrumentos, com o intuito de regrar, limitar as relações interpessoais. São os denominados instrumentos de controle social. O Direito é, sem dúvida, um deles, mas não o único. A Moral, a Religião e a Etiqueta são também processos normativos que acabam por atingir esse fim. De todos, porém, é o Direito o que melhor cumpre este papel, devido a sua força coercitiva.

Devido a isso, a essa força de coerção, deve ser muito bem delineado o campo de atuação do Direito. Se for irrestrito, corremos o risco de termos o Direito como força escravizadora, ao invés de libertadora.

Examinemos, mais detidamente, o Direito em face dos outros instrumentos de controle social,

2.1 Direito e Religião

No início, a Religião exercia domínio absoluto sobre o homem. O Direito nada mais era do que expressão da vontade divina. A classe sacerdotal possuía o monopólio do conhecimento jurídico. Durante a idade Média, ficaram famosos os Juízos de Deus com suas ordálias.(15) As decisões ficavam condicionadas a jogo de sorte e azar, pois Deus interferia diretamente no julgamento. Um prato de louça era jogado ao alto. Se ao cair se quebrasse, o réu seria considerado culpado, caso o prato não se quebrasse, absolvia-se o infeliz.(16) Foi só a partir do século XVII, que o Direito começou a se laicizar.

Realmente, Direito e Religião, apesar de fazerem parte da Ética, têm campos distintos. Temos, para diferenciá-los, que partir de seus objetivos. O objetivo da Religião é o de integrar o homem com a divindade. Cuidar do mundo espiritual.

Sua preocupação fundamental é a de orientar os homens na busca e conquista da felicidade eterna.

Já o objetivo do Direito é o bem comum da sociedade. É orientar o homem na busca da harmonia e felicidade terrenas. Para isso, ele tenta, com seus instrumentos normativos, promover a paz, a segurança e a ordem sociais.

Vemos, assim, que Direito e Religião são fenômenos distintos. Não obstante, a todo momento, buscam inspiração um no outro. Há normas jurídicas de conteúdo religioso, como a proibição do aborto, da bigamia etc. Ora, ao tentar organizar a vida em sociedade, o Direito não pode se esquecer das preocupações de cunho religioso, tão importantes para o homem. Além do mais, a preocupação com o bem é inerente a ambos, Direito e Religião.

(15 Ordália vem do alemão Urteil, que significa juízo, sentença, parecer.) (16 EYMERICH, Nicolau. Manual dos inquisidores. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993) Podemos dizer, pois, que a Religião forma com o Direito um conjunto de círculos secantes, em que o Direito busca inspiração na Religião.

2.2 Direito e Moral

Neste momento, recorremos ao socorro do maior de todos, Edgar de Godói da Mata-Machado, o qual passamos a transcrever. Ninguém, mais habilmente que o mestre, sintetizou, em tão poucas palavras, acepção tão honesta e clara das relações entre Moral e Direito. "Contemplado em sua exterioridade, a agir, em sua existência cotidiana, naquilo a que se pode chamar a sua condição existencial, o homem patenteia as características de um ente social, de um animal político. Mas não é ele apenas um animal político. Pelo que possui de mais nobre, a inteligência e a vontade, o homem é também o que se chama uma pessoa. Há em sua vida como que um núcleo privado, uma zona propriamente de mistério. Embora membro da sociedade, é dono de si mesmo e pode conservar em seu interior, no mais profundo de sua intimidade, algo que não sofre, pelo menos diretamente, a pressão das forças que atuam na sociedade. E ainda quando as sofre, ele pode verificar a presença delas, calculá-las, criticá-las.

Ao decidir-se, ao optar - 'agirei desta e não daquela forma - farei isto e não aquilo' - o homem é capaz até mesmo de assinalar o quanto influi a pressão social sobre a sua razão e sobre a sua vontade. Recebe a pressão, aceita-a de boa mente ou contrariado, recusa-a ou a ela se submete, em qualquer hipótese consciente dos motivos da sua ação ou da sua omissão.

Nessa área intangível à pressão social ou em que a pressão social é verificada,

calculada, criticada, nessa parcela de nós mesmos em que nos vemos a nós mesmos donos do que decidimos e do que fazemos, existem regras limitativas de nossa atividade?

Nesse mundo interior, é o homem um ser absolutamente autárquico ou, ainda aí, está ele submetido a alguma regra?

Resposta cabal a essas perguntas levar-nos-ía ao exame do que se chama a ordem moral e, a seguir, de suas relações com a ordem jurídica, matéria que exige reflexão e elaboração científica, mais própria da Filosofia que da Ciência do Direito. Aqui, ainda no plano do conhecimento espontâneo, em que temos situado nossas noções preliminares de Direito, parece-nos possível justificar uma resposta afirmativa àquelas perguntas. É evidente que o homem não aspira a fazer o mal. O mal se lhe apresenta, precisamente, como aquilo que deve ser evitado; o que deve ser feito pelo homem é o bem. Por mais que nos esforçássemos para definir o bem, não conseguiríamos exprimi-lo do que ao afirmar: o bem é aquilo que deve ser feito. E o mal? É precisamente aquilo que deve ser evitado.

De certo, dá-se muitas vezes que vemos o bem que deve ser feito e procedemos de maneira oposta: mas é por enxergarmos 'algum' bem no mal. Aí está, aliás, um dos mais evidentes privilégios do homem: o de fazer o mal, em virtude de sua capacidade de colocar no mal um aspecto do bem. Nem por outra razão se considera livre o homem. Ao contrário dos outros seres obrigados a fazer o bem à natureza de cada um, o homem constrói como que o próprio bem, ainda que se servindo de elementos que antes constituem o mal. Mesmo, porém, quando' faz o mal' o homem

'sabe', no íntimo de sua consciência, que faz o que deve ser evitado. E se não o sabe imediatamente, isto é no exato momento da ação, tantas vezes praticada por força de impulso irresistível, saber-lo-á mais tarde quando tomar conhecimento do que fez e verificar não ter sido bom que o houvesse feito.

Saber-lo-á mesmo, de certo modo, em relação ao futuro, quando confere o ato praticado ou a praticar com os esquemas de ação que preparou e que ofereceu a si próprio como modelo.

Daí porque os vícios, as violações da regra, o delito são outras tantas demonstrações da verdade deste primeiro princípio: o bem deve ser feito, o mal

deve ser evitado.

Eis o primeiro princípio da moralidade, eis a raiz de todas as regras de conduta do homem, eis a razão por que o homem aceita um regime de proibições, de permissões e de mandatos.

[...]

Diremos que do primeiro princípio da moralidade pende toda a força das regras de conduta social, incluindo as jurídicas. Estas só podem determinar ações a fazer e ações a evitar - ações e omissões, ordens e proibições, faculdades e deveres -

na medida em que o homem sabe que há coisas que devem ser feitas, porque boas, convenientes, úteis ou justas, e coisas que devem ser evitadas, porque más, inconvenientes, prejudiciais. O Poder, que as emite, tem de apresentá-las sempre, com sinceridade ou por malícia, como úteis, necessárias, convenientes, justas, isto é, para o bem ou para algum bem da comunidade.

Assim, a relação fundamental entre o mundo ético e o mundo jurídico é a que existe entre o primeiro princípio de moralidade e a sua explicitação, o seu desenvolvimento, a sua projeção, assinaláveis num número indefinido de regras a que o homem deve submeter a sua conduta, não apenas no que toca ao seu bem individual, mas ao bem do outro, do sócio, do membro da sociedade".(17)(17 MATA-MACHADO, Edgar de Godói de. Elementar de teoria geral do direito. Belo Horizonte: Vega, 1981, p. 27-30.)2.3 Direito e regras de trato social As regras de trato social são padrões de conduta social. Elaboradas pela sociedade, têm por fim tornar o convívio social mais agradável e ameno. Seu conjunto denomina-se Etiqueta.

A questão sobre a autonomia das regras de trato social é extremamente discutida.

Alguns pensadores negam sua autonomia, afirmando que não passam de normas morais ou religiosas. Outros há que afirmam sua autonomia pelo fim a que visam. Ora, as normas de trato social têm por escopo aprimorar o nível das relações sociais, dando-lhes o polimento necessário para tornar o convívio entre os homens o mais agradável possível. As regras de trato social cuidam, assim, do aspecto externo.

A Moral visa a aprimorar o homem em si mesmo, do ponto de vista da

consciência interna. A Religião tem por fim o aprimoramento do homem para que alcance a divindade. Tem, também, aspecto externo, porque a conduta do homem para com seu próximo o aproxima ou afasta de Deus. E o Direito almeja ao estabelecimento da ordem, da paz e da harmonia social. Tem aspecto externo. Examinando-as mais de perto, apontamos as seguintes características das regras de trato social: a) têm aspecto social, por só serem possíveis em contexto social, em face do outro;

b) exterioridade;

c) unilateralidade, pois têm caráter apenas imperativo, não dando ao outro o direito de exigi-las. Não possuem o caráter imperativo-atributivo do Direito; d) heteronomia, porque nascem do convívio social, se impondo à vontade individual;

e) incoercibilidade, porquanto não possam ser exigidas coercitivamente pelo aparato estatal, como as normas jurídicas. Se em algum momento puderem, ou seja, se forem dotadas de coerção, passam a ser jurídicas, como o fardamento dos militares; (sanção difusa, uma vez que a pena para seu descumprimento consiste somente na reprovação pelo grupo social. Não é prefixada, como no Direito e na Religião.

A verdade é que as regras de trato social formam com o Direito e com a Religião um conjunto de círculos secantes. Há normas jurídicas de caráter tipicamente de trato social, e há normas de trato social de conteúdo religioso. A Moral a todos coordena, uma vez que dela pende toda a força das demais.

3 DIREITO E JUSTIÇA

Definir o que seja Justiça, é tarefa árdua, se não impossível.

Aristóteles,(18) seguindo a orientação de seu mestre, Platão,(19) conceituava Justiça como sendo a máxima virtude do indivíduo e do Estado. Para ele existiam dois tipos de Justiça, a geral e a particular.

A Justiça geral nada mais é que a virtude inata às pessoas, que faz com pratiquem o bem e evitem o mal.

A Justiça particular, a seu turno, deve ser definida segundo duas espécies. A primeira, a distributiva, consiste na repartição proporcional das honras e bens

entre os indivíduos, de acordo com o mérito de cada um.

A segunda, a corretiva, procura equilibrar as relações entre os indivíduos, impondo condutas e sanções.

A definição de Justiça mais importante, até hoje formulada, foi a de Ulpiano, jurista romano, com base na concepção aristotélica. Logo abrindo as Instituições do Corpus Iuris Civilis, fórmula Ulpiano: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.(20)

A definição de Ulpiano é formal, não indicando o conteúdo do seu de cada um. É

que, aquilo que deve ser atribuído a cada um, varia no tempo e no espaço. Ora, o seu representa algo próprio de cada pessoa. Configura-se em várias hipóteses: receber o que se deu emprestado; pena proporcional ao crime; salário proporcional ao trabalho etc.

A idéia de Justiça não é apanágio do Direito, encontrando-se, também, na Moral, na Religião e, com menos freqüência, na Etiqueta.

Justiça é algo absoluto ou relativo?

Os defensores do caráter relativo da Justiça dizem ser óbvio que a idéia de justo varie no tempo e no espaço. Enquanto os defensores do caráter absoluto dizem que, de fato, o que varia, é a idéia de Justiça, mas não a Justiça, que viria diretamente do Direito Natural, não variando, pois. Além disso, se partirmos do pressuposto de que a Justiça é relativa, poderíamos, perigosamente concluir, que não existem leis injustas.

A verdade está longe de nossas vãs especulações. O que importa é estabelecermos a ligação entre Direito e Justiça. Seria ela objetivo do Direito?

Segundo os jusnaturalistas, a resposta é óbvia. O sentimento de Justiça nos é inerente e somente com base em tal sentimento, deve ser criado o Direito.

(18 ARISTOTLE. Nicomachean Ethici. Great Books of lhe Western World. Chicago: University of Chicago, 1952, p. 640)

(19 PLATO. Laws. Great Books of the Western World. Chicago: University of Chicago, 1952, p. 640)

(20 ULPIANUS, Domitius. Inst., Lib. I, Tit. 1, § 4. Tradução livre: "Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito".) Os positivistas, por outro lado, ao negarem o Direito Natural, negam a existência desse sentimento de justiça intrínseco a nós. O Direito nada mais é do que conjunto de normas criadas por nós, segundo nossas conveniências.

Elucubrações filosóficas de lado, pode-se afirmar que, indubitavelmente, a idéia de Justiça é uma constante em nosso pensamento. O homem procura intensamente a Justiça. Sem conseguir defini-la cientificamente, em todos os seus parâmetros, podemos, ao menos, formular alguns critérios, a fim de nos orientarmos em sua busca.

Os critérios seriam formais e materiais.

3.1 Critérios formais

a) Isonomia ou igualdade - Todos são iguais perante a Lei. Como deve ser isto interpretado? Logicamente que em conjunto com outro critério formal, qual seja, o da proporcionalidade.

b) Proporcionalidade - É exatamente o critério que manda dar a cada um o que é seu, nas proporções de seus méritos ou deméritos.

Rui Barbosa muito bem resumiu estes dois critérios: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".(21) Muitas vezes, é tratando desigualmente os desiguais, que os igualamos.

3.2 Critérios materiais

a) Mérito - É valor individual, intrínseco a cada pessoa. A Justiça deve dar a cada um, segundo os seus méritos ou deméritos.

b) Capacidade - É o mesmo que produtividade. O que cada um recebe deve ser proporcional ao que cada um produz. Aliás, é como dizia o lema da Revolução Russa: "a cada um por seu trabalho".

c) Necessidade - Cada um tem suas próprias necessidades. Justo é satisfazê-las, tendo em vista os demais critérios.

Ainda no auxílio à busca pelo justo, tentam os filósofos classificar a Justiça, ora sob uma ótica, ora sob outra.

De um ponto de vista, a Justiça pode ser convencional ou substancial.

Convencional é aquela que decorre da simples aplicação da Lei. Ocorre quando a Lei é subministrada de acordo com sua finalidade.

(21 RUI BARIEOSA. Oração aos moços. São Paulo: Leia, 1959, p. 46.) Se a Lei é boa ou ruim, não interessa, em princípio. É nesse sentido que se fala Tribunal de Justiça, Justiça Estadual ou Federal etc. Em outras palavras, são órgãos que aplicam a Lei ao caso concreto.

A justiça substancial, ao revés, preocupa-se em dar a cada um o que é seu, tornando a Lei essencialmente boa, para que a Justiça convencional seja feita com "justiça".

De um segundo ponto de vista, a Justiça será distributiva ou comutativa.

Distributiva é a justiça do Estado, que deve bem repartir as tarefas, bens e favores entre seus membros.

Comutativa, ou como queria Aristóteles,(22) corretiva, é a justiça das relações entre particulares, que reza deverem ser proporcionais as prestações devidas a um pelo outro. Neste ponto, cabe citar Hobbes. Por seu juízo, a proporção das prestações não deve ser nem aritmética, atribuindo o mesmo valor para coisas iguais; nem geométrica, conferindo os mesmos benefícios para pessoas de mérito igual. A proporção das prestações será determinada pelo apetite das partes.

Portanto, o valor justo é aquele que elas acham conveniente oferecer.(23) Por fim, será ainda a justiça geral ou social justiça geral é a que consiste na contribuição dos membros da comunidade para o bem comum, pagando impostos, servindo o exército etc.

Justiça social, a seu turno, espécie da distributiva, consiste na proteção ao mais pobre, mediante a adoção de critérios que permitam melhor distribuição da riqueza.

Outra idéia que vem ocupando o pensamento humano ao longo da história e ao

lado da justiça é a idéia de equidade.

Ora com mais, ora com menos sucesso, não existe jurista que não haja, pelo menos, en passant, tentado entender o que seja eqüidade.

Sem maiores delongas, eqüidade é a justiça do caso particular. É a justiça que se faz sentir na aplicação das normas jurídicas aos casos concretos.

No Direito Brasileiro, a orientação é a de que o aplicador da Lei deve se ater aos critérios da justiça convencional. Apenas quando faltarem subsídios para tal, ou por ser a lei incompleta, ou mesmo por faltar lei para o caso concreto, é que será aplicada a eqüidade. Assim diz o art. 8° da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim diz o Código de Processo Civil. O Código Civil é, porém, omisso.

Outra questão de suma relevância é a das leis injustas.

Leis injustas são aquelas que negam ao homem o que lhe é devido, ou conferem o que não lhe é devido.

Há leis que já nascem injustas. São chamadas injustas por destinação. O objetivo do legislador é em suas raízes injusto. Mas há momentos em que, não obstante as boas intenções do legislador, a lei nasce injusta. São as chamadas leis injustas causais.

(22 ARISTOTLE. Ethics. Op. cit. p. 378 (1131ª)

(23 HOBBES. Leviatã. Os Pensadores. 3ªed., São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.

89/90.)

Terceira espécie de leis injustas consiste em leis injustas eventuais, que apesar de em sua essência serem justas, ocasionalmente provam-se injustas ao ser aplicadas a determinados casos concretos.

O que importa, todavia, não é classificar as leis injustas, de acordo com suas espécies. Devemos, antes, nos ocupar com sua validade. Quanto a esta questão, há cinco posições a adotar.

Para os jusnaturalistas mais radicais, lei injusta, não é lei. Assim, não há de ser cumprida.(24) Essa não é, entretanto, a posição de Santo Tomás de Aquino, bem

mais moderado. Para ele, há duas espécies de leis injustas. Aquelas cujo mal é suportável, e aquelas cujo mal é insuportável. Estas não devem ser cumpridas, aquelas sim, pela mesma razão dos positivistas.(25)

Segundo corrente positivista, a lei será válida e deve ser cumprida, enquanto estiver em vigor. Seu não cumprimento pode acarretar prejuízo muito maior para a sociedade. Pouco importa se é justa ou injusta.(26)

Investigando além o positivismo jurídico, chegaremos ao normativismo, que nega a própria existência de leis injustas. Ao jurista não cabe avaliar o conteúdo valorativo da norma. Por esse prisma, injusto seria deixar de aplicar a norma.

Dura lex, sed lex, ou seja, lei é lei.(27)

Paulo Nader procura solução intermediária, aconselhando que, sempre que estivermos diante de lei injusta, devemos procurar no sistema jurídico outra norma que seja compatível com a situação, abandonando a injusta, que normalmente será elemento estranho ao ordenamento como um todo.(28)

4 ACEPÇÕES DO DIREITO

A palavra direito, como vimos, possui inúmeras acepções. É empregada enquanto norma de. conduta, enquanto faculdade de agir, enquanto conjunto de leis etc.

Trabalhando as mais importantes acepções, a doutrina formulou todo um sistema científico. É este sistema que passaremos, agora, a estudar.

4.1 Direito objetivo e subjetivo

Direito Objetivo é norma. Assim já o definiam os romanos - ius est norma agendi

- o Direito é norma de agir. O Direito Objetivo estabelece normas de conduta social. De acordo com elas, devem agir os indivíduos.

(24 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 26.) (25 SANCTI THOMAE AQUINATIS. Summa. Op. cit., 1-2, q. 96 a. 4 (p. 625 /626).

(26 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 125.) (27

KELSEN, Hans. Dai Problem der Gerechtigkeit. Wien: Franz Deuticke, 1960, p.

11 et seq.)

(28 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 126.) Direito Subjetivo é faculdade. Quando se diz que alguém tem direito a alguma coisa, está-se referindo a direito subjetivo seu, a faculdade que possui.

Logicamente, os direitos subjetivos encontram proteção na norma, no Direito Objetivo. É este que os garante. Em outras palavras, é o Direito Objetivo que confere às pessoas direitos subjetivos.

Tomemos, como exemplo, a norma do art. 939 do Código Civil:

"O devedor, que paga, tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe for dada".

Trata-se aqui de norma de conduta, norma agendi, de Direito Objetivo, portanto.

Esta norma confere ao devedor uma faculdade, um poder de agir facultas agendi, qual seja, a faculdade, o poder de exigir quitação, no momento em que pagar.

Este é direito subjetivo do devedor. Por outro lado, a mesma norma atribui ao credor um dever, o dever de dar quitação. vemos, pois, que aos direitos subjetivos de uma pessoa, normalmente, correspondem deveres por parte de outra.

Infelizmente, porém, a explicação dada acima, está longe de esgotar o tema.

Vários juristas procuraram, ao longo do tempo, demonstrar sua própria visão acerca do Direito Subjetivo, havendo mesmo quem negue sua própria existência.

Estudemos algumas das teorias que tentaram explicar o Direito Subjetivo.

1ª Teoria da vontade - Concebida por Windscheid, jurista alemão, afirma que alguém terá direito subjetivo, quando sua vontade, em virtude do Direito Objetivo, for mais forte que a da outra pessoa, em determinada situação.(29) 2ª Teoria do interesse - É a solução de Rudolf von Ihering, jurista alemão, segundo a qual direito subjetivo é interesse protegido pelo Direito Objetivo, ou seja, pela norma de conduta. Em suas palavras, é interesse juridicamente protegido.(30)

3ª Teorias mistas - Buscam conjugar vontade e interesse.

Para Michoud, jurista francês, direito subjetivo é o interesse de um homem ou de um grupo de homens, juridicamente protegido pelo poder conferido à vontade de exigi-lo. De nada valeria o interesse, se a vontade de exigir não fosse amparada pelo Direito Objetivo.(31)

Já Saleilles, jurista francês, define-o como o poder conferido a alguém, poder este exercido por meio da vontade.(32)

(29 WINDSCHEID, Bernardo. Diritto deite pandette. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1925, v. I, p. 24 et seq.)

(30 VON IHERING, Rudolf. A luta pelo direito. Op. cit. , p. 3ª et seq.) (31 MICHOUD, Léon. La théone de lá personnalité morale., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932. p. 105)

(32 SALLEILES, Raymond. Dela perionnalité juridique. 2ªed., Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1922, p. 194, 368 et seq.)

4ª Teorias da subjetivação da norma - Tanto a teoria da vontade, quanto a do interesse e, consequentemente, as teorias mistas sofreram severas críticas. Na tentativa de derrubar a teoria da vontade, alegam seus opositores que, se direito subjetivo é vontade mais forte, como ficaria a situação dos incapazes, cuja vontade não é considerada? Como ficaria, por exemplo, a situação do louco?

Não teria ele direitos subjetivos amparados em lei?

Para negar a teoria do interesse, podemos pensar no caso dos tutores em relação a seus pupilos. Se direito subjetivo é interesse juridicamente protegido, então o tutor não poderia pleitear em nome do pupilo, porque simplesmente não teria interesse de agir.

Com base nisso, a doutrina encontrou outra solução, a da subjetivação da norma.

Os direitos subjetivos são mero reflexo da norma, efeito seu. O que se leva em conta é a vontade do ordenamento jurídico e o interesse destacado pelo Direito.

Daí, o centro de gravidade se desloca do indivíduo para a norma. O Direito Subjetivo não passa de efeito do Direito Objetivo aplicado ao indivíduo. É,

assim, meio de proteção de interesse, como deseja Thon; ou, nas palavras de Barbero, meio de agir segundo a norma.(33)

Há juristas, porém, que negam a existência mesma do Direito Subjetivo. Dois deles se destacam: Duguit e Kelsen.

Na opinião do francês, Duguit, o que há na realidade são situações geradas pela norma. O que existe é apenas o Direito Objetivo.(34)

Ora, se digo ter a faculdade de exigir quitação do credor ao realizar o pagamento, na verdade, não há qualquer faculdade, mas situação que me permite exigir que o credor me dê quitação. Esta situação é oriunda da norma, a saber, do art. 939 do Código Civil. Não fosse por este artigo, ou seja, não fosse pela norma, a situação não existiria, e o devedor não poderia, portanto, exigir quitação.

No entendimento do austríaco, Hans Kelsen, o que se denomina Direito Subjetivo nada mais é que uma forma de encarar a norma jurídica, isto é, o Direito Objetivo, o único que conta. Pode-se encará-lo de forma objetiva, quando a norma se diz abstrata; e pode-se encará-lo de forma subjetiva, quando a norma se diz concreta, uma vez que aplicada a caso concreto.(35)

Concluindo, como bem salienta Serpa Lopes, a noção de Direito Subjetivo, consoante se lhe reconheça ou não a existência, é necessária como ponto de partida para os esclarecimentos em torno de certos institutos jurídicos ou de certas relações jurídicas que, de outro modo, não poderiam receber interpretação clara.(36)

(33 BARBERO, Domenico. Sistema instituzionale del diritto privato italiano.

2ªed., Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinense, 1949, p. 16 et seq.) (34 DUGUIT, Léon. Traité. Op. cit. t.I, p. 214 et seq.)

(35 KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. Wien: Franz Deuticke, 1960, p. 184 et seq.) (36 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 7ªed., Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 1989, p. 195.)

Continuando, pois, nosso estudo acerca do tema, tratemos de analisar os direitos subjetivos do ponto de vista de sue estrutura e classificação.

4.1.1 Estrutura dos direitos subjetivos

Em sua estrutura básica, os direitos subjetivos revelam poder e dever. Poder de cobrar e dever de pagar dívida, por exemplo.

Exercendo o poder, haverá um titular, pessoa dele investida. No exemplo dado, o credor. Por outro lado, o poder reclama objeto sobre o qual venha a recair.

Este objeto é a outra pessoa, sobre a qual o titular exercerá seu poder. No caso dado, o devedor. Resumindo, o credor é o titular do poder, da faculdade de receber, e o devedor, o objeto da ação do credor.

Além do titular e do objeto, os direitos subjetivos são dotados de base material, que vem a ser a coisa ou o bem almejado. No caso do credor, a base material de seu direito subjetivo será a coisa ou o bem que pode exigir do devedor.

Finalmente, os direitos subjetivos possuem conteúdo, consistindo em tudo quanto o titular puder exigir do objeto, ou seja, da outra pessoa. Confunde-se o conteúdo dos direitos subjetivos com o próprio poder de agir. Pode ser extraído de exame mais minucioso desse poder. Consiste, enfim, em todas as atitudes que o titular possa adotar em face de determinada situação.

4.1.2 Classificação dos direitos subjetivos

Os direitos subjetivos se dividem em duas classes, quanto à pessoa, objeto do direito e quanto a suas qualidades.

a) Quanto à pessoa, objeto do direito: direitos subjetivos públicos e privados -

O direito subjetivo será público, quando a pessoa da qual se o exigir for de Direito Público. Assim, o direito que temos de exigir do Estado que se manifeste, enquanto juiz, ou seja, o direito que temos de exigir que o Estado atue, resolvendo nossos conflitos, é público.

Será privado, se a pessoa contra a qual o exercemos, for de Direito Privado, isto é, se for um particular, pessoa física ou jurídica.

Os direitos subjetivos privados se subdividem em patrimoniais e não patrimoniais. Será patrimonial, se seu substrato material for apreciável em dinheiro, por exemplo, uma casa, um quadro etc. Caso contrário, será não

patrimonial, como a vida, a honra etc.

Os patrimoniais se distinguem em creditícios e reais. Os primeiros são direitos de um credor contra um devedor determinado. Os direitos reais, por sua vez, são direitos de um titular sobre certa coisa, como o direito de propriedade, por exemplo. O objeto sobre o qual se exercem não é um devedor particular, mas toda a coletividade.

Os direitos não patrimoniais dizem respeito à família e à personalidade. O

direito que a esposa tem de exigir fidelidade de seu marido, e vice-versa, é direito familial. Já o direito à vida, à honra, à integridade física, ao nome etc., é personalíssimo, assumindo caráter público, se puder ser exigido do Estado.

b) Quanto a suas qualidades

Absolutos e relativos - Absolutos são os direitos reais, oponíveis contra toda a coletividade. Se tenho uma casa, ou seja, se tenho o direito de propriedade sobre uma casa, exerço-o perante toda a sociedade indistintamente. Em outras palavras, sou eu o dono da casa, e mais ninguém. Além dos direitos reais, encaixam-se nessa categoria os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra etc., por serem, também eles, oponíveis, não contra um devedor determinado, mas contra toda a coletividade.

O direito será relativo se exercido somente contra uma pessoa determinada.

Nesta classe encontram-se os direitos de crédito e os direitos de família, em geral.

Transmissíveis e intransmissíveis - Serão transmissíveis os direitos, quando puderem passar de um titular a outro. Posso, por exemplo, vender minha casa, transmitindo, dessa forma, meu direito real de propriedade sobre ela. São transmissíveis os direitos reais e os obrigacionais.

Os direitos intransmissíveis não admitem troca de titulares. Nesta categoria estão os direitos da personalidade e de família, em geral.

Principais e acessórios - Principal é o direito que existe por si mesmo e não em função de outro direito. Acessório é o direito que existe em função de outro direito, que será o principal, em relação a ele. Dessarte, o direito do credor de

receber o principal da dívida é principal; já o direito de receber juros é acessório.

Divisíveis e indivisíveis - Um direito subjetivo pode ser exercido ao mesmo tempo por várias pessoas ou pode ser fracionado entre elas, de modo a que se torne vários. Assim, cada pessoa terá um direito. Os direitos reais, como regra, são indivisíveis. Se muitas pessoas têm uma casa, isso não quer dizer que cada uma é titular de direito individual de propriedade sobre a dita casa. O direito de propriedade é um só, exercido em conjunto, por todos os condôminos.

Os direitos de crédito, por sua vez, podem ser fracionados. Desse modo, um único credor pode partilhar seu direito com outros credores, de maneira a que cada um deles possua seu próprio direito.

Renunciáveis e irrenunciáveis - O titular de um direito subjetivo pode ou não renunciar a ele, dependendo da espécie de direito. Os direitos da personalidade, como o direito ao nome, à vida etc. são irrenunciáveis. Não se pode decidir a deixar de se ter nome, por exemplo. Os direitos reais, creditícios e alguns direitos de família são, a seu turno, renunciáveis. Posso, e.g., renunciar a meu direito de receber dívida.

4.2 Direito natural e direito positivo

Direito Positivo é o conjunto de normas jurídicas, vigentes em determinado lugar, em determina da época. Em outras palavras, é a Lei.

Santo Tomás de Aquino bem o definiu como o Direito criado pelo homem, a fim de atender a exigências específicas do convívio social harmônico.(37) Mas será que todas as normas de conduta seriam mesmo criadas pelo homem, ou será que há normas que transcendem nosso espírito criador?

Segundo muitos pensadores, há, de fato, normas de conduta que não são criadas por nós. Essas normas, em conjunto, formam o chamado Direito Natural.

A busca pela Justiça faz com que consideremos o Direito Positivo insuficiente.

Daí a necessidade de buscarmos algo além, que seria o Direito Natural.

A idéia do Direito Natural é o eixo em redor do qual gira toda a filosofia do Direito. Ou bem os filósofos constroem um sistema para concordar com ele, ou complementá-lo, ou bem para discordar do Direito Natural, reduzindo o Direito

à ordem jurídica positiva.

Jusnaturalismo seria, assim, a corrente de pensamento que reúne todas as idéias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural.

Historicamente, o Direito Natural vem sofrendo altos e baixos. Nos fins do século passado e até bem pouco tempo, esteve em baixa. No Brasil, continua em baixa até hoje. Mas já começa a renascer na Europa. No Brasil já se ouvem rumores de sua reentrada.

As várias correntes jusnaturalistas concordam em que há um Direito ideal, perfeito, expressão mesma do justo, além do Direito Positivo. É esse Direito supremo que deve servir de modelo ao legislador. Discordam, porém, em relação à origem desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do Universo).(38) Para os teólogos medievais, vinha de Deus.(39) Para os racionalistas, o Direito Natural é produto da razão humana.(40) Na atualidade, segundo Paulo Nader,(41) o pensamento dominante é o de que o Dreito Natural se fundamenta na natureza humana.

Segundo esta última corrente, o raciocínio que nos conduz à idéia de Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. A natureza, ou seja, as propriedades que compõem o ser, define o fim a que este tende. A natureza do martelo, por exemplo, dota-o de algumas propriedades,
(37 SANCTI THOMAE AQUINATIS. Summa. Op. cit., 1-2, q. 91 a.3 (p. 592/593).

(38 GAARDER, Jostein. O mundo de Sofia. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p.

148.)

(39 SANCTI THOMAE AQUINATIS. Summa. Op. cit., 1-2, q. 96 a. 2 (p. 625/626).

MARINHO, Inezil Penna. Brasilia: Instituto de Direito Natural, 1979.) (40 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 406.) (41 idem, p. 408.)

de algumas potencialidades, quais sejam, cabo e cabeça, que o conduzem a seu fim, o de bater pregos. Para que nossas potencialidades, propriedades inerentes à nossa natureza, se realizem na prática, conduzindo-nos a nosso fim, de maneira

adequada, obedecemos a certas normas que seriam, em conjunto, o Direito Natural.

Estas regras nasceriam de nossa própria natureza.

A origem do Direito Natural, portanto, se localiza no próprio homem, em sua dimensão social, e o seu conhecimento se faz pela conjugação da experiência com a razão. É observando a natureza humana, verificando o que lhe é peculiar e essencial, que a razão nos induz aos princípios do Direito Natural.

O Direito Natural, por suas características, é universal por ser comum a todos os povos. Afinal, a natureza humana é uma só. É também perpétuo, pois vale em todas as épocas. É imutável e irrenunciável. É indelével, uma vez que não pode ser apagado da natureza do homem. É igual e obrigatório para todos, sem distinção. Ninguém vive sem ele. Seus princípios são sempre válidos.

Será mesmo que a natureza humana é uma só, imutável no tempo e no espaço?

Esse é o grande enigma dos jusnaturalistas.

4.3 Divisões do Direito Positivo

a) Direito Geral e Particular - Geral é o Direito que se aplica a todo um território. Particular, o que se aplica a parte dele.

b) Direito Comum e Especial - Direito Comum é o aplicado a várias situações, indistintamente a todos os indivíduos de uma sociedade. Assim é com o Direito Penal, com o Direito Civil, o Constitucional etc. O Direito Especial não se aplica a todos, indistintamente, mas apenas àqueles que se encaixem em seus ditames. Tal ocorre com o Direito Comercial, destinado à relações de comércio apenas.

c) Direito Regular e Singular - Regular é o Direito normal, que regula relações quotidianas, habituais. Singular ou extraordinário é o Direito que surge em situações atípicas, como guerras e outras catástrofes.

d) Direito Público e Privado - Esta talvez seja a divisão mais importante do Direito Positivo. Se não a mais importante, pelo menos, é a que mais polêmicas gerou.

Várias teorias surgiram, ora negando, ora adotando explicação especial para a

dicotomia do Direito Positivo em público e privado.

Teoria monista de Kelsen - Kelsen nega a existência do Direito Privado. Para ele, todo o Direito é público, por ter no Estado sua origem.(42) (42 KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. Op. cit., p. 378 et seq.) Teorias dualistas - Os defensores da dicotomia do Direito Positivo, por seu turno, estão longe do consenso. Cada um adota um referencial para fazer a distinção entre Direito Público e Privado. As principais teorias dualistas se dividem em dois grupos: teorias substancialistas e teorias formalistas.

Teorias substancialistas

1ª Teoria dos interesses em jogo - Se o interesse tutelado pela norma for público, a norma será de Direito Público; se for privado, a norma será de Direito Privado. Assim já se posicionavam os romanos: Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. A fórmula é atribuída a Ulpiano (43) e significa: "Direito Público é o que diz respeito ao Estado Romano; privado, o que é pertinente à utilidade dos particulares".

2ª Teoria do fim - Adotada por Savigny, jurista alemão, afirma que se o objetivo da norma for o Estado, o Direito será Público; caso seja o particular, o Direito será Privado.(44)

Teorias formalistas

1ª Teoria do titular da ação - Defendida por Thon, diz essa teoria que o direito só é concretizado por meio de uma ação. Ação esta realizada por alguém. Se, pela natureza do Direito, a iniciativa da ação couber ao Estado, o Direito será público; ao revés, se couber ao particular, o Direito será privado.(45) 2ª Teoria das normas distributivas e adaptativas - O objetivo precípuo do Direito é regular a utilização dos bens pelo homem. Neste sentido, as normas jurídicas podem ser distributivas, quando visam a distribuir os bens entre os indivíduos, ou adaptativas, quando se tratar de bens de impossível distribuição, como rios, ruas etc. Cabe ao Direito, então, adaptar o uso desses bens. Se a norma for distributiva, como as normas do Direito Civil, o Direito será privado.

Ser for, ao contrário adaptativa, como as normas de Direito Constitucional, o Direito será público. Essa a tese de Korkunoff"

3ª Teoria das relações jurídicas - Entendemos ser esta a melhor doutrina, apesar

de suas falhas. O que faz é dividir o Direito em público e privado, segundo a classe de relações jurídicas tuteladas. Dessa forma, Direito Público seria aquele que traça o perfil do Estado e de seu funcionamento e cuida das relações entre as pessoas jurídicas de Direito Público e das relações entre estas e os particulares. já o Direito Privado regula as relações entre os particulares.

(43 ULPIANUS, Domitius. Op. cit., Lib. I, Tit. 1, § 4.)

(44 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Sistema del derecho romano actual. 2ª ed., Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1847, t. I, p. 58 et seq.) (45 Apud NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 450.) (46 Idem, ibidem.)

É lógico que esta subdivisão não é muito rígida. As normas de Direito Público e as de Direito Privado a todo momento se intercomunicam. Há instantes, em que vemos normas e princípios de Direito Público interferirem no Direito Privado e vice-versa.

O Direito Público e o Privado, também, se subdividem em ramos. Assim, temos:
DIREITO PÚBLICO DIREITO PRIVADO

CONSTITUCIONAL CIVIL

ADMINISTRATIVO COMERCIAL

TRIBUTÁRIO TRABALHISTA

ECONÔMICO INTERNACIONAL PRIVADO

PREVIDENCIÁRIO

PROCESSUAL

INTERNACIONAL PÚBLICO

PENAL E OUTROS

Por que é tão importante qualificarmos um ramo do Direito de público ou privado?

Por uma razão muito simples: os princípios que regem o Direito Público são diferentes dos que regem o Direito Privado. Por exemplo, no Direito Privado há um princípio que diz ser permitido tudo aquilo que a Lei não proibir. já no Direito Público o princípio é diferente; diz ele que só é permitido aquilo que estiver previsto em lei. Portanto, se considerarmos o Direito do Trabalho ramo do Direito Público, teremos de aplicar a ele o segundo princípio. Se o considerarmos, porém, ramo do Direito Privado, aplicar-lhe-emos o primeiro princípio.

Teoria trialista - Os defensores da teoria trialista, como Paul Roubier e Paulo Dourado de Gusmão, concebem um terceiro ramo, ao lado do Direito Público e Privado. Seria o Direito Misto ou Direito Social, composto por normas reguladoras de interesses públicos e privados. A este ramo pertenceriam o Direito do Trabalho, o Direito Processual, o Direito de Família etc.(47) Predominam, no entanto, as teorias dualistas.

(47 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filoiofià do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1985,

ROUBIER, Paul. Lei conflits de lois dans le temps. Paris: Récueil Sirey, 1929, t. i, p. 310 et seq.)

Na verdade, tudo é uma questão de ponto de vista. Se, como Kelsen, entendermos que a divisão do Direito deve se basear na origem, na fonte das normas jurídicas e, entendendo que o Estado é a única fonte, evidentemente, só haverá Direito Público. Conseqüentemente, Kelsen está certo. Ao contrário, se adotarmos como referencial, a teoria das relações jurídicas, teremos Direito Público e Privado, assim como demonstrado no quadro acima. Pode-se afirmar, portanto, que ambas as teses estão corretas. Tudo depende do enfoque, da referência que se adote. Na ciência do Direito nada é absoluto. a opção por uma ou outra teoria deve se basear no entendimento pessoal. Qual a que mais convence? Qual a que, na opinião de cada um, apresenta menos lacunas, menos questões sem solução? Esta deverá ser a escolhida.

A divisão do Direito em ramos nada mais serve que para orientar o estudioso, o qual poderá examinar as normas e instituições jurídicas reunidas em grupos.

Mas, de fato, o Direito é um só. Todas as suas normas, princípios e instituições devem interrelacionar-se de forma harmônica, formando um só sistema.

Explicando melhor, poderíamos fazer analogia entre o Direito e seus ramos e uma piscina dividida em raias. Estas só servem para orientar o nadador. Contudo, não dividem as águas.

Capítulo II

O DIREITO CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO

1 GENERALIDADES

O DIREITO CIVIL NI SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO

1 GENERALIDADES

O Direito Brasileiro é filho de grande família jurídica com ramificações em todo o mundo. Trata-se da família romano-germânica. Nos dizeres de René David os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram.(1)

Existem três grandes famílias ou sistemas do Direito contemporâneo, a Common Law, na Grã-Bretanha e colônias ou ex-colônias; o sistema soviético, em fase de transmutação nos antigos países socialistas e o sistema romano-germânico.

Mas por que a denominação "Direito Romano-Germânico", se trata-se de continuador do Direito Romano?

Ora, a resposta é bem simples. Quando Roma caiu nas mãos dos bárbaros de origem germânica, estes adotaram o Direito Romano, misturando a ele, porém, os seus próprios costumes jurídicos. Daí falar-se em Sistema jurídico Romano Germânico, fruto da fusão entre o Direito Romano, em doses preponderantes, é lógico, e o Direito dos conquistadores bárbaros. Dessa fusão se originou o Direito Português e seu filho, o brasileiro.

Hoje em dia, o Direito Romano-Germânico se espalhou para lá das fronteiras do antigo império conquistado. Além de ser o Direito de toda a Europa continental, conquistou a América Latina, parte da África, países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia.

Vejamos algumas das características mais importantes dessa grande família.

A característica principal, além das fontes históricas, é a preponderância do Direito escrito, que tende a provocar confusão entre Direito e Lei.

Outra característica importante é a técnica de codificação adotada no século XIX

por todos os países romano-germânicos, aliás, bastante criticada na atualidade.

Há, de fato, tendência a sistematizar-se todo o Direito em grandes códigos, segundo a matéria de que tratem. No Brasil, podemos citar vários exemplos: o Código Civil, tratando das relações privadas;

(1 DAVID, René. OS grandes sistemas do direito contemporâneo.

1ª ed., brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 25 et seq.) o Código Penal, cuidando dos delitos e das penas; o Código do Consumidor, estruturando as relações de consumo, e assim por diante.(2) Terceira característica desses direitos são suas fontes. Fontes do Direito são mananciais, em que buscamos normas jurídicas. São poços dos quais brotam normas de conduta.

Sem entrar em maiores controvérsias, poderíamos destacar como fontes do Direito Romano-Germânico a Lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, e os princípios gerais do Direito.(3) Leis, como todos sabemos, são normas escritas. É nas leis que, em primeiro lugar, buscamos solução para problemas que surgem em nosso dia-a-dia. São as leis que trazem solução para conflitos e traçam vários dos caminhos a percorrer pela sociedade. São elas, pois, fonte de Direito.

Os costumes são usos e práticas tão habituais e constantes que se tornam normas observadas por todos. Quando questão importante não se encontra solucionada em lei, a sociedade procura resposta nos costumes. várias práticas comerciais já viraram costumes, adquirindo até mesmo força obrigatória em determinada praça.

Assim, vemos que costumes, também, são fonte de Direito.

Jurisprudência é universo de decisões da magistratura, ou seja, dos juízes e tribunais. E fonte de Direito na medida em que, muitas vezes, cria soluções não encontradas na Lei, nos costumes, na doutrina ou em qualquer que seja a fonte.

Doutrina é opinião de doutos, chamados juristas. É fonte de Direito porque propõe soluções, inova, interpreta e preenche lacunas.

Por fim, os princípios gerais do Direito também são fonte jurígena. Princípios gerais são postulados que procuram fundamentar, servir de alicerce para todo o sistema jurídico. Por exemplo, o princípio da obrigatoriedade contratual é um dos sustentáculos do Direito Contratual. Segundo este princípio, quando uma pessoa celebra contrato de acordo com a Lei, fica obrigado a cumpri-lo em todos os seus termos. Ora, a todo instante, estamos invocando este princípio para dirimir dúvidas e solucionar conflitos em matéria contratual.(4) Alguns juristas incluem dentre as fontes do Direito a analogia. Reputo equivocada essa opinião. Ora, analogia é método, seja de interpretação, seja de integração do Direito. Momentos há, em que a Lei não regulamenta determinado instituto, como é o

caso do contrato de fidúcia. Teremos, então, lacuna na Lei.

Como resolver questão envolvendo fidúcia, se não há lei regulando a matéria?

Usa-se processo analógico, aplicando-se normas que, por analogia, possam enquadrar-se ao caso. Com base nisso, vários juristas dizem ser a analogia fonte de Direito.

(2 GENY, François. Méthode Interprétation et sources en droit prive positif 2ªed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954, passim) (3 Idem, passim.)

(4 DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho.

2ªed., Barcelona: Bosch, 1948, passim.)

Na verdade, a fonte, no caso, não foi a analogia, mas sim a própria Lei, que se integrou ao fato concreto por processo analógico.

Vimos, até agora, que o Direito Civil é ramo do Direito Privado, incluso no Sistema jurídico Romano-Germânico. Mas que é Direito Civil?

Ora, o termo Direito Civil foi-nos herdado do Direito de Roma. Os romanos chamavam de Direito Civil - Ius Civile - todo o Direito que regulava a sociedade romana, ou seja, a sociedade dos cidadãos romanos. Daí o termo Direito Civil, isto é, Direito da Cidade de Roma, aplicado aos cidadãos romanos. Os romanos, tampouco, faziam qualquer distinção entre os ramos atuais do Direito. Para eles, eram desconhecidos os termos Direito Penal, Constitucional, do Trabalho, Comercial etc. Tudo isso era chamado de Direito Civil. Podemos concluir num paralelo, que, para os romanos, Direito Civil soava da mesma maneira que, para nós, soa Direito Brasileiro.

Com o tempo e a evolução das letras jurídicas, o Direito foi se especializando e sendo dividido em ramos. Foi, então, que o termo Direito Civil passou a designar aquele ramo do Direito Privado que regula relações entre particulares.

Antes de prosseguirmos, é essencial que esclareçamos alguns pontos.

O primeiro deles é a diferença entre Direito Civil e Direito Processual Civil, duas ciências totalmente distintas.

Direito Civil, como já vimos, é ramo do Direito Privado que regula relações jurídicas entre particulares. já Direito Processual Civil é ramo do Direito Público que regula o processo pelo qual se reivindica judicialmente uma pretensão.

Assim, o Direito Civil estabelece que o credor tem direito de receber o que lhe é devido pelo devedor. Mas e se o devedor não pagar espontaneamente? Neste caso, o credor recorrerá ao Direito Processual Civil, para se inteirar do processo que deverá seguir, a fim de forçar o devedor a lhe pagar.

O segundo ponto que devemos esclarecer é a diferença entre os adjetivos civil e cível.

Civil diz respeito a cidadão. Dessa forma, Direito Civil poderia ser traduzido como Direito do cidadão. Assim é em alemão, bürgerlicbes Recht, e em russo, grazhdanskoe pravo.

Cível diz respeito a Direito Civil. Daí, vara cível, ou seja, vara especializada em Direito Civil.

O Direito Civil não vive isolado no mundo jurídico. Mantém íntimas relações com outros ramos jurídicos, ora contribuindo, ora aceitando contribuições. No Direito Constitucional busca, por exemplo, respaldo para a proteção dos interesses individuais, da propriedade privada, dos direitos da personalidade etc. Confere a ele, a seu turno, o conceito de pessoa, de direito de propriedade, e muitos outros.

Com o Direito Penal, relaciona-se de perto. Aliás, as origens do Direito Penal encontram-se no Direito Civil. Foi da teoria da responsabilidade por atos ilícitos que os penalistas partiram, a fim de criar o Direito Penal, hoje, sem dúvida, ramo autônomo, com princípios próprios. Apesar disso, é do Direito Civil que vem o conceito de pessoa, de bem, de esbulho etc.

O Direito Tributário é também filho do Direito Civil. Nada mais é que o Direito das Obrigações adaptado à esfera pública dos tributos, em que, num primeiro momento, o Estado figura como credor, e o contribuinte como devedor.

Aplicam-se a ele quase todos os institutos do Direito das Obrigações, regidos, é lógico, por princípios de Direito Público.

Ainda na área do Direito Público, relacionam-se de perto Direito Civil e

Administrativo. É do Direito Civil que o Direito Administrativo extrai as bases da teoria dos atos e contratos administrativos, por exemplo. Mas, como é evidente, não obstante serem as bases idênticas, o Direito Administrativo se orienta pelo interesse público, enquanto o Direito Civil segue orientação diversa, calcada nos interesses privados.

Finalmente, os dois filhos mais importantes do Direito Civil são, talvez, o Direito Comercial e do Trabalho.

Com o Direito Comercial forma conjunto harmônico. Este nada mais é que releitura do Direito das Obrigações, adaptada à vida empresarial. Cientificamente, todavia, não se sustenta a separação. Direito Civil e Comercial são faces da mesma moeda. São a mesma coisa. A tendência moderna é no sentido de unificá-los, corporificando-os num só Código de Obrigações. Assim é, por exemplo, na Suíça.

O Direito do Trabalho é fruto dos tempos modernos, da sociedade industrial. Até então, regiam as relações entre patrão e empregado as normas do contrato de prestação de serviços, ainda em vigor no texto do Código Civil. Mas essas normas, com o passar dos anos, foram tornando-se insuficientes para regular as relações empregatícias, sendo necessária, pois, a criação de Íeis especiais.

Assim surgiu o Direito do Trabalho, que, hoje, consolidado por pujante doutrina, ganhou autonomia científica e princípios próprios.

Vistas as relações do Direito Civil com alguns dos outros ramos do Direito Positivo, tomemos o estudo de sua estrutura interna. De que cuida o Direito Civil?

Já dissemos que o Direito Civil cuida das relações entre os particulares, pessoas de Direito Privado, sejam físicas ou jurídicas. É pouco, porém. Devemos estudar mais alguns detalhes.

Seguindo, mais ou menos, as instituições de justiniano, de 535 d.C., trata o Direito Civil, em primeiro lugar, das pessoas e dos bens, traçando-lhes o perfil, estruturando suas bases. Em seguida, cuida das relações e situações jurídicas em que podem se envolver pessoas e bens. Fá-lo de modo genérico, impondo limites, requisitos de validade, examinado seus defeitos e os modos como se extinguem. A partir daí, o Direito Civil aborda as relações interindividuais.

Primeiramente, as de família, no Direito de Família. Em segundo lugar, as relações entre indivíduos, bens e sociedade, no Direito das Coisas. Em terceiro lugar, aborda as relações creditícias, patrimoniais, entre credor e devedor, no Direito das Obrigações. Finalmente, em quarto e último lugar, cuida da transmissão do patrimônio do morto a seus sucessores, no Direito das Sucessões.

Capítulo III

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL EFICÁCIA, CONFLITO E INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

1 - Classificação das leis

1.1 Classificação das leis segundo a hierarquia

1.2 Classificação das leis segundo sua extensão territorial 1.3 Classificação das leis segundo sua força obrigatória 1.4 Classificação das leis segundo sua natureza

1.5 Classificação das leis segundo seu conteúdo

1.6 Classificação das leis segundo a intensidade da sanção 2 - Eficácia das leis

2.1 Início de vigência das leis

2.2 Conflito de leis no tempo

2.3 Conflito de leis no espaço

3 - Interpretações das leis

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - EFICÁCIA, CONFLITO E INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

Antes de iniciarmos o estudo da Lei de introdução ao Código Civil, é mister que estabeleçamos algumas definições básicas. É essencial que fique clara a distinção entre lei e norma.

Norma é comando, regra de conduta. Expressa a vontade do Estado, por

intermédio do legislador. Esta vontade é materializada na lei, que é, portanto, meio de expressão da norma. É a norma escrita. Podemos, assim, dizer que a norma está contida nas Íeis. Mas não só nas Íeis. Também está contida nas outras fontes do Direito, que estudamos supra.

A palavra "lei" pode ser escrita com letra minúscula ou maiúscula. Geralmente, emprega-se letra minúscula, quando se utiliza a palavra no sentido de norma ou conjunto de normas; emprega-se-á maiúscula, enquanto sinônima de Direito. Assim, diremos que "a Lei deve ser respeitada", mas, por outro lado, diremos que "tal matéria não se encontra regulamentada em lei".

Viu-se, portanto, que a palavra lei pode ser usada também como sinônimo de norma. É neste sentido que se a emprega quando se refere à classificação ou interpretação das leis. Na verdade o que se está interpretando ou classificando são as normas jurídicas contidas nas leis escritas. De qualquer forma, vejamos como se classificam as leis enquanto normas jurídicas.

l CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS

1.1 Classificação das leis segundo a hierarquia

a) Leis constitucionais - São todas as normas de caráter constitucional. Vale dizer que traçam os elementos estruturais do Estado e da Nação e definem os direitos fundamentais do homem, considerado como indivíduo e cidadão. Encontram-se reunidas nas Constituições.

b) Leis complementares - São as que regulamentam a Constituição. Às vezes, a norma constitucional, por si só, não é aplicável, sendo necessária lei para regulamentá-la. É o caso da norma que concede direito de greve.(1) (1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 63. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso. Op. cit., v. I, p. 41)

c) Leis ordinárias - São todas as outras leis. Nascem dos órgãos que a Constituição investe da função legislativa. Em outras palavras, são as leis promulgadas pelo Poder Legislativo, na pessoa de seus vereadores, deputados e senadores.

As leis ordinárias, assim como as outras, podem ser gerais ou especiais.

Gerais são as leis que cuidam de vários campos de atuação humana, ao mesmo

tempo. Por exemplo, o Código Civil, a própria Constituição etc.

Leis especiais são as que regulamentam determinada atividade, especificamente.

Assim, a Lei de Greve, o Estatuto da OAB, a Lei do Inquilinato etc.

O importante é saber que a lei especial prevalece sobre a geral, se tratar do mesmo assunto.

1.2 Classificação das leis segundo sua extensão territorial a) Leis federais - São as criadas pelo Congresso Nacional, aplicando-se a todo o país, como o Código Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Há, todavia, leis federais que têm caráter regional, aplicando-se apenas a certa região do país. Exemplo seria a legislação referente à Sudene.

b) Leis estaduais - Promulgadas pelas Assembléias Legislativas, destinam-se ao território estadual, ou a parte dele. Nesta categoria, a Lei do imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a Constituição Estadual etc.

c) Leis municipais - São votadas pelas Câmaras Municipais, aplicando-se ao território da cidade em questão. À classe pertencem a Lei Orgânica Municipal, a Lei do imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) etc.

1.3 Classificação das leis segundo sua força obrigatória a) Leis imperativas - Também denominadas cogentes, são as que estabelecem princípios de observância obrigatória. São princípios necessários à manutenção da ordem pública, daí sua força cogente, que coage, que obriga.

b) Leis dispositivas - Estabelecem princípios não obrigatórios, com claro sentido de aconselhar, indicar o melhor caminho. São princípios que não interessam à ordem pública, referentes a direitos disponíveis.

c) Leis interpretativas - Explicam o conteúdo de outras leis, para que sejam aplicadas de forma eqüânime. Nesta categoria, temos os decretos, as portarias, e outras leis.

Esclareça-se, mais uma vez, que imperativa, dispositiva e interpretativa é a norma contida na lei, é o comando da lei. Assim, num mesmo texto legal, podem misturar-se normas cogentes, dispositivas e interpretativas.

Quando a Lei do inquilinato diz que o locatário é obrigado a pagar, pontualmente, o aluguel, o comando é imperativo. Se desobedecido, o inquilino poderá ser despejado.

Mas, quando essa mesma lei diz ser obrigação do locador pagar as despesas extraordinárias de condomínio, como despesas com reforma do edifício etc., sentimos que o comando é, meramente, dispositivo. Em outras palavras, o contrato de locação poderá transferir essa obrigação ao locatário. Já a obrigação de pagar aluguéis não pode ser transferida ao locador. Este não pode, tampouco, renunciar ao direito de receber aluguéis. Se o fizer, o contrato se descaracteriza enquanto locação, passando a se chamar comodato.

Por fim, o art. 23, § 2° da Lei do inquilinato tem caráter interpretativo, de vez que explica em que situação o locatário terá que pagar as despesas ordinárias de condomínio.

1.4 Classificação das leis segundo sua natureza

a) Leis materiais - Estabelecem a substância, a matéria da norma. Regulam relações e situações concretas.

b) Leis processuais - São as que instituem o processo com que se protegem os direitos materiais.

Suponhamos um indivíduo que compre uma televisão e não a pague. Distinguimos na Lei Material o direito do vendedor de receber o preço, e o dever do comprador de pagá-lo. A Lei Processual assegura o direito do vendedor, formulando um processo para que cobre a dívida.

Ainda uma vez, insistimos que material ou processual é o comando da lei. É a norma. Num único texto legal, haverá normas materiais e processuais.

Tomando, também aqui, a Lei do inquilinato como exemplo, observa-se que, quando elenca os direitos e deveres do locador e locatário, tem conteúdo material. No entanto, quando estabelece o procedimento da ação despejo, seu conteúdo é processual.

1.5 Classificação das leis segundo seu conteúdo

a) Leis preceptivas - São aquelas que impõem comando positivo, para que se

faça algo, ou para que, quando se fizer, que se faça de certa forma. Todos devemos pagar impostos. Nem todos, porém, devemos casar, mas se o fizermos, há de ser obedecido certo procedimento. As leis preceptivas atribuem, evidentemente, penalidades, diretas ou indiretas, aos que as desobedecerem.

b) Leis proibitivas - impõem comando negativo, para que não se faça algo, ou para que, quando se fizer, que não se faça de certa forma. As pessoas viúvas não podem convolar novas núpcias, até que se encerre a partilha dos bens do defunto entre seus filhos.

c) Leis permissivas - São leis que apenas permitem determinada conduta, nada dizendo a respeito de como se deva realizar. Como regra, podemos livremente mudar de domicílio. Como será implementada a mudança? Da maneira que quisermos.

1.6 Classificação das leis segundo a intensidade da sanção Como acabamos de ver, tanto as leis preceptivas, quanto as proibitivas cominam pena a quem descumprir seu comando. A pena ou sanção pode ser mais ou menos intensa; pode ser direta ou indireta. Nesse sentido, podem as leis preceptivas e proibitivas ser perfeitas, menos-que-perfeitas e imperfeitas.

a) Leis perfeitas - leges perfectae - Leis perfeitas são aquelas que impõem comando, cuja desobediência importa a desconstituição do ato praticado. Se a compra e venda de imóveis deve, por força de lei, ser celebrada por escritura pública, descumprido este requisito, defeituoso será o contrato como um todo, devendo ser anulado.(2)

b) Leis menos-que-perfeitas - leges minus-quam-perfectae - Se a sanção imposta ao descumprimento das leis perfeitas é a invalidade do ato praticado, tratando-se de leis menos-que-perfeitas, a sanção é mais suave. As leis menos-que-perfeitas determinam comando, que se descumprido, haverá punição direta, mas não a ponto de invalidar-se o próprio ato praticado. Para que pessoa viúva se case novamente, é necessário esperar até que se resolva a partilha dos bens do defunto, entre os filhos do casal. Se o novo casamento se der antes disso, a pena imposta é a da separação obrigatória de bens. O casamento será, todavia, válido. (3)

c) Leis imperfeitas - leges imperfectae - Nas leis imperfeitas, não há penalidade direta para o descumprimento da norma. A sanção é indireta, e, por vezes, o

comando nem será percebido num exame desatento. Na Lei do inquilinato, por exemplo, encontra-se implícito o comando de ser o contrato de locação residencial celebrado por escrito, e por período de, no mínimo, trinta meses.

Mas por que implícito? Porque, em verdade, o contrato poderá ser celebrado verbalmente, ou por período inferior a trinta meses. Nestes casos, porém, haverá sanção. O locador somente poderá despejar o inquilino, sem motivo justo, após cinco anos de locação. Como se pode concluir, a sanção é indireta, e o comando só pode ser percebido por causa dela.(4)

Examinados, o mais detalhadamente possível, os meandros da norma jurídica, podemos dar início ao estudo da Lei de introdução ao Código Civil.

(2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 72. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso. Op. cit., v. 1, p. 41.)

(3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 72.) (4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 72. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso. Op. cit. v. I, p. 41.)

A Lei de introdução ao Código Civil é, na verdade, bastante posterior a ele. O

Código data de 1916, e a Lei de introdução de 1942, revogando a Lei 3.071/16.

Seu objetivo não é, meramente, lixar normas para a legislação civil. Ao tratar da eficácia, do conflito e da interpretação das leis, acaba por estender suas regras a toda e qualquer lei, seja ela de Direito Privado ou Público.(5) De fato, tais disposições fazem antes parte do Direito Constitucional do que, propriamente, do Direito Civil. Aliás, várias das disposições contidas em seus 19 artigos foram, posteriormente, confirmadas e, em alguns casos, revogadas pela Constituição Federal.

Nos seis primeiros artigos, a Lei de Introdução cuida da eficácia, da interpretação e do conflito de Íeis no tempo. A seguir e, até o final, trata do conflito de leis no espaço, delineando a maneira como os juízes devem agir para resolver controvérsias internacionais de Direito Privado, como, por exemplo, julgar caso oriundo de contrato entre brasileiro e francês, ou seja, que Lei aplicar, a brasileira ou a francesa.

Mas vejamos suas normas com mais detalhes.

2 EFICÁCIA DAS LEIS

2.1 Início de vigência das leis

Ponto de partida para a vigência de uma lei é sua publicação pela imprensa Oficial. A fixação do início de vigência de uma lei deve ser buscada nela mesma.

É ela que determinará a partir de quando entrará em vigor. Às vezes, entra em vigor na data de sua publicação; às vezes, trinta dias ou um ano após sua publicação. A fixação do início de vigência de uma lei dependerá de seu objetivo específico.

Caso a lei não traga em seu texto nenhuma norma que fixe data em que entrará em vigor, a Lei de introdução ao Código Civil estabelece prazo de 45 dias, no Brasil e três meses, no exterior. Em outras palavras, essa lei será publicada e somente 45 dias depois começará a vigorar.

A esse prazo, entre a publicação da lei e o início de sua vigência, chamamos de vacatio legis. Em outros termos, a lei existe, mas ainda não está vigorando, ainda não tem força obrigatória, vigindo a lei antiga para todos os fatos jurídicos ocorridos neste período de vacaria legis. A vacaria legis terá sua duração determinada pela própria lei nova ou, como vimos, se esta for omissa, pela Lei de introdução ao Código Civil, ou seja, 45 dias corridos depois de sua publicação.

(5 DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 2ªed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4 et seq.) Pode ser que a lei, ao ser publicada, contenha erros que passaram despercebidos, mas que careçam de correção. Quando isto ocorrer, os artigos da lei que estiverem errados, serão corrigidos e a lei será republicada. Neste caso, diz a Lei de introdução que a vacaria legis começa a correr de novo. Mas e se o erro for percebido após o início de vigência da lei? Sendo assim, o erro será emendado e publicado em nova lei. Por exemplo, suponhamos uma Lei n. l0, cujo objeto seja regular relações de consumo. Suponhamos ainda que, entrando esta lei em vigor, descubra-se que contém erro grave em seu art. 30. Descoberto o erro, será ele corrigido, e se publicará nova Lei n. II, cujo objeto será o de corrigir o art. 30 da Lei n. l0. Seu texto bem poderia ser o seguinte:

"Art. 1º Fica assim redigido o art. 30 da Lei n. l0: Art. 30 [...] Art.

2° Revogam-se todas as disposições contrárias.

Art. 3° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Orientando a aplicação das normas sobre eficácia das leis, há dois princípios.

São chamados princípios informadores da eficácia das leis, exatamente por informarem o jurista sobre o que deve ser feito, sempre que deparar com alguma dúvida. São eles o princípio da obrigatoriedade e o princípio da continuidade das leis.

O princípio da obrigatoriedade das leis dispõe que, uma vez em vigor, a lei é obrigatória para todos os seus destinatários, sem qualquer distinção, ainda que a desconheçam. Aliás, não vale a escusa de se não conhecer a lei. Na verdade, quando o legislador impôs a regra de que não se pode descumprir lei, sob a alegação de desconhecê-la, não quis com isto dizer que, com a promulgação, a lei se torna conhecida de todos. E lógico que não somos obrigados a conhecer toda a legislação vigente. Isso seria humanamente impossível. A questão é que, se nos fosse dado alegar que desconhecemos a lei, para justificar o fato de a termos descumprido, a sociedade se transformaria em verdadeira balbúrdia, em barafunda, em que ninguém respeitaria os direitos de ninguém. Assim, o princípio da obrigatoriedade das leis veio pôr ordem nas relações sociais. É princípio de segurança jurídica.

O princípio da continuidade das leis tem outro objetivo. Segundo ele, toda lei, a partir do início de sua vigência, tem eficácia contínua, até que seja revogada por outra lei. O desuso, portanto, não faz com que a lei perca sua eficácia formal. Em outras palavras, formalmente, a lei existe e vige, apesar de na realidade não ser observada por ninguém. Podemos dizer, pois, que tal lei tem eficácia formal, mas não eficácia real ou material. De qualquer modo, ela estará em vigor, até que outra lei seja promulgada com o fito de revogá-la.

Pelo princípio da continuidade das leis, vimos que uma lei só perde sua eficácia em razão de força contrária à sua vigência. A esta força dá-se o nome de revogação.

A revogação pode ser total ou parcial. Será total, quando toda a lei antiga for revogada pela nova. Chama-se também ab-rogação.

Por outro lado, a revogação parcial, como o próprio nome está a indicar,

ocorrerá, quando a lei nova revogar apenas algumas das disposições da lei antiga, continuando o resto em vigor. A este tipo de revogação dá-se o nome de derrogação.

Pode a revogação ser ainda expressa ou tácita.

Será expressa, quando no texto da lei nova houver norma expressa, revogando a lei antiga. Por exemplo, " fica revogada a Lei n. l0 de 1968", ou " fica revogado o art. 2° da Lei n. 20 de 1989".

Será, entretanto, tácita, quando a lei nova nada disser a respeito de que disposições legais estão sendo por ela revogadas. Neste caso, a Lei de Introdução resolve o caso, dizendo que a lei posterior revoga a anterior, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

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

Entrementes, a revogação não é a única razão pela qual uma lei deixa de vigorar.

Às vezes, a lei traz em seu texto a data de sua morte. São as chamadas leis temporárias, destinadas a vigir somente por prazo determinado, como, por exemplo, as leis orçamentárias, que vigoram por apenas um ano.

Outra questão tratada pela Lei de introdução diz respeito às leis repristinadoras. Que vem a ser lei repristinadora? É lei que ressuscita outra já revogada. Suponhamos Lei "A" em vigor. Posteriormente, é promulgada Lei "B", tratando do mesmo assunto de forma exaustiva e, revogando a Lei "A". Suponhamos ainda Lei "C" que, simplesmente, revogue a Lei "B", sem regular o assunto tratado por esta. A Lei "C" poderia conter apenas um artigo: 'fica revogada a Lei 'B'", e nada mais. Como ficaria a questão? A Lei "A" estaria automaticamente revigorada pela Lei "C"?

A resposta será não. Para que a Lei "C" ressuscitasse a Lei "A", ou seja, para que fosse lei repristinadora, seria necessária disposição expressa neste sentido. Por exemplo, poderíamos ter:

Lei "C"

Art. l° Fica revogada a Lei "B".

Art. 2° volta a vigorar a Lei "A".

No caso em análise, tal não ocorreu. Portanto, simplesmente deixaria de se ter lei regulando a matéria. Em outras palavras, a repristinação jamais será tácita.

2.2 Conflito de leis no tempo

Dá-se conflito de leis no tempo, quando não se souber que lei aplicar, se a nova ou a antiga. Assim, por exemplo, a um contrato de locação em vigor, celebrado sob a égide da lei de 1979, qual lei aplicaremos, a de 1979 ou a nova, de 1991?

Segundo a Lei de introdução ao Código Civil, nenhuma lei nova prejudicará direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Em outras palavras, fica sacramentado o princípio da irretroatividade das leis.

Direito adquirido é aquele que já foi concedido, mas ainda não foi concretizado, ainda não foi desfrutado pelo adquirente. É o direito conquistado, mas não usufruído. Suponhamos caso em que o juiz haja concedido a prisioneiro indulto de natal. Suponhamos ainda que, antes do prisioneiro desfrutar do indulto, venha nova lei extinguindo tal benefício. Ora, esta lei só poderá ser aplicada aos casos vindouros. Aqueles indultos, já concedidos e ainda não desfrutados, não poderão ser prejudicados pela lei nova.

Ato jurídico perfeito é aquele já consumado, acabado e formalizado. Analisemos o significado de cada uma destas palavras.

Ato, no sentido aqui utilizado, é toda atuação humana que tenha por objetivo criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. Exemplos é o que mais temos: celebração de contrato, feitura de testamento, casamento etc. Todos são atos.

Ato jurídico, por que cria direitos e deveres, é fonte de Direito.

Ato jurídico perfeito, por já estar consumado. Por já ter sido concluído. A palavra perfeito é na verdade o particípio passado do verbo perfazer. Perfazer perfeito, como ver - visto. É assim que deve ser entendida, e não como sinônimo de "absolutamente sem defeitos".

Vejamos, agora, um exemplo. Contrato de locação, celebrado em 1990, para vigorar por quatro anos, uma vez pactuado pelas partes, torna-se ato jurídico perfeito.

Acontece que, em 1991, a lei antiga, sob a qual o contrato fora celebrado, foi revogada por nova Lei do inquilinato. Esta última não pode, sob nenhuma circunstância, retroagir para prejudicar o contrato celebrado sob a lei antiga, que, para este, continua em vigor.

Mas suponhamos que, sob a lei antiga, fosse permitido fixar o reajuste de aluguéis em salários mínimos. Suponhamos ainda que a lei nova tenha proibido tal índice de reajuste, substituindo-o por outro. Que aconteceria se o contrato em questão tivesse escolhido o salário mínimo como índice de reajuste de aluguéis?

Seria ele afetado pela nova lei?

A resposta é afirmativa. Em relação aos aluguéis vencidos e não pagos antes da nova lei, o reajuste, é lógico, se fará com base no salário mínimo, pois a lei nova não pode retroagir. já quanto aos aluguéis a vencer, depois da lei nova, aplicar-se-á o novo índice. A lei nova não estará retroagindo nesse caso. Estará sendo aplicada a situação nova.

Coisa julgada ou caso julgado é toda decisão judicial da qual já não caiba mais recurso. É a decisão transitada em julgado. Dela o vencido já não tem como recorrer. Tal decisão judicial, tampouco, poderá ser prejudicada por lei nova.

imaginemos um indivíduo que tenha sido condenado à pena máxima, suponhamos 6

anos de prisão, por um crime que cometera. Prolatada a sentença, dela recorreu, sendo julgado improcedente o recurso. A partir desse momento, diz-se que a sentença transitou em julgado e, se uma lei nova for editada, aumentando a pena máxima para l0 anos, aquela decisão já transitada em julgado não poderá ser alterada.

Mas e se a pena máxima for diminuída para 4 anos? A sentença trânsita em julgado poderá ser modificada?

Bem, nesse ponto a doutrina se divide. Alguns entendem que a pena poderá ser diminuída, porque a lei nova não estaria retroagindo. Tanto é que se o condenado

já houver cumprido 5 anos dos 6 a que havia sido condenado, será solto, sem direito a nenhuma indenização por parte do Estado, por ter cumprido pena além da devida.

Outros já são de opinião que a pena poderá ser diminuída, uma vez que, tratando-se de Direito Penal, a lei nova poderá retroagir para beneficiar o réu.

De qualquer forma, a pena será diminuída.

2.3 Conflito de leis no espaço

Do art. 7° até o último, a Lei de introdução trata do conflito de leis no espaço, fixando regras para que o juiz brasileiro saiba qual Lei aplicar em conflitos internacionais, se a Lei brasileira ou a estrangeira. Vejamos um exemplo: suponhamos que brasileira tenha se casado com holandês, na Holanda.

Vindo morar sozinha no Brasil, resolveu pedir divórcio perante juiz brasileiro.

Acontece que o holandês continuava morando na Holanda. Que Lei o juiz irá aplicar para processar este divórcio, a brasileira ou a holandesa?

É para responder a tais perguntas que a Lei de introdução dedica a maioria de seus artigos.

Assim, há normas sobre personalidade, nome, capacidade e direitos de família. Em relação a estes itens, diz o art. 7° aplicar-se a Lei do país em que for domiciliada a pessoa. imaginando, pois, que a capacidade plena para o casamento seja de 18 anos nos Estados Unidos, o casamento de americano de 18 anos seria válido no Brasil, mesmo que realizado sem a autorização dos pais. Se este americano se casasse novamente no Brasil, seria considerado bígamo.

Este princípio da Lei do domicílio se aplica a outros casos também: 1º aplica-se a Lei do domicílio do proprietário, quanto aos bens móveis que tiver consigo;

2º o penhor regula-se pela Lei do domicílio do possuidor da coisa apenhada; 3º as obrigações contratuais regulam-se pela Lei do domicílio do proponente, salvo disposição contrária;

4º a Lei do domicílio do defunto ou do ausente regula sua sucessão; 5º mas é a Lei do domicílio do herdeiro que regula a capacidade para suceder.

Há outras regras além do princípio da Lei do domicílio. Por exemplo, para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplica-se a Lei do país no qual se situarem. Para qualificar e reger as obrigações, aplica-se a Lei do país em que se constituírem.

Dessa forma, vemos que aplicam-se no Brasil Íeis, sentenças e outros atos legislativos estrangeiros. Duas regras importantes serão, todavia, observadas: 1ª não se aplicará nenhuma lei, sentença ou ato estrangeiro no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes; 2ª não se cumprirá sentença de juiz estrangeiro no Brasil sem exequatur.

Exequatur significa, em latim, "cumpra-se", e, para nós, nada mais é que a permissão dada pelo Supremo Tribunal Federal para que a sentença seja cumprida no Brasil. Toda sentença estrangeira, para ser executada no Brasil, necessita dessa autorização do STF, como regra.

3 INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

Para que a Lei vigore plenamente, para que seja aplicada com justiça, é preciso que esteja clara para todos. É mister que a vontade de quem a criou seja conhecida. A este processo de conhecimento da vontade de seu criador, chamamos interpretação da Lei.

A interpretação admite três classes: quanto à origem, quanto aos métodos e quanto à abrangência.

Quanto à origem pode ser autêntica, judicial ou doutrinária.

Quanto aos métodos pode ser lingüística, lógica, sistemática, ontológica, teleológica, analógica, sociológica e histórica.

Quanto à abrangência será restritiva ou extensiva, lata ou estrita.

Quanto à natureza poder ser concreta ou abstrata.

Interpretação autêntica é aquela feita pelo próprio legislador, por intermédio de lei interpretativa. É muito comum leis virem seguidas de decretos, com o objetivo de interpretá-las e regulamentá-las.

Judicial é a interpretação dada pelos juízes e tribunais ao proferirem suas

decisões, quando da aplicação da Lei ao caso concreto.

Doutrinária é a interpretação dos juristas, dos pensadores do Direito, em artigos, livros, pareceres etc.

A interpretação judicial será, de regra, casuística, ou seja, o juiz interpretará a Lei em cada caso concreto. Já a autêntica e a doutrinária serão, habitualmente, genéricas, não se referindo a caso concreto em especial. Quando adotam casos concretos, é, normalmente, para exemplificar.

Chama-se interpretação lingüística a que se realiza por análise sintática, semântica, etimológica ou, até mesmo, ortográfica do texto legal.

A interpretação será lógica, quando o intérprete buscar o sentido lógico da norma. Vejamos exemplo. Em Direito Civil, sempre que uma pessoa, agindo com culpa, cause dano a outra, será obrigada a indenizá-la. Bem, se a Lei fala apenas em culpa, podemos, por interpretação lógica, deduzir que, também aqueles que ajam dolosamente e causem prejuízo, serão obrigados à indenização. Ora, se quem age com culpa tem que indenizar os prejuízos que causa, com muito mais razão, quem age com dolo terá que indenizar. É questão de lógica.

Interpretação sistemática é como um quebra-cabeças. O intérprete simplesmente encontrará lugar para a lei interpretada no sistema legal. Ora, não podemos interpretar o Código do Consumidor sem o Código Penal, sem o Código Civil, sem a Constituição, e tantas outras Íeis. Todas elas, em conjunto, formam sistema que interage, uma complementando a outra.

Será ontológica a interpretação, quando se buscar a essência da Lei, sua razão de ser, a chamada ratio legis, ou razão da Lei.

Interpretação teleológica é aquela que busca a finalidade da Lei, seus objetivos.

Analógica é a interpretação comparativa da Lei. Para situações idênticas, idêntica será a solução: ubi eadem est legis ratio, eadem debet esse legis disipositio.

A interpretação da Lei será histórica, quando o intérprete tiver que pesquisar dados históricos para esclarecer pontos obscuros. Para entendermos, por exemplo, o porquê da volta da denúncia vazia na Lei do inquilinato de 1991, devemos pesquisar como as várias leis do inquilinato anteriores a ela trataram da

questão, e quais foram a conseqüências práticas ao longo do tempo.

Na interpretação sociológica, o intérprete deverá conjugar norma legal com elementos do meio social. Exemplo bastante esclarecedor talvez seja o da emancipação do índio. Para que indígena se emancipe, tornando-se capaz para o exercício de qualquer ato da vida civil, como celebração de contratos, casamento etc. é necessário, dentre outras coisas, que conheça o idioma português. como devemos interpretar o verbo conhecer? Que significa conhecer o idioma português?

A interpretação deve levar em conta a situação do índio, em face do estado de alfabetização da população brasileira em geral. Ora, em país com tantos analfabetos como o nosso, não seria razoável entendermos a expressão cordlecer o português, como sinônima de falar, ler e escrever.

Quanto à abrangência, não devemos confundir interpretação lata e estrita com interpretação extensiva e restritiva. Na interpretação lata e estrita o que se tem em mente é a abrangência de certa palavra ou expressão. Por exemplo, como interpretar o verbo alienar, do art. 235, I do Código Civil? Seria seu significado "vender, doar e trocar" ou apenas "vender" ? Se se entender que significa apenas "vender", a interpretação estará sendo estrita. Se, ao contrário, o entendimento for o de que significa "vender, doar e trocar", a interpretação estará sendo lata.

Na interpretação extensiva e restritiva, o que se tem em vista é o sentido maior ou menor da norma. Assim, poderíamos perguntar: as normas sobre produtos defeituosos dos arts. 12 a 25 do Código do Consumidor se aplicariam somente às relações de consumo ou a toda relação obrigacional, cujo objeto seja um produto defeituoso? Se entendermos que só se aplicam às relações de consumo, a interpretação estará sendo restritiva. Se, entretanto, entendermos que se aplicam a toda e qualquer relação obrigacional, a interpretação estará sendo extensiva.(6)

A interpretação pode ser concreta, quando se estiver resolvendo um caso particular, real. A interpretação judicial, como vimos, é, como regra, concreta.

Finalmente, interpretação abstrata é a que não leva em conta esse ou aquele caso real. Procura analisar a lei de forma não casuística. É o que, normalmente, faz a doutrina.

Há de ser esclarecido, contudo, que a interpretação será, como regra, fenômeno empírico, o que vale dizer que a lei, habitualmente, é interpretada, não de modo

abstrato, mas diante de um ou mais casos concretos. Pela interpretação, o hermeneuta deverá subsumir a lei ao caso concreto, conjugando os distintos métodos de exegese. Daí ser possível interpretar-se uma mesma norma de várias maneiras distintas, dependendo dos vários casos concretos que se tenha em vista.

(6 SERPA LOPES, Miguel Maria de Curso, Op. p. 140)

Capítulo IV

PESSOAS

1 - Personalidades

2 - Capacidade

2.1 Interdição

2.2 Emancipação

3 - Nome da pessoa natural

4 - Estado

5 - Pessoas jurídicas

5.1 Definição

5.2 Natureza jurídica

5.3 Características

5.4 Classificação

5.5 Registro das pessoas jurídicas

6 - Fundações

6.1 Definição

6.2 Criação

6.3 Observações

7 - Registro Civil

8 - Domicílio e residência

PESSOAS

As pessoas, naturais ou jurídicas, são os sujeitos dos direitos subjetivos. É em sua função que existe a ordem jurídica.

l PERSONALIDADE

Característica essencial dos sujeitos dos direitos é a personalidade. Parece redundante dizer que personalidade é atributo jurídico que dá a um set status de pessoa.

É interessante observar que personalidade é invenção do Direito. Daí dizermos que personalidade é atributo jurídico. A personalidade não é natural. Tanto não é natural, que antigamente havia seres humanos aos quais o Direito não atribuía personalidade. Eram os escravos, considerados coisas perante o ordenamento jurídico.

Mais uma prova de que personalidade é atributo jurídico e não natural, é a existência das pessoas jurídicas, entes não humanos, aos quais o Direito concede personalidade.

A personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida. Permanece por toda a existência da pessoa, que só a perde com a morte.

Todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce, até o momento em que morre.

Nunca uma pessoa poderá perder a personalidade, a não ser que se torne escrava, o que, em nossos dias, seria inconcebível.

A vida e a morte, por sua vez, tomam como ponto referencial a respiração.

Independentemente das teses levantadas pela Medicina, para o Direito ainda é a

respiração o limite entre a vida e a morte. Se a pessoa respira, ainda está viva, possuindo, pois, personalidade. Se não respira, está morta, não sendo mais pessoa.

O fato de se determinar se uma criança nasceu morta, ou se deu ainda que seja leve inspirada de ar atmosférico, pode ser de suma importância para a determinação de linha sucessória. imaginemos "A" e "B", marido e mulher. Durante a gravidez de "A", "B" vem a falecer. Seu herdeiro natural e necessário seria seu filho, ainda no ventre. Como ainda está para nascer, considera-se nascituro, não possuindo personalidade. Seus direitos sucessórios, assim como outros direitos - à vida, à integridade física etc. - são, porém, preservados. Não por ser pessoa, mas por ser pessoa em potencial. Dessarte, a herança de seu pai só será atribuída aos herdeiros, após o nascimento do nascituro. Nascendo este, ainda que tenha dado só uma leve inspirada de ar, terá vivido e, portanto, adquirido personalidade. Sua será a herança, que transmitirá a sua herdeira, a saber, sua mãe. Mas se nascer sem vida, a herança de "B" será atribuída a seus ascendentes, uma vez que seu filho não adquiriu personalidade, nada havendo herdado.

De igual importância tem a determinação de quem morreu antes ou depois, em acidente de carro, por exemplo, em que pai e filho tenham falecido. Se for impossível a fixação do momento exato, presume-se que tenham morrido juntos.

Neste caso, um não herda do outro, sendo seu patrimônio transmitido aos outros herdeiros. É a regra da comoriência, que também resolve muitos problemas sucessórios. Logicamente a comoriência só se aplica se morrerem juntos parentes, sucessores recíprocos. Pois, se duas pessoas, ainda que parentes, que não sejam herdeiras uma da outra, morrerem em virtude do mesmo acidente, pouco importa qual delas tenha falecido antes ou depois.

Já as pessoas jurídicas têm sua personalidade atrelada, ou bem a uma lei, ou bem ao registro. Como regra, diríamos que as pessoas jurídicas de Direito Privado atrelam-se ao registro, à exceção das empresas públicas, que se criam e se extinguem por lei. As pessoas jurídicas de Direito Público atrelam-se à lei.

2 CAPACIDADE

A personalidade possui certos atributos, certos elementos que a caracterizam.

São eles, basicamente, a capacidade, o nome e o estado.

Ligada à idéia de personalidade está a capacidade. Capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações.

Esta aptidão pode ser mero potencial, ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de Direito, também chamada de capacidade jurídica, legal ou civil. Se for poder efetivo, teremos a capacidade de fato, também chamada de capacidade geral ou plena.

Capacidade de Direito é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil. Assim como todo bloco de mármore tem em si o potencial para se tornar estátua, da mesma forma toda pessoa tem o potencial para exercer a vida civil. Mas que seria exercer atos da vida civil? Seria celebrar contratos, casar-se, agir em juízo etc.

Concluindo, podemos dizer que o recém-nascido possui a capacidade de Direito, e também o débil mental, ou pessoa esclerosada. Todos, sem exceção, a possuímos.

Bem, se todos possuímos capacidade de Direito, isso não quer dizer que todos possamos, de fato, exercer atos da vida civil. É evidente que o recém-nascido, o débil mental ou a pessoa esclerosada não podem. Desse modo, vemos que, além da capacidade de Direito, ou seja, desse mero potencial, é necessário para o exercício da vida civil poder efetivo, real, que nos é dado pela capacidade de fato.

Podemos dizer, portanto, que capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil.

Em relação à capacidade de fato, podemos classificar as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

Absolutamente incapazes são os menores de 16 anos, também chamados menores impúberes; os loucos de todo o gênero; surdos-mudos que não consigam se fazer entender de nenhuma forma e os ausentes.

A incapacidade absoluta tem como conseqüência o simples fato de a pessoa não ter sua vontade levada em consideração. É como se não tivesse vontade própria. Tem, assim, que ser representada em tudo o que for fazer por responsável legal. É a vontade deste representante que conta. Logicamente, os poderes do representante são limitados. Dessa forma, necessita ele de autorização do juiz e do Ministério Público para realizar qualquer ato que importe perda patrimonial para o incapaz.

Ficam, pois, proibidos de, sem autorização, vender, doar ou trocar bens do incapaz, fazer acordos em nome do incapaz, renunciar a direitos do incapaz etc.

Mas, quem representa os incapazes?

Os menores de 16 anos são representados por seus pais. Às vezes ocorre de os pais não poderem representar os filhos por estarem mortos, ou por se tornarem incapazes, ou ainda por perderem o poder familiar, também chamado de poder parental, que os pais têm sobre os filhos menores.(1)

Nestes casos, seus filhos serão representados por tutor, nomeado pelo juiz ou pelos próprios pais, que poderá ser o avô, tio, irmão mais velho, ou outra pessoa qualquer, da confiança do juiz ou dos pais.

Os loucos, surdos-mudos que não conseguem se expressar e os ausentes serão representados por curador, se possuírem mais de 21 anos. Se forem menores de 21

anos, já serão representados ou por seus pais, ou por tutor, no caso de os pais não poderem, uma vez que se consideram incapazes, de qualquer jeito.

Analisemos, agora, cada uma das categorias dos absolutamente incapazes.

Quanto aos menores de 16 anos, não há o que falar. A Lei já é bastante clara.

Os surdos-mudos só serão considerados incapazes se não conseguirem, de forma alguma, comunicar sua vontade. Se conseguirem, ainda que por meio de gestos, ou de linguagem escrita, serão considerados capazes.

(1 Antes de a Constituição de 1988 ter igualado os pais quanto a seus direitos e deveres em relação aos filhos, falava-se em pátrio poder, detido exclusivamente pelo pai, e, em sua ausência ou impossibilidade, pela mãe.) Quanto aos loucos, são tratados de forma genérica. Em outras palavras, a Lei fala em loucos de todo o gênero, não entrando em disputas conceituais que pertencem antes à psicologia, à psiquiatria ou à psicanálise. Por louco, devemos entender qualquer pessoa detentora de problema mental que a prive totalmente de seu bom senso. Louco seria toda pessoa que não consegue distinguir entre o certo e o errado, entre o lógico e o ilógico. Nesta categoria, podemos incluir os débeis mentais, pessoas esclerosadas, pessoas em coma etc., além dos loucos, vulgarmente ditos.

O Decreto n. 24.559/34, complementando o Código Civil, dispõe sobre a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas. Em primeiro lugar, a palavra psicopata tem quase o sentido de "louco de todo o gênero", uma vez que significa doente mental. O importante acréscimo desse Decreto é a possibilidade de se considerar o psicopata relativamente incapaz, dependendo do grau da psicopatia, quando, então, seria assistido por curador.

Se pessoa maior de 21 anos fica louca, não se torna incapaz automaticamente. É

necessário processo de interdição, findo o qual será declarada incapaz por sentença judicial, sendo-lhe nomeado curador para que a represente.

Ausente é toda pessoa que desaparece sem deixar pistas. Ninguém sabe se está viva ou morta. Para se caracterizar a incapacidade do ausente, é também necessário processo judicial, em que o juiz apurará a ausência e declarará o ausente incapaz por sentença.

Analisando o processo de ausência, primeiramente devemos estabelecer quem pode requerer ao juiz a declaração de ausência. Em princípio, qualquer interessado, considerando-se tais, herdeiros, credores e o Ministério Público.

Feito o requerimento, a primeira medida que o juiz deverá tomar, é esclarecer se o ausente deixou representantes legais ou procurador com poderes de administração. O ausente deixará representante legal, somente se for incapaz, quando será representado por seus pais, ou por tutor, ou mesmo por curador.

Neste caso, o representante legal continua na administração dos bens do ausente.

Se o ausente era capaz, não terá representante legal. Mas pode ser que possua

procurador com poderes de administração, quando, então, este procurador continuará administrando os bens do ausente.

Mas e se o ausente não deixar nem representante legal, nem procurador com poderes de administração? Neste caso, o juiz nomeará curador para administrar-lhe os bens.

Declarada a pessoa ausente, e sendo, se for o caso, nomeado curador, o juiz mandará publicar editais na imprensa Oficial, de dois em dois meses, durante um ano, convocando o ausente a reaparecer. Após um ano da publicação do primeiro edital, os interessados (herdeiros, credores ou MP) poderão requerer ao juiz a abertura da sucessão provisória do ausente. isso quer dizer que os herdeiros receberão a herança do ausente, e os credores serão pagos. A sucessão é, porém, provisória, ou seja, se o ausente reaparecer em período de l0 anos, contados da abertura da sucessão provisória, terá direito a reaver dos herdeiros todos os seus bens de volta. Se estes já tiverem sido dissipados, os herdeiros terão que indenizá-lo. Aliás, ao receberem os bens a título provisório, os herdeiros deverão prestar caução de restituição. Em outras palavras, deverão oferecer garantias reais (hipoteca, penhor etc.) ou pessoais (fiança) de que restituirão os bens ao ausente, caso este reapareça. Quanto aos credores, é lógico que estes recebem a título definitivo, nada tendo, pois, a restituir ao ausente ressurgido.

Escoados esses l0 anos, os herdeiros ou o MP poderão requerer que se abra a sucessão definitiva do ausente, quando, então, adquirem os bens a título definitivo. Uma vez aberta a sucessão definitiva, o ausente poderá retornar, no prazo de l0 anos, tendo direito a receber os bens no estado em que se encontrarem. Se alienados os bens, receberá o preço que os herdeiros houverem percebido no negócio. Se alienados os bens, receberá o preço que os herdeiros houverem percebido no negócio. Se permutados, receberá os bens que substituíram os antigos etc.

Caso algum herdeiro do ausente tenha sido esquecido, na sucessão provisória, terá o prazo de 20 anos, contados da abertura da sucessão provisória para pleitear seu quinhão. Se o requerimento for apresentado durante a sucessão provisória, a herança original será repartilhada. Mas se o requerimento for apresentado durante os l0 anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, a herança será repartilhada, não como era originalmente, mas no estado em que se encontrar.

A sucessão definitiva poderá ser requerida em mais dois casos. Primeiramente, a

qualquer tempo, se o ausente for encontrado morto. Em segundo lugar, se o ausente contar oitenta anos, e houver decorrido cinco anos de suas últimas notícias.

Cabe, por fim, não confundir os casos de ausência com os casos de morte presumida. O ausente não é considerado morto, mas apenas desaparecido. Em algumas situações, porém, a pessoa desaparecida pode se presumir morta. São as hipóteses do art. 88 da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73. Diz o art.

88 que os juízes poderão admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. O mesmo se aplica aos desaparecidos em batalha, cujo óbito não tenha sido registrado em livro próprio pelos oficiais da corporação correspondente.

Estudemos agora os relativamente incapazes, que são os maiores de 16 e menores de 21 anos, denominados menores púberes; os silvícolas e os pródigos.

As conseqüências da incapacidade relativa são diferentes da absoluta. Os relativamente incapazes têm sua vontade levada em conta. Em outras palavras, os relativamente incapazes já têm direito de expressar sua vontade, necessitando apenas de pessoa que lhes assista. Assistir a relativamente incapaz é autorizar atos que ele queira praticar. Assim, uma pessoa relativamente incapaz poderá, por exemplo, vender casa de sua propriedade, desde que o responsável por ela concorde, assinando junto. Poderá também discordar, caso em que o ato não será praticado. Mas quem assiste os incapazes?

Os maiores de 16 e menores de 21 anos são assistidos por seus pais, ou por tutor. Os silvícolas são assistidos por órgão tutor chamado Funai, e os pródigos, por curador.

Analisando cada uma das categorias, afora os maiores de 16 e menores de 21 anos que dispensam explicações, temos em primeiro lugar os silvícolas.

Silvícola é palavra composta de duas palavras latinas, silva (selva) e incola (habitante). Assim, silvícola é o habitante das selvas. É aquela pessoa que desconhece o intricado funcionamento da civilização. Aqui no Brasil, silvícola é o índio.

Para ele existe legislação especial. É a Lei n. 6.001/73, mais conhecida por Estatuto do Índio. Segundo esta lei, índio é toda pessoa de ascendência pré-

colombiana, sendo relativamente incapazes aqueles não integrados à comunhão nacional.

Vemos, pois, que sendo o índio integrado, será tratado como qualquer outro brasileiro, saindo da proteção do Estatuto do Índio. Para se integrar, é necessário processo judicial, iniciado pelo próprio índio, desde que tenha mais de 21 anos, que conheça o idioma português, que seja habilitado em algum ofício e tenha conhecimento razoável dos costumes nacionais. O juiz só emancipará o índio após ouvir seu tutor - a Funai, e o Ministério Público.

A conseqüência dos atos praticados pelo índio sem a assistência da Funai é que se consideram inquinados de defeito, podendo ser anulados, a qualquer momento, por qualquer interessado, ou de ofício, pelo juiz, anão ser que se prove ter o índio consciência do que fez, e que o ato não lhe foi prejudicial.

Os pródigos são aquelas pessoas esbanjadoras, que não têm limites ao gastar seu dinheiro, arruinando seu patrimônio. Mas o simples fato de uma pessoa ser pródiga não significa, automaticamente, que será considerada relativamente incapaz. Para tanto, é necessário que se promova processo judicial de interdição, em que, sendo declarada pródiga por sentença, será tida por relativamente incapaz, tendo curador, nomeado pelo juiz. Este curador poderá ser o cônjuge, filho maior, outro parente, ou estranho da confiança do juiz.

Finalmente, ternos as pessoas capazes, que são os maiores de 21 anos e os emancipados.

Estes possuem, assim como os incapazes, capacidade de Direito. Mas, além dela, também possuem capacidade de fato, que os habilita para o exercício real de todos os atos da vida civil.

Quanto aos maiores de 21 anos, nada há a esclarecer. Desde que não caibam na categoria dos loucos, dos surdos-mudos que não conseguem se comunicar, dos ausentes, dos silvícolas ou dos pródigos, serão plenamente capazes.

Emancipados são aqueles menores de 21 anos, aos quais a Lei, os pais ou o juiz concede capacidade.

Até aqui, vimos que há dois tipos de capacidade, a de Direito, que todos possuem, e a de fato, que só os maiores de 21 anos e os emancipados possuem.

Além desses dois tipos, há também a capacidade negocial e a capacidade especial.

Capacidade negocial é aquela exigida como plus, além da genérica, para a realização de atos jurídicos específicos. Assim, para outorgar procuração particular a advogado, o outorgante deverá ser alfabetizado. Como se observa, além de ser maior de 21 anos, ou seja, além de possuir capacidade genérica, a pessoa deverá saber ler e escrever, para ser capaz para a celebração deste tipo de contrato. Os analfabetos maiores de 21 anos não podem, portanto, fazê-lo, a não ser por instrumento público, isto é, em cartório. Possuem capacidade genérica, mas não negocial, exigida especificamente para esse ato.

Capacidade especial é aquela exigida para a realização de determinados atos, normalmente fora da esfera do Direito Privado.

Assim, temos, para o serviço militar - 17 anos; para dirigir automóveis 18 anos; para votar - 16 anos; para o casamento - 16 anos para a mulher e 18 para o homem; para movimentar conta bancária - 16 anos; para imputabilidade criminal -

18 anos; para efeitos trabalhistas -18 anos; etc.

Observe-se que, aos 16 anos, o menor pode votar, mas para os demais atos, necessita da assistência de seus pais. Aos 18 anos, pode ser punido criminalmente.

Mas isso não significa que seja maior, apenas que, para efeitos criminais, e só para isso, é considerado capaz. E assim por diante, em relação ao casamento, à habilitação para dirigir etc.

Finalmente, cabe não confundir capacidade e incapacidade com maioridade e menoridade. Maiores são os que têm mais de 21 anos, e menores os que têm menos de 21 anos. Normalmente, os maiores serão capazes, e os menores incapazes. Mas nem sempre. Como vimos, os loucos, os pródigos, os ausentes, os silvícolas e os surdos-mudos que não conseguem se expressar, são maiores e incapazes. Também vimos que os emancipados são menores e capazes.

2.1 Interdição

É processo judicial pelo qual pessoa capaz é declarada incapaz.

As pessoas passíveis de interdição são os loucos e os surdos-mudos que não consigam se comunicar, tornando-se absolutamente incapazes; os pródigos, tornando-se relativamente incapazes. Os alcoólatras e toxicômanos, dependendo do grau de seu vício, serão enquadrados na categoria dos loucos de todo gênero ou dos pródigos, tornado-se, respectivamente, absoluta ou relativamente incapazes.

O processo de interdição acha-se, atualmente, regulado no Código de Processo Civil (CPC), arts. 1.177 e seguintes.

A interdição poderá ser requerida pelo cônjuge, pelos pais, por qualquer parente próximo, pelo tutor e pelo Ministério Público (MP).

A Lei contém erro ao não definir o que seja parente próximo. Poderíamos supor, por analogia a outras normas legais, que seriam os avós, bisavós etc., na linha ascendente; filhos, netos, bisnetos etc., na linha descendente; e irmãos, tios e sobrinhos, na linha colateral. Mas é mera interpretação analógica e sistemática.

Poder-se-ía entender, por outro lado, que a Lei se refere a todo parente que esteja sendo prejudicado pelos atos do interditando.

O tutor poderá requerer a interdição nos casos em que os filhos do interditando estiverem sob tutela. Suponhamos caso em que o pai tenha perdido o poder familiar(2) e, estando a mãe morta, haja sido nomeado tutor para os filhos.

Suponhamos ainda, que este pai se torne pródigo, louco, alcoólatra, ou toxicômano, começando a destruir todo seu patrimônio. Quem requererá a interdição desse pai, se os filhos são incapazes e, portanto, proibidos de fazê-

lo? Logicamente, caberá ao tutor dessas crianças.

O MP deverá requerer a interdição nos casos compatíveis com suas funções.

Suponhamos situação em que, estando morto o pai, a mãe se torne louca, pródiga etc. Os filhos estão evidentemente sem tutor, e não havendo mais ninguém que possa requerer a interdição dessa mãe, requerê-la-á o MP, sendo nomeado, para

ela, curador, que será também responsável pelos filhos.

No caso dos loucos e surdos-mudos de nascença, será necessário promover sua interdição ao completarem 21 anos? Em tese, sim. Dentre outras razões, para que lhes seja nomeado curador.

O curador dos interditos será responsável por eles. Se forem absolutamente incapazes, como os loucos, representá-los-á. Se forem relativamente incapazes, como os pródigos, assisti-los-á.

No caso dos pródigos, a interdição os proíbe tão-somente de praticar, sem a autorização do curador, atos que importem diminuição patrimonial, como venda, troca, doação, perdão de dívidas etc. Para outros atos, não necessitam qualquer assistência.

2.2 Emancipação

É o contrário de interdição. Por ela pessoa incapaz se torna capaz.

Emancipação é, assim, a cessação da incapacidade e se opera por concessão dos pais, por determinação legal, ou por sentença judicial.

Será por concessão dos pais a denominada emancipação parental, quando, tendo o menor atingido a idade de 18 anos, for emancipado por seus pais. Basta, para isso, que qualquer um dos pais se dirija ao Cartório de Registro e faça nele inscrever o ato de emancipação.

Será judicial a emancipação em dois casos. Primeiramente, quando um dos pais não concordar em emancipar o filho, contrariando a vontade do outro. Neste caso, só o juiz para decidir a pendência. Em segundo lugar, se o menor, com mais de 18

anos, estiver sob assistência de tutor. Ora, o tutor não tem poderes para emancipar por si mesmo, pois que não detém o poder familiar ou parental. Neste caso, a emancipação deverá ser requerida ao juiz.

(2 Poder familiar ou poder parental é o poder dos pais sobre os filhos menores, antigamente chamado de pátrio poder.)

A emancipação legal é automática, não sendo preciso nenhum outro ato

complementar. Basta que o incapaz se amolde a um dos seguintes casos: casamento, serviço público efetivo, colação de grau em curso de nível superior e exercício de atividade civil ou comercial com economia própria.

A emancipação é irrevogável. Uma vez obtida, só se pode voltar à condição de incapaz pela interdição. Mas e na hipótese da emancipação pelo casamento, sendo este anulado, voltaria o menor à condição de incapaz?

A doutrina é dúbia a respeito. Autores do escol de Caio Mário não fazem menção à hipótese, afirmando, apenas, que, nos casos de morte ou divórcio, continua o menor capaz.(3) Já Washington de Barros,(4) outra opinião de peso, refere-se, especificamente, à anulação do casamento, fato que não desfaria a capacidade adquirida pela emancipação.

Como a Lei é silente a respeito, ficamos do lado de Pontes de Miranda.(5) A anulação do casamento torna o menor que o contraiu incapaz.

3 NOME DA PESSOA NATURAL

Nome ou firma é uma das características da pessoa. Não só a pessoa natural possui nome. Como atributo da personalidade, ao lado da capacidade, também é conferido às pessoas jurídicas. Restringiremos nosso enfoque, neste momento, ao nome das pessoas naturais, tratando das pessoas jurídicas, mais adiante, ao estudarmos as sociedades civis e associações.

A variedade de expressões para designar a idéia de nome vem causando na doutrina, com reflexos na própria Lei, grave confusão. Assim é que empregam-se os termos nome, prenome, apelido, nome de família, sobrenome, ora num sentido, ora noutro. Atento ao problema, Pereira Braga procura sistematizar a matéria.(6) Para ele, nome e prenome indicariam o primeiro nome individual. Sobrenome, os demais nomes individuais. Apelido, os nomes de família. Essa não é, entretanto, a acepção popular da [íngua portuguesa, no Brasil, que, a sua maneira, mais ou menos, já sistematizou a matéria. Optamos, portanto, pelo uso popular.

(3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 2ªed., univ. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I, p. 196)

(4 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, 1° v., p. 67)

(5 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. 201/202)

(6 PEREIRA BRAGA. Estudos. RCJ, v. 6, p. 176 et seq.)

Nome é expressão genérica ou específica. Genericamente, nome é o conjunto de apelidos que recebe a pessoa: José Augusto da Silva Pereira. Daí falar-se em nome completo ou nome todo. Enquanto espécie, nome é sinônimo de prenome: José Augusto, em que Augusto é o que se chama de segundo nome ou nome do meio.

A seguir vem o sobrenome, composto dos apelidos de família, normalmente o patronímico do avô materno e o do avô paterno, sucessivamente: da Silva

Pereira.

Teríamos, assim,

- Nome (completo ou todo): José Augusto da Silva Pereira.

- Prenome ou nome: José (primeiro nome) Augusto (segundo nome ou nome do meio).

- Sobrenome ou nome de família: da Silva (sobrenome ou patronímico da mãe) e Pereira (sobrenome ou patronímico do pai).

Esta é, mais ou menos, a acepção popular, que reputamos suficiente para os fins deste manual.

Nome, em sentido bem amplo, é composto de elementos fixos e contingentes. Fixos são o prenome e o sobrenome. Contingentes são o apelido, como "Joca", o pseudônimo ou nome artístico, os títulos etc.

Não devemos confundir nome com direito ao nome. Nome, como definimos acima, é atributo da personalidade. Mas e o direito ao nome, que seria? Seria direito subjetivo? E, sendo, seria público ou privado?

Na concepção de Kohler,(7) Roguin(8) e Spencer Vampré,(9) o direito ao nome se amolda à categoria dos direitos pessoais absolutos. É direito subjetivo individual, personalíssimo. É direito subjetivo público.

Para outros, o direito ao nome seria direito de propriedade. Direito subjetivo privado.(10)

Negando esta teoria, Planiol (11) se insurge, dizendo ser o nome, não objeto de direito subjetivo, mas objeto de obrigação.

"Le nem est une institution de police civil; il est la forme obligatoire de la désignation des personnes".

(7 Apud SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso. Op. cit., v.I, p. 286.) (8 ROGUIN, Emest. La science juridique pure. Paris: Librairie Générale de Droit

& de Jurisprudence, 1923, t. I, p. 182/183)

(9 VAMPRÉ, Spencer. Tratado elementar de direito comercial. Rio de Janeiro: Briguiet, 1922, v. I, p. 329.)

(10 CAPITANT, Henri. Introduction à l'étude da droit civil.

4ªed., Paris: A. Pedone, 1921, p. 173 et seq.)

(11 PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil. 3ªed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, v. I, p. 151 et seq. Tradução livre: "Nome é instituição de policia civil; é a forma obrigatória da designação das pessoas".)

O nome não é objeto de direito de propriedade, por não ser alienável, por não estar á disposição de seu titular. A Lei confere nome às pessoas atendendo a interesses públicos, e não particulares. O nome seria objeto de obrigação legal, não de direito subjetivo.

Segundo Savigny,(12) Ihering(13) e Clóvis Beviláqua,(14) nome é a forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica. Não é objeto de direito subjetivo, mas de todo um complexo de direitos.

Finalmente, para Pacchioni(15) e Stolfi,(16) o direito ao nome seria direito subjetivo privado sul generis. Realmente, não se o poderia classificar como direito de propriedade. Não obstante, é direito subjetivo de ordem privada. Como não se amolda nem aos direitos reais, nem aos creditícios, é direito sui generis.

De tudo o que foi dito, talvez, assista mesmo razão aos últimos.

Em pesquisa da legislação pátria, deparamo-nos com algumas regras importantes sobre o nome. Em primeiro lugar, diz a Lei de Registros Públicos, Lei n.

6.015/73, que o prenome é imutável, a não ser que exponha seu titular ao ridículo. Aliás, tais nomes vexaminosos deverão ser recusados pelo tabelião. Se os pais não se conformarem com a recusa, o caso será submetido ao juiz competente para decidir a questão. Mas, uma vez registrado, só ao titular é permitido mudar seu prenome, judicialmente ou extrajudicialmente.

A retificação extrajudicial do prenome será feita pelo interessado, no primeiro ano, após completada a maioridade. Esgotado este prazo, a retificação só poderá ser judicial, e desde que o prenome seja vexatório.

O sobrenome é composto pelos nomes ou apelidos de família. Na realidade, compõe-se dos patronímicos paterno e materno.

O sobrenome se adquire de pleno Direito, isto é, ipso jure, e pela prática de ato jurídico. Ipo jure será a aquisição por nascimento ou reconhecimento de paternidade. Pela prática de ato jurídico, adquire-se o nome pela adoção, casamento etc.

A Lei protege o nome, tanto na esfera civil, quanto na criminal.

Penalmente, constitui crime atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística (art.185 do Código Penal).

Civilmente, protege-se a aquisição e o uso exclusivo do nome, mediante ações próprias.

(12 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de droit romain. Paris: Firmin Didot Fréres, 1856, t. II, p. 58)

(13 VON IHERING, Rudolf. La dogmática jurídica. Buenos Aires: Losada, 1946, p.

173 et seq.)

(14 BEVILÁQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. 2ªed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 69 et seq.)

(15 PACCHIONI, G. Nome civile e commerciale. Torino: Fratelli Bocca, 1927, p. 15

et seq.)

(16 STOLFI, Nicola. Il nuovo codice civile. Napoli: Dott Eugenio Jovene, 1939, p. 53 et seq.)

4 ESTADO

Estado é conjunto de designações dado pelo Direito para delimitar as relações familiares, sociais, políticas etc. de uma pessoa. Como vimos, é, ao lado da capacidade e do nome, atributo da personalidade, enquanto elemento distintivo da situação jurídica das pessoas.

O Direito Romano classificava as pessoas segundo três estados. O status familiae determinava se uma pessoa era dependente de outra, caso em que se denominava persona alieni iuris - pessoa de direito alheio, ou se era independente, quando se denominava persona sul iuris - pessoa de direito seu. O status civitatis separava as pessoas em três grupos: romanos, latinos e estrangeiros. Segundo esta divisão eram atribuídos os direitos de cidadania. E o status libertatis dividia os homens em livres, semi livres e escravos.

O Direito Brasileiro adota, a partir do Direito Romano, classificação mais adequada aos tempos modernos. Classifica as pessoas segundo seu estado civil, político e individual. Segundo o estado civil, seremos solteiros, casados, separados, divorciados ou viúvos. De acordo com o estado político seremos cidadãos ou não cidadãos, nacionais, estrangeiros ou apátridas, ou seja, sem pátria. E, finalmente, o estado individual se preocupa com a situação jurídica da pessoa, oriunda de suas próprias peculiaridades físicas. Daí que, quanto ao estado individual, podem as pessoas se classificar em maiores e menores, homens e mulheres, emancipados e interditos etc.(17)

O estado tem seus caracteres próprios que se classificam em intrínsecos e extrínsecos.

Intrinsecamente, o estado é indivisível, indisponível e imprescritível.

Indivisível porque, apesar de serem muitas suas designações, não pode ser considerado a não ser em seu conjunto. Assim uma pessoa não se considera solteira e casada, ao mesmo tempo.

É indisponível no sentido de que não se pode renunciar a ele, não se pode transferi-lo a outra pessoa etc. Mas não é imutável. Dessa forma, se hoje sou casado, amanhã poderei ser divorciado.

É imprescritível. Os direitos relativos ao estado podem ser exercidos por prazo indeterminado. Sempre poderei, portanto, exigir reconhecimento de paternidade, para que se me atribua o estado de filho de alguém.

Quanto aos caracteres extrínsecos, o estado é pessoal, geral e de ordem pública.

É pessoal porque identifica-se com a própria pessoa que o detém. Geral, porque repercute em todas as esferas do Direito, produzindo efeitos contra todos.

(17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. I, p. 164.)

Por fim, é de ordem pública, uma vez que as designações referentes ao estado são impostas pela Lei no interesse público, não no particular.

O estado é protegido por ações que lhe são próprias. São as chamadas ações de estado ou prejudiciais. Neste rol, encontram-se a ação de investigação de paternidade, a ação de contestação da paternidade, e muitas outras.

Na verdade, as ações de estado podem ter dois objetivos. Primeiro, o de reconhecer ou negar a existência de um estado. Segundo, o de modificar um determinado estado, como ocorre na ação de divórcio.(18) Características das ações de estado é que, também elas, são indisponíveis e imprescritíveis.

O estado das pessoas se prova pelos chamados atos de estado, realizados por registro público. Nesta categoria, o registro de nascimento, de morte, casamento, divórcio etc. Logicamente, a prova constituída pelo registro não é absoluta, uma vez que se pode derrubá-la, provando-se sua falsidade.

5 PESSOAS JURÍDICAS

5.1 Definição

São entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres. São conhecidas como pessoas morais, no Direito Francês, e como pessoas coletivas, no Direito Português.

5.2 Natureza jurídica

Há várias teorias para explicar a natureza das pessoas jurídicas. Conhecer a

natureza de determinado instituto é saber o que é este instituto, é conhecer sua essência. Assim, que seria pessoa jurídica? Qual sua natureza?

Para melhor entendermos a importância de se determinar a natureza jurídica de determinado instituto, basta, por exemplo, percebermos que a natureza da compra e venda é a mesma da doação: ambas são contratos. A ambas se aplicam as normas da teoria geral dos contratos. 5e, ao contrário, identificássemos na doação natureza diversa da compra e venda, a ela não se aplicariam as normas gerais dos contratos. Dessarte, repetimos as perguntas: que seria pessoa jurídica? Qual sua natureza?

Vejamos cada uma das teorias a respeito.

(18 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso. Op. cit., v. I, p. 302) Em primeiro lugar, temos as teorias negativistas, negando a existência da pessoa jurídica, enquanto sujeito de direitos.

1ª Teoria da ficção - É a teoria clássica, originada no Direito Canônico, com base no Direito Romano. Segundo ela, pessoa jurídica é mero fruto da imaginação, expediente técnico, sujeito aparente, sela qualquer realidade. As pessoas jurídicas não passam de projeção de nossa mente, de pura abstração.

2ª Teoria da equiparação - Para esta corrente, pessoa jurídica é, na verdade, não pessoa, mas patrimônio equiparado às pessoas naturais para facilitar o tráfego dos negócios jurídicos.

3ª Teoria da propriedade coletiva ou da ficção doutrinária - As pessoas jurídicas não passam de simples forma, por meio da qual a pessoa de seus membros manifestam suas relações com o mundo externo. Na verdade, os direitos constitutivos do patrimônio da pessoa jurídica têm como titulares seus próprios membros componentes.

4ª Teoria de Duguit - Duguit nega a existência dos direitos subjetivos. Por via de conseqüência, caem por terra todas as idéias que lhe são conexas. Para ele, os fundamentos do que se chama pessoa jurídica acham-se vinculados à necessidade de se proteger situações em que determinada riqueza se vincule a objetivo lícito.(19)

5ª Teoria de Kelsen(20) - Como Duguit, tampouco Kelsen admite a idéia de Direito Subjetivo. De acordo com sua concepção, inexistem pessoas, tanto

naturais, quanto jurídicas. O que há, são centros de deveres e faculdades jurídicas, expressas pelo Direito Objetivo. A estes centros, costuma-se denominar pessoas, o que é recurso artificial e auxiliar, do qual se pode prescindir.

Um segundo grupo de teorias, denominadas organicistas ou realistas, pretende provar a existência da pessoa jurídica, como realidade.

1ª Teoria da realidade objetiva ou teoria voluntarista - A pessoa jurídica é tão pessoa quanto as pessoas naturais, do ponto de vista objetivo. No mundo há organismos vivos e organismos sociais. Os organismos sociais teriam vontade própria, expressão da vontade de seus membros. Essa vontade deve ser protegida pelo Direito, que regula, assim, as pessoas jurídicas, enquanto sujeitos dotados de vontade. O Direito não as criou. Apenas declarou e regulou sua existência.

Elas têm vontade própria e existência autônoma.(21)

(19 DUGUIT, Léon. Traité. Op. cit., t. i, p. 451 et seq.) (20 KELSEN, Hans. Reine Rechtslehere. Op. cit., p. 244 et seq.) (21 LACERDA DE ALMEIDA Apud SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso) 2ª Teoria ligada ao conceito de sujeito de direito ou teoria do interesse Sustentada por Michoud, dentre outros, nega a teoria voluntarista, afirmando que não é a vontade o elemento protegido pelo Direito, mas seu conteúdo, ou seja, o interesse representado pela vontade. (22)

Assim, o direito protegeria os interesses do indivíduo, pessoa natural, e os interesses de grupos de indivíduos, unificados na pessoa jurídica.

3ª Teoria da realidade das instituições jurídicas ou da realidade jurídica Esta teoria, também chamada de teoria da realidade jurídica ou técnica, é a mais aceita hoje em dia. Imaginada por Ferrara,(23) não nega que só o ser humano é realidade objetiva. As pessoas jurídicas são, realmente, criadas pelo Direito, que lhes confere personalidade, assim como confere a nós. De fato, a personalidade é fenômeno jurídico. Só somos pessoas porque o Direito assim o quer, pois, se não o quisesse, não seríamos pessoas, veja-se a situação dos escravos que, apesar de serem humanos, não eram pessoas, por negar-lhes o Direito tal condição. Consideravam-se coisas. Dessarte, do mesmo modo por que o Direito nos atribui personalidade, atribui-a também a outros entes, chamados pessoas jurídicas. A personalidade não vem, portanto, da natureza, mas do Direito.

De qualquer forma, apesar de não ter realidade física, a pessoa jurídica possui realidade, realidade ideal, a realidade das instituições jurídicas. No âmbito do Direito, são dotadas do mesmo subjetivismo que as pessoas naturais. Em outras palavras, para o Direito, as pessoas jurídicas são, assim como as naturais, sujeitos de direitos e deveres.

Finalmente, Hauriou defende o ponto de vista de que as pessoas jurídicas são instituições sociais, isto é, organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. Esta, a teoria da instituição, destacada das negativistas e das organicistas.(24)

5.3 Características

As pessoas jurídicas possuem algumas características que não poderíamos deixar sem a devida atenção. Enumerando-as, temos:

1ª Personalidade própria, que não se confunde com a de seus criadores. Como exemplo, temos que as dívidas e créditos do Banco do Brasil são suas, e não de seus acionistas. Se credor do Banco quiser receber seu crédito, deverá acionar na Justiça o Banco do Brasil, e não seus acionistas.

(22 MICHOUD, Léon. Lá théorie de la personnalité morale. Op. cit., p. l01 et seq.)

(23 FERRARA, Francesco. Teoria deite persone giuridiche. 3ªed., Napoli: Eugenio Marghieri, 1923, p. 335 seq.)

(24 HAURIOU. André. Droit constitutionnel et institutions politiques. 5ªed., Paris: Monrchrestien, 1972)

2ª Patrimônio próprio, que tampouco se confunde com o patrimônio de seus criadores. Assim, o patrimônio do Banco do Brasil não pertence a seus acionistas, mas sim à pessoa jurídica "Banco do Brasil S.A.".

3ª vida própria, que independe da vida de seus criadores. Ou seja, se os acionistas do Banco do Brasil morrerem, o Banco continua a existir.

4ª Pode exercer todos os atos que não sejam privativos das pessoas naturais, seja por natureza ou por força de lei. As pessoas jurídicas não podem se casar, visto que, por sua própria natureza, este é ato privativo das pessoas naturais.

Também não podem ser sócias de sociedade jornalística, por proibição legal.

5ª Podem ser sujeito ativo ou passivo de delitos. Logicamente, serão sujeito ativo somente dos delitos compatíveis com a personalidade jurídica, como sonegação fiscal, por exemplo. As penas também hão de ser compatíveis, como multa ou mesmo extinção. Evidentemente, as privativas de liberdade não o são.

De qualquer forma, sempre que pessoas naturais usarem pessoas jurídicas para cometer qualquer tipo de ilícito, exatamente por saberem que punida será somente a pessoa jurídica, a personalidade jurídica será desconsiderada, e a pessoa natural punida em seu lugar. É a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, criada pelo Direito Anglo-Saxão e Germânico, conhecida como disregard of legal entity.

Assim, se pessoa natural, de má-fé, toma empréstimo em nome de pessoa jurídica, ficando com o dinheiro para si, já com a intenção de não pagar, pois sabe que o credor só poderá acionar a pessoa jurídica, esta será desconsiderada, e a pessoa natural pagará em seu lugar.

5.4 Classificação

As pessoas jurídicas podem ser agrupadas em várias classes, dependendo do ponto de referência que utilizemos. Dessarte, haverá:

. Quanto à estrutura,

1. pessoas jurídicas colegiadas, que são grupos de pessoas aos quais a Lei confere personalidade, corvo as sociedades e as associações; 2. pessoas jurídicas não colegiadas, que não são grupos de pessoas, mas acervos patrimoniais aos quais a Lei atribui personalidade, como fundações, autarquias e empresas públicas.

. Quanto á nacionalidade,

1. pessoas jurídicas nacionais; 2. pessoas jurídicas estrangeiras.

A Constituição Federal traçava os parâmetros exigidos para que as pessoas jurídicas se considerassem nacionais ou estrangeiras. Na categoria das nacionais, o art. 171, I e II da Constituição previa duas espécies: as empresas brasileiras e as empresas brasileiras de capital nacional.

Reputava-se brasileira, a empresa que se constituísse segundo as Íeis brasileiras e que tivessem seu domicílio administrativo no Brasil. já empresa brasileira de capital nacional era aquela cujo controle efetivo estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de Direito Público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do capital votante e o exercício, de fato e de Direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 6 de 1995 revogou o art. 171, por considerá-lo prejudicial à política de abertura neo-liberal implantada no país.

Assim é que, de lege lata,(25) não há mais distinção entre pessoa jurídica nacional e estrangeira, salvo melhor juízo.

. Quanto ao regime

1. pessoas jurídicas de Direito Público interno que são a União, os Estados Membros, o Distrito Federal, os Municípios, as fundações públicas e as autarquias;

2. pessoas jurídicas de Direito Público externo, quais sejam, os Estados soberanos, a ONU, a OTAN, a Comunidade Européia, a Comunidade de Estados independentes etc.;

3. pessoas jurídicas de Direito Privado, que são as sociedades, as associações, as fundações privadas e as empresas públicas.

A União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são , grupamentos de pessoas, em dado território, daí serem consideradas pessoas colegiadas. O mesmo acontece com a maioria quase que absoluta das pessoas jurídicas de Direito Público externo.

As fundações públicas são patrimônio público ao qual a Lei confere personalidade. São, por isso, pessoas não colegiadas.

O caso das autarquias é sui generis, por serem órgãos da Administração Pública.

São pessoas não colegiadas instituídas por lei, às quais se confere patrimônio e receita próprios, dando-se-lhes personalidade.

As sociedades civis e comerciais são grupos de pessoas que, com interesse de lucro, se reúnem para a realização de empreendimento qualquer. São, assim, pessoas colegiadas.

(25 De lege lata significa "levando-se cai conta a lei em vigor") Já as associações têm o mesmo conceito de sociedade, possuindo, entretanto, diferença específica em sua definição, ou seja, não visam a lucro. Em outras palavras, as associações são sociedades que não têm interesse de lucro, embora nada as impeça de ter lucro. São exemplos de associações os clubes recreativos, os sindicatos, os partidos políticos, a entidades religiosas, caritativas etc.

As fundações privadas são constituídas por acervo patrimonial particular, ao qual a Lei confere personalidade, daí serem pessoas não colegiadas.

Por fim, as empresas públicas têm natureza peculiar, porque podem ser tanto colegiadas, quanto não colegiadas, dependendo da forma como se organizem. (26) Se organizarem-se sob forma de sociedade entre pessoas de Direito Público, serão colegiadas; caso contrário, serão não colegiadas. Fato é, contudo, que, apesar do nome, são pessoas jurídicas de Direito Privado.

Duas questões importantes devem ser resolvidas antes de prosseguirmos.

Primeiramente, qual a importância de classificarmos uma pessoa jurídica?

Bem, ao considerarmos, a título de ilustração, empresa pública como pessoa jurídica de Direito Privado, estaremos dando a ela todo um tratamento legal específico para pessoas de Direito Privado. Seus empregados, por exemplo, serão tratados como empregados privados, e não como servidores públicos, como soe acontecer com os empregados das pessoas jurídicas de Direito Público. Esta é apenas uma das conseqüências, só para demonstrar como é importante esta classificação. Não é nem preciso falar que o regime jurídico das pessoas jurídicas nacionais era totalmente diferente do regime das estrangeiras.

A segunda questão importante diz respeito à diferença entre os termos sociedade, associação, companhia, corporação, incorporação, empresa e firma. São palavras que, vulgarmente, empregam-se como sinônimas, mas que tecnicamente possuem significado diverso.

Sociedade é todo grupo de pessoas que se reúnem, conjugando esforços e recursos para lograr fins comuns. São pessoas jurídicas.

Associação é o mesmo que sociedade, só que sem fins lucrativos.

Companhia é o mesmo que sociedade anônima. É aquela sociedade cujo capital é dividido em ações, que são distribuídas entre os sócios, chamados de acionistas.

A palavra companhia pode também ser empregada como sinônimo de pessoa jurídica, principalmente, as colegiadas. É também utilizada como parte do nome de certas sociedades, como, por exemplo, "Silva, Souza e Companhia Limitada (Cia. Ltda.)".

Corporação é palavra genérica, sinônima de pessoa jurídica colegiada. Pode ser empregada também no sentido de grupo de sociedades: corporação empresarial.

(26 MEIRELLÉS, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 15. ed., são Paulo: RT, 1990, p. 319 /322.)

Incorporação é também palavra polissêmica, ou seja, tem vários sentidos. No Direito Americano é sinônimo de pessoa jurídica e de sociedade anônima. Aliás, a palavra faz parte do nome da sociedades anônimas americanas: "General Motors incorporation (inc.)". Também em nossa linguagem, vamos encontrá-la nesses dois sentidos, mormente no segundo. Além disso, incorporação é termo empregado para significar o ato de uma sociedade incorporar outra. Fala-se, então, em incorporação empresarial.

Empresa é, no sentido mais técnico, sinônimo de atividade. Será, assim, substituível pela palavra atividade ou empreendimento. Na prática, porém, tem natureza polissêmica, ora sendo usada no sentido de atividade, ora como sinônimo de empresário, ora como estabelecimento empresarial. Dessarte, quando se diz que tal pessoa dirige empresa, utiliza-se a palavra no sentido de atividade. Quando se diz que tal empresa demitirá alguns empregados, está-se a empregá-la no sentido de empresário, pessoa física ou jurídica. Quando alguém diz que vai a sua empresa, está usando o termo como sinônimo de estabelecimento empresarial.

Firma é sinônimo de nome. Tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas possuem firma, ou seja, nome. Daí a expressão "reconhecer firma".

5.5 Registro das pessoas jurídicas

Registro é ato que dá início à personalidade jurídica, pelo menos das pessoas jurídicas de Direito Privado. Quanto às de Direito Público, como regra, são criadas por lei. Assim, para que Lima sociedade se torne pessoa jurídica, será necessário inscrever seu contrato social no Cartório de Registro Civil das Pessoas jurídicas ou na junta Comercial, dependendo de se tratar de sociedade civil ou comercial. O mesmo acontece com as associações e fundações privadas. já as empresas públicas são criadas por lei.

Além disso, o registro servirá para dar segurança, autenticidade e eficácia a todos os documentos das pessoas jurídicas, tais como alterações contratuais, contratos em geral etc.

Dando-se baixa no registro, extinguem-se as pessoas jurídicas.

6 FUNDAÇÕES

6.1 Definição

Fundação é patrimônio dotado de personalidade jurídica e constituído para realizar certo fim lícito.

6.2 Criação

A criação de fundação desdobra-se em dois atos distintos.

a) Ato de fundação - É o ato pelo qual se decide constituir a fundação. O ato de fundação pode ser inter vivos, quando se realiza por escritura pública, ou seja, em livro especial de cartório, ou causa mortis, ou seja, por testamento.

b) Ato de dotação - Decidida a criação da fundação pelo ato de fundação, procede-se ao ato de dotação, que é o ato pelo qual se cria efetivamente a fundação. Em outras palavras, é neste momento que se faz a reserva de bens suficientes, fixam-se, de maneira mais detalhada, os fins da fundação e a maneira de administrá-la. É também neste momento que se elaboram os estatutos da fundação.

Chegando-se à conclusão de que os bens reservados não foram suficientes, serão eles convertidos em títulos da dívida pública, ou em outro tipo de aplicação mais rentável, até que aumentem o suficiente. Se não frutificarem o bastante, serão incorporados por outra fundação de objetivo semelhante.

Mas quem se encarrega da constituição de uma fundação? Será ou o próprio instituidor, quando a formação se diz direta, ou terceiro, encarregado pelo instituidor, quando a formação se diz fiduciária, ou seja, baseada na confiança (fidúcia).

6.3 Observações

O Ministério Público é a autoridade competente para zelar pela constituição e funcionamento das fundações. Será chamado a opinar em qualquer ação que as envolva.

A pessoa incumbida pelo instituidor da fundação, elaborará seus estatutos e os submeterá ao MP, que poderá rejeitá-los se verificar alguma irregularidade quanto ao objeto ou quanto aos bens etc.

Se a pessoa incumbida da constituição da fundação não a realizar, a tarefa cumprirá ao Ministério Público.

Também nas reformas estatutárias, será ouvido o MP, que só as aprovará, se votadas pela maioria dos representantes da fundação, e desde que não contrariem seus fins.

Caberá também ao MP a remoção dos maus administradores.

Os bens das fundações são inalienáveis e impenhoráveis. Somente em casos especiais poderão ser vendidos, doados, trocados, hipotecados etc. Assim mesmo, com autorização judicial, ouvido o MP.

7 REGISTRO CIVIL

É instituto criado pelo Direito para dar autenticidade,

publicidade, eficácia e segurança aos atos jurídicos.

A autenticidade refere-se à veracidade dos documentos e atos inscritos no registro. Em outras palavras, tudo o que se inscreve no registro presume-se autêntico, verdadeiro. Evidentemente, a presunção é iuris tantum, ou seja, pode ser derrubada com prova contrária.

Todo ato registrado em cartório torna-se público, ganha publicidade. Em outras palavras, a ninguém é dado alegar desconhecer ato inscrito no Registro.

Eficácia tem a ver com publicidade e diz respeito, principalmente, a terceiros.

Ato jurídico eficaz é aquele que produz efeitos, não só entre as pessoas que o realizam, mas também perante terceiros. Assim, se celebro contrato, qualquer que seja, e o registro, ninguém poderá alegar, depois, que o desconhecia. O registro tem esse poder.

A segurança advém exatamente daí. Uma vez que tudo o que for aceito pelos cartórios para registro presume-se autêntico, público e eficaz, as pessoas se sentem mais seguras ao realizarem negócios com base em documentos registrados.

Por exemplo, se vou comprar um casa, fico seguro diante da certidão do registro no cartório de imóveis, pois esta certidão me indica quem é o dono da casa, se ela está livre de quaisquer ônus, como hipotecas etc.

A Lei de Registros Públicos é a de n. 6.015 /73, e trata do registro civil das pessoas naturais, das pessoas jurídicas, do registro de títulos e documentos e do registro de imóveis.

Os cartórios, sendo a cidade maior, se especializarão em cada um desses registros. Nas capitais costuma haver até mais de um cartório especializado. já nas cidades menores, normalmente um ou dois cartórios se ocupam de toda e qualquer espécie de registro.

De todo fato, ato ou documento registrado, os cartórios, como regra, são obrigados a fornecer certidão. As certidões fornecidas fazem a mesma prova que os originais. Porém a verdade da certidão pode ser contestada, desde que se prove ser ela falsa, ou ter sido adulterada.927)

8 DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA

O Brasil é país que, ao lado da Alemanha, faz distinção entre domicílio e residência. A distinção é feita no Código Civil, mas importará muito mais ao Direito Processual Civil.

(27 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., v. I, p. 191.)
Realmente, ao Direito Civil, como regra, pouco interessa onde a pessoa tenha seu domicílio. já ao Direito Processual Civil interessa muito, pois, por exemplo, é em seu domicílio que o devedor será acionado para pagar suas dívidas.

Vejamos, então, qual a diferença entre domicílio e residência.

Residência é o lugar em que a pessoa se fixa, ainda que temporariamente.

Possui apenas um elemento, qual seja, o objetivo: lugar em que a pessoa se fixa.

Domicílio é o lugar em que a pessoa se fixa, com vontade de aí permanecer em definitivo. Vemos que a definição de domicílio nos conduz a dois elementos, um objetivo, como, aliás, na definição de residência (lugar em que a pessoa se fixa), o outro, subjetivo: vontade de permanecer em definitivo. O elemento subjetivo se denomina animus manendi, ou vontade de permanecer. Domicílio é o local escolhido pela pessoa para ser a sede de sua vida.

Ao falarmos de domicílio ou residência, cabe esclarecer que interessa-nos a cidade em que a pessoa é residente e domiciliada. A cidade nos leva à comarca, de importância vital para o Processo Civil. A rua já é informação secundária.

Normalmente, residência e domicílio coincidem. No entanto, há situações em que isso não ocorre. O Código Civil prevê duas dessas situações.

Se um indivíduo possuir mais de uma residência, como, por exemplo, um industrial que more seis meses no Rio e seis meses em São Paulo, qualquer uma destas cidades será seu domicílio. Assim, poderá ser acionado em qualquer uma delas.

Se um indivíduo não possuir residência fixa, como os ciganos, seu domicílio será o local em que for encontrado.

Há, pelo menos, duas classes importantes de domicílio: geral e especial.

Domicílio geral é o local em que a pessoa se fixa com animus manendi. Será voluntário ou necessário.

Como regra, as pessoas, tanto naturais, quanto jurídicas, têm ampla liberdade para fixar seu domicílio onde bem entenderem. Trata-se de domicílio voluntário, isto é, aquele escolhido pela pessoa, de livre e espontânea vontade.

Por vezes, todavia, é a Lei que determina o local em que serão domiciliadas certas pessoas. É o domicílio necessário, também denominado legal. Assim, o domicílio dos incapazes será o de seu representante legal. Os funcionários públicos reputam-se domiciliados no local em que servirem, desde que não seja a função temporária, periódica ou de simples comissão. Os militares da ativa terão domicílio onde servirem. Os servidores da marinha armada serão domiciliados na respectiva estação naval ou na sede do emprego que exercerem em terra. O

domicílio dos tripulantes da marinha mercante será o local em que se achar matriculado o navio. Os presos têm por domicílio o local em que estiverem cumprindo pena, e assim por diante.

Tratando-se do domicílio das pessoas jurídicas, temos que o domicílio da União é o Distrito Federal; dos Estados, sua Capital; dos Municípios, o local em que funcione a administração municipal.

O domicílio das demais pessoas jurídicas é voluntário. Será o local de sua sede, ou seja, o local em que funcionar sua administração central. Isso não quer dizer, porém, que às pessoas jurídicas não possam ser acionadas nos locais em que possuírem filiais, por fatos lá ocorridos. Para acionar o Banco do Brasil, por fato ocorrido em Belém, não é preciso ir a Brasília, bastando intentar a ação contra a filial daquela cidade.

A segunda espécie de domicílio é o especial, também denominado domicílio contratual, de eleição ou foro de eleição. Trata-se do domicílio escolhido pelas partes de contrato para exercitarem e cumprirem os direitos e obrigações contratuais. Na maioria dos contratos escritos, figura cláusula, chamada cláusula

de eleição de foro em que se escolhe a comarca de alguma cidade, em que serão solucionados todos os conflito oriundo do contrato. Esta cidade será o domicílio especial.

Mas onde será acionada uma pessoa? Junto ao juiz de que lugar?

A resposta é relativa. Não há uma só regra. O local de propositura da ação dependerá da competência do juiz. Esta será determinada por alguns critérios. Os quatro mais importantes dizem respeito á pessoa, ao lugar, ao valor e à matéria.

O devedor será acionado perante a justiça de seu domicílio. Aqui a competência foi determinada em razão da pessoa.

As ações que versem acerca de direitos reais sobre imóveis, devem ser intentadas perante a justiça do local, em que se situar o imóvel. A competência se fixou em razão do lugar.

Da mesma forma, as regras fixando a competência em razão do valor e da matéria.

De acordo com as normas vigentes, as partes de um contrato, desde que pessoas de Direito Privado, podem derrogar, pela cláusula de eleição de foro, a competência em razão da pessoa, do valor e do lugar.(28) Assim, se houver conflito entre a Lei e o contrato, vale o contrato. A competência em razão da matéria não poderá ser modificada nos contratos. Havendo conflito entre a Lei e o contrato, vale a Lei.

(28 LOPES DA COSTA. Manual elementar de direito processual civil. 3ªed., atualizada por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.

75 et seq.)

Capítulo V -"COISAS E BENS

1 - Definição

2 - Classificação

2.1 Primeira Classe - Bens considerados em si mesmos

2.2 Segunda Classe - Bens reciprocamente considerados

2.3 Terceira Classe - Bens considerados em relação às pessoas 2.4 Quarta Classe - Bens considerados em relação a sua comerciabilidade COISAS E BENS

Estudadas as pessoas, sujeitos dos direitos subjetivos, passemos ao estudo das coisas e bens, objeto dos direitos subjetivos.

Antes de iniciarmos, deve-se esclarecer o conceito de objeto dos direitos subjetivos. Objeto de direito subjetivo são as pessoas e os bens.

Nos direitos de família, por exemplo, o marido é objeto do direito que a mulher tem à fidelidade, e vice-versa.(1) Quando adquirimos uma coisa qualquer, passamos a ser sujeitos de direito subjetivo sobre ela, qual seja, o direito de dono. Objeto deste direito será a própria coisa adquirida.

l DEFINIÇÃO

Coisas e bens são palavras que se confundem no linguajar corriqueiro, mesmo na técnica jurídica. O próprio código civil utiliza os dois termos sem muito critério. Ao mesmo tempo que fala de coisas fungíveis e consumíveis, fala de bens móveis e imóveis.

O uso de um pelo outro não é, entretanto, sem fundamento. Pode ser feito quase sempre. Vejamos por quê.

Bem é tudo aquilo que é útil às pessoas.

Coisa, para o Direito, é todo bem econômico, dotado de existência autônoma, e capaz de ser subordinado ao domínio das pessoas.(2) Conclui-se que coisa, neste sentido, é sinônimo de bem. Mas nem todo bem será coisa. Assim, não são coisas os bens chamados jurídicos, como a vida, a liberdade, a saúde etc. Para que um bem seja coisa, são necessários três requisitos:

1° interesse econômico: o bem deve representar interesse de ordem econômica. Uma folha seca não será bem, nem coisa para o Direito;

(1 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. I, p. 331.)

(2 Idem, p. 332/333.)

2° gestão econômica: deve ser possível individualizar e valorar o bem. A luz do sol, por exemplo, não possui gestão econômica. Portanto, não será bem, nem coisa, para o Direito;

3° subordinação jurídica: o bem deve ser passível de subordinação a uma pessoa.

Tampouco deste ângulo, a luz do sol seria bem ou coisa.

Mas um carro possui as três características. É, portanto, bem, por ser útil às pessoas, e coisa, por possuir aqueles três elementos.

2 CLASSIFICAÇÃO

Coisas e bens se classificam segundo vários critérios, importantes de conhecer.

Assim, temos bens considerados em si mesmos, bens reciprocamente considerados, bens considerados em relação ás pessoas que deles se utilizam e bens que se acham dentro e fora do comércio.

Analisemos, agora, cada uma dessas classes.

2.1 Primeira Classe - Bens considerados em si mesmos

a) Bens corpóreos e incorpóreos - corpóreos são bens possuidores de existência física, como Lima mesa, um carro, um alfinete ou um navio.

Incorpóreos são bens abstratos, que não possuem existência física, como os direitos autorais, a vida, a saúde etc.

b) Bens móveis, semoventes e imóveis - Bens móveis são bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem que tal movimento ou remoção destrua sua substância essencial. Os primeiros, ou seja, aqueles que têm movimento próprio são chamados de semoventes, sendo, na verdade, espécie de bens móveis. São os animais.

Bens móveis há por natureza, como uma cadeira, um carro, ou um animal, que é semovente. Vemos que todos esses bens são móveis por sua própria natureza.

Acontece, às vezes, com alguns bens, como a eletricidade ou os direitos autorais, ser impossível, por sua natureza, determinar se são móveis ou imóveis.

Cabe, então, á Lei dizer. São os chamados bens móveis por força de lei. A importância da classificação salta aos olhos. Os bens imóveis não são passíveis de furto, e alguns negócios que lhes dizem respeito devem ser realizados em cartório, por forma pública, como a compra e venda, por exemplo. Ora, já pensaram se a eletricidade não fosse passível de furto, ou se para recebermos a eletricidade em casa fosse necessário contrato celebrado em cartório, com todas as formalidades da venda de bem imóvel? Realmente, andou certo o legislador ao qualificar a eletricidade como bem móvel. Há outros, ainda. São móveis por definição legal os direitos reais sobre bens móveis, como o penhor, e as correspondes ações que protegem estes direitos; os direitos de crédito, chamados obrigacionais, isto é, os direitos que o credor tem contra o devedor, e as respectivas ações que os protegem; e, por fim, são móveis, os direitos autorais.

Além dessas espécies, ainda há os bens denominados móveis por antecipação, como, por exemplo, as árvores, as edificações etc. Na verdade, tanto umas, quanto outras são, por sua natureza, bens imóveis, mas somente enquanto estiverem presas ao solo. Em outras palavras, tanto as árvores, quanto as edificações podem ser mobilizadas a qualquer momento. Se vendo mata de eucalíptos, ou o material de construção de uma casa, logicamente não estou vendendo o terreno, no qual está plantada a mata, ou construída a casa. Tanto isto é verdade, que essa venda se processará da forma que a Lei admite para a venda de bens móveis, ou seja, sem quaisquer solenidades ou formalidades. A venda poderá ser até mesmo verbal. Daí dizermos que estes bens são móveis por antecipação, isto é, para efeitos daquele contrato especificamente, são considerados móveis.

Existem dois bens móveis que costumam ser considerados imóveis pelos mais desavisados. São os navios e os aviões. São bens móveis. Aliás, mais móveis não poderiam ser. Ocorre que são tratados, em dois momentos, como se fossem imóveis.

Num primeiro momento, devem ser registrados em órgão próprio, e, num segundo, podem ser hipotecados. Ora, o registro e a hipoteca são institutos típicos de bens imóveis, daí a confusão.

Bens imóveis são aqueles que não podem ser removidos, sem que sua essência se destrua. Existem quatro categorias de imóveis, a saber:

1ª bens imóveis por natureza. São o solo e suas adjacências naturais,

compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo; 2ª bens imóveis por acessão física. É tudo aquilo que o homem incorpora permanentemente ao solo, como sementes e edifícios;

3ª bens imóveis por acessão intelectual. É tudo aquilo que se mantém intencionalmente no imóvel para sua exploração, aformoseamento ou comodidade.

Esses bens só são considerados imóveis enquanto ligados ao imóvel. Dessa forma, uma máquina agrícola, enquanto estiver sendo usada pelo fazendeiro na exploração da fazenda, é considerada imóvel, mas no momento em que ele a venda, será considerada bem móvel. As conseqüências práticas são importantes, pois não se exigirá para a venda de imóvel por acessão intelectual escritura pública ou autorização do cônjuge, como soe acontecer com os bens imóveis em geral; 4ª bens imóveis por força de lei. São aqueles que, por sua própria natureza, não se podem classificar como móveis ou imóveis. O exemplo mais fácil é a herança, ainda que constituída apenas de bens móveis. Também será imóvel o direito á herança.

A Lei considera, ainda, imóveis os direitos reais sobre imóveis, como a hipoteca, e as correspondentes ações que os asseguram; o penhor agrícola, que ocorre, quando, em garantia de dívida, o agricultor oferece seu maquinário etc., e a respectiva ação que o protege; e os títulos inalienáveis da dívida pública.

c) Bens fungíveis e infungíveis - Fungíveis são bens que podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, como os alimentos em geral.

Infungíveis são bens que não podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, como um animal reprodutor, uma jóia de família, uma casa etc.

O conceito é, porém, relativo, por haver bens infungíveis por natureza e por convenção.

Por natureza são aqueles bens infungíveis que o são em sua própria essência, como um terreno, uma casa, um animal reprodutor etc.

Por convenção são aqueles bens que, por sua natureza são fungíveis, mas foram considerados infungíveis pelas partes interessadas. O exemplo prático mais

corriqueiro são as fitas de videocassete, objeto de locação por parte de empresas locadoras. Deve-se restituir aquela mesma fita que se alugou, e não outra qualquer. O mesmo não se dá, quando se toma um saco de arroz emprestado.

Pode-se restituir qualquer outro arroz, desde que da mesma qualidade e na mesma quantidade, a não ser que também se tenha convencionado ser aquele arroz infungível, quando se deverá restituir aquele mesmíssimo arroz. Logicamente, este não passa de exemplo teórico, pois ninguém toma arroz emprestado, convencionando-o infungível.

Na categoria dos bens infungíveis por convenção, podem destacar-se os infungíveis por convenção social. São bens, por natureza, fungíveis, mas, na prática, de difícil substituição. É o caso dos automóveis. Em relação a bens desta natureza, há uma espécie de pacto social, no sentido de considerá-los infungíveis.

d) Bens consumíveis e inconsumíveis - consumíveis são bens móveis, cujo uso importa destruição de sua substância. Em outras palavras, os bens consumíveis desaparecem com o consumo, deixam de existir. É o caso dos alimentos, cosméticos etc. Mas não é o caso de roupas e sapatos, por não deixarem de existir com o uso.

O código civil diz serem consumíveis os bens móveis, cujo uso importe destruição imediata de sua substância. A seguir esta orientação, um sabonete não seria consumível, uma vez que o uso não implica sua destruição imediata. A não ser que consideremos a destruição paulatina da substância, para a caracterização dos bens consumíveis. De qualquer maneira, teria sido mais feliz a redação do código, se dissesse serem consumíveis os bens móveis, cujo uso importasse a destruição de sua própria substância.

Existem bens que são consumíveis por força de lei. São os bens móveis destinados á alienação. Dessa forma, uma roupa, enquanto estiver na loja para ser vendida, será consumível. No momento em que alguém a compra, volta a ser apenas inconsumível.

Como se pode depreender do que foi dito, bens inconsumíveis são os que não deixam de existir, apesar do uso.

Os bens inconsumíveis, analogamente aos infungíveis, podem sê-lo por natureza ou por convenção.

Por natureza, são aqueles que não terminam com o uso, como uma casa, um carro, uma roupa etc.

Por convenção teremos aqueles que, por sua natureza, são consumíveis, mas foram convencionados inconsumíveis pelos interessados. Suponhamos que um fazendeiro empreste a outro saca de café, com grãos especiais, a fim de que este a exponha em mostra agropecuária, devendo, em seguida, restituir a mesma saca, com os mesmos grãos de café. Vemos, neste exemplo, grãos de café inconsumíveis por convenção.

e) Bens divisíveis e indivisíveis - São divisíveis os bens que se podem fracionar em porções distintas, formando, cada qual, todo perfeito. como exemplo, nada melhor do que um terreno. Se o dividirmos ao meio, teremos dois terrenos.

Indivisíveis são os bens que se não podem partir sem que seja alterada sua substância, como um automóvel. Se o dividirmos ao meio, não teremos dois automóveis.

Há bens indivisíveis por natureza, por convenção e por força de lei.

Por natureza, são aqueles que não podem ser fracionados sem se destruir. É o automóvel que citamos acima, a título de exemplo.

Por convenção, temos aqueles bens que, por natureza, são divisíveis, mas que as partes convencionam indivisíveis. O exemplo da saca de café utilizado supra pode ser evocado, bastando, para tal, mudar o enfoque de inconsumível por convenção, para indivisível por convenção.

Por fim, há os bens indivisíveis por força de lei, como, por exemplo, os imóveis urbanos que não podem ser divididos aquém de certa metragem, que varia de cidade para cidade. Por sua natureza até poderiam e, na prática, acabam sendo divididos, principalmente em regiões menos abastadas. Ocorre que, a não ser por força de lei especial, não se admitirá o registro desses lotes, ficando eles em situação totalmente irregular.

f) Bens singulares e coletivos - Bens singulares são os individualizados, como um livro ou um apartamento.

Coletivos são aqueles bens considerados em seu conjunto, como uma herança, um fundo de comércio etc. Tanto a herança, quanto o fundo de comércio

compõem-se de vários bens, daí serem universalidades ou bens coletivos.

2.2 Segunda Classe - Bens reciprocamente considerados

Podem ser principais ou acessórios.

Principal é o bem que existe por si mesmo, abstrata ou concretamente, como a vida, ou um terreno. Não depende de nenhum outro para existir.

Acessório é o bem cuja existência depende do principal. Os bens acessórios não existem por si mesmos. Uma casa, por exemplo, é acessória do solo, que é principal, em relação a ela. Esta não existe sem aquele.

Os bens serão acessórios ou principais, uns considerados em relação aos outros.

O conceito é, portanto, relativo. Vimos que uma casa é acessória em relação ao solo, que é principal em relação a ela. Mas será principal em relação a suas portas e janelas, que serão acessórios dela.

Os bens acessórios podem ser imobiliários ou mobiliários.

São bens acessórios imobiliários, por serem acessórios do solo: a) os produtos orgânicos ou inorgânicos da superfície;

b) os minerais contidos no subsolo;

c) as obras de aderência permanente, feitas acirra ou abaixo da superfície.

São acessórios mobiliários, a portinhola de um cofre, a capa de um livro, o pavio de uma vela, os faróis de um carro etc.

Cumpre não confundir bens acessórios com imóveis por acessão intelectual.

Enquanto os imóveis por acessão intelectual conservara sua identidade, individualidade e autonomia, os bens acessórios formara parte constitutiva do principal, sem o qual não existem. O principal lhe absorve a individualidade e autonomia. Uma porta só será porta, enquanto estiver presa ao imóvel. O mesmo não ocorre com um sofá, ou um lustre. Assim, a porta é bem acessório do imóvel, enquanto o sofá não é, embora seja imóvel por acessão intelectual, enquanto permanecer integrado ao imóvel, como mobília de uso.

A distinção é importante, quando da aplicação da regra de que o acessório segue o principal, salvo disposição contrária. Assim, salvo disposição contrária, as portas e janelas seguem o imóvel a que estão aderidos, o mesmo não ocorrendo com a mobília, que é imóvel por acessão intelectual, não sofrendo, pois, influência da regra.

O código civil também classifica como bens acessórios, os frutos e os produtos.

Frutos são as utilidades produzidas, periodicamente, por uma coisa. Podem ser naturais, como os filhotes de um animal, os frutos de uma árvore, o leite de uma vaca etc.; industriais, como os laticínios em relação ao leite e ao homem, a produção de uma fábrica em relação á matéria-prima e ao homem etc.; ou civis, assim entendidos os salários, juros, lucros e aluguéis.

Produtos são as utilidades que se extraem de uma coisa, diminuindo-lhe a quantidade, como as pedras de urna pedreira. São recursos não renováveis.

Consideram-se, por fim, bens acessórios as benfeitorias qualquer que seja seu valor.

Benfeitoria é toda obra ou despesa realizada em coisa móvel ou imóvel, com o fito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Vermos, pois, que nem só as obras, como também as despesas com conservação, melhoramento e embelezamento se consideram benfeitorias.(3) Ademais, podem elas se incorporar tanto a bens móveis, quanto a imóveis.

Na classe das benfeitorias, há três categorias distintas: benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias.

Necessária é a benfeitoria que for realizada para conservar a coisa, impedindo que se deteriore ou pereça.

Benfeitoria útil é a que se realiza para otimizar o uso da coisa, aumentando-o ou facilitando-o.

Por benfeitoria voluptuária, deve entender-se as de mero deleite, recreio, aformoseamento, que não otimizem o uso habitual da coisa, ainda que a [ornem mais agradável ou aumentem-lhe o valor.

Não se consideram benfeitorias, as acessões imobiliárias, sejam físicas ou

intelectuais. Dessa forma não se amoldam ao conceito as plantações e edificações.(4)

Tampouco se reputam benfeitorias a pintura em relação á tela, a escultura em relação á matéria-prima, nem os escritos ou outros trabalhos gráficos em relação ao material sobre o qual sejam feitos.

Mas e o toca-fitas de um carro, é seu acessório? Ora, um toca-fitas existe, mesmo fora do carro, não dependendo dele sua existência. Se não é bem acessório, como é que segue a regra dos acessórios? Ou seja, por que acompanha o carro, quando este é vendido, se nada se convencionar em sentido contrário? Por que é bem acessório por força de lei, embora não o seja por natureza. É que se considera benfeitoria, e, como falamos, toda benfeitoria é bem acessório por comando expresso do art. 62 do código civil.

(3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 298/299.) (4 NEGRÃO, Theotônio. Código civil. 9ªed., São Paulo: RT,] 990, p. 41 e 104

(coment, arts. 63, 516 e 517). BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil. 3ªed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, v. I, p. 287 (coment, art. 63).

2.3 Terceira Classe - Bens considerados em relação às pessoas Serão públicos ou privados, de acordo com quem seja o titular do direito subjetivo sobre eles.

Bens públicos são os pertencentes ás pessoas jurídicas de Direito Público.

Bens particulares são os pertencentes ás pessoas de Direito Privado, sejam físicas ou jurídicas. Não obstante, tem-se reputado bens públicos os pertencentes ás sociedades de economia mista e empresas públicas, embora pessoas de Direito Privado. Segundo Hely Lopes Meirelles, seriam bens públicos com destinação especial e administração particular.(5)

Em nosso sistema administrativo, os bens públicos podem ser federais, estaduais ou municipais, conforme a entidade política a que pertençam ou o serviço autárquico ou paraestatal a que se vinculem.

Segundo sua destinação, o Direito civil os classifica como bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominiais. A classificação foi elaborada a partir do Direito Romano que os dividiam em res communes, res universitatum e res publicae.(6)

As res communes ou coisas comuns eram bens inapropriáveis pelo indivíduo, mas de fruição geral, como o ar, os mares etc. Podem enquadrar-se na classe dos bens de uso comum do povo.

As res universitatum ou coisas das universalidades eram bens pertencentes ás cidades, como os prédios públicos, estádios, o fórum etc. Poder-se-íam chamar hoje de bens de uso especial.

As res publicae ou coisas públicas eram as coisas do Estado, subdividindo-se em duas categorias, as res publico usui destinatae e as res in pecunia populi.

Res publico usui destinatae ou coisas destinadas ao uso do povo eram as praças, ruas etc. Eram inalienáveis. Pode-se equipará-las aos bens patrimoniais de nossos dias.

Res in pecunia populi ou coisas na riqueza do povo são bens como viaturas, armamentos, mobiliário etc., sujeitos a alienação. Em outras palavras, o Estado os possuía como qualquer particular. Seriam atualmente os bens dominiais.

Com base nessa classificação, nosso Direito civil elaborou a sua.

Bens de uso comum do povo são, pois, aqueles destinados á utilização pelo público em geral, como as praias, os rios, as ruas, as praças etc.

Bens de uso especial são aqueles que se aplicam a algum serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal, tais como edifícios e terrenos.

Os bens dominiais constituem o patrimônio disponível da Administração Pública.

(5 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Op. cit., p. 422.)
(6 CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano, 14ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 165/166.)

O Direito Administrativo, mais especializado, compôs nova classificação, estratificando os bens públicos em bens do domínio público, equivalentes aos bens de uso comum do povo; bens patrimoniais, a que equivaleriam os bens de uso especial, por não serem alienáveis e por não serem de uso comum; e, por fim, bens dominiais ou patrimoniais disponíveis, em relação aos quais a Administração exerceria o direito de propriedade como qualquer particular,

guardadas alguma diferenças básicas.(7)

2.4 Quarta Classe - Bens considerados em relação a sua comerciabilidade a) Bens no comércio e fora do comércio (res in commercio e res extra commercium)

- Os bens que se acham no comércio podem ser alienados e adquiridos livremente.

Já os bens que estão fora do comércio são todos os inapropriáveis, como o sol e as estrelas, e também os inalienáveis, seja por força de lei, como bens públicos, fundacionais etc.; seja por convenção, como o bem de família voluntário.

b) Bens de família - Bem de família é todo bem imóvel que, por força de lei ou da própria vontade do dono, torna-se impenhorável e ou inalienável, ficando reservado para a residência da família.

Antes da Lei n. 8.009/90, havia bens de família de instituição voluntária, sempre que o casal ou um dos cônjuges, casados ou amasiados, destinava imóvel próprio para residência da família, com cláusula de não poder ser alienado(8) e de ficar isento de execução por dividas (impenhorável), ressalvadas, porém, aquelas provenientes de impostos sobre o próprio imóvel, tais como o IPTU.

Dessarte, o imóvel se tornava inalienável e impenhorável.

Para se instituir bem de família, é necessário escrito público, inscrito no cartório de Registro de Imóveis e publicado na Imprensa Oficial.

Uma vez instituído, o bem de família permanece inalienável e impenhorável, por toda a vida do instituidor. Morrendo este, libera-se o imóvel, a não ser que o cônjuge viúvo ainda continue residindo no imóvel, ou que haja filhos menores, quando, então, o imóvel só se liberará após cessada a menoridade, ou se o viúvo nele deixar de residir.

Para eliminar a cláusula de bem de família, o instituidor deverá requerer ao juiz, que expedirá o mandado de liberação, desde que se prove que o imóvel não é mais residência da família.

Tratando-se de imóvel rural, ficam incluídos na cláusula, com as mesmas regras de inalienabilidade e, principalmente, impenhorabilidade, a mobília e utensílios

domésticos, gado e instrumentos de trabalho, desde que mencionados minuciosamente na escritura de instituição do bem de família.

(7 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Op. cit., p.

423/424.)

(8 Alienar é tornar alheio, ou seja, vender, doar, trocar etc.) As regras pertinentes ao bem de família voluntário encontram-se reunidas nos arts. 70 a 73 do código civil e nos arts. 19 a 23 do Decreto-Lei n. 3.200/41, que dispõe sobre a organização e proteção da família.

Com o advento da Lei n. 8.009/90, a situação mudou radicalmente. Esta lei determina a impenhorabilidade por dívida de todas as moradias familiares, uma para cada família, havendo ou não casamento, independentemente de qualquer ato ou providência por parte do interessado.

A lei abrange o solo e todos os imóveis por acessão física ou intelectual. Dos últimos excluem-se as obras de arte e os adornos suntuosos.

Sendo o imóvel rural, só se reserva a sede.

Se for alugado o imóvel, a impenhorabilidade aplica-se aos móveis quitados que guarneçam a residência.

Tendo a pessoa vários imóveis, será considerado impenhorável, para efeito da Lei n. 8.009/90, o de menor valor. Se a família quiser reservar o de maior valor, terá que promover a instituição voluntária, quando, então, o imóvel, além de impenhorável, ficará inalienável.

A dita lei prevê, todavia, algumas exceções á regra da impenhorabilidade. Dessa forma, será penhorável pelos créditos: 1. dos empregados domésticos; 2. de quem tenha financiado a construção ou aquisição do imóvel; 3. de pensão alimentícia; 4. de tributos sobre o imóvel; 5. hipotecários sobre o imóvel. Outra exceção é a do imóvel adquirido com produto de crime ou para execução de sentença criminal condenatória a ressarcimento ou perdimento de bens.

Por fim, a Lei n. 8.245/91, Lei do Inquilinato, acrescentou mais uma exceção. Se o inquilino não pagar os aluguéis ou demais encargos, e não tiver como pagar, o fiador será responsabilizado, e seu imóvel residencial poderá ser penhorado.

Concluindo, caberia ainda uma derradeira indagação: estaria o imóvel residencial de uma pessoa solteira incluído na proteção da Lei n. 8.009/90?

A resposta nos parece bastante óbvia, quando se impõe ao art. 1° do referido diploma legal interpretação teleológica.

Ora, o objetivo do legislador foi o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um teto onde morar, mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de "jogar quem quer que seja na rua", para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável.

O art. 1° da Lei n. 8.009/90 é claro: "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável [...] por dívida [...] contraída pelos cônjuges, pelo casal ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários

[...]". (Grifo nosso)

A lei, como se percebe, prevê, especificamente, a possibilidade de um filho, portanto pessoa solteira, ser proprietário de um imóvel, ficando este excluído de penhora por dívidas.

Ademais, por que se oferecer proteção ao imóvel do casal sem filhos e negá-la ao da pessoa solteira?

Capítulo VI - FATO JURÍDICO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICO

1 - DEFINIÇÕES

1.1 Fato Jurídico

1.2 Ato jurídico

1.3 Ato jurídico em sentido estrito

1.4 Negócio jurídico

1.5 Ato ilícito

2 - ATOS JURÍDICOS

2.1 Condições de validade dos atos jurídicos

2.2 Classificação dos atos jurídicos

2.3 Elementos dos atos jurídicos

2.4 Modalidades dos atos jurídicos

2.5 Forma dos atos jurídicos

2.6 Prova dos atos jurídicos

2.7 Defeitos dos atos jurídicos

2.8 Invalidade dos atos jurídicos

2.9 Crítica à teoria clássica das nulidades

2.10 Atos jurídicos inexistentes

3 - Atos ilícitos

4 - Relações jurídicas

4.1 Definição

4.2 Espécies

4.3 Nascimento e extinção das relações jurídicas

FATO JURÍDICO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICO

1 Definições

1.1 Fato jurídico

Fato é todo acontecimento. Há alguns fatos que não repercutem no mundo do Direito; não criam relações jurídicas, como um trovão, um cometa que passa, o vôo de um passarinho etc. Desses fatos não cuidaremos. Trataremos, sim, dos fatos que interessam ao Direito por criarem, modificarem ou extinguirem relações ou situações jurídicas. A estes fatos chamaremos ratos jurídicos.

Em primeiro lugar, que é relação jurídica?

É fruto de vínculo, elo entre pessoas, tutelado pelo Direito, por criar direitos e deveres. Assim, locador e locatário, ao concluírem contrato de locação, ficam vinculados um ao outro. Desse vínculo surgem direitos e deveres para ambas as partes. A esse quadro, em que uma pessoa se acha vinculada a outra, dá-se, então, o nome de relação jurídica. O mesmo ocorre, quando uma pessoa adquire uma coisa qualquer. Surge, com a aquisição, ligação entre a pessoa e a sociedade em geral. A pessoa torna-se dona da coisa, titular de direito sobre ela, enquanto as demais pessoas não têm qualquer direito. Essa é, também, relação jurídica, entre o titular de uma coisa e os não-titulares.

Vimos, nos exemplos acima, relações jurídicas surgidas de contrato de locação e de aquisição. Conclui-se, pois, que tanto o contrato de locação, quanto a aquisição são fatos jurídicos.

Situação jurídica é estado, condição em que se encontram pessoas e coisas.

A situação dos menores de 21 anos é a incapacidade, que pode ser modificada por fato jurídico, qual seja, a emancipação.

Mas os fatos jurídicos podem ser naturais ou humanos. Aqueles não dependem da atuação do homem, mas trazem repercussão na esfera jurídica, como o nascimento e a morte. já os fatos jurídicos humanos nascem da atuação humana como, por exemplo, um contrato, o casamento, uma batida de carros etc.(1) (1 Alguns autores usam o termo fato jurídico voluntário, para designar os fatos jurídicos humanos. Particularmente, reputo o termo impróprio, de vez que voluntário soa como que decorrente da vontade, o que, nem sempre, é verdadeiro.

Uma batida de veículos, por exemplo, é fato jurídico, mas nunca se poderia dizer voluntário. Preferimos, portanto, o termo fato jurídico humano para designar os fatos jurídicos que dependem da atuação do homem, independentemente de serem ou não produto da vontade)

Fato jurídico é, pois, todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas.

1.2 Ato jurídico

Sem entrar em maiores discussões acadêmicas, que, de resto, não cabem no presente trabalho, podemos dizer que ato jurídico é todo fato jurídico humano.

É, assim, toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas.

Ato jurídico, neste sentido amplo (lato sensu), admite três espécies, a saber, atos jurídicos em sentido estrito (stricto sensu), negócios jurídicos e atos ilícitos.

1.3 Ato jurídico em sentido estrito

Em visão bastante simples, ato jurídico em sentido estrito é toda emissão de vontade lícita, não voltada a fim especifico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente.

Vemos, assim, que o ato jurídico em sentido estrito possui dois elementos: uma emissão da Vontade, combinada com o ordenamento jurídico.

Exemplo típico é o ato de registro Civil. Quando um pai registra seu filho, pratica o ato de emissão de vontade combinado com o ordenamento jurídico. Ao registrar o filho, o pai não tem em mente nenhum objetivo específico, como criar, como modificar ou extinguir relação ou situação jurídica. Fá-lo por mero respeito á

Lei e por questão de segurança. Os efeitos do registro, porém, quais sejam, segurança, publicidade, autenticidade etc., não nascem desta emissão de vontade, nas da própria Lei.(2)

l.4 Negócio jurídico

Vimos que os atos jurídicos em sentido estrito não visam a fim específico; seus efeitos brotam mais da Lei do que da vontade do agente. Os negócios jurídicos são o oposto.

Negócio jurídico é todo ato de emissão de vontade combinado com o ordenamento jurídico, voltado a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da vontade do que da Lei.

(2 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op, cit., v. I, p. 369.)

Assim, temos um contrato qualquer que seja, um testamento etc.

A vontade humana é a principal fonte de efeitos. Trocando em palavras mais claras, negócios jurídicos são declarações de vontade destinadas á produção de efeitos jurídicos, desejados pelo agente e tutelados pela Lei. Diferenciam-se dos atos jurídicos em sentido estrito, em que nestes a vontade do agente não é tão importante quanto naqueles. Nos atos jurídicos em sentido estrito, os efeitos deles decorrentes nascem da própria Lei, independentemente da vontade do agente. Exemplo já mencionado é o do registro de nascimento. Os efeitos que nascem desse registro não dependem da vontade de quem o faz, mas são determinados pela Lei mesma.

Já os negócios jurídicos têm na vontade do agente sua principal fonte de efeitos. (3) É ela que desempenha o papel principal na determinação dos efeitos jurídicos, sem dúvida, amparados pela Lei. Por exemplo, em contrato de locação, as partes, locador e locatário, se reúnem e celebram o negócio, pactuando todas as cláusulas e efeitos do contrato. A Lei nada mais faz do que estabelecer algumas regras, procurando aparar possíveis arestas e proteger a vontade manifesta no contrato. Os efeitos deste contrato não são produto inteiro da Lei, mas, principalmente, da vontade das partes contratantes.(4) Dessarte, negócio jurídico é toda ação humana voltada para a obtenção de efeitos queridos pelo agente, quais sejam, criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, ação esta combinada com o ordenamento legal.(5) l.5 Ato ilícito

Ato jurídico ilícito é toda atuação humana, omissiva ou comissiva, voluntária ou involuntária, contrária ao Direito.

Assim, temos que atos ilícitos são aquelas ações ou omissões da conduta humana, desejadas (dolosas) ou indesejadas (culposas) que produzem efeitos contrários ao Direito. Para o Direito civil, tais efeitos são os danos, os prejuízos, cuja conseqüência para o agente será a reparação, a indenização.

Os atos ilícitos, em que pesem doutas opiniões em contrário, são atos jurídicos, por repercutirem na esfera jurídica, sendo regulados pelo Direito. Aliás, o adjetivo "jurídico" pode ser empregado em dois sentidos. Num primeiro, enquanto algo que repercute no mundo do Direito, que diz respeito ao Direito; (3 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. I, p. 369. BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil.

Op. cit., p. 269.)

(4 BETTI, Emílio. Teoria general del negocio jurídico.

2ªed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, passim.) (5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Op. cit., v. I, p. 327.)

Este o utilizado acima. Num segundo, enquanto algo que está conforme ao Direito. É lógico que, neste segundo sentido, os atos ilícitos não seriam jurídicos, mas antijurídicos.

Em outras palavras, ato ilícito é conduta humana violadora da ordem jurídica. A ilicitude implica sempre lesão a direito pela quebra de dever jurídico. como espécie do gênero ato jurídico, cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas. Em qualquer caso, gera sempre nova relação ou situação jurídica, em que o autor do ilícito assume o dever de reparar o dano causado.(6) Do estudo feito, pode-se chegar á seguinte conclusão: fato jurídico é acontecimento natural ou humano que produz alteração no mundo jurídico, seja para criar ou para extinguir, seja para modificar direito.

Dentro da órbita do fato jurídico, surge o ato jurídico. Se contiver ato de vontade, deliberado para a criação, modificação ou extinção de direito, toma, neste caso, aspecto de negócio jurídico. Ou, então, apresenta-se contendo vontade menos enérgica em relação a seus fins. Neste último caso, as conseqüências jurídicas são ex lege (da Lei), independentemente de terem sido ou não desejadas. Teremos, assim, ato jurídico em sentido estrito. Por fim, o ato jurídico pode ser contrário ao Direito, quando será ilícito.(7) O código civil, com intenção de simplificar a terminologia, evitando maiores confusões, utiliza apenas os termos fato e ato.

Por fato jurídico, entendam-se os fatos naturais e os atos jurídicos.

Por ato jurídico, entendam-se os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

E por ato ilícito, entendam-se os atos jurídicos ilícitos.

Adotaremos, a partir de agora, a mesma terminologia do Código, ressaltando, entretanto, que, assim como o código civil, na maioria das vezes quando falarmos em ato jurídico, estaremos nos referindo aos negócios jurídicos.

2 ATOS JURÍDICOS

2.1 Condições de validade dos atos jurídicos

Um ato jurídico para ser válido e produzir efeitos deve estar, inteiramente, conforme á Lei e, para tanto, há três condições a que se deve submeter: 1ª sujeito capaz; 2ª objeto possível; 3ª forma prescrita ou não defesa em lei.

(6 NADER. Paulo. Introdução ao estudo do direito. Op, cit., p. 369.) (7 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. I, p. 365/366.) Por sujeito capaz, devemos entender todas as pessoas possuidoras da capacidade de fato, que analisamos supra. Em princípio, aquelas pessoas maiores de 21 anos ou emancipadas, desde que não sejam interditadas, nem silvícolas. Sendo absolutamente incapazes, deverão ser representadas por seus pais, tutor ou curador, conforme o caso. Se relativamente incapazes, deverão ser assistidas pelos pais, tutor ou curador, como já estudamos. Se não o forem, o ato será defeituoso. Assim, se menor de 21 anos vender bem de sua propriedade, sem a intervenção de seu responsável, a venda será defeituosa, sendo passível de anulação.

Além da capacidade de fato, genérica para os atos da vida civil, é necessária a capacidade dita negocial, ou seja, exigida apenas para a prática de alguns atos específicos. A título de exemplo, temos que, para um dos cônjuges vender imóvel de sua propriedade, é essencial a autorização do outro, não importando o regime de bens do casamento. Assim, se algum deles celebrar a venda sem autorização do outro, esta será defeituosa, por ter faltado a capacidade negocial, suprida pelo consentimento do outro cônjuge. Na hipótese em epígrafe, constata-se que a capacidade negocial está ligada a ato de legitimação, realizado pelo cônjuge do vendedor.

O objeto de todo ato deve ser possível.

Em primeiro lugar, devemos entender o que seja objeto de ato jurídico. Na compra de terreno, o terreno será o objeto. Na locação de carro, este será o objeto.

Na cessão de direito, será este o objeto, e assim por diante.

Objeto possível é aquele realizável, tanto materialmente quanto juridicamente.

Para melhor entendermos, será mais fácil exemplificarmos o que seja objeto

impossível. Materialmente impossível é a venda de lotes na lua, ou a venda de lugar no céu. Juridicamente impossível é a venda do Pão-de-Açúcar, ou do Parque Municipal de Belo Horizonte, ou ainda, a venda de carro furtado.

O código civil não usa o termo objeto possível. Ao invés disso, utiliza o termo objeto lícito. No meu entender, o legislador deveria ter sido mais genérico, pois objeto lícito é apenas o objeto juridicamente possível. E o materialmente possível? Evidentemente, por questão de lógica, pode-se deduzi-lo da Lei.

Além do sujeito e do objeto, cuida a Lei da forma pela qual se realiza dado ato jurídico. Às vezes, a Lei não se importa com a forma pela qual se realiza um ato e, então, terá ele forma livre, ou seja, será realizado por escrito ou verbalmente ou, ainda, de forma tácita. Em alguns casos, porém, a Lei exige que determinado ato se realize por certa forma, como o casamento, ou a compra e venda de imóveis, por exemplo. Chamamos a estes atos de formais, ou solenes.

Assim, pode-se dizer que os atos jurídicos devem obedecer a forma que a Lei determine (prescreva), ou, quando nada determinar (prescrever), não se devem realizar pela forma que a Lei proibir (defender). Assim, a compra e venda de imóveis deverá se celebrar por escrito público, ou seja, em cartório, porque a Lei assim determina (forma prescrita). Já os testamentos não podem ser elaborados por duas pessoas em conjunto, num único instrumento, porque a Lei proíbe (forma defesa).

Quanto á forma, esta será expressa ou tácita. A expressa será verbal, escrita ou mímica. A escrita pode dar-se por escrito (escritura) particular, ou por escrito (escritura) público, redigido em cartório, em livro especial, dependendo do ato.

Tácita é a realização de ato sem qualquer exteriorização de vontade. Suponhamos que uma pessoa compre, todos os dias, cigarros de certa marca em determinado bar. Suponhamos ainda que, de tal a freqüência, sempre que a pessoa entre no bar, o balconista já pega os cigarros, entregando-os, mediante o dinheiro que lhe é prontamente estendido. Presenciamos aqui compra e venda tácita. Ninguém pronunciou uma só palavra, nem fez qualquer gesto.

2.2 Classificação dos atos jurídicos

a) Gratuitos e onerosos - Atos jurídicos gratuitos são aqueles praticados independentemente de qualquer contraprestação. São atos de. liberalidade, como as doações, os testamentos etc.

Os atos onerosos, ao revés, não se praticam por mera liberalidade. O agente que o pratica espera algo em retorno, como na compra e venda, na promessa de recompensa etc.

b) Unilaterais, bilaterais e plurilaterais - Unilateral é o ato jurídico que se perfaz com uma só declaração de vontade. Exemplo é o testamento.

Bilateral é o ato que necessita de, pelo menos, duas declarações de vontade, de qualquer jeito, conflitantes. A compra e venda exemplifica bem a questão, pois enquanto um quer comprar, o outro quer vender. A vontade de um é contrária á do outro.

O ato jurídico plurilateral exige, assim como o bilateral, mais de uma declaração de vontade. A vontade dos declarantes não é, contudo, conflitante.

Uma não vem em sentido contrário à outra. O melhor exemplo é a sociedade. Os sócios não têm vontade em sentidos opostos. No casamento, dá-se o mesmo.

c) Inter vivos e causa mortis - chama-se ato jurídico inter vivos aquele que é destinado a produzir efeitos durante a vida das partes. Assim, temos a locação, a compra e venda, o casamento, a doação etc.

Já o ato jurídico mortis causa pressupõe a morte de uma das partes para produzir seus efeitos. Este é o caso do testamento, do seguro de vida etc.

Acrescente-se que a morte que se pressupõe nos atos causa mortis é a morte de uma das partes, e não de terceiro. Se isto acontecer, o ato estará inquinado de defeito grave, por proibir a Lei qualquer negócio baseado na morte de terceiros.

Esses negócios têm até nomen iuris,(8) são os pacta corvina, ou seja, pactos de corvos.

Assim, se duas pessoas realizarem negócio, tendo como base herança de pessoa viva, este será passível de anulação.

d) Principais e acessórios - Ato jurídico principal é o que existe por si mesmo, independentemente de qualquer outro. Por exemplo, contrato de compra e venda.

Acessório é o ato jurídico cuja existência depende da do principal. Não tem existência jurídica autônoma. Se o principal não existir, o acessório tampouco e

existirá. Aliás, também para os atos jurídicos, é valida a regra de que o acessório segue o principal. Como exemplo, podemos dar o da procuração. "A"

outorga procuração a "B", a fim de que este venda sua casa. Principal é o contrato de compra e venda da casa. Acessória, por que dada em função da compra e Venda, será a procuração, em que "A" confere a "B" os poderes necessários pata realizar o negócio. Se a compra e venda for invalidada, também será invalidada a procuração, pois ao acessório segue o principal.

e) Formais e informais - Informal é o ato para cuja realização basta a emissão livre de vontade, ou seja, a Lei nada mais exige, além do consentimento, para que o negócio se considere perfeito,(9) acabado. Assim, para que contrato de locação se considere celebrado, basta que as partes, locador e locatário, cheguem a acordo quanto a preço, reajuste, prazo etc.

Formal é o ato para cuja realização a Lei exige, de regra, a observância da forma escrita, seja por instrumento público ou particular. Em outras palavras, além do acordo de vontades, a Lei exige uma formalidade. Exemplos de atos formais são o casamento, a compra e venda de imóveis, o testamento etc.

Às vezes, a formalidade envolve certas fórmulas verbais, como no casamento.

Os atos formais são também chamados de solenes.

f) Impessoais e intuitu personae - Serão impessoais os atos jurídicos, quando realizados independentemente de quem sejam as partes. Quando compro refrigerante em bar, pouco me interessa quem seja o comerciante, assim como a este tampouco importa quem seja eu.

(8 Nomen iuris é o nome de certo instituto para a ciência do Direito.) (9 Perfeito é o particípio passado do verbo perfazer. Tem, portanto, o sentido de terminado ("perfazido"), e não o sentido de "sem erros".) Já nos atos intuitu personae, a pessoa do agente assume relevância especial, porque o ato se realiza em função de suas qualidades pessoais. É o que ocorre, quando outorgo procuração a uma pessoa. Faço-o porque confio nela. O mesmo se dá com o testamento.

g) Causais e abstratos - Causais são aqueles atos que estão sempre vinculados a sua causa. Sendo ela licita, será lícito o ato. Sendo ilícita, será ilícito o ato; sendo defeituosa a causa, defeituoso será o ato. O ato de registro de escritura de compra e venda de imóveis é ato jurídico causal. Assim, se a compra e venda for

defeituosa, por uma razão ou outra, também não terá valor o registro.

O mesmo não ocorre quanto aos atos jurídicos abstratos, que se desvinculam da causa que lhes deu origem. Se assino cheque em pagamento de compra, imediatamente o cheque dela se desvinculará. De maneira que se a compra e venda que deu causa ao cheque for anulada, o cheque continuará tendo valor, terá que ser pago de qualquer maneira, principalmente se for parar em mãos de terceiro que o tenha recebido em pagamento.

Na Alemanha, o registro de imóveis é ato jurídico abstrato. Uma vez registrada a escritura de compra e venda, não mais se poderá discutir a propriedade do imóvel. Dono será a pessoa em cujo nome estiver registrado, ainda que a compra e venda seja defeituosa. Se houver o registro, não mais se discutirá a compra e venda, porque o registro, prova absoluta da propriedade, se desvincula de sua causa, a compra e venda. É ato jurídico abstrato.(10)

h) De disposição e de administração - Ato de disposição é aquele que transcende a mera administração patrimonial. Assim, se um comerciante vende seu ponto, ou seu estabelecimento, estará praticando ato de disposição.

Já o ato de administração restringe-se à mera administração patrimonial.

Quando um comerciante vende seus produtos à clientela, não pratica ato de disposição, mas de mera administração; afinal, o objetivo de seu comércio é a venda de produtos.

É importante a distinção, visto que a capacidade exigida do sujeito para a prática de atos de disposição não é a mesma que a exigida para atos de administração. Ao pródigo interditado, por exemplo, só se proíbem os atos de disposição. Dessa maneira, se o pródigo possui fazenda, não poderá vender as terras, sem a anuência de seu curador, por ser a venda das terras ato de disposição. O mesmo não ocorre, quando põe à venda o produto da colheita, que é ato de administração, não carecendo, assim, da autorização do curador.

i) Constitutivos e declaratórios - Ato constitutivo é aquele que constitui relação ou situação jurídica, seja no sentido de criá-la, modificá-la ou extingui-la.

(l0 BÀHR, Peter. Grundzüge des bürgerlicben Rechts.

7ª Aufl., München: vahlen, 1989, S. 357.)

Neste último caso, fala-se em ato constitutivo negativo. Bem, a celebração de contrato cria relação, que antes não existia. Quando se pactua aditivo contratual, a relação é modificada. Por fim, quando as partes de um contrato celebram distrato, estão pondo fim à relação jurídica.

Os atos declaratórios, por sua vez, nada criam, modificam ou extinguem; tão-somente confirmam a existência ou inexistência de relação ou situação jurídica.

Dessa forma, o ato de confessar dívida não cria a dívida; a penas confirma sua existência.

Cuidando-se de ato jurídico constitutivo, a produção de efeitos ocorrerá a partir do momento em que for praticado, criando, modificando ou extinguindo uma relação ou situação jurídica. A doação é exemplo típico. Seu principal efeito é a transmissão da propriedade, que só ocorrerá após a celebração do contrato. A situação jurídica das partes se modifica, pois quem era dono deixa de sê-lo, tornando-se dono o donatário, mas somente a partir da doação.

Nos atos declaratórios a produção de efeitos retroage no passado.(11) Se assino documento de confissão de dívida que deveria ter pago há seis meses e não paguei, o ato de confissão retroagirá seis meses no passado, fazendo incidir juros, desde a data em que deveria ter pago a dívida. É ato declaratório.

2.3 Elementos dos atos jurídicos

Por elementos dos atos jurídicos devemos compreender certas características que todo ato possui ou pode possuir. Reúnem-se em três categorias distintas, já apontadas desde o período romano. São, a saber, elementos essenciais, naturais e acidentais - essentialia, naturalia et accidentalia negotii.

Elementos essenciais são aqueles que integram a própria essência do ato, como o preço e o produto integram a compra e venda, a forma escrita o testamento, a diversidade de sexos o casamento etc.

Naturais são elementos que, embora não façam parte da essência do ato, decorrem naturalmente dele. Assim é a entrega do produto na compra e venda.

Perceba-se que, mesmo sem a entrega ou tradição da coisa, existirá compra e venda.

Acontece que, uma vez celebrada, é decorrência natural que o vendedor entregue o produto ao comprador.

Por elementos acidentais entendem-se aquelas características que pode ou não conter o ato. Nesta categoria temos a condição, o encargo e o termo. São eles, a condição, o termo e o encargo, que passaremos a estudar em seguida.

(11 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. I, p. 373.)

2.4 Modalidades dos atos jurídicos

Os atos jurídicos se dividem em três modalidades, segundo contenham apenas elementos essenciais e naturais ou se,'além deles, contenham elementos acidentais. Assim teremos atos jurídicos puros e simples, atos jurídicos condicionais, atos jurídicos a termo e atos jurídicos modais ou com encargo.

a) Atos jurídicos puros e simples - O ato jurídico será puro e simples quando contiver apenas elementos essenciais e naturais, sem qualquer elemento acidental, ou seja, condição, termo ou encargo. Se vou a uma lanchonete e compro um salgado, pagando e comendo na hora, estarei diante de um ato jurídico puro e simples. Nele só se encontram elementos essenciais e naturais. Os essenciais são as duas partes, uma querendo comprar e a outra querendo vender, o preço em dinheiro e a coisa, objeto do contrato de compra e venda, qual seja, um salgado.

O elemento natural é a entrega, ou seja, a tradição do salgado. Não está presente qualquer dos elementos acidentais.

b) Atos jurídicos condicionais - São condicionais os atos jurídicos, cujos efeitos, ou seja, a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres estiverem subordinados ao implemento de condição. Em outras palavras o ato só produzirá efeitos dependendo de evento futuro e incerto, que poderá ou não ocorrer.

Estudemos melhor o que é condição.

Condição é evento futuro e incerto ao qual se subordinam os efeitos do ato jurídico. São espécies de condição:

Condição causal - É aquela que sujeita os efeitos do ato jurídico ao acaso, como

"se ganhar na loto, farei doação à Santa Casa".

Condição simplesmente potestativa - Subordina o ato ao arbítrio relativo de uma das partes. Exemplo seria a frase, "se me mudar para Salvador vendo-lhe meu carro". Ora, mudo-me para Salvador se quiser, mas, uma vez que me mude, terei que vender o carro à pessoa a quem prometi.

Condição puramente potestativa - Dá-se quando os efeitos do ato ficam submetidos à vontade absoluta de uma das partes. Suponhamos a seguinte norma contratual:

"os aluguéis serão reajustados se, como e quando o locador quiser". Tal cláusula em contrato de locação seria condição puramente potestativa em relação ao reajuste do aluguel. Evidentemente, tal cláusula não teria validade, aliás, como toda condição puramente potestativa.

Condição mista - Sujeita o ato jurídico ao alvedrio de uma das partes e de terceiro. Assim é a afirmação, "só vendo minha casa, se o vizinho vendera sua".

As condições causais, simplesmente potestativas, e as condições mistas podem ser suspensivas ou resolutivas.

Condição suspensiva é aquela que subordina os efeitos do ato jurídico a seu implemento. Todos os exemplos dados acima são de condição suspensiva.

Já na condição resolutiva, o ato pára de produzir efeitos, se extingue com o implemento da condição. Ex.: Empresto-lhe meu carro, se você não se mudar. Ou seja, enquanto a pessoa morar no lugar desejado, poderá usar o carro. Se decidir mudar-se, o empréstimo cessa, se resolve.

c) Atos jurídicos a termo - Ato jurídico a termo é o ato cujo início ou fim vêm determinados, precisados no tempo. Se compro hoje para pagar amanhã, estarei diante de uma compra e venda a termo. O contrato de locação é outro exemplo de ato delimitado no tempo. Tem um início e um fim previsto pelas partes. Se faço uma promessa de recompensa válida por uma semana, terei, aqui também, ato jurídico a termo.

Termo, assim, é indicação do momento em que começa e ou termina um ato jurídico.

Um contrato, por exemplo, pode ter termo certo para começar e para terminar, ou apenas para começar, ou apenas para terminar. Tudo depende da vontade das partes contratantes.

O termo pode ser certo ou incerto.

Se é fixada data para o término de contrato, o termo será certo. Exemplo seria:

"Este controlo termina em 30 meses".

Se não houver qualquer fixação de data, o termo será incerto. Assim, "empresto-lhe meu carro, até que se forme na faculdade". A formatura irá ocorrer; só não se sabe ao certo quando.

Não há confundir termo com prazo. Termo é o momento inicial ou final de um ato jurídico. Prazo é o lapso de tempo entre o termo inicial e o termo final.

Sobre contagem de prazo, a regra é bem simples: o dia do início não se computa, e o do fim computa-se no prazo - dies a quo non computatur, sed dies ad quem computatur in termino. Se o prazo tiver início ou terminar em dia feriado, será adiado para o primeiro dia útil conseqüente. Mas os dias feriados, dentre eles os sábados e domingos, que correrem no transcorrer do prazo serão computados.

Imaginemos prazo de cinco dias, contados a partir de sexta-feira. como sexta-feira, por ser o dies a quo,(12) não entra; e como o sábado tampouco entra, por não ser dia útil, a contagem começa na segunda-feira, terminando na sexta.

(12 Dies a quo significa literalmente "dia a partir do qual", em outras palavras, usa-se a expressão pata indicar o termo inicial.) Se este mesmo prazo se contasse a partir de quinta-feira, terminaria na terça da semana seguinte, uma vez que a contagem teria início na sexta, computando-se tanto o sábado, quanto o domingo. Se começasse a correr a partir de segunda-feira, terminaria na segunda seguinte, pois a contagem teria início na terça, se encerrando no domingo. Como domingo não é dia útil, o dies ad quem(13) seria segunda-feira.

A contagem de prazo em horas, meses e anos é bem mais simples.

Contam-se as horas uma a uma, sendo termo final a hora subsequente, após a soma.

Assim, o prazo de duas horas, contadas a partir das 15:00 h terminará às 17:00 h Os meses também se contam um a um, sendo termo final o mesmo dies a quo do mês subsequente. O prazo de dois meses, a partir de 10 de abril, será 10 de junho.

Os anos se contam da mesma forma: o termo final será o mesmo dies a quo do ano e mês subseqüente. Um ano, a partir de 10 de abril de 1920, será 10 de abril de 1921.

d) Atos jurídicos modais ou com encargo - Haverá ato jurídico modal, quando o beneficio conferido a uma pessoa vier acompanhado de um ônus, ou seja, de um encargo.

Encargo ou modo é, pois, ônus que pode sofrer o favorecido em ato jurídico gratuito. Evidentemente que esse ônus será bem menor do que o benefício; do contrário seria contraprestação, como na compra e venda, por exemplo. O

comprador recebe uma coisa, mas terá a obrigação de realizar contraprestação equivalente em dinheiro a favor do vendedor. Já o encargo, característico dos atos jurídicos gratuitos não será proporcional ao benefício. Se recebo uma herança, com a obrigação de construir uma escola. O preço da obra deverá ser bem inferior à herança. Se for igual, seguramente renunciarei a meus direitos hereditários. Daí que encargo não pode ser confundido com contraprestação, característica dos atos jurídicos onerosos. Na verdade o encargo visa limitar a vantagem percebida pelo beneficiário. É o modas ou cláusula modal do Direito Romano. Exemplo seria o do testamento, já exposto acima, em que se consignasse:

"deixo meus bens a Fulano, ficando ele com a incumbência de construir escola". O

encargo pode reverter em favor do disponente, como quando uma pessoa empresta sua casa de praia à outra, ficando esta com o encargo de cuidar do jardim. Pode também reverter em favor de terceiros, como no exemplo dado do testamento, em que a escola reverteria em favor da comunidade. Enfim, o encargo poderá reverter em favor do próprio beneficiado, como a deixa testamentária, em que o herdeiro ficasse com a obrigação de concluir seus estudos: "deixo meus bens a Fulano, ficando ele com a obrigação de concluir seus estudos".

O encargo se diferencia da condição em que esta subordina a validade do ato a seu implemento, e aquele não, apesar de ser exigível.

(13 Dies ad quem quer dizer "dia para o qual", ou seja, termo final.) Assim, se o exemplo dado acima fosse condição, os termos seriam outros.

"Deixo meus bens ao Fulano, se ele construir uma escola".

Se não for construída a tal escola, a herança não será deferida ao Fulano.

Já no encargo, a herança irá para o Fulano de qualquer jeito. caso, porém, não construa a escola, será forçado a tanto por qualquer interessado ou pelo Ministério Público. Se, de qualquer forma, não construir, ser-lhe-ão tomados tantos bens, quantos forem necessários para custear as obras. Só perderia os bens deixados se o testamento, expressamente, o determinasse: "deixo meus bens a Fulano, ficando ele obrigado a construir escola. Caso não construa, perderá os bens em favor de Beltrano". Neste caso, estaríamos diante de verdadeira condição, e não de encargo.

Por fim, acrescente-se que são considerados não escritos, não possuindo qualquer valor, os encargos e condições fisicamente impossíveis, enquanto os ilícitos ou imorais invalidam o próprio ato, viciando-o de forma grave. Tal é a regra do art. 116 do código civil.

Sua interpretação não deve ser, entretanto, literal. Se fosse, teríamos absurdo incomensurável, dependendo da situação. Vejamos exemplo bem simples. Se um testamento exigisse como condição ficar o herdeiro uma hora debaixo d'água, sem respirar, estaríamos diante de condição fisicamente impossível e, portanto, não escrita, sendo válido o testamento. Mas se a disposição testamentária impusesse como condição, ter o herdeiro que assassinar alguém, estaríamos diante de condição ilícita, não sendo, pois, válido o testamento. O herdeiro, neste caso, nada receberia. Ora, aquele que não pratica ato naturalmente impossível, ou seja, aquele que nada demais faz, a não ser seguir a própria natureza, herda normalmente. Não seria justo que aquele que, desobedecendo o comando testamentário, deixasse de cometer ato ilícito ou imoral, nada recebesse.

Ademais, a se invalidar todo o testamento, estar-se-ía referendando a vontade ilícita do testador. Por outras palavras, caso se reputasse o testamento válido, uma vez que não fosse cumprida a condição, ou seja, uma vez que o herdeiro não cometesse o homicídio, nada herdaria. A se invalidar o testamento, o

herdeiro não matará, nada recebendo. Em não matando, o herdeiro nada recebe, seja o testamento considerado válido ou inválido em seu todo. Em meu entendimento, a interpretação do art. 116 deveria ser no sentido de se considerar não escritas, tanto as condições e encargos materialmente impossíveis, quanto os imorais e ilícitos. Não é concebível que condição ou encargo imorais ou ilícitos, elementos acessórios do ato, atingissem-no como um todo, invalidando-o. Outro exemplo esclarecedor seria o da condição puramente potestativa, portanto ilícita, inserida em contrato de locação, sujeitando o reajuste dos aluguéis á vontade absoluta do locador. A seguir o art. 116 literalmente, concluiríamos que todo o contrato seria inquinado pelo defeito, quando, na verdade, apenas a cláusula se reputa defeituosa. No entanto, tratando-se de hermenêutica, não existem verdades absolutas. A interpretação deve procurar adequar a norma ao caso concreto, na busca constante pela justiça. Se imaginarmos, na hipótese do testamento, que o herdeiro, cumprindo a disposição testamentária, praticasse o crime, teríamos outra situação. Neste caso, haveria, de um lado, condição ilícita, imposta por vontade ilícita do testador; do outro, haveria prática de ato ilícito pelo herdeiro, motivado por condição ilícita. Ora, não se poderia premiar nem a vontade ilícita de um, nem o delito do outro. Dessarte, em face de tal situação, sem dúvida, seria defeituosa a cláusula testamentária, e o herdeiro nada receberia, além das sanções criminais a que estaria sujeito.

Mas, insisto, tratando-se de hermenêutica, não há verdades absolutas. Esta é tão-somente minha opinião, salvo melhor juízo.

Fato é, contudo, que se ao interpretarmos norma aparentemente clara, chegarmos a conclusão absurda, como no caso acima, devemos questionar a própria clareza da norma.

Resumindo a questão, não terão valor o encargo e a condição ilegítimos.

Ilegítimo será o encargo ou a condição, se contrariarem norma legal expressa, como é o caso das condições puramente potestativas ou daqueles encargos ou condições que limitem direitos constitucionalmente garantidos, como o direito de ir e vir, o direito de votar etc. Também serão ilegítimos o encargo ou a condição que atentarem contra a moral ou bons costumes, além dos fisicamente impossíveis. Os de não fazer coisa impossível, como, por exemplo, a condição de não ficar sem respirar, simplesmente se desconsideram, nem podendo ser considerados ilegítimos, em análise mais detida.

2.5 Forma dos atos jurídicos

Forma é a maneira pela qual se realiza o ato. Posto isso, observamos que os atos jurídicos podem realizar-se por expresso ou tacitamente.

Expressa será a forma, quando o ato se realizar verbalmente, por escrito ou por mímicas.

A forma será tácita, quando a realização do ato decorrer do silêncio de uma das partes. Aqui, aplica-se a regra geral de que quem se cala, consente. Mas para que esta regra seja aplicada, é preciso que esteja bem claro que o silêncio quer dizer "sim". Se o consentimento tácito não for conclusivo, a regra não será aplicada, e quem se calar, não estará consentindo. É só pensarmos na hipótese do celebrante perguntar a um dos noivos se é de seu desejo casar-se com o outro, e nada for respondido. O silêncio, em tal caso, não pode ser interpretado como consentimento, mas como negativa.

Como norma, o código civil preconiza a liberdade de forma. Dessarte, os atos jurídicos serão válidos se realizados verbalmente, por escrito, por mímicas ou tacitamente. Desde que se possa prová-los, serão plenamente eficazes.

Às vezes, porém, a Lei exige que certos atos se perfaçam de forma especial. Tal é o caso dos atos de alienação referentes aos imóveis, como as vendas, doações etc., que deverão se praticar por escrito público, ou seja, deverão ser inscritos em livro específico dos cartórios imobiliários.

Outras vezes, a Lei proíbe, mesmo que tacitamente, determinada forma. É o que ocorre, quando o art. 1.630 do código civil proíbe o testamento conjuntivo, elaborado por duas pessoas ao mesmo tempo.

2.6 Prova dos atos jurídicos

Falamos acima que os atos jurídicos, de regra, se realizam como bem entender o agente, vale dizer, verbalmente, por escrito etc. A questão que surge, às vezes, é como provar sua existência.

A primeira regra imposta pelo código é a de que, sempre que houver exigência de forma especial, o ato só se prova por ela. Portanto, a compra e venda de imóveis, por exemplo, só se prova por escritura pública.

Há, entretanto, mais três regras:

1ª as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. O que há aqui, é apenas presunção de validade, que admite prova em contrário. Assim, se assino cheque, presume-se que a assinatura seja minha, e que quis assiná-lo. Mas posso provar o contrário; 2ª os contratos celebrados com cláusula de não valerem sem instrumento público, só por este se provam. Esclareça-se que instrumento público é o mesmo que escrito ou escritura pública, de que se fala quando o ato é realizado em cartório;

3ª as obrigações oriundas de atos celebrados por escrito - instrumento particular, provam-se por esta escritura, desde que assinada por duas testemunhas.

Para os demais atos, para os quais a Lei não prescreve forma específica, vale a regra de que poderão provar-se por:

a) confissão; b) atos praticados em juízo; c) documentos públicos ou particulares; d) testemunhas; e) presunção; f) exames e vistorias; g) arbitramento.

Confissão é a confirmação do ato pela parte que com ele se prejudica. É a confirmação da existência da dívida pelo devedor, por exemplo.

Ato praticado em juízo é todo aquele ato, seja verbal ou escrito, praticado pelas partes ou seus advogados, no transcorrer de processo judicial.

Documento público é todo escrito ou escritura pública. São, como vimos, papéis oriundos dos cartórios, em que se celebram aqueles atos para os quais se exige instrumento público.

Documento particular é todo escrito que representa atos realizados fora de cartório.

Hoje em dia, consideram-se documentos, não só papéis, mas também fitas-cassette, fitas de vídeo etc.

Quanto ás testemunhas, temos que podem testemunhar, os maiores de dezesseis anos. Os menores de dezesseis poderão apenas prestar informações.

Além dos menores de dezesseis anos, não podem testemunhar os loucos; os

cegos e surdos, quando a ciência dos fatos dependa do órgão que lhes falta; os interessados na causa; os ascendentes e os descendentes; o cônjuge e os colaterais até o terceiro grau, seja o parentesco consanguíneo, como os irmãos, ou por afinidade, como os cunhados.

Tampouco pode testemunhar o que é parte na causa; o que intervém em nome de parte, como o tutor, na causa do menor, o advogado, e outros; o definitivamente condenado por crime de falso testemunho; o indigno de fé por seus costumes; o inimigo capital ou amigo íntimo.

Em relação a todos esses, aplica-se a mesma regra que aos menores de dezesseis anos: sendo necessário, o juiz os ouvirá como informantes, não como testemunhas.

Ademais, não se pode exigir o testemunho de quem deva, por estado ou profissão, guardar sigilo sobre o fato. A padre não se pode exigir testemunhe sobre segredo de confissão.

Presunção é a relação que se faz de fato conhecido para se provar fato desconhecido. Dessa forma, se assino cheque, presume-se que a assinatura confere, e que eu haja querido assiná-lo.

Há dois tipos de presunção. A que admite prova em contrário e a que não a admite. A primeira recebe o nome de presunção iuris tantum. Tal é o caso do cheque, ao qual se referiu, ainda há pouco. A segunda se denomina presunção iuris et de jure, ou presunção de pleno Direito. Só ocorre quando a Lei expressamente estabelecê-la. Exemplo é a presunção de paternidade do marido em relação ao filho de sua esposa. Aquele tem dois meses a partir do nascimento da criança para contestar-lhe a legitimidade. Escoado o prazo, o bebê se considera seu filho, não se admitindo nenhuma prova em contrário, nem mesmo teste de DNA ou a própria confissão da mãe.

Exames e vistorias são inspeções técnicas, realizadas por expertos em certos assuntos, como medicina, engenharia, contabilidade etc. Pode ocorrer de o próprio juiz realizar a vistoria in loco,(14) uma vez que se julgue habilitado e reputando necessário.

Por fim, entenda-se por arbitramento o exame de alguma coisa, por peritos, para determinar-lhe o valor ou estimar em dinheiro alguma obrigação. É meio extraordinário de prova."

Cabe acrescentar, em conclusão, que a lista de meios de prova que acabamos de examinar é, tão-somente, exemplificativa. Sua interpretação deverá ser ampliativa, sendo limitada, logicamente, pela moral e bons costumes.

2.7 Defeitos dos atos jurídicos

Defeito é todo vício que macula o ato jurídico, tornando-o passível de anulação.

Há defeitos mais ou menos sérios. Os mais sérios se denominam graves, por viciarem o ato de forma definitiva. Os menos sérios denominam-se leves, por poderem ser remediados pelas partes interessadas.

a) Defeitos graves - São aqueles que atingem os próprios requisitos de validade dos atos jurídicos. Assim, seriam graves os previstos no art. 145, quais sejam, a incapacidade absoluta do agente, a impossibilidade do objeto e i inadequação de forma, além de outros previstos, esparsamente, na legislação.

b) Defeitos leves - São os que não atingem o ato de forma definitiva, considerados tais os elencados no art.147,. ou seja, a incapacidade relativa do agente, os vícios do consentimento e os vícios sociais, além de outros, previstos na legislação, de maneira difusa.

Vícios do consentimento - São aqueles defeitos que se verificam, quando o agente declara sua vontade de maneira defeituosa. São vícios ou defeitos da vontade do agente. Os vícios do consentimento são o erro, o dolo e a coação. Admitem correção. São leves.

(14 In loco significa "no local". O juiz pode resolver vistoriar, por exemplo, o local em que ocorreu o lato litigioso.)

(15 BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil. Op. cit., v. I, p. 390.) Erro - É o mais elementar dos vícios do consentimento. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, atua de modo que não seria de sua vontade, caso conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Como exemplo, podemos citar pessoa, residente em Manaus, que compra lote no litoral gaúcho, enganado pelas fotografias do vendedor. Logicamente, não se deslocou de Manaus ao Rio Grande do Sul para conferir. A distância não compensava. Quando o fez, descobriu não passar o lote de areal sem o menor valor. O negócio está, obviamente, inquinado de erro, sendo anulável.

Existe, todavia, além do erro escusável, ou seja, perdoável, o erro inescusável, ou seja, imperdoável. Se uma pessoa, residente em Belo Horizonte, comprar lote em Betim, cidade vizinha, sem ir conferi-lo antes, estará cometendo erro inescusável, não podendo, depois, pleitear a anulação do ato.

O erro pode ser ainda substancial, dito essencial, e acidental.

Chama-se erro substancial ou essencial aquele que interessa á natureza do ato, a seu objeto e suas características, e ás qualidades da pessoa a quem se refere o negócio.

Assim, age com erro essencial quanto á natureza do ato, aquele que doa, pensando estar vendendo.

Quanto ao objeto, age com erro substancial, quem compra lote em terreno arenoso, julgando estar adquirindo-o em terreno firme; quem compra candelabro de ferro, pensando tratar-se de ouro etc.(16) Em relação á pessoa, o erro ocorre nos negócios intuitu personae. Dessarte, se penso estar outorgando procuração a "B", quando, na verdade, tratar-se de "A", estarei agindo com erro.

O erro acidental, por sua vez, ocorre quando o verdadeiro objeto ou sujeitos a que se refere o ato puderem ser identificados, apesar de indicados de forma errônea. A regra é que o erro acidental não vicia o ato, sendo ele válido.

Como exemplo desta espécie de erro, poderíamos citar o caso da pessoa que emite cheque á ordem da "Vale do Rio Doce S/A". Ora, apesar de a denominação da sociedade estar errada - a correta seria "companhia Vale do Rio Doce" - o cheque será válido.

O erro pode também consistir em falsa causa, quando incidir nos motivos de fato que determinam as partes a contratar. Como regra, não constitui vício, a não ser que o motivo de fato seja a razão determinante ou condição para que se realize o ato. Suponhamos o caso de industrial que, interessado na produção em série de determinado produto, compre-lhe a patente. Suponhamos ainda que tenha sido induzido pelo inventor a acreditar que, adquirindo a patente, pudesse realizar seu intento, vindo a descobrir, depois, que a produção em série é impossível, pela própria natureza do produto. Neste caso, o erro incidiu sobre motivo de fato, causa da compra - a vontade de produzir em série - que era a razão determinante do negócio. Sem dúvida alguma, o industrial poderá promover a anulação do ato. (17)

(16 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. I, p. 390.)

(17 Idem,p.392.)

Por fim, questão controversa na doutrina diz respeito á admissão do erro de Direito, que se traduz pela ignorância ou má compreensão da própria norma jurídica. Por exemplo, o agente pensa ser permitido, quando, na verdade, proíbe-se. Segundo a tese dominante, não se permite o erro de Direito como causa anulatória do ato, com base no princípio da obrigatoriedade das leis, estudado supra.

Dolo - consiste em práticas ou manobras ardilosas, maliciosamente levadas à efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra emissão de Vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. Geralmente, temos a figura do dolo ligada ao erro. Uma pessoa age com dolo, levando a outra a erro. No exemplo da venda do lote, o vendedor agiu com dolo, induzindo o comprador a erro.

Para que se configure o dolo, são necessários três requisitos. O primeiro é a intenção de prejudicar por parte de quem o pratica. O segundo diz respeito aos artifícios fraudulentos utilizados pela parte que age com dolo. Estes devem ser graves. É exatamente na gravidade desses artifícios que reside a diferença entre dolus bonus e dolus malus.(18) No dolus bonus o agente apenas anuncia de forma exagerada as qualidades do objeto ou as vantagens do negócio, ou, então, oculta a verdade, visando a beneficiar a outra parte, como a mãe que oculta o amargor do remédio para induzir seu filho a tomá-lo. Por não haver real vontade de prejudicar, o dolus bonus não vicia o ato.

Já no dolus malus a vontade de prejudicar está presente. É o caso do comerciante que imputa a determinado produto qualidades falsas, enganando o consumidor, prejudicando-o, a fim de se enriquecer.

Finalmente, o terceiro requisito de configuração do dolo reside no fato de que deve ser ele a causa determinante da realização do ato. Em outras palavras, não fosse o dolo, o ato não se realizaria. Não fosse o comerciante ter apontado as

"falsas" qualidades do produto, o consumidor não o teria comprado.

O dolo pode ser essencial, acidental, positivo ou negativo.

Essencial é o dolo que determina a própria declaração de vontade. Sem ele, o ato

não ocorreria. com ele, o ato ocorre, mas eivado de defeito.

Já o dolo acidental é aquele que não determina a declaração de vontade. Ocorre, quando, a seu despeito, o ato se teria praticado, embora por outro modo.

Logicamente que não se considera defeito. Um comerciante, por manobras ardilosas, pode induzir o consumidor a comprar a prazo, a fim de lhe impor altos juros. Isto, de per se, não vicia o ato, desde que se prove que o consumidor teria comprado o produto por outro meio: por exemplo, à vista.

Será positivo o dolo, quando realizado por meio de ações, como falsas declarações.

(18 Em tradução literal, "dolo bom" e "dolo mau". Não se usa traduzir, porém.) Negativo é o dolo, se decorrer de omissão, por exemplo, quando uma das partes se cala a respeito de defeito da coisa.

O dolo pode partir de uma das partes; de terceiro, com conhecimento da parte a quem aproveita; de terceiro, sem conhecimento da parte a quem aproveita; do representante de uma das partes, com ou sem seu conhecimento; ou de ambas as partes.

Decorrendo o dolo de uma das partes ou de terceiro estranho ao ato, mas com o conhecimento da parte beneficiada pelo dolo, o ato será anulável, subsistindo a obrigação de indenizar as perdas e danos por parte do terceiro e do beneficiado.

Se, porém, o terceiro agir dolosamente, sem o conhecimento da parte beneficiada, o ato reputa-se válido, ficando, todavia, o terceiro obrigado a perdas e danos.

Se o dolo partir do representante de uma das partes - por exemplo, do corretor incumbido de vender o imóvel, objeto do negócio - e esta tiver dele conhecimento, o negócio será anulável, respondendo ambos, o terceiro e a parte a quem representa, solidariamente, por perdas e danos. Alguns autores distinguem o conhecimento da cumplicidade, ou seja, uma coisa é a parte saber que seu representante está agindo com dolo, outra é ser cúmplice nos artifícios dolosos.

Não vemos, contudo, razão de ser para a diferenciação. Se a parte era cúmplice de seu representante ou do terceiro, logicamente responderá solidariamente por

todos os prejuízos que o ato causar á outra parte. Se, ao contrário, apenas sabia do dolo, e não fez nada para impedi-lo, também agiu com dolo, só que negativo, por omissão, sendo, ainda neste caso, solidariamente responsável pelos prejuízos. Mas se, definitivamente, não tinha conhecimento do dolo de seu representante, responderá somente até a importância do proveito que teve.

Por fim, se o dolo for de ambas as partes, nenhuma poderá alegá-lo, pois, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza - nemo turpitudinem suam allegare oportet. Em outros termos, o ato será válido.

Coação - É a violência empregada por uma parte, a fim de forçar a outra á consecução de ato jurídico. A violência pode ser física, como, por exemplo, arma apontada, ou moral, como chantagem.

Será a coação resistível ou irresistível. Resistível, quando a violência for de forma a que qualquer pessoa, medianamente dotada, possa se defender, não realizando o ato. Irresistível, quando a violência for tal, que a nenhuma pessoa normal seria possível não praticar o ato. Somente a coação irresistível vicia o negócio.

Vícios sociais - São defeitos que afetam o ato jurídico por torná-lo desconforme ao Direito. Aqui, a vontade é perfeita, mas os efeitos são nefastos á sociedade, portanto, contrários ao Direito.

Dois são os vícios sociais: a simulação e a fraude contra credores.

Simulação - Consiste em celebrar-se ato, que aparentemente produz um efeito, mas, na realidade, produz outro. Podemos citar vários exemplos. Uma pessoa simula doar sua casa, quando, na verdade, está vendendo. O intuito pode ser o de fraudar o fisco. Um falido, para impedir que credores lhe tomem seu patrimônio, finge vendê-lo a terceiros.

De qualquer forma, a simulação só poderá ser anulada se for lesiva a terceiros.

A simulação pode ser absoluta ou relativa.

Será absoluta, quando não ocultar nenhum outro ato. Exemplo é a pessoa que simula vender imóvel por preço inferior ao real, com o objetivo de pagar menos tributos.

Relativa é a simulação que visa encobrir outro negócio. Ocorre no caso citado acima, em que a pessoa simulou doar, quando estava vendendo.

Fraude contra credores - É a manobra engenhosa levada a efeito, com o fito de prejudicar credores. É o caso citado acima do falido que, para enganar seus credores e se safar ileso, finge alienar seus bens, com data anterior á da falência.

Como vemos, a fraude contra credores e a simulação andam, quase sempre, juntas.

Mas nem sempre. Neste exemplo, poderia não ter havido simulação. A venda poderá ter sido real. O falido vende seus bens abaixo do preço, em conluio com o comprador, pega o dinheiro, converte-o em dólares, que deposita em algum país estrangeiro, ficando, assim, livre da ação dos credores. Houve fraude, mas não houve simulação.

Para que a fraude torne o ato anulável, não é necessário que se prove o consilium fraudis, ou seja, não há necessidade de se provar a participação do adquirente na má-fé do devedor-alienante. Esta se presume. Evidentemente, a presunção é iuris tantum, isto é, admite prova em contrário, que deverá ser carreada aos autos pelo devedor ou pelo adquirente de boa-fé. Assim, se "A", devedor insolvente, vender seus bens a "B", a venda só não será anulada, se um dos dois provar que o negócio foi realizado pelo preço justo e que "B" agiu de boa-fé, ou seja, não sabia da insolvência de "A" e não teve o menor intuito de prejudicar quem quer que fosse. Em outras palavras, deverá restar provada a inexistência de consilium fraudis.

A fraude pode ser a título gratuito ou oneroso.

Dá-se fraude a título gratuito, quando o devedor insolvente aliena seus bens de forma gratuita, ou seja, doa-os, por exemplo. A regra é que a fraude, quando a título gratuito, sempre vicia o ato.

Já na fraude a título oneroso, o devedor insolvente aliena seus bens, recebendo em troca contraprestação, como quando os vende. A fraude a título oneroso só vicia o ato, tornando-o anulável, se a insolvência do devedor-alienante era notória, conhecida do adquirente. Se ficar provado que a insolvência não era notória, não era conhecida do adquirente, que agiu de boa-fé, o ato oneroso de alienação não será anulado.

Para promover a anulação dos atos fraudulentos, o credor dispõe da ação reipersecutória, também denominada ação pauliana. O nome "ação pauliana" e a época em que foi introduzida no próprio Direito Romano são incertos.(19) c) Lesão - Esse vício não figura no Código Civil, talvez por exsumir-se do dolo ou do erro. De qualquer jeito, trata dele boa parte da doutrina. Não chega a ser vício do consentimento, mas a eles muito se avizinha. Dá-se, quando entre as prestações das partes, existir desproporção absurda, tornando claro que uma delas está lesando a outra.(20)

Como exemplo, poderíamos citar uma pessoa que vende sua cobertura de luxo á beira mar por U$50,000.00. Está claro que o comprador está lesanto o vendedor.

Talvez aproveitando-se de dificuldade financeira deste.

Apesar de não ter sido regulada pelo Código Civil, a lesão foi considerada crime de usura pela Lei n. 1.521/51, que trata dos crimes contra a economia popular.

Tais são as palavras do art. 4° da referida lei:

"Obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida."

Segundo esta lei, a cláusula lesiva será nula. Veja-se bem, apenas a cláusula que estipula o preço será nula, não o contrato inteiro. Ressalte-se, portanto, que a lesão é defeito grave, diferentemente dos demais.

Seguindo a lei ao pé-da-letra, se uma pessoa compra qualquer coisa que valha quinhentos, por menos de quatrocentos, estará cometendo lesão, pois o lucro terá excedido um quinto do valor corrente. Não querendo ser óbvio, um quinto de quinhentos é cem.

(19 NÓBREGA, Wandick da. Compêndio de direito romano. 8ªed., São Paulo: Freitas Bastos, 1975)

(20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos contratos.

5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, passim)

O Código do Consumidor já foi mais sábio. Não fixou parâmetros, nem procurou

definir a lesão com muitos detalhes. Deixou tudo isto a cargo do juiz, que deverá julgar com eqüidade, caso por caso.

Diz o art. 51, IV do código do consumidor:

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

[...]

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

Vemos que também o código do consumidor considerou a lesão defeito grave, cominando a pena de nulidade somente á cláusula abusiva e não ao contrato inteiro.

2.8 Invalidade dos atos jurídicos

Segundo a doutrina tradicional, que procura explicar nossa legislação, inválido é o ato jurídico que não produz efeitos, ou que, pelo menos, pode não os produzir. É aquele ato que contém defeito, em virtude do qual será nulo, anulável ou ineficaz,

Estudemos, então, a teoria tradicional das nulidades, examinando a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia.

a) Nulidade de pleno Direito - É nulo o ato jurídico, quando em razão de defeito grave que o atinge, não produz os efeitos que deveria produzir. Pode até produzir efeitos, mas não aqueles efeitos desejados pelas partes interessadas, aqueles efeitos que era para produzir. Por exemplo, se uma pessoa casada vende bem imóvel seu, sem autorização de seu cônjuge, o negócio será nulo, não produzindo seu principal efeito, qual seja, o de transmitir a propriedade do imóvel ao comprador. O único efeito que tal ato poderá produzir é o reembolso a que o comprador faz jus, se já tiver pago o preço do imóvel ao vendedor. Este deverá restituir-lhe o dinheiro. Mas esse não é efeito normal da compra e venda.

A Lei considera nulo o ato jurídico, quando praticado por pessoa absolutamente incapaz, quando seu objeto for impossível, ou quando não revestir forma

adequada. Em outras palavras, sempre que o ato não observar as condições de validade dos atos jurídicos supra estudadas.

Mas não só nestes casos os atos jurídicos serão nulos.

Além destes casos genéricos, serão nulos os atos jurídicos, sempre que a Lei assim o determinar, de maneira difusa.

Outra observação importante é a de que a nulidade pode ser total ou parcial. Às vezes a Lei diz ser nula apenas parte do ato e não ele inteiro. O Código do consumidor, por exemplo, sanciona com nulidade somente as cláusulas abusivas.

Assim, se em determinado contrato houver cláusulas abusivas contra o consumidor, pode ser que sejam nulas apenas estas, e não o contrato inteiro.

A nulidade pode ser alegada por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público e pelo juiz, ex officio.(21) Aliás, é dever do juiz anular de ofício os atos inquinados de defeito grave.

b) Anulabilidade - O ato será anulável, quando inquinado de defeito leve, passível de convalidação. O ato é imperfeito, mas não tanto e tão profundamente afetado, como nos casos de nulidade, razão pela qual a Lei oferece aos interessados a alternativa de requerer sua anulação, ou deixar que produza seus efeitos normalmente. É o caso do menor relativamente incapaz que realiza negócio, sem assistência de seus pais ou tutor. Estes podem requerer a anulação do negócio, ou não.

São, pois, anuláveis os atos praticados por todas as pessoas relativamente incapazes, e aqueles atos eivados de erro, dolo, coação, simulação e fraude contra credores.

Além desses casos, são anuláveis os atos jurídicos, sempre que a Lei assim o determinar, de modo esparso.

A anulabilidade, ao contrário da nulidade, só pode ser requerida pelos que dela se beneficiem, ou seja, pelos interessados; jamais de ofício, pelo juiz.

c) Ineficácia - O termo ineficácia pode ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, ato jurídico ineficaz é ato jurídico inválido, defeituoso, passível de anulação, aí englobado também o ato ineficaz em sentido estrito. Não é este sentido amplo, porém, que, aqui, nos interessa. Importa-nos, neste momento, o sentido estrito da palavra.

Ineficácia em sentido estrito é a ausência de efeitos perante terceiros. Em outras palavras, o ato ineficaz é válido para quem o pratica, preenchendo todos os requisitos de validade: agente capaz, objeto possível forma adequada. É ato perfeito, livre de quaisquer vícios leves, como erro, dolo, coação, fraude ou simulação.

Apesar disso, ou seja, apesar de válido para quem o pratica, não gera efeitos em relação outras pessoas que dele não participaram, devido a algum impedimento externo, extrínseco. Essas outras pessoas, que não participaram da prática do ato e perante as quais não se produzem efeitos, se denominam terceiros.

O melhor exemplo de ato ineficaz em sentido estrito é o do carro vendido, sem a respectiva transferência nos registros do Detran.(22) Ou seja, o carro é vendido, mas continua em nome de seu antigo dono. A venda é ineficaz: é válida entre comprador e vendedor, mas para terceiros o carro continua sendo do antigo dono, até ser efetuada a transferência nos registros. As eventuais multas serão enviadas para o antigo dono, que, em princípio, poderá até ter que pagá-las, regressando, depois, contra o adquirente.

(21 Ex officio, ou "de ofício" significa que o juiz anulará o ato, independentemente de requerimento dos interessados.)

(22 SERPA LOPES. M.M. Curso. Op. cit., V. I, p. 445.)

2.9 Crítica à teoria clássica das nulidades

Expusemos acima a corrente tradicional dos atos jurídicos inválidos. No entanto, em nossa opinião, baseada na crítica de Aubry et Rau(23) e Laurent,(24) seguida por de Valle Ferreira(25) e desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves,(26) cabem alguns reparos de absoluta pertinência.

Valle Ferreira, muito sabiamente, ressalta que "são por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais sério das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em conseqüência da opinião divergente dos autores. Estes, em seus estudos, além de variarem na linguagem e

na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a latos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares".(27)

Em primeiro lugar, um ato só pode ser dito nulo, após o pronunciamento de sua nulidade por sentença judicial. Em outras palavras, só se pode falar em ato nulo, depois de ser ele invalidado pelo juiz. Antes de ser pronunciado nulo, teríamos apenas ato defeituoso, viciado. A nulidade seria espécie de penalidade imposta a atos defeituosos.

Há quem diga que a nulidade não requer pronunciamento judicial, o que não procede absolutamente. O art. 146 diz poderem ser as nulidades alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, dependendo de seu interesse.

Ademais, caberá ao juiz pronunciá-las de ofício, se delas tomar conhecimento. Em outras palavras, é necessária a intervenção do juiz, para que se aplique pena de nulidade a ato defeituoso. E pouco importa a discussão acadêmica, se a atuação do juiz é no sentido de decretar ou apenas declarar a nulidade. O que interessa é que o juiz deverá se pronunciar, sem o que o ato não será invalidado. A sentença que declara nulo um ato tem caráter constitutivo negativo, em outras palavras, visa desconstituir relação ou situação jurídica.(28) A seu turno, ato anulável seria, todo ato possuidor de defeito, antes de ser anulado por sentença. Dessa forma, denominam-se atos anuláveis todos aqueles atos que a doutrina tradicional chama de nulos e anuláveis.

(23 AUBRY ET RAU. Cours de droit civil français. 6ªed., Paris: Marchal & Billard, 1936, t. I., p. 234 et seq.)

(24 Apud PLANIOL, Marcel. Cours élémentaire. Op, cit., p. 126.) (25 VALLE FERREIRA. Subsídios para o estudo das nulidades. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Ano XIV, n. 3 (Nova Fase), outubro de 1963, p. 29 a 38.)

(26 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades no processo. Rio de Janeiro: Aide, 1993, passim.)

(27 VALLE FERREIRA. Subsídios. Op. cit. p. 29.)

(28 PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. São Paulo: RT, 1973, t. IV, passim.) Anuláveis por quê? Porque defeituosos, viciados, mas ainda não invalidados pelo juiz, que só o fará, mediante requisição dos interessados, ou de

próprio ofício, dependendo do defeito que atinja o ato.

É como assevera Valle Ferreira:

"O Código Civil (arts. 145 e 147) dispõe quanto aos casos de imperfeição e daquelas Íeis facilmente se vê que a diferença entre ato nulo e anulável apenas se encontra na causa da invalidade.

Assim, a referida divisão te} irrecusável utilidade prática no processo de punir a infração da lei, porque orienta quanto aos modos de pronunciar a invalidade, á forma de alegá-la e ás pessoas qualificadas para fazê-lo.

Ficará demonstrado que, uma vez pronunciada a nulidade, não há qualquer diferença quanto a seus efeitos".(29)

(29 VALLE FERREIRA. Subsídios p.30/31)

Um ato anulável pode conter defeito leve ou grave.

Leve é o defeito que pode ser emendado pelas partes, daí só poderem requerer a anulação do ato aqueles que dela se beneficiem.

Grave é o defeito que, uma vez suscitado, não admite correção; daí ter o juiz o dever de anular o ato, de ofício.

Como saber se o defeito é leve ou grave?

A resposta será dada pela Lei. No Direito Brasileiro, é grave o defeito relativo á não observância das condições de validade dos atos jurídicos, ou seja, sujeito capaz, objeto possível e forma adequada, além de outros casos específicos, como estudamos acima. Um ato inquinado por defeito grave pode nem chegar a produzir seus principais efeitos, como no caso visto acima da compra e venda de imóveis sem a outorga do cônjuge do vendedor, em que, não se admitindo o registro da escritura, a transmissão da propriedade não ocorrerá. Mas, se por falha do cartório, a escritura de compra e venda for registrada, a propriedade do imóvel, aparentemente, se transmite ao comprador, apesar do defeito grave do ato.

Posteriormente, porém, poderá ser anulado, a qualquer tempo, seja a requerimento de algum interessado ou, de ofício, pelo juiz.

Afinal, o defeito é grave, e a propriedade só aparentemente se transferiu para o comprador. Mas se ninguém jamais requerer a anulação, o ato perdurará como se fosse perfeito. De fato, então, terá havido transmissão da propriedade.

Vimos, portanto, que os atos que contêm defeitos graves, ditos nulos pela doutrina tradicional, podem produzir efeitos, até que sejam anulados.

Outro exemplo esclarecedor é o de menor absolutamente incapaz, que aluga imóvel seu. Posto ser a locação portadora de vício grave, produzirá seus efeitos normais. Poderá ser anulada pelo representante do incapaz, o que não faz com que se restituam os aluguéis já pagos. Caso o menor tivesse que restituir os aluguéis, haveria enriquecimento ilícito por parte do inquilino que teria morado de graça, aproveitando-se, pois, da incapacidade do locador. Fica, portanto, provado que, nem sempre, os atos ditos "nulos" não produzem os efeitos que deveriam produzir. Na hipótese da locação, como vimos, produziu-os de fato e de direito.

Já os defeitos leves são a incapacidade relativa do agente, o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude contra credores, além de outros casos específicos.

Se o defeito é leve, vale dizer que pode ser corrigido. Em outras palavras, as partes podem convalidar o ato viciado, tornando-o válido. Se menor, com 17 anos, realiza negócio, sem autorização de seu assistente, o ato será evidentemente anulável, por ser viciado, defeituoso. Isso não impede, todavia, que o assistente deste incapaz dê seu consentimento, ainda que a posteriori, convalidando o ato. Conseqüência lógica é que só os interessados podem requerer ao juiz a anulação do ato, não se admitindo jamais a decretação da nulidade, ex oficio. O requerimento há de ser feito dentro de prazo fixado em lei, operando-se decadência, após seu decurso.

A doutrina tradicional apregoa que a sentença anulatória, tratando-se de defeito grave, opera ex tunc (a partir de então), e, tratando-se de defeito leve, opera ex nunc (a partir de agora). Em outras palavras, se o defeito for grave, os efeitos do ato serão anulados desde sua realização. já se o defeito for leve, anular-se-ão os efeitos, somente a partir da prolação da sentença anulatória; os efeitos passados considerar-se-íam válidos.

É totalmente absurda a tese. De fato, uma vez anulado o ato, procurar-se-á, sempre que possível, restabelecer o status quo ante, ou seja, a situação anterior a

ele. A ação anulatória tem sempre caráter constitutivo negativo. O

que se almeja, em quaisquer circunstâncias, é a invalidação do ato e de todos os seus efeitos, desde o momento em que se o realizou. O que ocorre, porém, é que alguns efeitos não podem ser anulados, seja por força de lógica, seja por força de conveniência social ou pelos dois motivos.

Imaginemos o mesmo caso do contrato de locação celebrado por locador absolutamente incapaz, sem a interveniência de seu representante. O contrato poderá ser anulado, mas os aluguéis já pagos não serão restituídos. Nesta hipótese, trata-se de defeito grave. Os efeitos do ato, porém, não foram anulados em sua totalidade. Imaginemos outro exemplo, em que uma pessoa relativamente capaz venda seu carro, sem a anuência de seu assistente. O defeito é leve a venda é portanto, dita "anulável". contudo, uma vez anulada, restituir-se-ão o carro e o preço. Neste caso, embora leve o defeito, os efeitos do ato não foram mantidos.

Quanto aos atos ineficazes, nada há que acrescentar á doutrina tradicional.

A verdade é que a teoria clássica se baseou na teoria das nulidades do Direito Romano e esta, por sua vez, foi engendrada a partir de falsos pressupostos, oriundos de má leitura dos textos e da própria sistemática romana.

Como bem enfatizam Aubry et Rau, tampouco no Direito Romano, pode-se dizer, havia atos nulos de pleno Direito. Superada a fase da vingança privada; vindo o Estado a se assenhorar da jurisdição, mesmo que parcialmente, no início, já não mais é cabida a afirmação de que os atos gravemente viciados eram nulos pleno iure, dispensando a anulação judicial. Tais eram, aliás como hoje, os atos inexistentes. Os atos defeituosos, fosse o defeito grave ou leve, tinham que ser invalidados pelo magistrado ou pelo iudex, sem o que produziriam seus efeitos normais. Os mesmos exemplos dados acima, podem ilustrar o Direito Romano. A sistemática não mudou.

Resumindo, a se adotar a melhor tese, os atos defeituosos seriam, em qualquer caso, sempre anuláveis. A anulação se dará a requerimento dos interessados, ou de oficio pelo juiz, em prazo estipulado em lei, ou a qualquer tempo, dependendo da natureza do vício, se leve ou grave, respectivamente. Além dos anuláveis, haveria também atos ineficazes, possuidores de defeito que os tornaria sem efeitos apenas em relação a terceiros.

2.10 Atos jurídicos inexistentes

A teoria dos atos inexistentes foi imaginada pelo alemão Zacchariae, aceita por Démolombe, divulgada por Aubry et Rau e desenvolvida pela doutrina francesa e italiana, até chegar a nós, no Brasil, apesar de o código civil não a ter tutelado. (30)

A inexistência dos atos jurídicos ocorre sempre que o ato for tão profundamente viciado, que nem chega a existir. Sua existência é aparente. As causas pelas quais um ato é considerado inexistente são de difícil determinação, sendo a doutrina incerta e pouco sistematizada.

Segundo autores do escola de Caio Mário, seria inexistente o ato quando a ele faltasse algum requisito material de existência: a vontade, o objeto e a forma. (31)

Assim, uma compra e venda sem objeto é ato inexistente. Um cheque sem a assinatura seria também ato inexistente, por faltar a expressão da vontade de quem o emitiu. Um testamento em vídeo inexiste por lhe faltar a forma escrita, requisito essencial para sua existência.

Do mesmo modo, seriam inexistentes aqueles atos a que faltasse elemento essencial, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A questão torna-se, porém, bem mais complexa se indagarmos da necessidade ou não de manifestação do judiciário quanto a inexistência do ato. Sendo o ato inexistente, seria necessário que o juiz se pronunciasse, declarando sua inexistência?

(30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 412.) (31 Idem,p.413.)

Ora, se o ato inexiste, para que o pronunciamento judicial? Ato inexistente não produz qualquer efeito. Não existe no mundo jurídico. Se há necessidade de que o juiz declare a inexistência, é porque talvez o ato não seja inexistente, luas defeituoso.

Tomemos alguns exemplos.

Se um dos noivos se calar diante do celebrante e não responder á pergunta sobre se deseja casar-se com o outro e, assim mesmo, a cerimônia continuar, o casamento se consideraria inexistente, uma vez que ausente estará o elemento

vontade, consentimento, que deve ser expresso, tratando-se de núpcias. Ocorre que, se não houver pronunciamento judicial, o casamento produzirá seus efeitos normais, como se nada houvesse ocorrido. É, pois, fundamental que o noivo prejudicado intente uma ação para pôr fim ao casamento. Seria esta ação anulatória e, portanto, constitutiva, ou seria ela declaratória?

Esta é a chave da questão. Ora, se é fundamental que o juiz se pronuncie para que o casamento deixe de produzir efeitos, a ação tem essencialmente caráter constitutivo negativo. Estará, na verdade, desconstituindo um casamento convolado de modo defeituoso. Embora defeituoso, ele existe; tanto que produz efeitos.

Já no caso do testamento em vídeo, não há necessidade de qualquer ação, seja anulatória, seja declaratória. O ato simplesmente não existe, não sendo levado em conta. É como se o decujo tivesse morrido sem deixar testamento.

O mesmo ocorrerá se uma criança de dez anos, ou mesmo uma pessoa com vinte anos, assinar documento de confissão de dívida, sem a interferência de seu representante legal. O ato não existe. Falta-lhe requisito essencial de validade, pressuposto de existência. Não seria necessária qualquer ação para anulá-lo ou declará-lo inexistente. Sua existência é mera aparência. Existe de fato, mas não existe de Direito.

De qualquer forma, os questionamentos acima expendidos têm por objetivo apenas a polemização do problema que, a meu ver, está longe de solução pacífica.

3 ATOS ILÍCITOS

Ato ilícito é aquele ato contrário ao Direito. É ato antijurídico.

Mas não basta a antijuridicidade para a caracterização do ato ilícito. Além desta, são, também, elementos do ato ilícito a culpabilidade, o dano e o nexo causal. Analisemos cada um destes elementos, traçando, em seguida, definição do que seja ato ilícito.

Antijuridicidade é o mesmo que ilicitude. É contrariedade ao Direito. O ato ilícito é em seu todo antijurídico. Nada nele se aproveita. Não é, pois, ato jurídico defeituoso, como nos casos de erro, dolo, coação etc., em que temos ato jurídico possuidor de defeito que pode invalidá-lo. Em batida de carros, ato

ilícito por excelência, nada temos de aproveitável. O ato não contém qualquer defeito que o invalide. Muito antes pelo contrário. É ato, totalmente válido e eficaz no sentido de que o culpado deverá indenizar o dano que causou á vítima.

O mesmo se dá em homicídio, ou em crime contra a honra, que são delitos na esfera penal e civil.

Por tudo isso, pode-se entender porque certos juristas não gostam do termo ato jurídico ilícito. Realmente, quando se fala em ato jurídico, pode estar-se referindo a ato lícito, conforme ao Direito. Mas, na verdade, quando se fala em ato jurídico, pode-se também estar referindo a todo ato que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas, e, neste sentido, os atos ilícitos são jurídicos.

Há casos em que a antijuridicidade pode ser excluída, não sendo o ato considerado ilícito. São casos de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito e caso fortuito ou de força maior.

Quanto á culpabilidade, temos que o ato ilícito deve ser fruto de ação ou omissão culpável, ou seja, dolosa ou culposa.

De fato, o código civil, ao definir ato ilícito, no art. 159, reporta-se a toda ação ou omissão voluntária (dolo), imprudente ou negligente (culpa).

Dolo é toda ação ou omissão conscientemente má. O agente, ou bem deseja as conseqüências maléficas (dolo direto), ou bem assume o risco de produzi-las (dolo eventual).

Por outro lado, na culpa a intenção de lesar não existe. Atua com culpa quem age com imprudência, negligência ou imperícia.

Imprudência é irresponsabilidade, é risco excessivo e desnecessário, cujas conseqüências nefastas não são visualizadas, mas deveriam sê-lo. Vê-se que a imprudência se aproxima muito do dolo eventual, dele se diferenciando, entretanto, pela falta de consciência em relação ás conseqüências. Quem ultrapassa a 120 km/h em curva, age com imprudência. Policial que, ao socorrer emergência, resolva, por si mesmo, fazer cesariana em parturiente, sem ter jamais pisado escola de medicina, também age com imprudência. Em ambos os casos, os agentes contam com sua destreza e com a sorte favorável.

Negligência é descuido, desatenção. Quem sai para viajar com pneus "carecas", ou com freios em más condições, está sendo negligente. Médico que se esquece de retirar a gaze do ventre do paciente, antes de suturá-lo, também age negligentemente.

Imperícia também caracteriza culpa, embora não esteja, expressamente, prevista no art.159 do código civil. Age com imperícia pessoa que não observa regras técnicas que deveria conhecer. Assim, vemos que só pode agir com imperícia, o perito, ou seja, a pessoa que deveria conhecer as normas técnicas ligadas ao ato que esteja praticando. Se um motorista não conseguir fazer curva em condições plenamente normais, iremos chamá-lo de roda dura, barbeiro, navalha. Na verdade, estará ele agindo com imperícia, pois não deu conta de fazer curva que deveria saber fazer. Mas se uma pessoa que não saiba dirigir, pegar carro e batê-lo em curva, diremos que agiu com imprudência, e não com imperícia. Assim também, anestesista que errar dosagem de anestésico, matando o paciente, sem dúvida alguma, terá agido com imperícia. Se a anestesia fosse aplicada, irresponsavelmente, por leigo, teríamos caso de imprudência, ou mesmo dolo eventual.

A verdade, porém, é que ao Direito Civil não interessa se o autor do ato ilícito agiu com culpa ou dolo. As conseqüências serão as mesmas, ou seja, o culpado deverá indenizar os prejuízos que houver causado.

Daí a razão para que se fale apenas em culpa, omitindo-se o dolo, quando se trata de enumerar os elementos do ato ilícito (antijuridicidade, culpa, dano e nexo causal). Realmente, não há necessidade de se falar culpa ou dolo a todo momento.

Ora, se quem age com culpa, tem o dever de indenizar os prejuízos causados, com muito mais razão, deverá reparar os danos, quem age com dolo.

Dano é expressão material de prejuízo. Pode ser material ou pessoal, este físico ou moral, ambos indenizáveis. Não há ato ilícito na esfera civil sem a ocorrência de dano (eventus damni). Se, por exemplo, uma pessoa avança sinal, sem provocar danos, não terá havido qualquer ilícito civil. O ilícito é administrativo, em virtude do qual essa pessoa poderá ser multada.

Nexo causal é relação de causa e efeito que, obrigatoriamente, haverá entre a ação ou omissão culpável do agente e o eventus damni. A atuação do agente

deverá ser a causa do dano.

Partindo desses elementos, podemos definir ato ilícito como sendo aquele ato antijurídico, culpável e lesivo, em virtude do qual o agente será obrigado a ressarcir a vítima por todos os prejuízos.

De tudo o que foi dito, pode-se concluir que, para que haja o dever de indenizar, devem ocorrer, simultaneamente, a antijuridicidade, a culpa ou dolo, o dano e o nexo causal. Se faltar qualquer um destes elementos, não haverá delito civil, não existindo, pois, qualquer dever de indenizar.

4 RELAÇÕES JURÍDICAS

4.1 Definição

Já falamos basicamente que seja relação jurídica. Mas, de qualquer modo, é essencial que recordemos, neste momento.

Relação jurídica é vínculo, ligação tutelada pelo Direito, daí ser jurídica. É

vínculo entre pessoas que surge em virtude de contratos, atos ilícitos, promessas de recompensa, casamento etc. Deste vínculo nascem direitos e deveres.

As relações jurídicas se compõem de sujeitos, ativo e passivo; de objeto e do vínculo jurídico.

4.2 Espécies

Há várias espécies de relações jurídicas, dependendo de seu objeto e das pessoas ligadas pelo vínculo jurídico.

A relação pode se estabelecer entre credor e devedor. O credor terá direito de exigir do devedor que dê, faça ou não faça algo. Imaginemos um empréstimo.

Quem emprestou, o credor, poderá exigir de quem tomou emprestado que lhe dê de volta o objeto emprestado. Temos, aqui, relação jurídica creditícia. Os sujeitos são credor (sujeito ativo) e o devedor (sujeito passivo). O objeto é a prestação devida pelo devedor, que pode ser dar, fazer ou não fazer algo. O vínculo, ou seja, aquilo que liga uma parte á outra são exatamente os direitos e deveres recíprocos.

Há outras espécies de relações jurídicas. Imaginemos que uma pessoa seja dona de um carro. Se ela é a dona, significa que ninguém mais o é. Daí, ou seja, dessa relação de domínio surge uma relação jurídica entre o dono e os não-donos, entre o titular de um direito sobre uma coisa e os não-titulares. O sujeito ativo dessa relação é o titular; os sujeitos passivos são os não-titulares, quais sejam, todas as outras pessoas do mundo, que não sejam titulares de direito sobre aquele bem específico. O objeto é o bem e o vínculo se compõe dos direitos e deveres do titular e dos não-titulares, que deverão respeitar os direitos do titular.

Outra modalidade de relação jurídica é a familiar, que se estabelece entre pais e filhos e entre marido e mulher, ou entre companheiros.

Outra ainda seria a de direito sucessório. Nela haveria os titulares dos direitos hereditários, ou seja, os herdeiros e legatários, de um lado. Do outro lado, todos os não-titulares desses direitos hereditários. O objeto são os direitos hereditários.

As relações jurídicas podem ocorrer também na esfera do Direito Público, como, por exemplo, as relações tributárias entre o Estado arrecadador e os contribuintes. São relações creditícias, mas de Direito Público.

Entendido que seja relação jurídica, passemos ao estudo de como nascem e se extinguem.

4.3 Nascimento e extinção das relações jurídicas

As relações jurídicas nascem a partir dos fatos e atos jurídicos. Isto é muito simples de entender. Uma relação creditícia, ou seja, entre credor e devedor pode nascer de um contrato, que é um ato jurídico, mais especificamente, um negócio jurídico. Poderá também nascer de um ato ilícito, como uma batida de carros, cujo culpado deverá indenizar a vítima, seu credor. Poderá ainda nascer do casamento, que é um ato jurídico ou do nascimento (pais e filhos), que é um fato natural e jurídico.

Bem, o nasciment• das relações jurídicas é bem simples de entender. Mas e a extinção? Como se daria?

Quando se fala em extinção das relações jurídicas, está se enfocando a destruição, o fim de relação jurídica, que cessa, antes mesmo de produzir efeitos ou com a produção normal de seus efeitos.(32)

A extinção pode se dar em razão do sujeito, do objeto ou do vínculo jurídico que os liga.

Dá-se a extinção subjetiva, quando o titular do direito não o puder mais exercer. Exemplos são a morte, a renúncia e a incapacidade superveniente.

Pela morte, a pessoa deixa de ser titular da relação. Esta pode até continuar na pessoa de seus herdeiros, mas já não será mais a mesma.

Renúncia é abdicação que o titular faz de seu direito sem transferi-lo a quem quer que seja. Quando uma pessoa abandona objeto seu, está renunciando ao direito de dono que tinha sobre ele.

Incapacidade superveniente ocorre, quando o sujeito, capaz no início da relação, torna-se incapaz, no seu transcorrer, por exemplo, devido á loucura.

Pode ainda ocorrer extinção subjetiva pela vontade dos sujeitos de pôr fim á relação jurídica.

A extinção objetiva decorre ou bem do perecimento do objeto sobre o qual versa o direito, como na hipótese da morte do animal ou da queda da coisa no fundo do mar, ou bem por se tornar o objeto ilícito, como no caso de lei seca, durante a qual o comércio de bebidas se torna ilícito.

Se o objeto perecer por culpa de uma das partes, sobreviverá a indenização que a parte culpada deverá promover em favor da outra.

A extinção pode ocorrer pelo cumprimento do objeto da relação, como a entrega da coisa devida. Neste caso, teremos a extinção, por ter a relação cumprido seu objetivo.

Quanto ao vínculo jurídico, temos que é elo que liga as partes de relação jurídica. Esse elo pode se quebrar, desfazendo-se, assim, a relação como um todo.

O vínculo jurídico pode se partir pelo decurso do prazo, sempre que a relação for constituída para durar certo tempo; pelo implemento da condição resolutiva; pela prescrição ou pela decadência.

É fácil entender que se uma relação jurídica foi constituída para durar certo

tempo, escoado o prazo, extingue-se ela. É só imaginar um contrato de locação ou de consórcio.

A mesma coisa, no que diz respeito ao implemento da condição resolutiva.

Se empresto minha casa a João, enquanto estiver casado com Maria, estarei subordinando o empréstimo ao casamento. Uma vez que este se desfaça, desfeita estará a relação de empréstimo entre mim e João.

Quanto á prescrição e á decadência, o estudo deve ser um pouco mais alongado.

(32 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. I, p. 323.)
Diferenciar prescrição e decadência é tarefa árdua, ainda mais que o código civil, quando trata dos prazos prescricionais e decadenciais (art. 177 e ss.), chama-os todos de prescricionais, embora haja dentre eles vários prazos decadenciais. É que se refere a prescrição em sentido amplo, englobando a idéia de prescrição em sentido estrito e de decadência.

Antes de entrarmos na diferenciação propriamente dita, será necessário estabelecermos alguns conceitos básicos. O primeiro deles é o que diz respeito á classificação dos direitos subjetivos.

Segundo o jurista italiano, Chiovenda,(33) classificam-se os direitos subjetivos em dois grandes grupos: direitos a uma prestação e direitos potestativos.

Haverá direito a uma prestação, quando seu titular puder exigir da outra parte prestação, seja de dar, fazer ou não fazer. Em outras palavras, se tenho direito em relação a uma pessoa, por exemplo, receber crédito, ou em relação a uma coisa, como gozar pacificamente a posse de imóvel, e alguém atenta contra este direito, poderei reclamar judicialmente que não o faça. Dessa forma, se tenho crédito a receber, e o devedor atenta contra meu direito, não realizando o pagamento, poderei acioná-lo judicialmente, a fim de que o faça. Obriga-lo-ei, por via judicial, a dar algo, ou seja, entregar o dinheiro que me devia.

No outro caso, se tenho o direito de usufruir pacificamente de minha Propriedade, e alguém ameaça invadi-la, posso forçar esta pessoa a não fazê-lo, acionando-a judicialmente. Deverá, pois, realizar prestação de não fazer.

Último exemplo seria o do editor que encomenda livro a autor, não o recebendo no prazo estipulado. Poderá acionar o autor para que escreva o livro ou pague

pelos prejuízos, isto é, poderá forçá-lo a prestação de fazer - escrever o livro, ou de dar - pagar pelos prejuízos.

Os direitos a uma prestação são sempre protegidos por ação, que será proposta por seu titular, quando os vir ameaçados. Assim, para o direito0de receber ameaçado, há a ação de cobrança; para o direito de recuperar a posse do imóvel invadido, há a ação de reintegração de posse, e assim por diante.

Todas essas ações, de cobrança, de reintegração de posse etc. recebem o nome genérico de ações condenatórias, exatamente porque, no final, o juiz condenará a outra parte a dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Dessarte, na ação de cobrança, o devedor será condenado a pagar a dívida; na reintegração de posse o invasor será condenado a se retirar, etc.

A outra classe de direitos subjetivos são os direitos potestativos. Haverá direito potestativo, quando não se exigir da outra parte nenhuma prestação. O

titular exerce seu direito, independentemente de qualquer atitude da outra parte.

(33 CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuaie civile. 2ªed., Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 9 et seq.)

Exemplos seriam o direito do mandante de revogar a procuração outorgada, o direito do cônjuge de se divorciar etc. Em ambos os casos, nada se está exigindo da outra parte, nem que dê, nem que faça, nem que não faça algo. O que ocorre é a modificação de situação jurídica: onde havia mandato, não mais haverá; onde havia casamento, não mais haverá.

Os direitos potestativos podem ser exercidos judicialmente ou extrajudicialmente, dependendo do caso. Na hipótese da procuração, não é necessária a propositura de ação. Pode-se revogá-la, até mesmo verbalmente. O

exercício do direito será, então, extrajudicial. já para o divórcio, não há outra saída. Será forçoso intentar a devida ação. O direito ao divórcio só pode ser exercido judicialmente.

As ações pelas quais se exercem direitos potestativos denominam-se ações constitutivas, porque visam constituir nova situação jurídica. A ação de divórcio, por exemplo, objetiva a por fila ao casamento, constituindo nova situação jurídica para os cônjuges.

Resumindo, os direitos a uma prestação são protegidos pelas ações condenatórias e os direitos potestativos podem ou não ser exercidos por ações constitutivas, dependendo do caso.

A par das ações condenatórias e das ações constitutivas, existe terceiro grupo de ações, denominadas genericamente declaratórias. As ações declaratórias não têm por objetivo nem condenar alguém a dar, fazer ou não fazer algo, nela tampouco o de constituir situação jurídica nova. Seu único objetivo é o de obter do juiz declaração de que existe ou inexiste direito ou situação jurídica. Se duas pessoas do mesmo sexo se casam, o casamento se considera inexistente. Mas para provar sua inexistência, qualquer um dos cônjuges poderá propor ação declaratória, a fim de que o juiz declare a inexistência do casamento. Vejam que o juiz não põe fim ao casamento, como na ação de divórcio ou de anulação, mas apenas reconhece o que já é fato, ou seja, que o casamento nunca existiu.

Nas ações constitutivas, chama-se constitutiva a sentença prolatada pelo juiz. O

mesmo em relação á sentença pronunciada nas ações condenatórias e declaratórias, que se denominará sentença condenatória e declaratória, respectivamente.

Por fim, cabe acrescentar que as ações condenatórias, constitutivas e declaratórias podem se misturar num único processo. Assim, a esposa que pede o divórcio e alimentos, mistura ação constitutiva - a de divórcio, com condenatória a de alimentos. Na ação do consumidor que pede a resolução do contrato por defeito do produto e a restituição do dinheiro, a sentença será constitutiva, porque resolverá o contrato, modificando situação jurídica, e condenatória, pois mandará que se restitua o dinheiro.

Voltemos agora á prescrição é á decadência.

Haverá prescrição, quando se der a perda do direito de ação pela inércia de seu titular, que deixa expirar o prazo fixado em lei, sem exercê-lo. Por exemplo, a ação do advogado para cobrar os honorários devidos pelo cliente que se recusa a pagar, prescreve em cinco anos. Isso quer dizer que, passados cinco anos, o advogado não mais poderá intentar contra o cliente a dita ação de cobrança. O

direito a esta ação estará prescrito.

Haverá decadência, quando se der a perda do próprio direito subjetivo material

pela inércia de seu titular, que o não exerce no prazo fixado em lei. Por exemplo, o direito do marido de contestar a legitimidade do filho de sua esposa caduca em dois meses, a contar do nascimento deste.

Pergunta-se, como diferenciar prazo prescricional de decadencial, quando nos depararmos com um no código civil?

Com base na diferença entre direitos a uma prestação, direitos potestativos, e entre ações condenatórias, constitutivas e declaratórias, fica muito fácil.

Dissemos que a prescrição é a perda do direito de ação. Ora, o direito de ação só nasce, quando o direito material é violado. Só posso acionar meu devedor, quando este violar meu direito de receber, ou seja, quando se recusar a pagar.

Acontece que um direito, para ser passível de violação, será necessariamente direito a uma prestação. Se não posso exigir da outra parte que me dê, faça ou não faça alguma coisa, como poderá meu direito ser violado? Por outro lado, como o direito ao divórcio poderá ser violado? E assim, o direito do pai de contestar a legitimidade do filho de sua esposa? Evidentemente, nenhum dos dois poderá ser violado. Poderão, sim, ser ou não exercidos. já o direito do credor de receber pode ser violado, bastando que o devedor não lhe pague. O direito de gozar pacificamente da posse de alguma coisa também pode ser violado, por exemplo, por invasor. O direito da editora de receber obra encomendada pode ser violado, sendo suficiente que o autor não escreva ou não entregue sua obra. Vemos que nestes três casos, tanto o credor, quanto o possuidor ou o editor podem exigir da outra parte prestação, isto é, que dê ou faça algo.

A conclusão é óbvia: só se pode falar em prescrição, quando se tratar de direitos a uma prestação, acrescendo-se que não é o direito em si que prescreve, mas a ação que o protege. Não é, pois, o direito do credor de receber seu crédito que prescreve, mas a ação de cobrança que protege esse direito. Tanto é assim que, se depois do transcurso do prazo prescricional, o devedor resolver pagar espontaneamente, o pagamento será válido, não podendo ser repetido.(34) Assim, somente as ações condenatórias estão sujeitas a prazos prescricionais.

Esses prazos serão

especiais ou gerais. O prazo para executar cheque sem fundos, por exemplo, é de seis meses a contar do momento em que deveria ter sido apresentado ao banco.

Trata-se de prazo especial, criado pela lei do cheque. já o art. 177 do código civil fixa prazos gerais, dizendo que, na falta de prazo especial, as ações pessoais prescrevem em vinte anos e as reais, em quinze. Ação pessoal é aquela que protege direito que temos em relação a uma pessoa, como o direito ao credor contra o devedor. Ação real é aquela que protege direitos que temos em relação a uma coisa, como o direito que tem o possuidor de gozar pacificamente a posse de suas coisas. As ações pessoais e reais serão sempre condenatórias, sujeitas, portanto, a prescrição, seja especial, ou geral.

(34 "Repetir" é "pedir de volta".)

Decadência é, como dito acima, a perda do próprio direito pelo seu não exercício no prazo fixado em lei. Mas perda de que direito? Dos direitos potestativos, evidentemente. Para provar que a decadência atinge o próprio direito, e não só a ação, temos que alguns direitos potestativos nem necessitam de ação para seu exercício, e ainda assim sujeitam-se a decadência. É o caso da retrovenda, em que uma pessoa vende imóvel, reservando-se o direito de recomprá-lo futuramente, caducando esse direito em três anos. Aqui, não é necessária qualquer ação judicial para se realizar a recompra, a não ser, é lógico, que a outra parte se recuse a revender. Por outro lado, há direitos potestativos que só se exercem mediante ação e não se sujeitam a decadência, como o direito ao divórcio, á mudança de nome, á investigação de paternidade etc.

Concluindo, temos que os direitos potestativos podem ou não estar sujeitos a decadência, diferentemente dos direitos a uma prestação, cuja ação sempre se sujeitará a prescrição.

Assim, vimos que a prescrição atinge as ações condenatórias que protegem os direitos a uma prestação. A decadência atinge o exercício dos direitos potestativos, sempre que a Lei determinar. Sendo assim, as ações declaratórias que não visam nem proteger direitos a uma prestação, nem ao exercício de direitos potestativos, mas tão-somente ao reconhecimento da existência ou inexistência de direito ou de situação jurídica, não se sujeitam nem a prescrição, nem, muito menos, a decadência.

Mas e as ações constitutivo-condenatórias? Bem, se num mesmo processo se misturarem ação constitutiva e condenatória, o prazo será decadencial. Esse é o caso da ação do doador para revogar a doação. Em princípio, a ação tem por objetivo modificar situação jurídica, ou seja, revogar o contrato de doação,

sendo, pois, constitutiva. Num segundo momento, porém, terá caráter condenatório, de vez que o donatário será condenado a restituir o objeto doado.

Dessa forma, o prazo de um ano, assinalado no art. 178, § 6°, 1 do código civil Brasileiro (CCB), é de decadência.

Resumindo tudo o que foi dito, podemos afirmar que:

1º estão sujeitas á prescrição todas as ações condenatórias, e somente elas; 2º estão sujeitos á decadência os direitos potestativos, com prazo de exercício fixado em lei;

3º também se fala em decadência, quando se tratar de ação, ao mesmo tempo, constitutiva e condenatória;

4º são perpétuos os direitos potestativos, cujo exercício não é [imitado eia lei, e as ações declaratórias.(35)

Posto isso, podemos afirmar que são prescricionais os prazos dos arts. 177 e 178, § 5°, V; § 6°, II, VI, VII, VIII, IX, X; § 7°, II, III, IV, V; § 10, 1, II, III, IV, V, VI, VII e IX.

São decadênciais os prazos do art. 178, § 1°, § 2°, § 3°, § 4°, 1, II; § 5°, 1, II, III, IV; § 6°,1, III, IV, V, XI, XII, XIII; § 7°, 1, VI, Vil; § 8°, § 9°, 1, a, b, II, a, b, III, IV, V, VI; § 10°, VIII.

Mas quais as conseqüências práticas dessa diferença? Ou seja, para que diferenciar prescrição e decadência?

São várias; três as mais importantes.

A prescrição pode se interromper ou se suspender, nos casos que a lei prevê.

A decadência nem se interrompe, nem se suspende, correndo inexoravelmente.

A interrupção se dá nos casos previstos em lei - arts. 172 a 176 do CCB, como o protesto de cheque, por exemplo, e o tempo anterior a ela é simplesmente desconsiderado. Assim, o protesto anula o tempo já transcorrido anteriormente, voltando o prazo a ser contado do zero, quando o cheque for retirado de cartório para ser executado judicialmente.

Além do protesto, interrompe-se a prescrição:

a) pelo despacho do juiz, ainda que incompetente, mandando citar o devedor; b) pela apresentação do título da dívida perante o juízo do inventário, da execução ou da falência;

c) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor, ou seja, que marque o momento, a partir do qual, o devedor se considera em atraso de pagamento;

d) por qualquer ato inequívoco do devedor, reconhecendo a dívida.

A suspensão, como o próprio nome diz, apenas suspende o prazo, nos casos previstos em lei - arts. 168 a 171 do CCB. O tempo já transcorrido anteriormente é computado. Assim, viagem ao exterior para representar oficialmente o país é causa de suspensão. Se um advogado, após transcorridos dois anos do prazo que tinha para cobrar judicialmente do cliente inadimplente, empreendeu viagem oficial ao exterior, lá ficando por sete meses, durante este período a prescrição não corre, somente recomeçando, após seu retorno ao Brasil, e assim mesmo do ponto em que havia parado.

(35 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. RT 300, p. 7/37.) Também fica suspensa a prescrição:

a) entre cônjuges, na constância do casamento, no tocante ás ações que um tenha contra o outro;

b) entre descendentes e ascendentes, durante o exercício do pátrio poder; c) entre tutelados ou curatelados e seus tutores e curadores, enquanto durar a tutela ou curatela;

d) em favor de quem, por qualquer razão, tenha a guarda de bens de outrem, quanto aos direitos e obrigações sobre estes mesmos bens. Sendo assim, o credor pignoratício - aquele que recebe como garantia de divida bem móvel do devedor, o depositário, o mandatário,(36) e todas as pessoas que lhes sejam análogas, poderão se beneficiar da suspensão nas ações que tenham contra o devedor, o depositante, o mandante etc. Suponhamos exemplo de devedor que, em garantia de pagamento, empenhe junto ao credor anel de ouro e brilhantes. Suponhamos ainda que, vencido o prazo, o devedor não pague. Neste caso específico, o credor

terá a seu favor a suspensão da prescrição, enquanto detiver em seu poder o anel;
e) contra os absolutamente incapazes;

f) contra os ausentes do Brasil em missão oficial;

g) contra os servidores militares, em tempo de guerra;

h) pendendo condição suspensiva;

i) não estando vencido o prazo;

j) pendendo ação de evicção, ou seja, ação na qual discute-se a propriedade de determinado bem.

A segunda diferença prática entre prescrição e decadência é que a prescrição só pode ser alegada por quem tenha interesse em que seja decretada. Somente os que dela se beneficiarem, poderão alegá-la. Dessarte, o juiz jamais poderá decretá-

la de ofício. O mesmo já não acontece com a decadência, que pode ser alegada por qualquer pessoa que participe do processo, inclusive pelo próprio juiz, ex officio, ou seja, independentemente de qualquer manifestação das partes.

Finalmente, a prescrição é passível de renúncia, isto é, as partes podem renunciar ao prazo de prescrição fixado em lei, bastando, para tanto, não qlegá-

la. A decadência, a seu turno, é irrenunciável, pelo menos, se o caso já se encontrar sub iudice.(37)

(36 Mandatário é aquele que representa uma pessoa, por força de mandato a ele conferido. Se o mandato for escrito, receberá o nome de procurador.) (37 sub iudice ou sub judice quer dizer em juízo.)

Capítulo VII - TEORIA GERAL DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

1 - Definição de obrigação

2 - Essência das obrigações

3 - Estrutura das obrigações

4 - Idéia e posição do Direito das Obrigações perante o Direito Civil 5 - Conteúdo da prestação obrigacional

6 - Fontes das obrigações

7 - Escorço histórico

8 - Classificação das obrigações

8.1 Quanto às fontes: contratuais e extracontratuais 8.2 Quanto à estrutura 8.3 Quanto ao objetivo visado: de resultado e de meios

8.4 Obrigações reciprocamente consideradas: principais e acessórias 8.5 Quanto ao pagamento

9 - Efeito desejável das obrigações: pagamento

9.1 Definição

9.2 Natureza jurídica

9.3 Condições de validade do pagamento

9.4 Regras básicas

9.5 Pagamentos especiais

9.6 Extinção das obrigações sem pagamento

9.7 Pagamento indevido

10 - Efeito indesejável das obrigações: mora

10.1 Mora do devedor

10.2 Mora do credor

10.3 Purga da mora

10.4 Cessação da mora

11 - Efeito indesejável das obrigações: inadimplemento

12 - Transferência das obrigações

12.1 Cessão de crédito

12.2 Assunção de débito

13 - Execução coativa

TEORIA GERAL DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

1 DEFINIÇÃO DE OBRIGAÇÃO

A palavra obrigação possui várias acepções de emprego quotidiano. Pelo menos dois são de destaque: obrigação enquanto dever não jurídico, como ir á missa aos domingos, manter nossos pertences em ordem etc., e enquanto dever jurídico.

Assim, vemos que obrigação tem dois sentidos: um lato e um estrito.

Obrigação lato sensu é sinônimo de dever, seja jurídico ou não. Obrigação stricto sensu é sinônimo de dever jurídico.

Os deveres jurídicos, por seu turno, comportam duas espécies: 1ª deveres não patrimoniais, que jamais se traduzem em dinheiro, como o dever de fidelidade entre os cônjuges;

2ª deveres patrimoniais, que podem ser traduzidos em

dinheiro, ainda que sua motivação não seja meramente patrimonial. Assim temos, pagar empréstimo, indenizar a honra violada etc.

A esses deveres patrimoniais chamamos obrigações, objeto de estudo do Direito das Obrigações.

Vejamos a definição de obrigação, stricto sensu, segundo o enfoque de vários juristas.

Nas Instituições de justiniano "obligatio est iuris vinculum, quo necessitate

adstringimur alicuius solvendae rei, sencundum nostra civitatis iura1"(1) A definição possui defeito em relação ao objeto da obrigação, que nem sempre é coisa (res). Pode ser prestação que se traduza em fazer ou não fazer algo.

Segundo Paulo, jurista romano, a substância da obrigação não consiste em ser nossa alguma coisa, mas a forçar alguém a nos dar, fazer ou prestar algo.

"Obligationum substantia non in eo consistij ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum".(2)

(1 Inst., Lib. III, Tit. XIII, De obligationibus. Tradução livre: "Obrigação é vinculo jurídico, pelo qual somos adstritos a pagar qualquer coisa, segundo nossos direitos de cidade.)

(2 Apud SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 9. Tradução livre: "A essência das obrigações não consiste em que façamos nosso coisa ou direito, mas em que possamos forçar alguém a dar fazer ou prestar algo".) É com esses instrumentos romanos que a doutrina moderna formulou sua definição de obrigação.

Assim, na opinião do francês Pothier, obrigação é vínculo de direito, que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou não fazer algo.(3)

Já para Aubry et Rau, é a necessidade jurídica, por força da qual uma pessoa fica subordinada em relação á outra, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.(4) Nos dizeres do italiano Polacco, obrigação é relação jurídica patrimonial, por força da qual devedor é vinculado a prestação positiva ou negativa em face de credor. (5)

Segundo o francês, Démogue, é a situação jurídica que tem por objeto ação ou abstenção de valor econômico ou moral, cuja realização certas pessoas devem assegurar.(6)

Na Alemanha, temos a opinião de Enneccerus, Kipp e Wolff, segundo os quais obrigação é direito de crédito que compete a uma pessoa, o credor, contra outra pessoa determinada, o devedor, para satisfação de interesse, digno de proteção, que tem o primeiro.(7) Também alemão, Dernburg dizia serem as obrigações, relações jurídicas, consistentes em dever de prestação, tendo valor patrimonial,

do devedor ao credor.(8)

Revolvendo a doutrina pátria, encontramos Lacerda de Almeida, para quem obrigação é vínculo jurídico pelo qual alguém está adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.(9)

Na douta vertente de Pontes de Miranda, obrigação, em sentido estrito, é relação jurídica entre duas ou mais pessoas, de que decorre a uma delas, ao devedor, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, credor, ou outras, prestação.

Do lado do credor, temos pretensão; do lado do devedor obrigação, que vem a ser dever em sentido amplo.

Pontes de Miranda ratifica a importância de se distinguir obrigação em sentido lato, de obrigação em sentido estrito." Segundo Orlando Gomes relação obrigacional é vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.(11)

(3 POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los contratos. Buenos Aires: Atalaya, 1948, p. 7.)

(4 AUBRY et RAU. Cours de droit divil fiançais. Paris: Édtions Techniques, 1936, p. 6.)

(5 POLACCO. Le obbligazione nel diritto civile italiano. Apud SERPA LOPES, M-M-Curso. Op, cit., V. II, p. 9.)

(6 DÉMOGUE, René. Traité des obligations en general. Paris: Rousseau et Cie., 1925, v. I, t. I, p. 38.)

(7 ENNECCERUS, KIPP & WOLFF. Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 1933, p, l et seq.)

(8 DERNBURG. Diritto delle obbligazioni. Apud SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. l0)

(9 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Obrigações. Rio de Janeiro: RT, 1916, p. 7.)(10 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op,

cit., v. XXII, p.

12 et seq.)

(11 GOMES, Orlando. Obrigações. 5ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19.) Finalmente, para Caio Mário, obrigação é vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável.(12) Em todas essas definições, podemos perceber três elementos essenciais: o sujeito, o objeto e o vínculo jurídico, apesar de alguns autores não se referirem exatamente a vínculo jurídico. Detectamos, todavia, algumas expressões utilizadas em seu lugar, tais como "relação jurídica", ou seja, vínculo que liga sujeitos de direito a seu objeto; "vínculo jurídico" que, em sentido estrito, é a ligação entre credor e devedor, pela qual aquele tem direito de ação contra este; "vínculo jurídico" em sentido lato, que é o mesmo que relação jurídica;

"situação jurídica", que vem a ser estado de coisas em que pessoas encontram-se vinculadas, situação jurídica esta que denota a existência do vínculo; e, por fim, " necessidade jurídica", ou seja, imperiosidade do devedor em cumprir seu dever. Quando uma obrigação é contraída, torna-se imperiosa.

Resumindo, pois, podemos dizer que obrigação, em sentido jurídico, e, enquanto objeto do Direito das Obrigações, é vínculo jurídico, pelo qual devedor fica adstrito a cumprir prestação de caráter patrimonial em favor de credor, o qual poderá exigir judicialmente seu cumprimento.

2 ESSÊNCIA DAS OBRIGAÇOES

Ferrara,(13) buscando distinguir obrigações reais e creditícias, aponta para o fato de a essência das obrigações parecer encontrar-se no direito do credor em exigir prestação do devedor.

Ocorre que duas situações podem surgir:

1ª o devedor paga normalmente;

2ª o devedor não paga, e o credor tem que entrar na justiça.

Assim, onde estaria, verdadeiramente, o núcleo essencial de uma obrigação?

No dever de pagar, ou no direito de exigir?

Há duas teorias que procuram responder a essa indagação.

A primeira, denominada clássica ou monista, defende a tese de que no centro das obrigações encontra-se apenas um vínculo que se compõe do direito de exigir do credor, pouco importando se o devedor pagará espontaneamente ou na Justiça. (14) De nada adiantaria o dever de pagar, se a dívida fosse inexigível.

(12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 5.) (13 FERRARA, Francesco. Trattato di diritto civile. Op. cit.) (14 SERRA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v, li, p. 11.)

Na dívida prescrita, por exemplo, há o dever de pagar; tanto que se o devedor pagar espontaneamente, o pagamento se reputa válido. No entanto, não há o poder de exigir: o devedor paga se quiser.

Outros autores entendem que os monistas clássicos defendiam compor a essência do vínculo obrigacional o dever de pagar. Ora, não haverá poder de exigir, por parte do credor, se, por parte do devedor, não houver o dever de pagar. Nas dívidas prescritas, por exemplo, o dever de pagar não é jurídico, embora seja válido o pagamento espontâneo. Seria uma obrigação de caráter moral, natural. (15)

A segunda é a teoria dualista de Brinz, jurista alemão do fim do século passado, segundo o qual na essência das obrigações há dois vínculos: um consiste na dívida (débito, debitum, Schuld), o outro consiste na responsabilidade (obligatio, Haftung). A dívida tem caráter pessoal e a responsabilidade tem caráter patrimonial.

À dívida e à responsabilidade correspondem dois direitos do credor, um pessoal, qual seja, o direito a uma prestação, e outro patrimonial, traduzindo-se no direito do credor de executar o patrimônio do devedor que não paga.

Em outras palavras, podemos dizer que débito é o dever de cumprir a obrigação, e responsabilidade é o que leva o devedor que não paga espontaneamente, a responder perante o credor, que pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação quando, então, o juiz mandará arrecadar no patrimônio do devedor, tantos bens quantos sejam suficientes para saldar a dívida.

Perozzi(16) contestou os dualistas, afirmando não haver débito sem responsabilidade. A ocorrência dos dois elementos não importa a existência de

vínculos distintos.

Ferrara,(17) do mesmo modo, afirmava que débito e responsabilidade não são vínculos distintos, mas apenas aspectos do mesmo fenômeno.

Na verdade, o débito traz a coação em seu bojo. A responsabilidade é decorrência da relação obrigacional. Se não cumprida a obrigação, o poder do credor sai do bojo do débito e aflora, sujeitando o devedor patrimonialmente.

Tanto Perozzi, quanto Ferrara entendiam bem a distinção entre débito e responsabilidade, só não concordavam que compusessem vínculos distintos.

Os dualistas germânicos responderam, afirmando que, de fato, débito e responsabilidade coexistem. Entretanto, implicam vínculos distintos. Para provar asseveram que existem situações de:

(15 COSTA, Dilvanir José da. O conceito de obrigação civil. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, n. l17, janeiro/março 1993, p. 353-355.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, l0ªed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 40.)

(16 PEROZZI, Silvio. Istituzioni di diritto romano. Roma: Athenaeum, 1928, p, l et seq.)

(17 FERRARA, Francesco. Trattato. Op. cit., p. 310-313.) 1. débito sem responsabilidade, como é o caso de dívida prescrita, ou de dívida de jogo, em que a obrigação não é exigível, não respondendo por ela o devedor; 2. débito sem responsabilidade própria, como, por exemplo, o devedor que apresenta fiador. Ora, o débito é do devedor, mas caso este não pague, quem responderá é o fiador;

3. responsabilidade sem débito, em que podemos tomar o mesmo exemplo da fiança.

Ora, o fiador poderá vir a responder por dívida que não é sua. Ou seja, responde sem dever. Tanto é assim que, uma vez que pague a obrigação, poderá regressar contra o devedor, por ser este, afinal, quem realmente deve; 4. responsabilidade sem débito atual. Mais uma vez nos servirá o exemplo da fiança. O fiador, num primeiro momento, como vimos, tem apenas a responsabilidade, mas não o

dever de pagar. Este é do devedor. Daí falarmos em responsabilidade sem débito. O débito, próprio do devedor, só se transfere para o fiador, caso aquele não pague. Pode-se, pois, afirmar que, num primeiro momento, dependendo do ângulo que enfoquemos, o fiador terá responsabilidade sem débito, ou responsabilidade sem débito atual, tanto faz.

Pacchioni,(18) em defesa dos dualistas, desdobra débito e responsabilidade, procurando entender cada um desses vínculos sob a ótica do devedor e sob a ótica do credor. Se analisarmos o débito com as lentes do devedor, veremos um dever moral; já com as lentes do credor, haverá mera expectativa.

Na responsabilidade, por seu lado, se analisada com os olhos do devedor, haverá verdadeira subordinação patrimonial; com os olhos do credor, veremos o direito ou o poder de exigir o pagamento, mediante ação judicial.

DÉBITO - A) DO LADO DO DEVEDOR (LADO PASSIVO), HÁ DEVER MORAL; B) DO LADO DO CREDOR (LADO ATIVO), HÁ EXPECTATIVA.RESPONSABILIDADE - A) DO LADO

PASSIVO, HÁ SUBORDINAÇÃO PATRIMONIAL; B) DO LADO ATIVO, HÁ DIREITO DE EXIGIR

JUDICIALMENTE O PAGAMENTO

Dizia ele, por fim, que uma obrigação se compõe de débito e responsabilidade, assim como a água se compõe de oxigênio e hidrogênio. Ambos os elementos coexistem, mas são distintos.

(18 PACCHIONI. Trattato delle obbligazioni. Torino: Fratelli Bocca, 1927, p. 15

et seq.)

3 ESTRUTURA DAS OBRIGAÇÕES

Explicar o porquê do emprego da palavra estrutura tem a ver com os organicistas, sempre fazendo ciência por meio de comparações com organismos vivos. Assim como nossa estrutura é composta de ossos, músculos, sangue etc., também as obrigações teriam sua estrutura própria.

O primeiro elemento componente da estrutura obrigacional seriam os sujeitos. A

obrigação se estrutura pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça em proveito do outro, certa prestação. Um sujeito ativo, o outro, passivo, credor e devedor, respectivamente. .

Aqui, devemos analisar dois tipos de relação obrigacional, as simples e as complexas.

Nas relações simples, cada uma das partes será apenas credor e devedor. Vejamos um ato ilícito, como, por exemplo, batida de automóveis. De um lado, há o culpado, aquele que deve indenizar os danos, ou seja, o devedor da prestação de indenizar, sujeito passivo, portanto. Do outro lado, temos a vítima, aquele que recebe a indenização, credor, sujeito ativo da relação. Em relação complexa, entretanto, eles podem se confundir, englobando urna só - parte os dois sujeitos. Estudemos uma compra e venda. O comprador é devedor do preço e credor do objeto comprado. Já o vendedor é credor do preço e devedor do objeto vendido.

Outro elemento estrutural é o objeto da obrigação, ou seja, a prestação devida pelo sujeito passivo. Quando falamos em prestação, utilizamos o termo em sentido bem genérico. Assim, a prestação pode ser de entregar certa quantia em dinheiro, de realizar determinado serviço, de entregar objeto qualquer etc. Há, inclusive, prestações negativas, em que o devedor fica adstrito a não fazer algo. Por exemplo, advogado assume com seu cliente obrigação de prestar-lhe serviços, e, por outro lado, assume também obrigação de não prestar os mesmos serviços para a parte contrária.

Visto, assim, o objeto das obrigações, podemos dividi-lo em três categorias: prestações que geram obrigação de dar, tais como entregar dinheiro, entregar apartamento a inquilino que o aluga, pagar aluguéis, entregar quadro encomendado etc.; prestações que geram obrigação de fazer, ou seja, consertar carro avariado, fazer pintura de casa, escrever livro, ou pintar quadro encomendado, realizar cirurgia, prestar serviços de advogado ou qualquer outro etc.; e prestações que geram obrigação de não fazer, como não prestar serviços de advogado à parte contrária, não fazer campanha publicitária para seu cliente e para seu concorrente, ao mesmo tempo, não entregar o mesmo livro a mais de uma editora etc.

Cumpre não confundir o objeto da obrigação, que é uma prestação, com o objeto da própria prestação, que é a coisa devida. Por exemplo, o objeto da obrigação

de um médico para com seu cliente é prestação geradora de obrigação de fazer. Já o objeto dessa prestação é, por exemplo, a realização de cirurgia plástica.

O outro elemento é o vínculo jurídico, ou seja, é o elo que liga credor, devedor e objeto.

O conteúdo desse vínculo varia conforme a doutrina adotada.

Para a teoria monista clássica, há um só vínculo jurídico, composto, segundo alguns pelo direito do credor de exigir o adimplemento da obrigação; segundo outros, pelo dever de pagar, por parte do devedor.

Já para os dualistas, há dualidade de vínculos, compostos cada um de debitum e obligatio, respectivamente, ou seja, débito e responsabilidade, como vimos supra.

Para Ferrara,(19) a composição do único vínculo seria o dever de pagar, que traz em seu âmago a sanção, que seria o poder do credor de exigir o adimplemento.

Em suma, sem adentrar a controvérsia, a estrutura de uma obrigação se compõe de sujeitos, objeto e vínculo jurídico.

4 IDÉIA E POSIÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES PERANTE O DIREITO CIVIL

Vimos que o Direito civil é ramo do Direito Privado que regula relações entre indivíduos, pessoas de Direito Privado, sejam físicas ou jurídicas. Ora, tais relações jurídicas podem se dar no âmbito da família quando, então, teremos o Direito de Família; podem também ocorrer entre titular e não-titulares de direito sobre coisa, quando teremos o Direito das coisas. Pode ser também o caso de se determinar a quem se transmite o património de pessoa falecida, quando teremos o Direito das Sucessões. E, por fim, as pessoas podem assumir, umas com as outras, deveres de caráter patrimonial, regulados pelo Direito das Obrigações.

É dessa forma que se diz ser o Direito das Obrigações, ramo do Direito civil.

Essa a teoria tradicional. Há, porém, quem lhe seja contrário. Para Planiol,(20) por exemplo, o Direito civil é que é ramo do Direito das Obrigações, por não se poder entender o Direito, de um modo geral, sem obrigações. O Direito das Obrigações seria gênero, tendo como espécie o Direito civil.

(19 FERRARA, Francesco. Tattato. Op. cit., F. 310-313.)

(20 PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire. Op. cit., v. II, p. 55 et seq.)
Toulier(21) defende a teoria tradicional e acrescenta que o Direito das Obrigações é dotado de imutabilidade e uniformidade, não variando no tempo e no espaço. É Lei Natural.

Quanto a essa questão da imutabilidade ou não do Direito das Obrigações, Touliur enfrenta ferrenha oposição de juristas, como Démogue e Saleilles.

O primeiro(22) defende que as obrigações são variáveis e também o Direito das Obrigações. A Lei pode não mudar facilmente - o Direito Obrigacional positivo é muito genérico e por isso não muda facilmente, mas o Direito vivo muda sempre, haja vista o Direito comercial.

O segundo(23) concorda com Démogue e diz que o Direito das Obrigações é teórico e abstrato, por estudar as várias formas de manifestação da vontade nas convenções humanas. Daí seu caráter científico e sua propensão á uniformidade.

Seja ramo do Direito civil ou vice-versa, fato é que é de essencial importância para a unificação do Direito Privado por ter natureza abstrata - que o torna apto a constituir Direito uniforme e internacional; por sua ductibilidade -

prestando-se às mais variadas manifestações de vontade; por sua capacidade de se adaptar às evoluções sociais e por sua tendência ao alargamento, servindo a vários ramos do Direito.(24)

5 CONTEÚDO DA PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL

Segundo a doutrina que sempre vigorou, todo ato, para ser objeto de obrigação, deve ser conversível em dinheiro. É impossível obrigação cujo objeto seja prestação meramente moral, inconversível em dinheiro.

Ihering(25) e Windscheid(26) se insurgem, afirmando que há obrigações de cunho meramente moral. Ihering dá dois exemplos. Ato prático, que vem a ser a questão de sociedade ferroviária que contratara a construção de estrada-de-ferro com comissão organizada apenas para esse fim. Discutiu-se a legitimidade ad causam da comissão, por não ter ela outro interesse que não o moral. O outro trata de camareiro que contrata com seu patrão feriado dominical. Ora, feriado não tem expressão econômica.

(21 TOULIER. Théorie raisonnée du code civil. Apud BONNECASE, julien. Elementos de derecbo civil. Puebla: josé M. Cajica Jr. 1945-46, p. 26-28.) (22 DÉMOGUE. Traité. Op. cit., p. l et seq.)

(23 SALEILLES, Raymond. De la dédaration de volonté. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1929, p. 246.)

(24 SERRA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. li, p. 5 et seq.) (25 VON IHERING, Rudolf De inferes en los contratos. Buenos Ai res: Atalaya, 1947, p, l1 et seq.)

(26 WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. Op, cit., p. 26 et seq.) Ihering dá ao dinheiro três funções, a saber, a de equivalência em dinheiro da utilidade que o adimplemento da obrigação dá ao credor; a de penalidade pelo inadimplemento da obrigação; e a de satisfação, quando há a substituição do objeto da prestação por dinheiro.

Assim, segundo Ihering, toda obrigação poderá ser adimplida, ainda que seu caráter não seja patrimonial.

Ora, se toda prestação pode ser adimplida, mesmo aquelas morais, sendo-lhes dado valor em dinheiro, é sinal de que têm fundo econômico, equivalente patrimonial.

Evidentemente que, quando a Constituição Federal (art. 5°, V) diz serem indenizáveis todos os danos causados por uma pessoa a outra, mesmo os puramente morais, não está preconizando não existirem obrigações cuja fonte não seja econômica. Sem dúvida alguma, é totalmente diferente o dano advindo de acidente de trânsito, daquele oriundo de calúnia ou difamação. Este tem origem não econômica, não se discute. Mas, uma vez que seja indenizável, adquire caráter patrimonial. caso contrário, nem se poderia falar em compensação de danos morais.

Em minha opinião, pois, é impossível o conteúdo da prestação ser, meramente, moral. Moral pode ser a obrigação ou _mesmo sua fonte, como o dano moral, mas a prestação, seu objeto, será obrigatoriamente patrimonial ou, quando nada, conversível em dinheiro.

6 FONTES DAS OBRIGAÇÕES

De onde provêm as obrigações? Onde nascem? Quais são suas fontes? Por que uma pessoa se torna credora ou devedora de outra? Para responder a essas perguntas, faremos passeio pela doutrina, através da história.

Em Roma, a mais antiga classificação das fontes vem de Gaio, nas Instituições de Justiniano. São elas o contrato e o delito. Entendia-se por contrato, não só convenções entre pessoas, mas todo ato jurídico lícito. Por delito, atos ilícitos, ou seja, aqueles contrários ao Direito, que, causando dano, obrigavam o agente a indenizar a vítima.

Posteriormente, já no Período Bizantino (565 d.C. a 1.453), contrato passou a ser apenas acordo de vontades, e delito passou a ser sinônimo de ato ilícito doloso. Daí surgiram as duas outras figuras, a dos quase-contratos, que seriam os atos lícitos não contratuais, tais como a gestão de negócios,(27) (27 Gestão de negócios é administração de negócios alheios sem o conhecimento do dono. Assim, se recolho a correspondência de vizinho em viagem, sem qualquer combinação prévia, serei gestor de negócios. Se em meio á correspondência descubro conta vincenda e a pago, farei jus ao reembolso, como se o vizinho houvesse me pedido para pagar. Na verdade, não houve contrato, mas é como se tivesse havido. Trata-se de quase-contrato, para os romanos. A palavra "quase"

tem esse significado especial; quer dizer "como se fosse".) e dos quase-delitos, seja, atos não delituais, equiparados aos delitos na prática. Nesta última categoria, pode citar-se o dano causado por objeto caído ou lançado de um prédio. Não era delito, mas o dono do prédio tinha, assim mesmo, que indenizar os danos causados, independentemente de culpa sua.(28) Por outros termos, o fato não era delito, mas, na prática, era tratado como se fosse.

Posteriormente, já na Idade Média, a idéia de delito e quase-delito se modificou. Delito passou a ser o ilícito doloso e quase-delito, o culposo.(29) Teorias modernas refutam a idéia de quase-contrato e quase-delito. Vejamos algumas delas:

A primeira é a teoria de Perozzi,(30) segundo a qual são duas as fontes: o contrato (por força do indivíduo, de sua consciência) e a Lei (força social, pensamento universal).

A segunda é a de Josserand,(31) que divide as fontes em atos jurídicos, que são os contratos e atos unilaterais, como a promessa de recompensa; os atos ilícitos;

o enriquecimento sem causa; e a Lei.

Serpa Lopes(32) critica que os atos unilaterais sejam fonte de obrigação, porque a manifestação de vontade somente cria vínculo obrigacional (característica essencial das obrigações), quando encontra outra vontade que a ela adere e formula contrato (acordo). É o caso da promessa de recompensa. Quando uma pessoa cumpre tarefa para a qual se prometeu recompensa, adere á vontade do promitente, formando, dessarte, contrato.

Ver-se-ia, portanto, retorno á noção dual de fontes: Lei e contrato. Da Lei nasceriam as obrigações por atos ilícitos e pelo enriquecimento ilícito; dos contratos viriam as obrigações por declarações bilaterais de vontade, como é o caso da compra e venda e pelas declarações unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa, em que o vínculo característico das obrigações somente se cria, quando a vontade se bilateraliza, ou seja, quando uma outra pessoa cumpre a tarefa, aderindo á vontade do promitente.

Minha opinião é no sentido de serem as fontes duas, vontade e Lei.

Da vontade, surgem os contratos, ou seja, as declarações bilaterais de vontade, e também as declarações unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa, os títulos ao portador etc.

Da Lei, vêm as obrigações por atos ilícitos e pelo enriquecimento sem causa.

O código civil divide as fontes em contratos, declarações unilaterais de vontade (promessa unilateral e títulos ao portador) e atos ilícitos.

(28 CRETELLA JÚNIOR, pose. Curso de direito romano. Op. cit., p. 242, 294/299, 320/323.)

(29 NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Op. cit., v. li, p. 173 et seq.) (30 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Op, cit., p. 320.) (31 PEROZZI. Istituzioni. Op. cit., p, 16 et seq.)

(32 JOSSERAND, Louis. Derecbo civil. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. l0 et seq.) (33 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 27.)

7 ESCORÇO HISTÓRICO

Em Roma, o conceito de obrigação também era o de vínculo de ordem imaterial, nada tendo de novo o Direito moderno acrescentado. Apenas desenvolveu a idéia.

Acontece que, a idéia de Direito entre os Romanos, pelo menos primitivamente, era a de força. Assim, a primeira manifestação jurídica romana foi o ius in res, (33) o direito real de propriedade de que dispunha o dominus(34) sobre a coisa. Essa idéia foi transferida para o Direito das Obrigações, sujeitando o devedor inadimplente ao credor, como se fora coisa. A vingança era a sanção pelo inadimplemento. Assim, descumprida a obrigação, o devedor ficava submetido á manus iniectio, isto é, ao poder direto do credor e, por se converter em coisa, seu corpo passava a objeto da propriedade do credor.

As razões disso eram de cunho religioso. A propriedade imóvel da família era a morada de seus antepassados, sendo, portanto, a futura morada dos que ainda estavam vivos. Dessa forma, o devedor dela não podia dispor para saldar suas obrigações. Ficando sem outros bens que não a propriedade imóvel, sujeitava-se fisicamente ao poder (manus) do credor.(35)

Como eram várias as injustiças, e, principalmente, por estarem sendo vítimas de seus credores heróis da pátria e nobres patrícios e, finalmente, por já se haver arrefecido o sentimento religioso que, verdadeiramente, era a causa primeira dessa responsabilidade física, editou-se a Lex Poetelia Papiria, em 326

a.C.,(36) que transformou o vínculo de pessoal em patrimonial. Mas a Lex Poetelia não dava ao devedor direito de autodefesa, o que veio a ser suprido pela Lex Vallia, do segundo século antes de cristo.(37)

A partir daí, ficou assentada em bases legais, sistematizadas, a responsabilidade patrimonial do devedor. Em outras palavras, não era mais a pessoa do devedor que respondia, mas sim seu patrimônio, ainda que imóvel.

Aliás, muito antes da Lex Poetelia Papiria, a responsabilidade já era patrimonial. Seu mérito foi apenas o de sistematizar e positivar costume e jurisprudência.

Outra questão importante é a da ingerência do Estado nas obrigações particulares. Antes vigorava a pleno rigor o princípio pacta sunt servanda, isto é, o princípio segundo o qual os contratos tinham força de lei entre as partes.

Uma vez assumida obrigação, esta tinha que ser adimplida, de um modo ou de

outro. Tal princípio foi impulsionado pelo Código Civil de Napoleão, de 1804, de índole liberal, inspirado nos ideais liberalistas da Revolução Francesa.

(33 Direito sobre uma coisa.)

(34 Dono, senhor.)

(35 COULANGES, Fustel. A cidade antiga. 9ªed., Lisboa: Livraria Clássica, 1957, passim.)

(36 NÓBREGA, Vandick L, da. Compêndio. Op. cit., v. I, p. 269.) (37 Idem, p. 272.)

A fase seguinte, que dominou principalmente os três primeiros quartos deste século, foi oposta, preconizando a intervenção do Estado em todos os assuntos, ainda que naqueles de ordem puramente privada. Era função do Estado fiscalizar a sociedade e dirigi-la economicamente.

A ideologia reinante na atualidade é como que meio termo entre o liberalismo puro e o intervencionismo radical. Em outras palavras, o Estado deve fiscalizar a atividade privada e orientar os rumos econômicos do país, mas sem exageros, deixando, sempre que possível, fluir liberdade e iniciativa privada, sem maiores empecilhos.

8 CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

As obrigações se dividem em várias classes, conforme o ângulo escolhido para análise. Resolvemos, após alguma reflexão, propor a seguinte classificação: 8.1 Quanto às fontes: contratuais e extracontratuais

Contratuais são obrigações oriundas de contratos.

Extracontratuais são aquelas oriundas de atos ilícitos, de declarações unilaterais de vontade, do enriquecimento sem causa etc.

8.2 Quanto à estrutura

Aqui teríamos várias sub-classes, cada uma referindo-se a um elemento da estrutura das obrigações: objeto, vínculo, sujeitos. Assim: a) Quanto ao objeto: de dar, fazer e não fazer. Ou seja, positivas (dar e fazer) e negativas (não fazer) -

As obrigações positivas têm como objeto uma prestação, um agir, que pode ser dar ou fazer algo.

Classificam-nas alguns em pessoais e materiais. Na realidade, as chamadas pessoais são as de fazer e, as materiais, são obrigações de dar.

As pessoais exigem o emprego de recursos físicos, morais e pessoais do devedor.

Exemplo seria prestação de serviços, mandato etc.

As materiais caracterizam-se pelo destaque de bem do patrimônio do devedor para se agregar ao do credor. Pode ser transferência de domínio, de posse, ou mesmo mera restituição.

Pode ocorrer de virem juntas, como na empreitada, em que pode haver, além da prestação pessoal, também a obrigação de entregar o material.

A importância da distinção reside na determinação da responsabilidade do devedor. Nas pessoais, limita-se á pessoa do devedor, a suas próprias forças. Já as materiais não têm limites; caso o devedor, por exemplo, morra, transferem-se para seus herdeiros, dentro dos limites da herança - intra vires hereditatis.

Obrigação de dar - Era no Direito Romano e em nosso Direito antigo obrigação de transferir a propriedade de alguma coisa ao credor. Hoje a obrigação de dar implica entrega de alguma coisa ao credor, seja transferindo-lhe a propriedade, a posse ou apenas o uso.

As obrigações de dar podem ser:

Obrigação de dar coisa certa - Há obrigação de dar coisa certa, quando seu objeto é corpo certo e determinado como casa, navio, soma em dinheiro.

Nas obrigações de dar coisa certa, o credor não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa (art. 863), nem o devedor pode ser obrigado a entregar outra, ainda que menos valiosa.

As obrigações de dar coisa certa abrangem seus acessórios, salvo disposição contrária (arts. 58, 59 e 864). Se "A" vender seu carro a "B", todos os acessórios presumem-se vendidos junto. Assim, rádio, rodas de liga leve, ar condicionado etc. seguirão juntamente com o carro, a não ser que "A" e "B"

expressamente combinem o contrário.

Em relação à perda ou deterioração da coisa, antes da tradição, nas obrigações de dar coisa certa, devemos distinguir duas hipóteses. Na primeira, o devedor não age com culpa. Havendo perda, a obrigação resolve-se para ambas as partes, restituindo-se o preço mais correção monetária. Vejamos exemplo. "A" compra o carro de "B". "B", após receber o dinheiro e antes de entregar o automóvel, vem a ser assaltado, sendo-lhe roubado o veículo. Houve perda antes da tradição, sem culpa do devedor, "B". Neste caso, "B" terá que restituir o dinheiro corrigido, extinguindo-se a obrigação. caso "B" ainda não houvesse recebido o dinheiro, a obrigação simplesmente se resolveria, ou seja, se extinguiria.

No caso de deterioração, o credor pode escolher entre resolver a obrigação, com a restituição do preço mais correção monetária ou receber a coisa com abatimento proporcional no preço. Tomemos o mesmo exemplo. "A" compra o carro de "B". Após receber o dinheiro e antes da entrega, "B" tem o carro levemente amassado por chuva de pedras. "A" poderá escolher entre receber o carro, com abatimento proporcional no preço, ou desfazer o negócio, recebendo de volta o dinheiro corrigido. Se nada houvesse dado ainda, "A" poderia optar pelo abatimento proporcional, caso em que receberia o carro, pagando menos por ele, ou optar por desfazer o negócio, pura e simplesmente.

Na segunda hipótese, o devedor age com culpa. Assim, havendo perda, dar-se-á indenização pelo valor da coisa, mais perdas e danos. Se "A" comprasse o carro de "B" e este, por imprudência, batesse o veículo com perda total, "A" poderia

exigir de volta o dinheiro, mais indenização pelos prejuízos causados pela não realização do negócio. Se não conseguir especificar todos os prejuízos, receberá o dinheiro de volta, acrescido de correção monetária e juros. Os juros seriam pelos prejuízos. Se "A" conseguir provar que teve mais prejuízos, fará jus a indenização integral. caso ainda não houvesse pago pelo carro, "A" poderia exigir indenização pelos prejuízos resultantes da não realização do negócio.

Se o caso for de deterioração, as opções do credor são de exigir indenização pelo valor da coisa ou receber a coisa no estado em que se achar, exigindo, de qualquer forma, perdas e danos, que podem vir em forma de abatimento no preço.

Analisemos o mesmo exemplo. "A" compra o carro de "B". Antes da tradição, "B", por imprudência, vem a amassá-lo. "A" poderá optar entre desfazer o negócio, sendo indenizado pelos prejuízos oriundos da resolução do contrato ou, então, receber o carro com abatimento proporcional no preço. Esse abatimento levará em conta todos os prejuízos sofridos por "A".

Esclareça-se, por fim, que, quando se fala em perda, está referindo-se a fato que torne impossível o pagamento, ou seja, perecimento da coisa, extravio, furto, roubo etc.

Visualizando as várias hipóteses em dois quadros, teríamos o seguinte: Perda da coisa antes da tradição: Sem culpa do devedor - Resolve-se a obrigação, com restituição do preço mais correção monetária;

Com culpa do devedor - Indenização pelo valor da coisa mais perdas e danos diz-se que o obrigação se resolve em perdas e danos.

Deterioração, antes da tradição - Sem culpa do devedor - resolve-se a obrigação, com restituição do preço mais correção monetária, ou abatimento proporcional no preço

Com culpa do devedor - A obrigação se resolve em perdas e danos; recebimento da coisa no estado em que se achar mais abatimento proporcional no preço ou a resolução da obrigação, se o credor não aceitar o aumento. Assim, se "A" vende seu carro a "B" e, antes da entrega, vem a consertar-lhe certo amassadinho, poderá pedir aumento proporcional no preço, desde que "B" haja fechado o negócio, sabendo do amassado.

Quanto aos frutos, os pendentes pertencem ao credor e os percebidos, ao devedor (arts. 868, parágrafo único). Frutos pendentes são aqueles ainda não colhidos. Se "A" compra vaca prenhe, o bezerro nascituro se reputa fruto pendente, pertencendo a ele, comprador. Se o bezerro já for nascido, considera-se fruto percebido, pertencendo ao vendedor, no caso, devedor da vaca.

Se a obrigação for de restituir, a coisa já pertencia ao credor, como é o caso de imóvel emprestado. Nesta hipótese, se o devedor não tiver contribuído com trabalho ou recursos para os melhoramentos, nada lhe será dado, lucrando inteiramente o credor. Se "A" empresta sua casa a "B" e manda, por exemplo, trocar a fiação, nada terá que pagar a "B", como seria óbvio. Se, porém, o devedor for possuidor de boa-fé, e houver contribuído para a implementação das benfeitorias, será reembolsado pelos melhoramentos necessários e pelos úteis, tendo o direito de retenção até seu pagamento, em ambos os casos. Por outros termos, o devedor poderá se negar a restituir a coisa, até que seja indenizado.

Se no exemplo anterior, "B" tivesse mandado trocar a fiação (benfeitoria necessária) ou mandado instalar grades nas janelas (benfeitoria útil), "A" teria que lhe reembolsar todas as despesas e "B" poderia reter o imóvel emprestado, até receber o reembolso.

Em relação às benfeitorias voluptuárias, receberá sempre pelas autorizadas, não tendo direito de retenção. Se não autorizadas, poderá levantá-

las, desde que não prejudique a coisa. O credor poderá, por outro lado, indenizar o devedor pelas benfeitorias voluptuárias tendo, assim, o direito de não permitir seu levantamento. Se, no caso do empréstimo da casa, a que já nos referimos, "B" houvesse instalado novas persianas nas janelas (benfeitoria voluptuária), somente poderia retirá-las, a nada mais fazendo jus, a não ser que

"A" houvesse autorizado, quando, então, teria que reembolsar "B".

As situações analisadas acima referem-se às benfeitorias, para cuja implementação tenha contribuído o devedor, enquanto possuidor de boa-fé. Mas se for possuidor de má-fé, como no caso do invasor de terreno alheio, só fará jus à indenização pelas benfeitorias necessárias, não tendo, porém, direito de reter a coisa, até o reembolso. Isto porque contribuiu para o credor, evitando que a coisa se deteriorasse ou se perdesse. Se "B" ocupa a casa vazia de "A", trocando toda a fiação, terá direito a ser reembolsado, mas não poderá reter o imóvel até que

receba o reembolso. Na prática, todavia, invadir imóvel alheio é crime de esbulho, podendo o invasor ser condenado a indenizar o proprietário, além da pena criminal.

Assim, a indenização devida pelo invasor pode compensar a devida pelo proprietário, que nada teria que pagar, apenas a receber. Em outras palavras, o proprietário nada deveria ao invasor, mas poderia dele exigir indenização pelo esbulho.

Quanto às benfeitorias úteis e voluptuárias, não terá qualquer direito, nem mesmo o de levantá-las. Esta regra deve ser entendida como espécie de punição pela posse de má-fé. Dessarte, se, ao invés de trocar a fiação, "B"

tivesse instalado persianas novas nas janelas, teria que deixá-las para "A", que nada lhe deveria.

Vejamos em dois quadros sintéticos as regras acima expostas.

OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA

Benfeitorias - Antes da Tradição - pertencem ao credor que poderá exigir aumento no preço

Frutos - Antes da tradição - Pendentes - pertencem ao credor; - Percebidos -

pertencem ao devedor

OBRIGAÇÕES DE RESTITUIR COISA CERTA

Devedor de Boa fé que contribuiu para o implemento - Benfeitorias necessárias e úteis - Direito a indenização e Direito de Retenção

Benfeitorias Voluptuárias - Direito a indenização, se autorizadas;

- Direito de levantá-las, se não autorizadas

Devedor de Má fé - Benfeitorias necessárias - Direito a indenização; -

Benfeitorias Úteis e Voluptuárias - Nenhum direito

Outra situação é a das acessões imobiliárias que não se confundem com

benfeitorias. Acessões imobiliárias são plantações e edificações.

Segundo o art. 545 do Código Civil, toda plantação ou construção existente em terreno, se presume feita pelo proprietário ou as suas custas, até prova em contrário.

Acrescenta o art. 546 que, aquele que semear, plantar ou edificar em terreno próprio com materiais ou sementes alheios, adquire a propriedade da acessão, mas terá que reembolsar o dono dos materiais ou das sementes. Se tiver agido de má-fé, além do reembolso, terá que indenizar o dono das sementes ou do material por todos os prejuízos oriundos da perda das sementes ou do material.

Quem plantar ou edificar em terreno alheio, de boa-fé, perderá as plantas ou construções para o dono da terra, tendo direito a ser reembolsado por seu valor.

Mas, se plantou ou edificou em terreno alheio, de má-fé, não terá direito a nada.

Pelo contrário, poderá vir a ser obrigado a indenizar o dono do terreno, além de desfazer o que houver feito.

Se nas obrigações de restituir coisa certa, a coisa se perder ou se deteriorar, antes da tradição, abre a Lei várias hipóteses. No primeiro caso, não há culpa do devedor. Sendo situação de perda, resolve-se a obrigação, respondendo o devedor pelas prestações devidas, como aluguéis, por exemplo, até o evento do fato que impossibilitou a restituição da coisa. É a hipótese da pessoa que aluga carro por dois meses. No final do primeiro mês, o veículo lhe é roubado violentamente. A obrigação se resolve, de vez que não houve culpa. Mas os aluguéis, referentes ao primeiro mês, deverão ser pagos normalmente.

Deteriorando-se a coisa, o credor simplesmente a recebe de volta, sem mais direitos. Assim, se alugo carro que vem a ser arranhado por malfeitor, nada deverei à locadora. No segundo caso, a perda ou deterioração se atribuem a culpa do devedor. Havendo perda, o credor terá direito a indenização pelo valor da coisa mais perdas e danos. Se uma pessoa, por exemplo, aluga um carro e o estaciona com as janelas abertas e a chave na ignição, vindo a ocorrer o furto do veículo, tal pessoa responderá pelo valor do carro, mais as perdas e danos.

Se o caso for de deterioração, o credor poderá exigir indenização pelo valor da coisa ou recebê-la no estado em que se encontrar, tendo sempre, a título complementar, direito a perdas e danos, qualquer que seja sua opção. Dessarte,

se o carro é batido por culpa do locatário, a locadora poderá exigir o valor do carro, tal como estava ao ser entregue, ou, então, receber o veículo de volta, mesmo batido, exigindo, em ambos os casos indenização por perdas e danos.

Resumindo, teríamos os seguintes quadros:

Perda da coisa, antes da tradição - sem culpa do devedor - resolve-se a obrigação, respondendo o devedor pelas prestações devidas até a perda, se for o caso.

Com culpa do devedor- Indenização pelo valor da coisa, ou sua substituição, se fungível, mais perdas e danos, em ambos os casos.

Deterioração, antes da Tradição - Sem culpa do devedor - Resolve-se a obrigação, restituindo-se a coisa, sem qualquer indenização.

Com culpa do devedor - A obrigação se resolve em perdas e danos.

Recebimentos da coisa no Estado em que se achar mais perdas e danos.

Obrigação de dar coisa incerta - Prepondera a indeterminação específica do objeto da prestação. Mas essa indeterminação não é absoluta, pois a coisa deverá ser identificada ao menos pelo gênero e quantidade. Por exemplo, dar um carro.

Quantidade: um; gênero: carro.

Quem irá determinar a coisa a ser entregue? A regra geral dá a escolha ao devedor. Mas a norma é dispositiva, ou seja, por acordo pode-se dispor que a escolha caiba ao credor.

Antes da escolha, o devedor não poderá alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito. Após a determinação, a obrigação se transforma em obrigação de dar coisa certa. Ora, se devo a João um carro novo, na faixa de 520.000,00, cabendo a mim a escolha da marca e modelo, até que faça essa opção, não poderei alegar que o carro se perdeu ou se deteriorou; afinal de que automóvel se trata, se a escolha ainda não foi feita?

No entanto, uma vez feita a escolha do carro "Y", da marca "x", a obrigação se transforma em obrigação de dar coisa certa, aplicando-se suas regras.

Obrigação de dar dinheiro - Na verdade é obrigação de dar. Por ser tão importante, merece estudo destacado e pormenorizado.

O dinheiro, ora será o objeto da prestação, como no empréstimo de dinheiro, ora substituirá as coisas quando for impossível entregá-las em espécie.

A moeda nacional tem curso forçado, sendo passíveis de nulidade os contratos de direito interno que estipulem o pagamento em moeda estrangeira, ouro, ou que restrinjam seu curso. Na prática, porém, só é defeituosa a cláusula, sendo a obrigação convertida em moeda nacional. Exemplificando, teríamos que, se "A" toma USS 1.000,00 emprestados a "B" e não pagamento "B"

poderá pleitear o pagamento em juízo. O juiz não anulará o contrato de empréstimo, mas desconsiderará o valor em dólares, convertendo-o em moeda nacional, ao câmbio mais favorável ao devedor, da época em que o contrato foi celebrado. De lá para o momento da execução, a dívida, já convertida, será atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora. A exceção a esse princípio são os contratos de comércio exterior (Decreto 857/69), em que moedas estrangeiras são aceitas.

As obrigações de dar dinheiro podem ser de dinheiro ou de valor.

Haverá obrigação ou dívida de dinheiro, quando o objeto for soma pré determinada em moeda corrente. Tal é a obrigação do comprador, do inquilino etc.

As obrigações ou dívidas de valor ocorrem, quando seu objeto for entregar determinado valor, especificado à época da execução. São de valor as obrigações de indenizar danos causados, dentre outras.

Tratando-se de obrigação de dar dinheiro, cogita-se dos juros, frutos do capital.

São compensação ministrada pelo devedor ao credor, em razão do uso de certo capital em dinheiro. São considerados frutos civis, distintos dos naturais.

Por serem frutos, são acessórios. Mas, apesar disso, podem ser cobrados em ação distinta, diferentemente do Direito Romano.

O romano denominou-os de usurae, compensação pelo uso. Foram extremamente condenados pela Igreja, e com justa razão, pois à época, o

empréstimo não estava a serviço senão da caridade, bem diversamente de como é hoje em dia. O problema se esclarece nas páginas de Leo Huberman.(38)

(38 HUBERMAN, Leo. Màni worldlj goods. 3. ed., New Yotk: Monthly Review Press, 1959, p. 46/47.)

"Naquela sociedade, em que o comércio era pequeno, e a possibilidade de investir dinheiro com lucro, praticamente, não existia, quando alguém desejava empréstimo, não seria, certamente, com o objetivo de se enriquecer, mas porque dele necessitava para viver. Tomava emprestado, simplesmente, em virtude de alguma infelicidade de que fora acometido. Talvez lhe morresse a vaca, ou a seca lhe houvesse arruinado a colheita. De acordo com o sentimento medieval, a pessoa que, nessas circunstâncias, ajudasse o necessitado, não poderia, jamais, tirar proveito disso. O bom cristão deveria ajudar seu irmão sem intuito de lucro. Se se emprestasse a alguém um saco de farinha, dever-se-ia esperar em restituição, apenas, um saco de farinha, e nada mais. Se se recebesse mais, haveria exploração do próximo, o que não era justo. Justo era receber somente o que se emprestara, nem mais nem menos".(39)

Em suas modalidades, os juros podem ser legais ou convencionais.

1. Legais são os que a Lei estabelece para certos casos, por razão de eqüidade:

- legais compensatórios são os que ocorrem para compensar o uso de capital, quando o contrato for omisso. Exemplo seria o do mandatário que desembolsa somas para a execução do mandato, tendo direito a juros a partir da época do desembolso;

- legais moratórios são juros pela mora, ou pelo atraso culposo no cumprimento da obrigação.

Cabe dizer que a aplicação dos juros legais só é admissível, quando a Lei permitir, não se concebendo analogia.

2. Convencionais são os decorrentes de contrato, não estando restritos, pois, aos casos previstos em lei.

Quanto à taxa, para juros legais, será de 6% ao ano, salvo outra prevista no contrato para a mesma espécie (quando não será superior a 12% a. a.), ou prevista em lei especial.

Para juros convencionais, a questão é controversa. A Constituição Federal, art. 192, § 3º, fala em 12% ao ano. Acontece que o Supremo Tribunal Federal, contrariando douto parecer,(20) julgou não ser o dispositivo constitucional auto aplicável, carecendo de lei complementar que o regulamentasse.

Assim, na prática, são cobrados juros de muito mais de 12% ao ano. Alguns alegam estar neles marchetada taxa de inflação, inobstante o entendimento dominante pregar que a taxa de inflação deva ser cobrada à parte, por não ter nada em sua natureza de semelhante com juros.

(39 Tradução livre.)

(40 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6ªed. São Paulo: R-T., 1990. p. 694.)

Na verdade, creio que o centre do problema se encontra na questão do intervencionismo estatal na economia privada. Quanto maior essa intervenção, maior será a regulamentação, inclusive dos juros. Em economia livre de mercado, a taxa de juros deve ser mais flexível, flutuando conforme as oscilações mercadológicas e conforme a política econômica do governo. Muitas vezes é necessário elevar a taxa de juros, a fim de estimulara a poupança e atrair recursos externos. Às vezes será necessário baixá-la, para estimular o crescimento econômico. Enfim, não sei se a fixação da taxa de juros em 12% ao ano seria de boa política legislativa.

Obrigação de fazer - É prestação de fato que pode consistir em: a) trabalho físico ou intelectual, determinado pelo tempo e gênero; b) trabalho determinado pelo produto; c) fato determinado pela vantagem que traz ao credor como, por exemplo, guardar coisa.

A principal diferença entre obrigação de fazer e de dar é que, na prática, inadimplida a obrigação de fazer, o devedor normalmente desonera-se, pagando perdas e danos. Na de dar, pode ser compelido a entregar o objeto à força.

São características da obrigação de fazer:

a) Poder consistir em obrigação de natureza infungível ou fungível.

Terá natureza infungível nos contratos intuitu personae, isto é, naqueles celebrados com base na confiança recíproca entre as partes, como contrato em

que editora encomenda obra a certo autor famoso. Outro caso é quando o contrato proíbe execução por terceiros. Aqui vigora o princípio de que o credor não pode ser obrigado a aceitar que outro cumpra a obrigação, caso em que esta se resolverá em perdas e danos, se houver sido descumprida por culpa do devedor.

Terá natureza fungível, quando qualquer um puder executar a obrigação. Não sendo adimplida, o credor pode escolher entre mandar fazer às custas do devedor ou exigir perdas e danos. Se contrato pedreiro para levantar muro, e este não o faz, posso escolher uma das duas opções acima.

b) Poder comportar execução in natura ou não.

A execução será in natura quando for exigida a realização do fato pelo qual o devedor se obrigou. Recebe ainda o nome de execução em espécie ou execução específica. Na verdade, a execução in natura nem sempre será possível.

Não se pode, por exemplo, obrigar o devedor a construir o muro a que se obrigou, ou a escrever o livro que prometera. Nesses casos, ou seja, sendo impossível a execução específica, o credor terá direito a ser ressarcido das perdas e danos que porventura tenha sofrido. Fala-se, então, em execução por perdas e danos.

O Código de Processo Civil regula pormenorizadamente a execução das obrigações de fazer.

Segundo o art. 632, quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não se houver estipulado. Segundo os arts. 644 e 645, o juiz poderá fixar multa por cada dia de atraso, se esta não estiver prevista no contrato.

Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor requerer que seja executada às custas do devedor ou haver perdas e danos, incluída a multa diária.

Em outras palavras, se a obrigação era de construir muro e o devedor não a realizar no prazo dado pelo juiz, o credor poderá exigir que outro pedreiro construa o muro às custas do devedor, ou ser indenizado por perdas e danos.

Algumas obrigações de fazer admitem quase sempre execução in natura. Tal é o

caso de certos contratos, como a compra e venda de imóveis. Se o devedor, no caso o vendedor, se negar a assinar a escritura de compra e venda, apesar de já ter sido celebrado contrato de promessa de compra e venda, o credor poderá obter do juiz sentença que produza o mesmo efeito do contrato. Por outros termos, com a sentença judicial, o credor, no caso o comprador, poderá registrar o imóvel em seu nome. Este o disposto no art. 639 do Código de Processo Civil.

Na realidade, saber se uma obrigação de fazer admite ou não execução específica é, antes de mais nada, questão de bom senso.

Obrigação negativa (de não fazer) - Define-se por um não fazer, por abstenção. Impõe-se ao devedor a abstenção de ato que lhe seria lícito praticar, se não se houvesse obrigado a abstenção. Será sempre pessoal e só pode ser cumprida pelo próprio devedor. Se entrego obra para editora, dou-lhe direitos exclusivos de publicá-la, assumindo obrigação de não entregar a obra a outra editora. Portanto, obrigação de não fazer.

A obrigação negativa se extingue desde que, sem culpa do devedor, seja-lhe impossível abster-se do fato que se comprometera a não fazer. Havendo culpa, o credor pode exigir que seja desfeito o ato pelo devedor ou às suas custas, mais perdas e danos. (arts. 642, 643 do CPC)

Obrigações líquidas e ilíquidas - As obrigações de dar, fazer e não fazer, podem ser líquidas ou ilíquidas.

Será líquida a obrigação, quando seu objeto estiver totalmente determinado, quanto à espécie, qualidade e quantidade. Entregar dez sacas de café tipo exportação ou realizar a pintura de uma casa, por exemplo.

Nas obrigações ilíquidas, o objeto não se encontra totalmente determinado no momento em que surge a obrigação. Tal seria o caso de entregar o produto de um dia de pescaria.

Obrigações genéricas e específicas - Referem-se também às de dar, fazer ou não fazer.

Distinguem-se as genéricas das específicas pelo objeto da prestação, se é individuado (um carro x, da marca Y, ano tal etc.) ou não (uma tonelada de minério).

Nas genéricas, o objeto da prestação é determinado apenas em seu gênero e qualidade, como o caso do pintor que é contratado por alguém para realizar serviços de pintura, em geral, em certo estabelecimento. Não se especificou, previamente, o que será pintado, nem como. Nas específicas, determina-se não só o gênero, como a espécie: pintar a casa tal, com a tinta da cor tal, em tempo tal.

b) Quanto ao vínculo - Acabamos de ver a classificação das obrigações quanto ao objeto. Outro elemento estrutural, além dos sujeitos e do objeto, é o vínculo jurídico que liga o credor ao devedor. Esse vínculo se compõe de direitos e deveres. vejamos, pois, como se classificam as obrigações quanto ao vínculo.

O vínculo obrigacional pode ser analisado quanto a sua força e quanto a sua natureza.

Assim, temos:

Quanto à força do vínculo: obrigações civis e naturais - Civis são obrigações protegidas pelo Direito Positivo. Denominam-se civis graças à concepção romana de Direito. Como vimos, para os romanos, Direito Civil (Ius Civile) era o Direito de Roma. Assim, obrigações civis eram aquelas protegidas por esse Direito, contrapondo-se às obrigações naturais, que não recebiam proteção do Direito Romano (Ius Civile), mas apenas do Direito Natural, daí seu nome.

Usamos, ainda hoje, essa denominação, definindo obrigações civis como aquelas cujo vínculo é perfeito, ou seja, dotado de débito e responsabilidade.

São protegidas pelo Direito Positivo e, se não cumpridas, podem ser exigidas em juízo.

Quanto às obrigações naturais, vê-se que estudá-las é estudar a intensidade do vínculo obrigacional. Este deve ser perfeito, ou seja, deve conter debitum e obligatio. Na obrigação natural, não existe a obligatio (responsabilidade), portanto, o direito do credor fica desprovido da proteção da ação em juízo. As obrigações naturais são relações jurídicas, porém, não obrigacionais, concedendo o Direito Positivo ao credor apenas a impossibilidade da repetição do indébito, isto é, se o devedor pagar, não poderá repetir (pedir de volta) o que pagou, com base em que a obrigação era natural, portanto, inexigível.

A idéia de obrigação natural nasceu em Roma, quando os escravos e filhos

família não podiam se obrigar sem autorização do pater-familias. Assim, se o fizessem, a obrigação seria natural, não disporia da actio para protegê-la. O

termo natural significa que a obrigação existe, mas não é protegida pelo Direito Civil (Ius Civile), sendo-o apenas pela Moral e pelo Direito Natural.

Na verdade, ao falarmos em obrigações naturais, estamos, involuntariamente, aceitando a existência do Direito Natural. Aquele conjunto de normas jurídicas decorrentes da própria natureza humana. Assim como é da natureza humana pensar, sentir, casar, procriar, comer, dormir, falar, seria também próprio da natureza humana contrair obrigações junto a outras pessoas e pagá-las.

Há, porém, quem negue a existência do Direito Natural, como os positivistas e normativistas. É lógico que procuram outra denominação e explicação para o fenômeno das obrigações não protegidas pelo Direito Positivo.

Analisemos, pois, algumas teses jusnaturalistas, e a solução encontrada por seus oponentes.

Para a teoria clássica de Aubry et Rau(41) classificam-se as obrigações naturais em duas categorias, as que são rejeitadas pelo Direito, por entender o legislador não merecerem acolhida, como as dívidas de jogo, e as que são rejeitadas pelo Direito em função de utilidade social, como as obrigações prescritas.

De acordo com a teoria de Savatier,(42) toda obrigação é moral. As naturais seriam obrigações morais degeneradas, de vez que invalidadas pelo Direito.

A seguir a teoria de Ripert,(43) teríamos que as obrigações naturais são, como toda obrigação, morais. Acontece que há obrigações morais que se convertem em civis por força da Lei ou do juiz. Já há outras, que só se convertem se o devedor o quiser. Seriam estas as obrigações naturais.

Para a teoria dos dualistas, obrigação natural é relação de débito sem responsabilidade.

Segundo a tese de Bonnecase,(44) não há obrigações naturais, por não haver Direito Natural. Nada mais seriam as tais "obrigações naturais" que obrigações civis imperfeitas, degeneradas, por força do próprio ordenamento jurídico positivo.

A posição do Direito Brasileiro vem explicitada nos arts. 970 e 971 do Código Civil.

"Art. 970. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural."

(41 AUBRY et RAU. Cours. Op. cit., p. 7 et seq.)

(42 SAVATIER, René. Cours de droit civil. 2ªed., Patis: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1949, p. 211 et seq.)

(43 RIPERT, Georges. Lá régle morale dans lei obligations civiles. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935, p. 387 et seq.) (44 BONNECASE. Op. cit., p. 189 et seq.)

O art. 971 também nega a repetitio indebiti àquele que deu coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Se empresto dinheiro para alguém obter drogas, se pago serviços de prostituição ou se suborno um agente público, não poderei reclamar o dinheiro de volta, visto que a ninguém é dado aproveitar-se de sua própria torpeza - nemo turpitudinem suam allegare oportet.(45) Quanto às dívidas de jogo, vale a mesma regra, salvo se a parte que ganhou houver procedido com dolo, ou se o perdedor for menor ou interdito.

No que diz respeito a seus efeitos, as obrigações naturais produzirão, como regra, os seguintes:

a) se o devedor pagar, o pagamento será válido; b) podem, por meio de novação, converter-se em obrigação civil, ou seja, podem ser substituídas, desde que o devedor concorde, por obrigação civil.

Há casos, porém, em que as obrigações naturais não podem ser novadas, como as dívidas de jogo. Tal ocorre por expressa determinação legal. Assim, se assinar promissória em virtude de dívida de jogo, poderei recusar-lhe pagamento, provando que sua origem foi jogo.

Autores há que dizem não ser admitida a novação por ter a obrigação natural causa ilícita. Não concordamos, todavia. Obrigação natural com causa ilícita, não é obrigação natural. O Direito Natural não reconhece e não protege o ilícito, com muito mais razão que o Direito Positivo. Aliás, há fatos admitidos pelo Direito Positivo, considerados ilícitos pelo Direito Natural.

Ainda que o Direito Positivo decretasse a ilicitude do jogo, o que não faz, para o Direito Natural jogar nada tem de ilícito.

Quanto à natureza do vinculo: reais, creditícias e propter rem - vínculo real é elo que liga o titular de coisa aos não-titulares. Assim, se sou dono de uma casa, haverá elo, vínculo entre mim, titular, e todas as demais pessoas da sociedade, ou seja, os não-titulares. Para mim, haverá direito sobre a casa, direito de propriedade.

Para todos os demais, em conjunto, o que vale dizer, para cada um dos demais, em particular, haverá dever; dever de não molestar meu direito de propriedade. A esse dever de se abster, frente ao direito que uma pessoa tem sobre uma coisa, chamam obrigação real.

Às obrigações reais contrapõem-se as creditícias, também denominadas obrigações propriamente ditas ou obrigações pessoais.

O vínculo obrigacional, como vimos, caracteriza-se por elo, ligando credor a devedor específico. Ao direito do credor de exigir seu crédito daquele devedor determinado, corresponde obrigação do devedor de realizar prestação que pode ser dar, fazer ou não fazer algo. A essa obrigação de dar, fazer ou não fazer algo em proveito do credor, chamam obrigação propriamente dita ou creditícia. Alguns a

a45 Nêmo turpitúdinem suam àllegdre opórtet/, ou seja, a ninguém é dado alegar sua própria torpeza (vileza, dolo, má-fé), em seu próprio beneficio.) chamam de pessoal mas, como já elucidado, obrigação pessoal tem outro sentido mais específico.

Visualizemos em dois quadros distintos as obrigações creditícias e as reais.

OBRIGAÇÕES CREDITÍCIAS

SUJEITO ATIVO SUJEITO PASSIVO

PESSOA CERTA PESSOA CERTA

CREDOR DEVEDOR

DIREITO A PRESTAÇÃO OBRIGAÇÃO DE REALIZAR PRESTAÇÃO

DIREITO CREDITÍCIO OBRIGAÇÃOCREDITÍCIA

OBRIGAÇÕES REAIS

SUJEITO ATIVO SUJEITOS PASSIVOS

PESSOA CERTA PESSOAS INCERTAS

TITULAR DE DIREITO SOBRE COISA

NÃO-TITULARES DE DIREITO

SOBRE COISA

DIREITO DE NÃO SER MOLESTADO DEVER DE NÃO MOLESTAR O

DIREITO DO TITULAR DIREITO REAL

OBRIGAÇÃO REAL

Além das obrigações reais e creditícias, vislumbra a doutrina obrigações propter rem.

Proper rem quer dizer "por causa de uma coisa".

São obrigações que surgem em função de direito real. Por exemplo, se sou dono de imóvel, terei a obrigação de pagar IPTU, que surge pelo simples fato de ser dono de imóvel. Ao direito real de propriedade corresponde a obrigação de pagar IPTU, obrigação proper rem. A obrigação de pagar taxa de condomínio, IPVA etc.

também entram neste rol. Observemos o quadro:

Como se pode ver, e esperamos tenha ficado claro, "quando a um direito real acede uma faculdade de reclamar prestação de uma pessoa determinada, surge para esta a chamada obrigação propter rem".(46) São, ademais, características das obrigações propter rem(47)

a) são acessórias de direito real, do qual decorrem. Por exemplo, do direito real de propriedade;

(46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. li, p. 33.) (47 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. II, p. 50/51.) b) apesar de acessórias, não são direitos reais. São obrigações deles resultantes; c) são típicas, enumeradas em lei, exatamente por estarem ligadas aos direitos reais. Em outras palavras, não podem ser criadas por convenção.

O objeto de nosso estudo, porém, serão as obrigações propriamente ditas ou creditícias. As reais e propter Tem, estudaremos em capítulo posterior, dedicado ao Direito das Coisas.

c) Quanto aos elementos: puras e simples, condicionais, a termo e modais - A estrutura obrigacional compõe-se de certos elementos essenciais, naturais e acidentais. O assunto já foi exaustivamente estudado acima, ao tratarmos dos elementos acidentais dos atos jurídicos. Não reputamos, pois, necessário retornar à análise minuciosa da questão.

Posto isso, temos que será pura e simples a obrigação, quando não se subordinar a condição, termo ou encargo. Ou seja, estarão presentes, pura e simplesmente, seus elementos essenciais e naturais.

Ao contrário, será condicional, quando seus efeitos dependerem do implemento de condição suspensiva. Há casos em que seus efeitos se produzem até o implemento de condição resolutiva.

Se subordinar-se a termo inicial e ou final, teremos obrigação a termo certo ou incerto.

Sendo a hipótese de encargo, a obrigação será modal.

Esta a doutrina tradicional.(48) Curiosamente, não é essa a orientação de Planiol, que considera, ao lado das puras e simples, as modais, julgando tais, as condicionais e as a termo.(49) Digo curiosamente, uma vez que, para o Direito Romano, o termo modas tinha o claro sentido de encargo.(50) Já Franzen de Lima inclui no rol das obrigações com elementos acidentais, as alternativas, por subordinarem o pagamento à escolha de uma das partes; e as com cláusula penal, visto que impõem pena ao inadimplemento total ou parcial da obrigação, ou ao simples atraso, desde que culpável.(51) (48 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 81 et seq.

SERPA LOPES, M.M. Curso.Op. cit., v. II, p. 86 et seq.)

(49 PLANIOL, Marcel. Tràité élémentàire. Op. cit., v. li,. p. 124 et seq. "Les effets décrits dans Ies chapitres précédents sont ceux des obligations punes et simples, c'est-á.dire qu'ils se produisent dans I'état normal, quand I'obligation n'est suspendue par aucune modàlité (terme ou condition)". Tradução livre: "Os efeitos descritos nos capítulos precedentes são os das obrigações puras e simples, o que quer dizer que se produzem em estado normal, quando a obrigação não está suspensa por nenhuma modalidade (termo ou condição)".) (50 MONCADA, Luis Cabral de. Elementos de história do direito romano. Coimbra: Coimbra, 1923, v. li, p. 276/277.)

(51 LIMA, João Franzen de. Curso de direito civil brasileiro. IUo de Janeiro: Forense, 1958, v. II, t. II, p. 19/20.)

d) Quanto aos sujeitos: impessoais e intuitu personae - Impessoal é a obrigação em que o importante é o objeto e não os sujeitos. Na compra e venda, por exemplo, pouco importa quem sejam comprador e vendedor, o que realmente interessa é o preço e a coisa.

Já nas obrigações intuitu personae, os sujeitos desempenham papel principal.

Se encomendo obra a autor famoso, interessa-me a obra, sem dúvida, mas também que seja feita por aquele autor, não servindo nenhum outro.

Conclui-se, como é obvio, que as impessoais, sempre que possível, transmitem-se aos herdeiros do devedor morto, o que não ocorre com as intuitu personae.

Desse modo, se compro um imóvel e o vendedor morre, antes de concluído o contrato definitivo, seus herdeiros serão obrigados a concluí-lo. Tal não ocorrerá, se um palestrista morrer antes de proferir a palestra que lhe fora encomendada. Seus herdeiros, mesmo se quisessem, não poderiam substituí-lo. O

máximo que pode acontecer é que, caso o palestrista tenha recebido honorários adiantados, seus herdeiros terão que restituí-los, tirando-os da herança que receberem e não do próprio bolso.

8.3 Quanto ao objetivo visado: de resultado e de meios

Segundo Démogue(52) a obrigação é de resultado, quando o fim por ela colimado é algo perfeito, acabado. Por exemplo, obrigação contraída em compra e venda. O

objetivo, qual seja, a transferência da propriedade de um bem ao comprador, é resultado.

Já nas obrigações de meios, o resultado não é seu objeto e sim o processo para se o alcançar. Assim é a obrigação do médico de fornecer os meios para curar o doente. Não é de resultado, por ser este imprevisível. Mesmo porque o médico não pode ter como obrigação curar o doente, mas sim fazer o possível para tanto.

Assim, essa seria obrigação de meios.

Posteriormente a Démogue, surgiram adeptos de sua teoria, que inclusive a aperfeiçoaram, criando outra classe: as de segurança, destinadas a garantir a integridade fisica de uma das partes, naqueles contratos, em que ela possa se encontrar ameaçada.

Há, entretanto, críticos ferrenhos de Démogue, como Paul Esmein e Marton,(53) que dizem que toda obrigação será obrigatoriamente de resultado. Não existe obrigação que não vise a resultado específico.

(52 DÉMOGUE. Tràité. O p. cit., v. V, p. 214.)

(53 ESMEIN, Paul. Le fondement de lá responsàbilité contràctuelle. Paris: Rév.

Ttim., 1933, p. 627-692.

MARTON, G. Obligàtions de résultàt et obligàtions de mojens. Paris: Rév. Trim., 1935, p. 499-543.)

8.4 Obrigações reciprocamente consideradas: principais e acessórias As principais têm existência autônoma. Não dependem de qualquer outra para existir. A obrigação oriunda de contrato de compra e venda, por exemplo, independe de qualquer outra para se formar.

Já as acessórias existem em função de uma principal. Por exemplo a obrigação assumida por procurador é acessória do negócio que realizará para a pessoa que lhe outorgou a procuração. Uma procuração não existe por si mesma.

As obrigações acessórias podem ser contraídas para assegurar a realização de outro negócio, como é o caso da procuração. Ou então, podem ser contraídas para garantir obrigação de terceiro, como no caso da fiança.

A principal conseqüência traduz-se no brocardo accessorium sequitur principale,1.e., o acessório segue o principal. Daí conclui-se que: a) extinta a principal, extingue-se a acessória; b) defeituosa a principal, defeituosa a acessória etc.

8.5 Quanto ao pagamento

Analisada a forma como se pagam, ou seja, como se cumprem ou se executam, as obrigações podem ser classificadas em várias categorias. Estudado o pagamento do ponto de vista subjetivo, temos obrigações fracionárias, conjuntas, solidárias, subsidiárias, disjuntivas e conexas.

Estudado o pagamento do ponto de vista objetivo, temos obrigações alternativas, facultativas, cumulativas, divisíveis, indivisíveis, fungíveis e infungíveis.

a) Quanto aos sujeitos que pagam - Aqui, podemos ter lado ativo e lado passivo, dependendo do ângulo enfocado. vejamos, então, como se classificam: Obrigações fracionárias ou parciais - Do lado passivo, há vários devedores, respondendo cada qual por parte da dívida. O credor só poderá exigir de cada devedor o montante pelo qual é responsável.

É o que ocorre nos grupos de consórcio. A administradora só pode exigir de cada um dos consorciados sua parcela.

Do lado ativo, há vários credores, cada um tendo direito a parte da dívida.

Cada credor só poderá exigir sua parte. O exemplo dos consórcios serve, bastando inverter-se a polaridade. Tomando a administradora como devedor, os vários consorciados só poderão exigir, cada um, a entrega do que lhe for devido, ou seja, de sua parcela.

Obrigações conjuntas ou unitárias, também denominadas obrigações de mão comum -

Do lado passivo, há vários devedores, respondendo todos, ao mesmo tempo, por toda a dívida. O credor só poderá acionar a todos, ao mesmo tempo.

Tal acontecerá se o devedor for condomínio. O credor terá que acionar todos os condôminos ao mesmo tempo, sendo estes representados pelo síndico. Na prática, usa-se dizer que a ação é contra o condomínio, querendo-se dizer que

todos os condôminos indistintamente estão sendo acionados.

Do lado ativo, há vários credores, todos tendo o direito a receber toda a dívida ao mesmo tempo, em conjunto. Só poderão exigi-la em conjunto. O devedor só se libera, pagando a todos ao mesmo tempo. Na prática são pouco freqüentes, resultando sempre de convenção entre as partes.

Obrigações solidárias - Do lado passivo, fala-se em solidariedade passiva. Há vários devedores, respondendo cada um deles individualmente por toda a dívida.

O credor pode exigir de apenas um, de alguns ou de todos que paguem toda a dívida. Cada um responde pela dívida toda. Pagando um ou alguns dos devedores solidários, terão direito de regresso contra os demais, cobrando-lhes a parte que lhes cabia. vemos, assim, que a obrigação dos devedores, entre si, é fracionária. É o caso do cheque, pelo qual se obrigam solidariamente emitente e avalista.

Morrendo um dos devedores, seus herdeiros sucedem-lhe na dívida, dentro das forças da herança. Serão considerados, porém, como um só devedor, sendo sua obrigação conjunta. João e Manoel devem, solidariamente, a Pedro, $100,00. Se João morrer, deixando dois filhos, estes ocuparão o lugar de João, respondendo em conjunto. Em relação a Manoel, os dois, em conjunto, respondem solidariamente. Lembremo-nos, todavia, que os filhos de João só responderão com a herança que, eventualmente, tenham recebido do pai. Não terão que tirar do próprio bolso. Diz-se que respondem intra vires bereditatis, ou seja, dentro das forças, dos limites da herança.

Do lado ativo, fala-se em solidariedade ativa. Há vários credores, cada um deles tendo o direito de exigir toda a dívida. O que receber dividirá com os outros.

O devedor se desobriga pagando a qualquer um deles. Assim ocorre nas obrigações devidas aos condomínios. Pagando a qualquer um dos condôminos, o devedor se libera do vínculo.

As obrigações solidárias jamais se presumem, ocorrendo sempre em virtude de lei ou contrato.

Havendo impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o dever de ressarcir o credor pelo equivalente mas, por perdas e danos, responde só o culpado. Assim, por exemplo, se João e Manoel

deviam um quadro a Pedro e, por culpa de João, o quadro vem a perecer, ambos os devedores respondem solidariamente pelo preço da obra mas, pelos prejuízos devidos além do preço, somente João responderá.

Obrigações subsidiárias - Do lado passivo, há vários devedores sucessivos, um respondendo, caso o outro não o faça. O credor primeiro tem que acionar um deles, para depois acionar o outro. É o caso da fiança, em que o fiador, em princípio, só responde depois de acionado o devedor principal.

Do lado ativo, há vários credores sucessivos, um recebendo depois do outro.

Por exemplo contrato de seguro de vida em que sejam nomeados beneficiários sucessivos, um recebendo na falta do outro.

Obrigações disjuntivas - Só nos interessa o lado passivo. Há vários devedores que se obrigam, cada um deles, por toda a obrigação. O credor pode escolher qual deles fará o pagamento. Uma vez escolhido, os outros se desoneram, retirando-se por completo da relação. É o caso típico dos contratos administrativos precedidos de licitação, em que cada licitante se obriga por toda a obrigação nos termos da proposta que fez. Sendo escolhido um deles, os demais se desobrigam.

Obrigações conexas - Ainda aqui, só nos interessará o lado passivo, em que há vários devedores, tendo cada um deles obrigação de satisfazer ao credor prestação distinta, porém, conectada à dos demais e delas dependente pela mesma origem ou pelo mesmo objetivo.

O credor só poderá acionar um deles se acionar os demais.

Se contrato pintor e pedreiro para reformar minha casa, só poderei exigir a prestação do pintor depois de exigir a do pedreiro. Uma está vinculada à outra, apesar de serem individadas.

b) Quanto ao objeto do pagamento

Obrigações alternativas - Há dois ou mais objetos, que o credor ou o devedor irão escolher, conforme o que combinarem. Caso não combinem, a opção caberá ao devedor. Essas obrigações se caracterizam pela presença da conjunção "ou".

Tomemos, por exemplo, contrato em que o devedor pudesse escolher entre

entregar carro ou seu equivalente em dinheiro.

A seu respeito há três regrinhas importantes:

1º o credor não pode ser obrigado a receber parte em um objeto e parte em outro; 2º se uma das duas prestações se tornar inexeqüível, subsiste a obrigação em relação à outra, caso a escolha coubesse ao devedor. "A" devia a "B" um cavalo ou um boi. A escolha cabia ao devedor "A". Se o cavalo morrer, subsiste a obrigação quanto ao boi.

Se a escolha coubesse ao credor, este poderia optar pela prestação subsistente ou pelo valor da outra, mais perdas e danos em qualquer caso, se houvesse culpa do devedor. No exemplo acima, cabendo a escolha ao credor "B" e vindo o cavalo a perecer por culpa de "A", "B" poderá optar pelo valor do cavalo acrescido de perdas e danos, ou pelo boi mais perdas e danos. As perdas e danos são devidas à culpa de "A". Inexistindo culpa, não há falar em perdas e danos. "B" deverá optar pelo boi, sem perdas e danos, uma vez que não houve culpa; 3º se todas as prestações se tornarem inexeqüíveis, por culpa do devedor, este será obrigado a pagar o valor da última que se impossibilitou, mais perdas e danos, caso coubesse a ele a escolha. No caso do cavalo e do boi, vindo os animais a perecer, primeiro o cavalo, depois o boi, por culpa de "A", se a ele cabia a escolha, deverá pagar a "B" o valor do boi mais perdas e danos.

Se a escolha cabia ao credor, este pode escolher de qual delas será indenizado, mais perdas e danos. Em outras palavras, sendo a escolha de "B", poderá ele escolher pelo valor de qual dos dois animais será indenizado, mais perdas e danos.

Não havendo culpa do devedor, extingue-se a obrigação, com restituição do preço, mais correção monetária, se for o caso.

Logicamente que, tanto a segunda, quanto a terceira regra referem-se à inexeqüibilidade das prestações anterior à escolha. Uma vez que a escolha seja feita, a obrigação deixa de ser alternativa e, vindo seu objeto a se tornar inexeqüível, não se aplicariam tais regras.

Obrigações facultativas - Há obrigação facultativa, quando o devedor tiver o direito de pagar coisa diversa da efetivamente representativa do objeto da prestação. Aqui existe no início uma única prestação determinada, que pode ser, todavia, substituída pelo devedor ou pelo credor. Diz-se que há um objeto in

obligatione e dois in facultate solutionis.(54) Exemplo histórico ocorreu no Brasil por volta de 1990, quando se proibiram consórcios de carros. As administradoras de consórcio, a fim de burlar a proibição, passaram a elaborar contratos cujo objeto consistia em motocicleta, tendo o consorciado a faculdade de fazê-la substituir por certo automóvel. O objeto da prestação contratual era apenas um, entregar motocicleta.

Facultativamente, porém, o credor, no caso o consorciado, poderia optar por carro no lugar da moto.

Obrigações cumulativas - São as que comportam diversas prestações somadas.

Caracterizam-se pela conjunção "e". Exemplo é contrato em que devedor entrega seu carro, seu telefone e soma em dinheiro por 100 bois.

Supondo que o carro venha a perecer, em virtude de fortuito, deverá entregar o telefone e o dinheiro, resolvendo-se a obrigação no respeitante ao carro. Se já houver recebido os bois, deverá restituir os equivalentes ao carro.

(54 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. III, p. 260. In obligàtione: no ceme da obrigação. In fàcultàte solutionis: na escolha que se pode fazer, quando do pagamento.)

Como vemos, credor nada perde. Aquilo que entregara pelo carro, ser-lhe-á restituído. Apenas o devedor perde. Perde o carro.

Logicamente, sendo o perecimento culpável, será feita a entrega do telefone e do dinheiro, acrescida de perdas e danos pelo carro. Essas perdas e danos podem se traduzir em juros, adicionados ao montante que o devedor porventura tenha que restituir ao credor pela perda do veículo.

Obrigações divisíveis - São aquelas cujo pagamento pode ser dividido em várias parcelas, sem que se descaracterize o objeto da prestação. Há dois casos que interessam a esse respeito.

1° Obrigação divisível com pluralidade de devedores: divide-se em tantas obrigações iguais e distintas, quantos os devedores. Os vários condôminos de um edifício têm a obrigação de pagar as despesas comuns, que serão divididas em tantas obrigações iguais e distintas, quantos sejam eles.

2° Obrigação divisível com pluralidade de credores: o devedor comum paga a cada um dos credores parcela da dívida global. Cada credor só poderá exigir sua parcela. Assim é o caso da sociedade em relação aos sócios, no respeitante à distribuição de dividendos, ou seja, lucros. Se a sociedade deu lucros para serem divididos entre os sócios, a cada um será entregue sua parcela proporcionalmente a sua participação. Cada um só poderá exigir da sociedade sua parcela individual.

Como vimos, tanto se houver pluralidade de devedores quanto de credores, a obrigação será fracionária.

Obrigações indivisíveis - São aquelas cujo pagamento só pode ser efetuado de uma única vez, sob pena de se descaracterizar o objeto da prestação. Um carro, por exemplo, só pode ser entregue de uma só vez.

Aqui, também, há dois casos a estudar.

1° Obrigação indivisível com pluralidade de devedores: cada um dos devedores será obrigado pela dívida toda. Se "A" e "B" devem um carro a "C", este poderá exigir o pagamento de qualquer um dos dois, ou de ambos ao mesmo tempo.

2° Obrigação indivisível com pluralidade de credores: cada um poderá exigir a dívida inteira. O devedor se desonera, pagando a um ou a todos, conjuntamente.

Se apenas um receber, deverá entregar aos demais o equivalente em dinheiro do que seria sua parcela. Se "A" deve um carro a "B" e "C" significa que qualquer um destes poderá exigir o carro de "A". "A", por sua vez, se desobriga, pagando a qualquer um deles. Se o pagamento for feito somente a "C", este deverá entregar a "B" o equivalente em dinheiro referente a sua parte.

A obrigação indivisível, como pudemos ver, será solidária, se houver pluralidade de sujeitos.

Se a obrigação indivisível se resolver em perdas e danos, deixará de ser indivisível, uma vez que perdas e danos se pagam em dinheiro. O dinheiro, como se sabe, pode ser entregue de várias vezes. Havendo culpa dos devedores, as perdas serão divididas entre eles. Se só um for o culpado, só ele responderá por elas.

vejamos um exemplo. "A" e "B" devem um carro a "C". O carro se perde por

culpa de ambos os devedores. vale dizer que ambos responderão junto a "C" pelos prejuízos. Mas se a culpa tiver sido apenas de "B", dele sozinho será a responsabilidade pelas perdas e danos.

Obrigações fungíveis - São fungíveis as obrigações, quando o objeto, mesmo que infungível, não for de importância essencial para o credor. Suponhamos que uma pessoa negocie com construtora a troca de apartamento por quadro de pintor famoso. A construtora, para não perder o negócio, acaba por aceitar. Ora, o quadro é infungível, mas se vier a perecer, mesmo que por culpa do devedor, a construtora não poderá exigir perdas e danos, pois seu interesse não era o quadro em si, mas seu valor, que poderá ser substituído por dinheiro, transformando-se a troca em compra e venda. O objeto, no caso, é infungível, mas a obrigação é fungível.

Obrigações infungíveis - Nas obrigações infungíveis, o objeto, ainda que fungível, é o principal interesse do credor. Se compro de agricultor dez sacas de café, quero receber dez sacas de café e não de milho. Portanto, se o café vier a perecer, deverá ser substituído por café. Na impossibilidade da substituição, e havendo culpa do devedor pelo perecimento do objeto, caberá indenização por perdas e danos. Afinal, apesar de fungível o objeto, a obrigação era infungível.

9 EFEITO DESEJÁVEL DAS OBRIGAÇÕES: PAGAMENTO

Estudamos até o momento as obrigações em sua estrutura e diferentes classes. No presente ponto, passaremos ao estudo dos efeitos das obrigações.

As obrigações produzem efeitos diretos e indiretos.

Os diretos são o adimplemento, o inadimplemento e o atraso no adimplemento.

Os indiretos são os direitos conferidos pela Lei ao credor para obter ou o adimplemento preciso da obrigação ou o ressarcimento por perdas e danos ou os dois ao mesmo tempo.

vejamos os efeitos diretos das obrigações. O primeiro deles é o adimplemento. É

efeito desejável. Os outros dois, o inadimplemento e o atraso no adimplemento podem-se dizer indesejáveis.

9.1 Definição

Pagamento ou adimplemento é ato do devedor satisfazendo o direito do credor, pondo fim à obrigação. É o exato cumprimento de uma obrigação. Com isto, se quer dizer que o objeto da obrigação não pode ser substituído por outro, ainda que mais valioso, sem o consentimento do credor. Tecnicamente, o cumprimento exato da obrigação, ou adimplemento, recebe o nome de pagamento. Pagar significa, portanto, satisfazer o direito do credor, seja dando algum coisa, fazendo ou não fazendo algo. Desvinculemos da idéia de pagamento a de dar dinheiro. Dar dinheiro é apenas uma forma de pagamento.

9.2 Natureza jurídica

Quando se questiona a natureza jurídica jurídica de determinado instituto, o que se tem em mente é a inserção do instituto analisado em alguma das várias categorias do Direito. O objetivo é o de buscar sua regulamentação. Assim, se digo que a natureza jurídica da doação é a de contrato, estarei inserindo-a na categoria dos contratos, aplicando-lhe as regras do Direito Contratual.

Existem pelo menos sete importantes correntes que procuram definir a natureza do pagamento.

Segundo uma primeira, é considerado a consecução do objetivo da obrigação. A falha é considerar o pagamento apenas do ponto de vista econômico, função igualmente comum a todos os outros modos extintivos de uma obrigação. Indica, pois, sua função econômica e não sua natureza jurídica.

De acordo com segunda opinião, pagamento é a realização do conteúdo da obrigação. O defeito é o mesmo da primeira. Distingue o pagamento dos outros modos extintivos, mas não lhe determina a natureza jurídica.

A natureza do pagamento será, indubitavelmente, encontrada no mundo dos atos jurídicos. Resta apenas saber se seria negócio jurídico, ato devido ou ato jurídico em sentido estrito.

No parecer de Carnelutti,(55) é ato devido, uma vez que o devedor paga, não porque motivado a fazê-lo, como se encontrava ao celebrar o contrato. O devedor paga, somente porque deve pagar. Não busca com isso nenhum objetivo especial.

O objetivo que buscava já foi alcançado com o implemento da obrigação. Negócio jurídico seria a compra e venda, em que o comprador tem por finalidade

adquirir bem. Quando realiza pagamento, seu objetivo já foi cumprido. Paga tão-somente por ser dever seu. Pagamento é, portanto, ato devido.

(55 CAIUIELUTTI, Francesco. Estudios de derecbo procesàl. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, v. I, p. 507 et seq.) Para outros, pagamento é negócio jurídico. Ora, negócio jurídico é ato voluntário e lícito que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. O pagamento tem por fim específico a extinção de relação jurídica, ainda que parcialmente, como na hipótese de pagamento em parcelas sucessivas, como aluguéis. Os atos devidos não têm finalidade alguma, não são movidos por vontade criadora, modificadora ou extintiva. São realizados por mera observância da norma, ou por mera conveniência. Não é o caso do pagamento. Este é negócio jurídico.

Outros entendem ser o pagamento ato jurídico em sentido estrito, uma vez que a vontade que o motiva não é tão intensa quanto nos negócios jurídicos.

Para outra corrente ainda, o pagamento seria simples fato jurídico.

Acontecimento que repercute na esfera do Direito, pondo fim a relação obrigacional.

Por fim, há quem considere o pagamento, ora fato, ora negócio jurídico, dependendo das circunstâncias em que seja feito. Tal é a opinião de Oertmann, (56) Lehman(57) e Eneccerus.(58)

Se o pagamento, simplesmente, puser fim à obrigação, terá a natureza de fato.

Mas se, pelo pagamento, houver transferência de domínio, do devedor ao credor, será negócio jurídico. Assim, na compra e venda, o pagamento realizado pelo comprador tem a natureza de simples fato, pois a tradição do preço põe fim à obrigação, nada se tendo mais em vista. Por outro lado, o pagamento realizado pelo vendedor tem a natureza de negócio jurídico, uma vez que o vendedor tem em vista, ao entregar a coisa, transferir seu direito de propriedade ao comprador. (59)

9.3 Condições de validade do pagamento

Para que o pagamento seja válido, é necessária a capacidade de fato que possuem os maiores de 21 anos e os emancipados. Os absolutamente incapazes

serão representados. Os relativamente incapazes serão assistidos.

Além da capacidade de fato, exige-se a capacidade negocial. Capacidade negocial é a satisfação de alguns requisitos extras, exigidos pela Lei em alguns casos específicos. Tratando-se de pagamento, o falido, por exemplo, não tem capacidade negocial para pagar. Conterão defeito grave os pagamentos que realizar fora do processo de falência. Se o defeito é grave, vale dizer que o ato pode ser anulado a qualquer instante, a pedido de qualquer interessado ou pelo juiz, de oficio.

Além de agente capaz, é condição do pagamento que o objeto seja possível, tanto materialmente, quanto juridicamente. Ademais, deve restringir-se ao pactuado.

Como vimos, não se pode obrigar o credor a receber coisa diferente da devida, nem o devedor a entregar coisa diversa da devida.

(56 Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições, v. II, p. 115.

(57 Idem, ibidem.)

(58 ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Derecbo civil. Buenos Aires: Bosch, 1948, t. 2, v.

I, p. 299.

(59 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., p. 114/115.

Por fim, o pagamento deve ser efetuado por forma adequada, conforme o combinado.

Não se pode, por exemplo, obrigar o credor a recebê-lo em cheque, se tal não foi previamente combinado.

9.4 Regras básicas

Estudar o pagamento é responder a várias questões importantes. São elas:

- Quem pode pagar?

- A quem pagar?

- Que pagar?

- Como provar o pagamento?

- Onde pagar?

- Quando pagar?

Respondidas estas perguntas, passaremos a estudar as formas especiais de pagamento.

a) Quem pode pagar? - O devedor, por si, por seu representante (legal, contratual ou preposto) ou por seus sucessores (inter vivos ou causa mentis).

Um terceiro interessado (fiador, por exemplo).

Um terceiro não interessado.

Pagamento efetuado pelo próximo devedor - O devedor é o principal interessado em executar a obrigação, podendo fazê-lo pessoalmente, ou por intermédio de representante. Pode representá-lo, se for incapaz, seu representante legal; sendo capaz, poderá ser representado por procurador ou por preposto, ambos agindo em seu nome. Se falecer, a dívida se transmite a seus herdeiros intra vires bereditatis,(60) ou seja, os herdeiros somente respondem pela obrigação com os bens da herança. Se esta não for suficiente, tanto pior para o credor. A sucessão hereditária é causa mentis. Há também outra espécie de sucessão, a inter vivos, quando um terceiro substitui o devedor, ocupando seu lugar.

Aqui cabe excepcionar as obrigações intuitu personae, que só se podem realizar pelo próprio devedor, que se as não adimplir pessoalmente, restarão as perdas e danos. O termo intuitu personae quer dizer em função da confiança entre as partes.

Obrigação intuitu personae seria, pois, aquela que só admite o pagamento pelo devedor. É o caso da encomenda de obra feita por editora a autor famoso. Só serve o pagamento, ou seja, a entrega da obra, pelo dito autor.

(60 Literalmente," dentro das forças da herança".) Da mesma forma que o

devedor tem a obrigação de pagar, o credor tem a obrigação de receber, seja do devedor, seja de terceiro. Caso contrário teremos a mora creditons, ou mora de receber. Aqui só cabe a distinção se o terceiro é interessado ou não, se faz o pagamento em seu próprio nome ou em nome do devedor.

Pagamento efetuado por terceiro interessado - Terceiro interessado é todo aquele que pode vir a ser obrigado a pagar, ou todo aquele que pode vir a se prejudicar, caso o devedor não pague. É o caso do fiador, do avalista etc.

Este pagamento não extingue a dívida, senão em face do credor. O devedor continua devendo, só que ao terceiro, por força da sub-rogação.

A sub-rogação tem o poder de transferir ao terceiro interessado que paga todos os privilégios do credor. Imaginemos, a título de ilustração, que o devedor esteja falido. Dentre seus devedores, encontra-se sua empregada doméstica, que terá preferência sobre todos os demais credores, quando do pagamento. Se terceiro interessado pagar à empregada, assumirá seu lugar na ordem de preferência. Será o primeiro a receber, por força da sub-rogação.

Por fim, nem o credor, nem o devedor podem se opor a pagamento de terceiro interessado, que, em última instância, dispõe do depósito judicial para realizá-

lo.

Pagamento efetuado por terceiro não interessado, em nome e por conta do devedor.

Este não é, de modo algum, parte na obrigação. Realiza o pagamento por mera liberalidade. Não se sub-roga nos direitos do credor, ficando a dívida totalmente extinta. Como não há sub-rogação, conclui-se que nem o credor, nem o devedor podem se opor ao pagamento, a não ser que o façam em conjunto.

Pagamento efetuado por terceiro não interessado, em seu próprio nome - Aqui, não há qualquer liberalidade. O terceiro está pagando em seu próprio nome. A Lei lhe nega a sub-rogação, mas lhe dá o direito de reembolso. Em outras palavras, o terceiro não substitui o credor em todos os seus direitos, ações, privilégios e garantias. Assim, se o credor originário tinha preferência na ordem de receber, como no caso da empregada, esta situação não se transfere ao terceiro não interessado, que será um dos últimos a receber. Terá tão-somente direito a ser reembolsado daquilo que dispendeu para efetuar o pagamento.

O devedor poderá opor-se ao pagamento, se alegar motivo justo.

b) A quem pagar? - O princípio geral é de que se deve pagar ao credor, a seus sucessores ou a quem os represente. Fora daí, quem paga mal, paga duas vezes, ou seja, quem pagar à pessoa errada, deverá pagar de novo à pessoa certa.

Pagamento ao credor - O credor é a pessoa a quem naturalmente se paga. Não é necessário que essa qualidade seja contemporânea ao nascimento do crédito.

Assim é que os herdeiros e cessionários também podem ser credores.

O pagamento também pode ser efetuado ao representante legal ou contratual do credor, desde que tenham poderes para receber e dar quitação.

O pródigo não é capaz para dar quitação, porque esta importa ato de liberalidade, excedente à mera administração.

Feito a pessoa absolutamente incapaz, o pagamento conterá defeito grave, podendo ser anulado. Se realizado a relativamente incapaz, o vício se considera leve mas, assim mesmo, o ato poderá ser anulado. Seria, entretanto, defeituoso o pagamento, mesmo que o incapaz ou o relativamente capaz não tenham tido qualquer prejuízo, antes pelo contrário, tenham com ele lucrado?

A resposta que nos parece mais adequada é a de Clóvis Beviláqua,(61) seguido por Serpa Lopes(62) neste caso, com base no princípio que proíbe o enriquecimento ilícito, o pagamento seria válido, provando o devedor que não houve prejuízo para o credor incapaz.

Outra questão que surge é quando o devedor age com erro escusável, não sabendo ser o credor incapaz. Neste caso, desde que prove o erro escusável, o pagamento será válido. O incapaz não poderá alegar que dolosamente ocultou sua incapacidade, pois nemo tulpitudinem suam allegare oportet, vale dizer, ninguém poderá alegar a própria torpeza.

A regra é que o devedor deverá pagar novamente, salvo se provar que a culpa foi do credor.

Casos de validade do pagamento feito a "não credor"

1° quando o credor der causa ao erro. O credor manda o devedor depositar o

pagamento em dinheiro na conta errada;

2° quando o credor ratificar o pagamento. A ratificação pode ser tácita ou expressa. O devedor paga à pessoa errada, e o credor confirma o pagamento, liberando o devedor. Se no recibo, o credor fizer a observação de que, mesmo tendo a dívida sido paga a outra pessoa, o devedor está liberado, a ratificação será expressa. Se, ao revés, o credor apenas der o recibo, liberando o devedor, sem entrar em detalhes, a ratificação será tácita;

3° quando o pagamento for proveitoso ao credor. Por exemplo, o devedor prova que, com o pagamento, realizou obrigação que o credor teria que realizar, ou prova que o terceiro a quem se pagou remeteu a importância ao credor. João paga a Manoel dívida que deveria pagar a Joaquim. Ficará liberado, se comprovar, por exemplo, que Joaquim remeteu o objeto do pagamento a João; 4° quando o pagamento for feito a credor putativo. Credor putativo é aquele que aos olhos do devedor parece ser o verdadeiro credor mas, na realidade, não é.

Aqui, aplica-se a teoria da aparência para proteger o devedor de boa-fé.

(61 BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil. Op. cit., v. 4, p. 93/94.) (62 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. II, p. 170.172.) Ao credor verdadeiro cabe apenas ação de regresso contra o terceiro que recebeu indevidamente.

Suponhamos que "A" pague a homônimo de seu credor, através de depósito em conta, por exemplo. "A" não agiu de má-fé, sendo levado pelas farsas aparências.

Consequentemente, considera-se válido o pagamento. Ao verdadeiro credor caberá regressar contra seu homônimo, exigindo que lhe dê o que recebeu por engano; 5°

quando o pagamento for realizado a representante putativo do credor.

Representante putativo é o que, aos olhos do devedor parece representar o credor mas, na verdade, não é. A teoria que fundamenta a validade do pagamento é também a da aparência, e os requisitos são os mesmos, ou seja, a putatividade e a boa-fé do devedor. Em outras palavras, o pagamento considera-se válido, possuindo o credor direito de regresso contra seu representante putativo.

Vejamos um exemplo. João, durante anos representou a empresa "x" em certa

cidade do interior. vendia seus produtos e recebia pagamentos. Após esse tempo, a empresa cancelou o contrato de representação com João, sem comunicar o fato publicamente. Ninguém na cidade tomou conhecimento de que João não era mais representante da empresa "X". Assim sendo, pode-se dizer que João tornou-se representante putativo da empresa, ou seja, parecia representá-la, aos olhos de todos mas, em verdade, não era seu representante. Com base nisso e na teoria da aparência, que protege o devedor de boa-fé, se for realizado algum pagamento a João, será válido, tendo a empresa apenas o direito de exigir que João lhe entregue o que recebeu. Contra o devedor nada poderá fazer.

Impedimento legal do credor em receber - O credor pode ser impedido por lei de receber, em três casos:

1° quando seu devedor tiver seus bens arrecadados em processo de falência ou insolvência civil.(63)

Suponhamos que o devedor tenha entrado em processo de falência iniciado por um ou todos os demais credores de uma só vez. Se assim for, não poderá pagar a nenhum de seus credores fora do processo falimentar. Os credores não poderão aceitar qualquer pagamento feito extra processualmente;

2° quando houver terceiro, opondo-se ao pagamento, por exemplo, por ser também credor do devedor. No processo de falência, por exemplo, o falido não poderá realizar nenhum pagamento sem a anuência dos demais credores, que poderão se opor, se não forem consultados;

3° quando o credor tiver seu crédito penhorado por um de seus próprios credores.

João é credor de Joaquim, que, por sua vez, é credor de Gustavo. Joaquim não paga a João que o executa, penhorando seu crédito junto a Gustavo.

(63 A falência é restrita aos comerciantes, enquanto a insolvência civil, regulada no Código de Processo Civil, ocorre para os não comerciantes.) Dessa forma, Joaquim fica proibido de receber de Gustavo. Quanto a este, uma vez que seja intimado da penhora, se insistir em pagar a Joaquim, poderá vir a ser forçado a pagar novamente a João, tendo, depois, direito de regresso contra Joaquim.

c) Que pagar? - Em primeiro lugar, o objeto há de ser lícito. Normalmente, quando o pagamento importar transmissão da propriedade de um bem para o

credor, o devedor deverá ser seu legítimo dono, com poderes de alienação. No entretanto, não sendo dono o devedor, e sendo a coisa fungível, o credor de boa-fé não estará obrigado a restituí-la, senão a parte que ainda mantiver intacta em seu poder. Assim, se Pedro entregar a João, em pagamento, duas sacas de milho que não lhe pertenciam, estando João de boa-fé, não poderá ser obrigado a restituir o milho, a não ser que as sacas estejam intactas.

O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, mesmo que mais valiosa. Por outro lado, o devedor não pode ser compelido a pagar outra que não a devida, ainda que mais barata. Há duas exceções que dizem respeito às obrigações facultativas e ao perecimento da coisa por culpa do devedor, quando será substituída por dinheiro, a título de perdas e danos.

O pagamento não pode ser realizado por partes, ainda que o objeto da obrigação seja divisível. Excetuam-se os casos em que a Lei expressamente permite, ou que as partes assim o pactuem.

As dívidas em dinheiro serão pagas em moeda corrente do país, salvo nos contratos internacionais. Além disso, o pagamento pode ser efetuado com algum título representativo de dinheiro, como cheque, por exemplo. O credor, é lógico, não é obrigado a aceitar.

O pagamento por medida ou peso pode variar com o lugar, como ocorre com o alqueire. Assim, salvo disposição contrária, estabelece a Lei a presunção de terem querido as partes adotar a medida do lugar da execução. Se compro dez alqueires de terra em São Paulo, ainda que o negócio tenha sido fechado em Minas, a presunção, salvo estipulação contrária no contrato, é de que a medida será em alqueires paulistas, por ser São Paulo o lugar em que será o contrato executado.

Quanto às dívidas decorrentes de ato ilícito, a regra é que prevalecerá o valor mais favorável ao lesado. Assim, se uma pessoa, por exemplo, destrói moeda estrangeira de outra, terá que indenizá-la ao câmbio mais favorável.

d) Como provar o pagamento? - Prova-se o pagamento pela quitação.

Quitação é ato do credor, liberando o devedor. Se o credor a ela se recusar, o devedor tem dois remédios: ou reter o pagamento ou consigná-lo em juízo, valendo a sentença como quitação.

Quitação é palavra mal aplicada na prática, sendo muito utilizada no lugar de pagamento integral. Assim, se digo que vou quitar uma dívida, estou querendo dizer que irei pagá-la integralmente; pagar a última parcela, por exemplo. Mas, tecnicamente, quem quita é o credor e não o devedor. O devedor paga, salda ou liquida a dívida e o credor quita ou dá quitação.

Qual seria a natureza jurídica da quitação? Seria ela negócio jurídico ou ato devido?

Para responder a esta questão, devemos pesquisar os fatores que impulsionaram o credor ao ato. Teria ele sido motivado por vontade de criar, modificar ou extinguir a relação jurídica obrigacional, como ocorre, ao celebrarmos contrato?

Evidentemente, não. Ora, a relação obrigacional se extingue, ainda que parcialmente, pelo pagamento. A quitação é mero direito do devedor. Ao satisfazê-lo, nada obtém o credor além da satisfação deste direito. E o satisfaz por ordem legal, pura e simplesmente. A quitação, diante disso, é sem sombra de dúvida ato devido.

São requisitos da quitação:

1° designação do valor e da espécie da dívida quitada, ou mera referência a ele.

Exemplo seria: "recebi de 'B a importância referente ao pagamento de um carro que lhe vendi";

2° o nome do devedor ou quem por este pagou;

3° o tempo e lugar do pagamento;

4° a assinatura do credor ou de quem por ele receber.

Quanto à forma da quitação, existe problema um tanto quanto sensível. A questão gira toda em torno dos arts. 1.093 e 940 do CCB. O art. 940 lista os requisitos da quitação exigindo, pois, que seja ela escrita. já o art. 1.093 diz que a quitação se prova por qualquer meio. Como seria, então, a solução?

Duas hipóteses se destacam. Na primeira, a quitação teria forma livre, podendo provar-se até por testemunhas. De acordo com a segunda, o art. 1.093 estaria apenas se referindo à forma pública ou privada, sendo o recibo essencial à

quitação. Entendo ser mais lógica a primeira. Mesmo porque, a se admitir a segunda, correríamos risco de favorecer o enriquecimento ilícito.

De qualquer maneira, é bom e recomendável, para evitar problemas, que a quitação sempre se dê por recibo, que é seu instrumento.

Além do recibo, a quitação pode dar-se pela restituição do título. Uma nota promissória, por exemplo, que esteja em poder do credor. Se, porventura, o título se perder, o devedor pode reter o pagamento, até que o credor lhe dê declaração, inutilizando o título, se isto for possível. Se não for possível, como no caso de cheque ou promissória ao portador, o devedor terá que pagar e regressar contra o credor. Se dou a Manoel um cheque ao portador, para garantir certo pagamento (como é muito comum nos hotéis e hospitais), e o credor perde o cheque, caindo este nas mãos de terceiro de boa-fé, terei que pagá-lo, regressando contra o credor.

Há hipóteses de presunção de quitação. Passemos, então, a analisá-las.

A quitação se presume em quatro casos, a saber:

1° no pagamento consistente em quotas periódicas, a quitação da última presume a quitação das anteriores;

2° se a quitação se referir ao capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos;

3° a entrega do título ao devedor firma presunção de pagamento. Se o devedor receber o título e não pagar, nascerá para o credor o direito de acioná-lo, exigindo o pagamento. Este direito prescreve em 60 dias da entrega do título; 4°

destruição do título pelo credor, ou quando este o torne ilegível.

Finalmente, cabe responder a quem incumbem as despesas com a quitação.

Presumem-se por conta do devedor. Se o credor mudar de domicílio ou morrer, deixando herdeiros em lugar diferente, as despesas ficarão por conta do credor ou de seus herdeiros.

e) Onde pagar? - Há dois tipos de obrigação, as chamadas "quérables" e as

'jortables". "Quérables" ou quesíveis, do verbo latino "quaerere" (procurar), são obrigações pagas no domicílio do devedor. O credor deve "procurar" o devedor para receber. Esta é a regra geral.

"Portables" ou portáveis são as obrigações pagas no domicílio do credor. Isto só ocorrerá por força do contrato, das circunstâncias ou da Lei.

Em determinados tipos de obrigação, não há como o pagamento ser efetuado no domicílio do devedor. A obrigação do empregado doméstico é exemplo bastante esclarecedor.

Estudemos, agora, algumas regras especiais sobre o lugar do pagamento.

Em primeiro lugar, carece não confundir domicílio de pagamento com foro de eleição, que é a comarca eleita no contrato para que as partes acionem uma à outra, se houver necessidade.

Além disso, se após a convenção, o devedor mudar seu domicílio, ceder seu crédito para quem seja domiciliado em outro local, ou morrer, deixando herdeiros em diferentes lugares, a regra será a mesma: prevalecerá sempre o domicílio do devedor original. De qualquer forma, há quem entenda que, nesses casos, o novo devedor possa exigir que a dívida se pague em seu domicílio, desde que arque com os ônus da mudança.

Vejamos alguns exemplos. "A" devia a "B" um carro, tendo sido convencionado que o carro seria entregue no domicílio de "B". Ocorre que, antes da entrega, "B"

cedeu seu crédito, ou seja, o direito de receber o carro, a "C", que era domiciliado em outra cidade. A regra diz que "A" não será obrigado a levar o carro até "C", a não ser que este arque com as despesas. Em outras palavras, "C"

terá que buscar o carro na cidade em que "B" era domiciliado, a não ser que arque com as despesas decorrentes da mudança do local de pagamento.

Outro exemplo seria o de "A" que devia um carro a "B". Antes da tradição, "B"

morreu, deixando herdeiros em outra cidade. "A" não terá que entregar o carro na cidade dos herdeiros, a não ser que estes arquem com as despesas decorrentes da mudança do local de entrega.

O mesmo ocorrerá se "B" mudar seu domicílio para outra cidade. "A" não terá que entregar o carro no novo domicílio de "B", a não ser que este arque com as despesas decorrentes da mudança do local de entrega.

Por fim, o pagamento que consistir na tradição de imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar em que este se achar.

Em relação à tradição do imóvel, só pode ser mesmo entregue no local em que se achar.

Mas, no que tange às prestações relativas ao imóvel, as dúvidas aparecem.

Há quem entenda, nas pegadas de Lacerda de Almeida,(64) que o dispositivo se refere a quaisquer prestações, tanto as de dar (ex.: pagar aluguéis), como as de fazer (ex: reformar o imóvel).

Há quem entenda, como Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Serpa Lopes e Caio Mário, ser o princípio aplicável apenas às obrigações de fazer.(65) Resta, ainda, observar que, se no contrato forem designados dois ou mais lugares, caberá ao credor a escolha.

o Quando pagar? - No vencimento. Disso resultam dois princípios importantes: 1° o credor não pode exigir o pagamento antes do vencimento; 2° o devedor não pode forçar o credor a receber antes do vencimento.

Logicamente, a Lei abre exceções a ambos os princípios, algumas das quais, veremos mais adiante, quando estudarmos os contratos. Uma delas é a do art. 52,

§ 2° do Código do Consumidor. Segundo este dispositivo legal, sempre que a venda for a crédito, o consumidor terá o direito de liquidar antecipadamente o débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional de juros e demais acréscimos.

O tempo do pagamento pode ser expresso ou tácito.

Será expresso, quando o contrato ou a Lei determinarem prazo certo.

Será tácito, quando se presumir da própria natureza da obrigação.

(64 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Obrigações. Op. cit., p.

127.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Op. cit., v. 1V, p. 108/109. CARVALHO SANTOS.

Código civil brasileiro interpretado. 9. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, t. 12, p. 283)

(65 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 185. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 128.)

(Ad nutum de alguém ou ao nuto de alguém, em bom português, significa "de acordo com a vontade de alguém". Ad nutum do credor quer dizer "segundo a vontade exclusiva do credor".)

Não sendo nem expresso, nem tácito, o prazo será totalmente indeterminado, e aí a regra é de que o vencimento será ad nutum(66) do credor, ou seja, quando o credor quiser. Neste caso deverá interpelar o devedor, a fim de constituí-lo em mora. Esta interpelação poderá ser judicial ou extrajudicial. No caso de ser a interpelação particular e pessoal, aconselha-se, sempre, fazê-la por escrito. O

devedor assinará uma via juntamente com duas testemunhas, em vista do art. 135

do Código Civil.

As obrigações condicionais se cumprem no tempo do implemento da condição. Se prometo dar preferência a Pedro, quando for vender meu carro, deverei oferecer a ele em primeiro lugar, quando a condição se implementar, ou seja, quando decidir vender o automóvel.

Há casos em que o pagamento pode ser exigido antes do vencimento original. São eles:

a) insolvência, falência ou liquidação extrajudicial do devedor; b) cessação ou insuficiência das garantias oferecidas, como fiança, hipoteca, e outras, desde que o devedor não as queira renovar ou reforçar. Se, ao tomar empréstimo, apresentar fiador em garantia, morrendo este, deverei apresentar outro fiador ou outra garantia (hipoteca, penhor etc.), sob pena de ver a obrigação vencida antecipadamente.

9.5 Pagamentos especiais

a) Pagamento por consignação

Generalidades - Da mesma forma que o credor tem direito de receber, o devedor tem direito de pagar. Assim, da mesma forma que o credor pode forçar o devedor a pagar, também o devedor poderá forçar o credor a receber. Para isto, criou-se modalidade especial de pagamento por consignação, que consiste no depósito judicial ou extrajudicial da quantia ou coisa devida.

O objeto da consignação será sempre obrigação de dar. Não podem ser objeto obrigações de não fazer nem obrigações de fazer, a não ser que venham seguidas de obrigação de dar, como é o caso de escritor de obra encomendada. Se o escritor terminar o livro encomendado pela editora e esta se recusar a recebê-

lo, poderá aquele consignar a obra em juízo.

A consignação é também chamada de oferta real e há de consistir na entrega efetiva da rei debita, 1.e., da coisa devida, não servindo mera promessa ou declaração de que a coisa se acha à disposição do credor.

O procedimento consignatório poderá ser particular ou extrajudicial, tratando-se de obrigação de dar dinheiro. Segundo o art. 890 do Código de Processo Civil, sendo a obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro, sendo o caso, optar pelo depósito da quantia devida, em banco oficial, onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando o credor, por carta com aviso de recebimento, conferido o prazo de dez dias para que o credor se manifeste, se aceita ou não o depósito. Decorrido este prazo, sem manifestação de recusa, ficará liberado o devedor, podendo o credor levantar o depósito.

Para recusar o depósito, o credor deverá dirigir-se por escrito ao banco. Só aí, poderá o devedor ou o terceiro propor a ação de consignação em pagamento. O

prazo para a propositura será de trinta dias, contados da recusa, e o devedor deverá provar o depósito e a recusa do credor. Se a ação não for proposta nesse prazo, o depósito ficará sem valor, podendo ser levantado pelo devedor.

O procedimento consignatório será judicial nos demais casos.

O processo se abre com a propositura pelo devedor da ação de consignação em pagamento, também chamada de ação consignatória ou consignatária.

Na petição inicial, pede o devedor permissão para realizar o depósito da quantia ou da coisa devida, num prazo de cinco dias, contado do deferimento do pedido, a não ser que a quantia já esteja depositada em banco oficial, como explicado acima. Pede outrossim o devedor a citação do credor para que venha receber ou contestar o pedido.

Ao credor abrem-se três possibilidades:

1º receber, quando se extingue o processo;

2º contestar, quando será julgada a questão. Se o devedor for vitorioso, a própria sentença que condenar o credor a receber, já lhe servirá de quitação. Se o credor for vitorioso, o pagamento será efetuado conforme estatuir a sentença, valendo esta como título executivo. O processo de execução, se instaurado, correrá nos mesmos autos da consignação.

Se o credor alegar insuficiência do depósito, poderá levantar a quantia ou coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do devedor, prosseguindo o processo quanto à parte controvertida; 3º calar-se, quando será julgada a lide à revelia do credor silente.

Mas quando é que se dá a consignação em pagamento? Em outras palavras, quando o devedor poderá depositar o pagamento? As hipóteses de incidência são as seguintes:

1º recusa injusta do credor de receber ou dar quitação;

2º mora de receber;

3º quando for desconhecido o credor, ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;

4º quando ocorrer dúvida sobre quem seja o credor;

5º quando o objeto se tornar litigioso;

6º quando o credor for incapaz para receber;

7º quando se instaurar concurso de credores sobre os bens do credor, pois neste caso ficaria ele incapacitado para dar quitação.

Em síntese, como muito bem sintetizou o argentino, Alfredo Colmo, caberá recurso à consignação toda vez que o devedor não possa efetuar pagamento válido.

Requisitas subjetivos da consignação - O devedor deverá ser capaz de pagar e o credor capaz de receber.

Requisitas objetivos - O objeto do depósito há de ser líquido e certo. Se a coisa devida for indeterminada ou genérica, cabendo a escolha ao credor, deverá ele ser citado para fazer a escolha. Caso não a faça, incumbirá ao devedor fazê-

la, sendo a coisa, posteriormente, depositada. Se a escolha couber ao devedor, dispensa-se o procedimento inicial.

Os imóveis também podem ser objeto de consignação, depositando-se as chaves, a escritura etc.

Tempo certo para a consignação - Será o do vencimento, pois que antes dele o credor não é obrigado a receber. Não se admite a consignação do devedor em mora.

Lugar de propositura da ação - É o do foro do pagamento.

Levantamento do depósito pelo devedor - O devedor poderá levantar o depósito antes da contestação do credor, pagando todas as despesas. Mas a obrigação subsiste.

Depois de ter contestado, o credor poderá concordar com o levantamento.

Perderá, contudo, o direito sobre os co-devedores que não tiverem anuído.

Suponhamos que "A", "B" e "C" devam 5100,00 a "D". Imaginemos que, por uma razão qualquer, os devedores tenham consignado o pagamento. Depois de contestada a ação, "D" admitiu que "A" levantasse o depósito. Isso significa que "D" só terá direito de exigir o pagamento de "A". Contra "B" e "C" não terá mais direitos, a não ser que também eles tenham concordado com o levantamento efetuado por "A".

Após a sentença, o devedor não mais poderá levantar o depósito, se isto importar prejuízo para os co-devedores que, neste caso, ficarão desobrigados. Se "A"

levantar o depósito, com a anuência de "D", após a sentença que deu a este ganho de causa, perderá ele, "D", qualquer direito contra "B" e "C".

Como vimos, antes da aceitação ou da sentença, o levantamento importa renovação da obrigação. Após a sentença, para que a obrigação ressurja, será necessária disposição expressa nesse sentido no pedido de levantamento, que deverá ser assinado pelo devedor, credor, co-devedores e co-credores, ou por seus procuradores com poderes especiais.

Pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência - Mas e se o credor aceitar o depósito, pondo fim à ação? Segundo alguns, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios caberia ao devedor, uma vez que o credor não pode receber menos do que tem direito.

Ora, a tese não tem lógica, tendo em vista que, se o credor aceitou o depósito, significa que deu razão ao devedor. Aceitar o depósito seria, neste sentido, submissão, que não deixa de ser sucumbência. É a admissão da derrota. Todos sabem que o derrotado deve arcar com as custas processuais e com os honorários do advogado do vencedor.

Concluindo, caberá ao credor pagar as custas e honorários, se aceitar o depósito.

Contestado o depósito, o juiz deverá decidir quem tem razão, cabendo ao derrotado as custas e honorários.

b) Pagamento com subprogação

Definição - Sub-rogação é transferência da qualidade de credor para aquele que paga obrigação de outrem, ou empresta o necessário para isso.

Partes - Quem adquire a qualidade de credor, denomina-se sub-rogado ou sub-rogatário. Credor primitivo ou sub-rogante é o credor antigo, substituído.

Histórico - O Direito Romano não conhecia o instituto. Só mais tarde, admitiu que quem pagasse obrigação de terceiro, adquirisse o direito de ação contra o devedor.

O instituto da sub-rogação veio a ser desenvolvido pelos canonistas,(67) que inclusive criaram o termo, sendo finalmente adotado pelo antigo Direito Francês. (68)

Modalidades de sub-rogação

Legal - É a que decorre da Lei, independentemente da vontade das partes.

Aliás, ocorre mesmo contra a vontade do credor primitivo e do devedor.

Os casos são os seguintes:

a) em favor de credor que paga dívida do devedor comum, ao credor a quem competia direito de preferência. Assim, uma pessoa tinha vários credores. Um deles tinha direito de receber primeiro, por exemplo, credor com garantia real, como hipoteca. Se qualquer outro dos co-credores paga a este credor preferencial, sub-roga-se em seus direitos, por força de lei.

São requisitos deste caso:

- o sub-rogatário deve ser co-credor;

- o credor sub-rogante deve ter direito de preferência, legal ou convencional;

- o pagamento deve ser integral.

(67 Canonistas eram os juristas da Igteja, estudiosos dos cânones.

(68 BONNECASE, Julien. Elementos. Op. cit., p. 448. BALLE. Cours de droit civil.

Paris: Les Cours de Dtoit, 1951-52, p. 435 et seq.)

b) em favor do adquirente de imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário; c) em favor de terceiro interessado, que paga dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. É o caso do fiador, do avalista etc.; d) em favor do segurador que paga dano sofrido pelo segurado, contra o causador desse dano. Uma pessoa bate em meu carro, sendo sua a culpa. O seguro me indeniza e se sub-roga em meus direitos de receber do culpado; e) em favor de quem paga débito fiscal em nome do devedor; em favor de quem resgata título cambial de

terceiro, como quem paga nota promissória emitida por terceiro.

Convencional - É a que decorre de declaração de vontade, seja do credor, seja do devedor.

Os casos são dois, a saber:

a) quando o credor, recebendo pagamento de terceiro, lhe transfere todos os seus direitos. Assim, "A" recebe de "B" dívida que deveria ter sido paga por "C", transferindo a "B" todos os seus direitos contra "C". Na prática, isso pode se confundir com cessão de crédito. Havendo dúvida, o juiz deve se decidir pela cessão, aplicando as regras desta e não as da sub-rogação.

São requisitos desse caso a concorrência simultânea do pagamento e da transferência da qualidade creditória, que jamais poderá ser a postenori, sob pena de ser inoperante;

b) quando o terceiro empresta ao devedor a quantia necessária para o pagamento da obrigação, sob a condição de ficar investido nos direitos do credor.

O credor não tem qualquer direito de se opor.

São requisitos do caso (1) a simultaneidade do mútuo (empréstimo) e da subrogação e (2) a declaração expressa de que o mútuo implica sub-rogação, apesar de a Lei não exigir forma especial.

Desvantagens da sub-rogação - O sub-rogado adquire o crédito com todas as suas falhas e defeitos. Assim, se a dívida estiver prescrita, tanto pior para ele.

Suporta todas as exceções (defesas) que o devedor poderia opor contra o credor primitivo, por exemplo, de que a dívida era oriunda de obrigação natural, como dívida de jogo, sendo, portanto, inexigível.

Não tem direito a juros extras.

Está sujeito à mesma prescrição do crédito primitivo.

Não tem ação contra o sub-rogante, se o devedor se tornar insolvente, salvo disposição contrária. Mas o credor primitivo é responsável pela existência da dívida. Se esta não existir, e a sub-rogação tiver ocorrido com seu

consentimento, terá que restituir ao sub-rogatário o que dele recebeu. Em outras palavras, se o credor primitivo sabia que a dívida não mais existia (por ter sido paga, por exemplo) e, assim mesmo, aceitou o pagamento, terá que restitui-lo ao sub-rogado.

c) Imputação do pagamento

Definição - É a faculdade de escolher, dentre várias prestações de coisa fungível, devidas ao mesmo credor pelo mesmo devedor, qual dos débitos satisfazer. A título de exemplo, vejamos o caso em que uma pessoa deve à outra várias promissórias, sendo duas no valor de 5100, duas no valor de 5200, uma no valor de S140 etc. Se todas estiverem vencidas e o devedor entrar em acordo com o credor para pagar parceladamente, deverá ser especificado em cada pagamento, qual das promissórias está sendo paga.

Quem pode imputar o pagamento? - Presume-se, salvo disposição contrária, seja o devedor a imputar primeiramente. Se não o fizer, assistirá ao credor este direito. Se nenhum dos dois o fizer, a Lei resolverá o problema.

Imputação do devedor - Quando a pessoa é obrigada, simultaneamente, por mais de um débito da mesma natureza a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento. Tal faculdade é extensiva ao terceiro que paga, nos casos em que tenha o direito de fazê-lo. O credor por sua vez pode recusar a imputação na dívida ilíquida ou não vencida.

Assim, são requisitos da imputação do devedor:

a) a existência de diversos débitos; b) a identidade de sujeitos, que devem ser os mesmos, credor e devedor das várias dívidas; c) os débitos devem ser da mesma natureza, fungíveis, líquidos e vencidos.

Quanto aos débitos vincendos, ou seja, por vencer, antes era necessária autorização do credor, para que neles se imputasse o pagamento. Em outras palavras, se desejasse, das várias prestações de consórcio, pagar a atual e uma futura, quanto a esta, necessitaria da autorização do credor. Normalmente, o próprio contrato previa a hipótese. Com o advento do Código do Consumidor, a situação mudou.

Agora, é direito do devedor, pelo menos nas obrigações de dar dinheiro, em que haja financiamento ao consumo, adiantar quantas prestações lhe aprouver, tendo

descontados os juros; d) a prestação oferecida deve bastar ao pagamento de pelo menos algumas das dívidas, porque o credor, em princípio, não é obrigado a receber por partes.

Se o débito for de capital e juros, imputar-se-á o pagamento, primeiro nos juros vencidos, depois no capital, salvo disposição em contrário.

Imputação do credor - Dá-se quando o devedor não fizer a escolha, ou quando houver estipulação neste sentido. Não tendo exercido seu direito, o devedor não pode reclamar da imputação feita pelo credor.

Imputação legal - Ocorre quando nem o devedor, nem o credor houverem exercido seu direito de escolha.

Segundo se pode deduzir do texto legal,(69) a imputação obedecerá à seguinte ordem, sucessivamente:

1° dívidas líquidas e vencidas;

2° sendo todas líquidas e vencidas, serão escolhidas as mais onerosas; 3° havendo débitos em que vençam juros e outros em que não, imputa-se o pagamento nos primeiros;

4° se em todos vencerem juros, imputa-se nos que vençam juros mais altos; 5° as dívidas reforçadas por cláusula penal vêm em seguida; 6° se todas as dívidas forem exatamente iguais, imputar-se-á por igual em todas elas.

d) Dação em pagamento

Definição - Também chamada de datio pro soluto ou datio in solutum, ocorre quando o credor consente em receber coisa que não dinheiro, em substituição à coisa devida. Será sempre avençada após a constituição da obrigação, podendo ser antes ou depois de seu vencimento.

Espécies

1º datio rei pro pecunia (dação de coisa por dinheiro);

2º datio rei pro Te (dação de coisa por coisa).

O que não existe é a datio pecuniae pro Te (dação de dinheiro por coisa), que não seria dação em pagamento, mas indenização pela perda da coisa devida.

Requisitas

1° existência de uma dívida;

2° consentimento do credor;

3° entrega de coisa diversa da res debita;(70)

4° intenção de extinguir a obrigação, caso contrário teríamos doação.

(69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 152.(69) (70 Rei debita quer dizer "coisa devida".)

A coisa entregue não precisa ter o mesmo valor da res debita.

Pode ser mais cara ou mais barata. Sendo mais cara, o credor restituirá a diferença. Sendo mais barata, o credor poderá dar quitação parcial.

A coisa entregue pode ser móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea, um bem jurídico qualquer, uma coisa ou um direito, como o usufruto.

A coisa deverá ter existência atual. Se versar sobre coisa de existência futura, estaremos diante de novação objetiva e não de dação em pagamento. Se a dação se referir, por exemplo, a safra que ainda não foi colhida, a obrigação antiga se extingue, sendo substituída pela de entregar a safra, após a colheita. Essa substituição de obrigação velha por nova se denomina novação.

Uma vez que seja determinado o valor da coisa, a dação se equipara à compra e venda, regulando-se supletivamente por suas normas.

A evicção(71) da coisa recebida anula a quitação, restabelecendo-se na íntegra a relação anterior. Dessarte, se "A" entrega a "B" carro furtado, em pagamento de empréstimo, sendo este carro reclamado judicialmente por seu verdadeiro dono, e tendo "B" que restitui-lo, restabelecida será a obrigação original.

Datio pro soluto e datio pro solvendo - Datio pro soluto é a dação em pagamento que acabamos de ver. Datio pro solvendo é a assunção de nova obrigação para

garantir o pagamento da primeira. Uma pessoa, por exemplo, dá cheque em garantia de que pagará dívida. Aqui existem duas obrigações, uma é a original, a outra é a do cheque. Paga a original, a do cheque se extingue, e vice-versa.

9.6 Extinção das obrigações sem pagamento

Neste momento, iniciaremos o estudo dos modos extintivos das obrigações, sem que ocorra pagamento. Em outras palavras, a obrigação deixa de existir, sem que seja satisfeito o direito do credor. Os casos são de novação, compensação, transação, confusão, compromisso e remissão.

a) Novação

Definição - É a constituição de obrigação nova, em substituição a outra que fica extinta. Na novação o devedor exonera-se, sem cumprir a obrigação, enquanto o credor adquire um novo crédito em substituição ao antigo. A título de exemplo, suponhamos que "A" entregue a "B" sua conta de telefone para que este a pague.

Evicção, como vetemos adiante, é a perda da coisa, em virtude de sentença, em favor de alguém que possuía direito anterior sobre ela. Se compro carro roubado, pode ser que tenha que restitui-lo ao verdadeiro dono, por força de sentença judicial. A este processo de perda da coisa se chama evicção.

Sendo posteriormente reembolsado. Suponhamos, outrossim, que "B" pague a conta com cheque seu. Ao aceitar o cheque de "B", a companhia telefônica desonera "A", ocorrendo novação. Em outras palavras, o vinculo entre a companhia telefônica e

"A" deixa de existir, sendo novado, ou seja, substituído por um novo, entre a companhia e "B". Dessarte, caso o cheque esteja sem previsão de fundos, a companhia nada poderá fazer contra "A", visto que este já se exonerou.

Somente poderá executar o cheque de "B".

Daí a diferença entre novação e sub-rogação. Nesta, o vínculo original não se desfaz. Se o fiador pagar no lugar do devedor, nenhuma relação nova se criará. O

que ocorre é apenas a substituição do fiador no lugar do antigo credor, sucedendolhe em todos os direitos contra o devedor. Assim, se a obrigação estava garantida por uma hipoteca, por exemplo, esta se transfere ao credor sub-

rogatário, no caso, o fiador. Mas se a dívida já se achava prescrita, e o fiador incauto, assim mesmo a pagar, tanto pior para ele, por se lhe transferir a mesma dívida prescrita, ou seja, o vínculo antigo não se desfaz, sendo apenas transferido a novo titular.

O mesmo não sucede na novação. Nesta, o vínculo original se desfaz com todos os seus acessórios e garantias, como hipoteca, aval, condições, encargos etc., e com todos os seus defeitos, como a prescrição. Cria-se novo vínculo, totalmente independente do primeiro, salvo, é lógico, estipulação expressa das partes em contrário. voltemos ao exemplo de "A" e "B" com a conta telefônica. Havia originariamente vínculo entre a companhia telefônica e "A". Quando a companhia aceitou pagamento por meio de cheque de "B", tal vínculo se desfez, criando-se um novo, entre "B" e a companhia.

Requisitas de validade

1° Consentimento e capacidade, ou seja, as partes devem ser livres e capazes para decidirem se haverá ou não novação.

2° Existência da antiga obrigação, ainda que natural.

As obrigações portadoras de vício leve são passíveis de revalidação via novação, o que não ocorre em relação às portadoras de defeito grave, e com muita lógica.

Ora, se a obrigação é irremediavelmente defeituosa, nada há para ser novado. O

que ocorre não é novação, mas sim o surgimento de obrigação primeira, totalmente autônoma. Suponhamos que um menor impúbere, ou seja, absolutamente incapaz, celebre contrato sem estar devidamente representado por seus pais. O contrato conterá defeito grave, sendo anulável a qualquer momento. Bem, se depois de celebrado, o representante do incapaz confirmar o contrato, não se tratará de novação, pois é como se estivesse sendo celebrado novo contrato, sem que fosse levado em consideração o antigo. É como se o antigo nem houvesse existido.

Nada impede que obrigação condicional seja novada por pura e simples, ou vice-versa.

3° Concomitância e validade, ou seja, no mesmo momento em que se extinguir a antiga, há de nascer a nova, que deverá ser válida.

4° Animus novandi, que é a vontade de extinguir uma obrigação criando outra.

Havendo dúvida para o seu estabelecimento, os doutores apontam critério esclarecedor: é o da incompatibilidade. Haverá animus novandi e, conseqüentemente, novação, quando a segunda obrigação for incompatível com a primeira. Presume-se, pois, que a vontade das partes militou no sentido de extinguir a primeira. Se "A" deve Si.000,00 a "B" e, antes do vencimento, combinam que o pagamento será efetuado, não em dinheiro, mas com a entrega de um carro, é óbvia a presença do animus novandi, substituindo a obrigação antiga, de dar dinheiro, por uma nova, de dar um carro.

Espécies

Objetiva ou real - Dá-se quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a primeira. É o caso da "concordata civil", em que o devedor insolvente celebra judicialmente com seus credores acordo no sentido de suavizar seus débitos. Este acordo geral com os credores opera efeitos de novação, extinguindo todas as obrigações antigas.

Subjetiva - Pode ocorrer em duas hipóteses:

1ª Novação subjetiva ativa, que ocorre quando novo credor sucede ao antigo, extinguindo o vínculo primeiro. Neste caso, é necessária a anuência do credor, porque o vínculo se extingue em relação a ele, e também a anuência do devedor, devendo ser, no caso deste, motivada, pois para que se crie relação nova, é necessário que o sujeito passivo se obrigue. Como exemplo, podemos citar o caso em que João é credor de Manoel e devedor de Joaquim. As dívidas são equivalentes. Assim, João pede a Manoel que pague a Joaquim, ao invés de lhe pagar. Na relação João Manoel, o credor foi substituído: era João e passou a ser Joaquim.

A utilidade da novação subjetiva ativa é muito pequena, uma vez que, na prática, é muito mais comum a cessão de crédito, que estudaremos mais adiante.

Nesta, a obrigação não se extingue; não é substituída por outra, como na novação.

Na cessão, a obrigação persiste a mesma, como veremos.(72) 2ª Novação subjetiva passiva, que ocorre quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor. Não é necessária a anuência do devedor, mas é essencial

a anuência do credor, e a constituição de vínculo obrigacional novatório, sem o que haveria mera indicação de pessoa encarregada do pagamento, ou simples preposição. Pode ocorrer por delegação ou expromissão.

(72 VENOSA, Silvio de Salvo. Obrigações. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 217.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 4, p. 295.) Na delegação, o devedor originário (delegante) apresenta novo devedor (delegado), que ocupa seu lugar perante o credor (delegatário). A delegação só gera novação se o credor delegatário concordar em liberar o devedor delegante, aceitando o novo devedor (delegado) e pondo fim ao débito do devedor delegante.

Em outras palavras, só haverá novação se estiver presente no credor delegatário o animus novandi. Quando o credor delegatário aceitar o novo devedor (delegado), sem abrir mão de seus direitos contra o devedor delegante, não haverá novação, e se o devedor delegado não pagar, o credor delegatário poderá exigir o pagamento do devedor delegante. A delegação sem novação é chamada de delegação imperfeita, sendo simples assunção de débito.

Vejamos um exemplo: João deve 5100,00 a Manoel. Joaquim deve 5100,00 a João.

João pede a Joaquim que ocupe seu lugar, tornando-se devedor de Manoel. Na relação João - Manoel, houve mudança de devedor, que era João e passou a ser Joaquim. Manoel, o credor delegatário, deve concordar com a troca de devedores e liberar, definitivamente, João, seu devedor originário (delegante).

Assim, teremos delegação com novação. Caso não libere João em definitivo, conservando contra ele o direito de cobrar a dívida, se Joaquim não o fizer, não terá ocorrido novação, pois que está ausente o animus novandi. Terá havido delegação imperfeita, ou seja, sem novação.

Na expromissão, o devedor é literalmente expulso da relação por um terceiro que se propõe a ocupar seu lugar. João deve a Manoel 5100,00. Joaquim, pai de João, se apresenta, espontaneamente, a Manoel e propõe assumir a dívida do filho, desde que Manoel lhe dê quitação. Manoel, sabendo ser Joaquim homem rico e bom pagador, aceita a proposta e libera João, dando-lhe quitação. Extingue-se a relação entre João e Manoel, e surge uma nova entre Joaquim e Manoel. Muda o devedor. O credor continua o mesmo.

Subjetivo-objetiva - Quando há substituição do credor ou do devedor e do objeto.

É o caso de "A" que paga conta telefônica sua com cheque de "B". Se o cheque for aceito e estiver sem fundos, a companhia telefônica não poderá cobrar de "A", mas apenas de "B", por força da novação. Ocorreu a substituição do devedor, "A"

por "B", e do objeto da prestação, que, anteriormente, era a de pagar conta telefônica e se transformou na de pagar cheque sem fundos.

Efeitos - Extingue automaticamente a obrigação antiga, liberando o devedor daquele vínculo.

Põe fim aos acessórios e garantias da dívida. Assim, se a dívida antiga era garantida por hipoteca, ocorrendo a novação, a hipoteca se extingue.

Sendo objetiva a novação, uma vez que pereça o objeto da nova, o credor não poderá perseguir o da antiga. Se Joaquim deve a Manoel $1.000,00, e, antes do vencimento, acertam que o dinheiro será substituído pela entrega de uma safra, vindo esta a se destruir por geada, Manoel não poderá exigir o pagamento do antigo objeto, ou seja, dos 51.000,00.

No caso da subjetiva, a insolvência do novo devedor não dá ao credor regresso contra o antigo. Citemos o mesmo exemplo da expromissão, visto acima. Na expromissão, o devedor é literalmente expulso da relação por um terceiro que se propõe a ocupar seu lugar. João deve a Manoel $100,00. Joaquim, pai de João, se apresenta, espontaneamente, a Manoel e propõe assumir a dívida do filho, desde que Manoel lhe dê quitação. Manoel, sabendo ser Joaquim homem rico e bom pagador, aceita a proposta e libera João, dando-lhe quitação. Extingue-se a relação entre João e Manoel, e surge uma nova entre Joaquim e Manoel.

Muda o devedor. O credor continua o mesmo. Se Joaquim não pagar, Manoel não poderá cobrar a dívida de João.

b) Compensação

Definição - Dá-se compensação, quando se extinguir a obrigação pelo fato de duas ou mais pessoas serem reciprocamente credoras. Se "A" deve a "B" 100, e "B"

também deve a "A" 100, significa que nada se devem.

A compensação normalmente é oposta como exceção (defesa) processual.

Se "A" propõe contra "B" ação, cobrando-lhe o cumprimento de obrigação, "B" se defende, compensando o que deve com o que lhe é devido.

Requisitas

1° Personalidade, ou seja, um procurador não pode opor crédito da pessoa que representa para compensar débito seu. Mas o marido, casado em regime de comunhão de bens pode opor crédito da mulher para compensar os seus próprios.

Assim também, o fiador pode opor seus créditos para compensar os do afiançado.

2° Fungibilidade das prestações, isto é, as prestações devidas reciprocamente entre as partes devem ser fungíveis. Dessarte, se "A" deve a "B" um carro, e "B"

deve a "A" uma casa, os débitos não serão compensáveis, a não ser que ambos entrem em acordo, quando, então, teremos compensação, via transação. As prestações devem poder substituir-se uma pela outra por serem da mesma espécie e qualidade. A quantidade não necessita ser a mesma. Se a dívida de um for maior que a do outro, o da dívida menor deverá pagar a diferença, a isto se chamando compensação parcial.

3° Exigibilidade, ou seja, as dívidas devem ser exigíveis, não se podendo, por exemplo, compensar débito com dívida prescrita.

4° vencimento. Também não se admite a compensação de dívida atual com dívida futura. Todas devem estar vencidas. Mais uma vez devemos insistir no fato de que a compensação é exceção processual, imposta a uma das partes pela outra, como defesa. E é neste sentido que uma delas não pode forçar a outra a compensar dívida vencida com dívida futura. Caso, porém, entrem em acordo, estaremos diante de compensação convencional, obtida por transação. Tratando-se de acordo, quase tudo é possível.

5° Liquidez, isto é, as dívidas compensáveis devem ter valor, pelo menos, determinável.

Não caberá compensação, ou seja, as partes não poderão se defender por este meio nos seguintes casos:

1° Quando uma das partes renunciar à compensação de forma expressa, ou tácita.

Será tácita a renúncia, quando uma delas, espontaneamente, efetuar o pagamento à outra.

2° Quando uma das dívidas originar-se de comodato, depósito ou alimentos, a não ser que a outra tenha a mesma causa. Assim, se "A" deve alimentos a "B", e "B"

deve, por exemplo, uma quantia que tomara emprestada junto a "A", este não poderá compensar os alimentos devidos, alegando ser credor de "B" pela quantia emprestada. O mesmo se pode dizer em relação ao comodato: "A" deve $100,00 a "B"

e lhe empresta seu carro. Não poderá deixar de pagar os $100,00, alegando que

"B" ficou com seu carro emprestado. No depósito, o raciocínio é o mesmo: "A"

deve $100,00 a "B" e lhe entrega seu carro para guardar. "B" não poderá deixar de restituir o carro, alegando que "A" não lhe pagou o que devia.

3° O mesmo se dá com as obrigações provenientes de ato ilícito. Quem se tornou devedor por efeito de ato ilícito seu, e por tal for condenado, não pode dizer a seu credor: "não lhe pago porque sou seu credor por outro título".(73)

"A" deve a "B" SI.000,00. Se "B" bater o carro de "A", não poderá compensar o valor da indenização pelos danos, com o crédito que tem a receber. A compensação só ocorrerá, se "A" concordar.

4° Idêntica regra se aplica, se uma das prestações recair sobre coisa impenhorável. É o caso dos salários. Assim, o empregador não poderá deixar de pagar o salário devido, alegando compensação por crédito junto ao empregado.

Apenas quando da resolução do contrato de trabalho, admite-se compensação, desde que o crédito do empregador seja também de natureza trabalhista,(74) como, por exemplo, adiantamento de salário. Neste caso, o empregador poderá

descontar das verbas rescisórias devidas ao empregado valor que não ultrapassará um mês de remuneração.&75)

5° Não se dará compensação com o fisco, a não ser nos casos previstos pela legislação tributária.

(73 A palavra título tem, muitas vezes, o significado de "causa". O titulo de uma divida, ou seja, a causa de uma divida (causa dependi) pode ser, assim, um contrato, um ato ilícito, uma promessa de recompensa etc.

(74 Enunciado n. 18 do Tribunal Superior do Trabalho.)

(75 Art. 477, § 5° da CLT.)

6° Quando a compensação prejudicar direitos de terceiros, qualquer que seja o motivo.

Espécies Legal - Quando emanar da Lei, como direito do executado por dívida compensável. Como dissemos acima, esta é a regra. A compensação é o direito garantido por lei ao devedor executado por dívida compensável.

Convencional - O que se usa chamar compensação convencional são os casos analisados acima em que, apesar de não admitida em lei, as partes decidem realizá-la. É a compensação via transação.

c) Transação

Definição - Transação é o mesmo que acordo. É negócio jurídico bilateral em que credor e devedor, por meio de concessões recíprocas, põem fim a uma obrigação.

Características

1º Consenso. É essencial o acordo de vontades entre credor e devedor, sem o que não há transação.

2º Extinção ou prevenção do litígio. A transação serve para por fim a processo judicial em que o credor esteja executando o devedor, ou para evitar esse processo.

3º Reciprocidade das concessões, que devem partir de ambos os lados. Se só o credor ceder, haverá renúncia. Se só o devedor ceder, haverá submissão, não transação.

4º Indivisibilidade, ou seja, a transação não pode ser separada em partes.

Dessarte, sendo uma de suas cláusulas defeituosa, defeituosa será toda a transação.

Natureza jurídica - É, segundo a doutrina dominante, negócio jurídico bilateral, sendo, portanto, de natureza contratual.

Requisitas Subjetivos - Os sujeitos, ativo e passivo, devem ser absolutamente capazes, principalmente para alienar seus bens. O pródigo, por exemplo, não é capaz para transacionar sem a anuência de seu curador, exatamente por faltar-lhe a capacidade para alienar seu patrimônio. Da mesma forma, o procurador não poderá transacionar com direitos de quem representa, a não ser que a procuração contenha poderes específicos para tanto.

Objetivos - Só podem ser objeto de transação os direitos de caráter patrimonial, de caráter privado. Dessa forma, o pátrio poder jamais poderá ser objeto de transação. Primeiro, por ser direito subjetivo de ordem pública e em segundo lugar por não ser direito de cunho patrimonial.

Formais - A transação é negócio jurídico formal, devendo sempre ser escrita. Se para o ato sobre o qual versar, exigir a Lei a forma pública, como, por exemplo, os negócios imobiliários de alienação, como a compra e venda, também a transação se fará por forma pública. Caso contrário, poderá ser por escrito particular.

Se formulada em audiência judicial, dar-se-á por termo nos autos. Em outras palavras, será ditada durante a audiência ao escrevente e assinada pelas partes e seus advogados.

Efeitos - O principal efeito da transação é pôr fim à obrigação. O pagamento se realizará, não da forma original, mas conforme os termos do acordo firmado entre as partes. Esse acordo produz efeito de coisa julgada, a ela se assemelhando, ou seja, a seu respeito não mais se discutirá. Por outros termos, a transação gera novação.

Mas nem sempre isso ocorrerá. Se estiver ausente o animus novandi, a transação não porá fim à obrigação anterior. vejamos exemplo: "A" deve a "B" S100,00. No dia do pagamento, não tendo como pagar, "A" pediu a "B" um desconto de 510,00 e um adiamento de quinze dias. vencidos os quinze dias e não paga a obrigação, "B"

não poderá ressuscitar a dívida de 5100,00, por força da novação. Mas, se, quando da transação, ficar combinado que, caso não fossem pagos os 590,00, "A"

voltaria a dever os 5100,00, novação não ocorrerá, restando intacta a dívida antiga.

d) Confusão

Definição - Confusão é fato que leva credor e devedor a se confundirem em uma só pessoa, ou em um só patrimônio, extinguindo, pois, a obrigação. Realmente, se morrendo o credor, tornar-se o devedor seu único herdeiro, haverá confusão.

Caso análogo é o dos cônjuges que antes do casamento eram credor e devedor, criando a confusão com a comunicação dos patrimônios, após as núpcias. Nesta hipótese, como é óbvio, a confusão será apenas patrimonial.

Requisitas

1Ůnidade da relação patrimonial. Para que haja confusão, o devedor deve tornar-se credor de si mesmo, em relação ao mesmo crédito, à mesma obrigação.

2° Reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor.

3Ůnidade dos patrimônios, ou seja, o patrimônio do credor deve se integrar de fato ao patrimônio do devedor.

Espécies

Total - Será total a confusão quando a obrigação se extinguir por inteiro. É o caso do devedor que se torna herdeiro do credor, sendo seu quinhão na herança suficiente para saldar seu débito.

Parcial - Ocorre quando a obrigação não se extingue de todo. Se o quinhão da

herança não for suficiente para saldar todo o débito, o devedor continuará obrigado, no que faltar, junto aos demais herdeiros.

Efeitos - O principal efeito da confusão é o de liberar o devedor do pagamento da obrigação, seja total ou parcialmente.

A confusão se dá na relação principal, mas como o acessório segue o principal, todas as relações acessórias, como a fiança, o aval etc., também se extinguem.

No entanto, a confusão entre fiador e credor, não extingue a relação principal, operando seus efeitos apenas em relação à fiança. Se o credor morrer, deixando como herdeiro o fiador, o devedor continuará devendo.

Se a confusão ocorrer na pessoa de um dos devedores solidários, somente sua parte fica extinta, restando a situação dos demais co-devedores inalterada. Por exemplo, "A" e "B" devem um carro a "C". "C" morre, deixando como herdeiro "B".

"A" continuará devendo sua parte a "B".

O mesmo ocorre na solidariedade ativa. A confusão extingue a obrigação somente no que concernir ao credor sobre o qual recair. Os demais co-credores não serão prejudicados. "A" deve um carro a "B" e "C". "C" morte, deixando "A" como herdeiro. "A" continuará devendo a parte de "B".

Invalidade - Sendo defeituoso o fato gerador da confusão, defeituosa será a confusão. Se o testamento que nomeava o devedor herdeiro do credor for anulado, cessará a confusão, restabelecendo-se a relação obrigacional entre o devedor e os herdeiros do credor.

e) Compromisso

Definição - Compromisso arbitral é convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados.(76)

(76 CÉSAR FIUZA. Teoria geral dá arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pàssim.)

Como vemos, o compromisso afasta o litígio da esfera do judiciário, remetendo-

o para a esfera privada. Põe fim à obrigação antiga por força da novação. Por outros termos, a sentença arbitral, sendo válida, substitui a antiga obrigação.(77)

Espécies

Endoprocessual - Quando ocorrer em pleno andamento de processo judicial. Neste caso, o processo se extingue, iniciando-se a instância arbitral. João e Manoel, em litígio judicial, resolvem deixar a esfera judicial, nomeando árbitro para resolver o conflito. Isso poderá ocorrer por estar o processo demorando muito, por exemplo.

Extraprocessual - Quando acontecer para se prevenir a remessa do litígio ao Judiciário, desde o início atribuindo-se a decisão a árbitro particular.

Requisitas de validade

Subjetivos - Capacidade geral e ad causam. Em outras palavras, as partes devem ser capazes não só para a vida civil em geral, mas também para postular em juízo.

Objetivos - O objeto da controvérsia deve ser de cunho patrimonial, sendo individado no instrumento do compromisso.

Formais - Será sempre por escrito público ou particular, devendo constar em seu instrumento a qualificação das partes e dos árbitros e a qualificação do objeto do litígio. Aqui devemos fazer a diferença entre compromisso e cláusula compromissória. Esta não passa de um pacto preliminar em que as partes se comprometem a, havendo necessidade, celebrarem o compromisso no futuro.

Assim, para que a cláusula compromissória se torne em compromisso é obrigatória sua formalização futura.

Na opinião generalizada, a cláusula arbitral não admitia execução específica.

vale dizer que, celebrada a cláusula, nada obrigava as partes a cumpri-la, isto é, nada obrigava as partes a celebrar, no futuro, compromisso arbitral. Trata-se de obrigação de fazer, não sendo, pois, possível constranger alguém a cumpri-la.

O máximo que se poderia conceber era a aplicação da cláusula penal, se houvesse, ou a resolução em perdas e danos. A questão sempre foi, contudo,

controversa. Na opinião de juristas de monta,(78) à qual já me perfilhava, a cláusula compromissória é contrato preliminar, exeqüível como qualquer outro de sua espécie.

(77 BEIUIARD, Alfred. L'àrbitràge volontài NGELIs, Dante. EI juicio arbitral.

Montevideo: Martin Bianchi Altuna, 1956, p. 12. BARTOLAI, Edson Cosac. Do juízo àrbitràl. RP, 31, p. 9. BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. Juízo arbitral. RT, 547, 1981, p. 254. CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 93 et seq.)

(78 CELSO BARBI FILHO. Execução especifica de cláusula arbitral. Atualidades Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pàssim. CARMONA, Carlos Alberto.

Arbitragem e processo. São Paulo:

Malheiros, 1998, p. 107 et seq.)

Ademais, uma coisa é obrigar alguém a escrever um livro, ou pintar um quadro; outra bem diferente, é obrigar alguém a celebrar contrato, cujo objeto não seja a prestação de atividade. Aliás, outro não poderia ser o entendimento, diante do art. 639 do Código de Processo Civil. Atualmente, a controvérsia cessou, diante da Lei n. 9.307/96, que, expressamente, admite a execução específica da cláusula arbitral, ou seja, caso as partes não queiram celebrar o compromisso, apesar da existência da cláusula compromissória, a parte intetessada poderá acionar a parte desistente, a fim de forçá-la a celebrar o compromisso, judicialmente.

O compromisso acha-se, sem sombra de dúvida, inteiramente regulado em nosso Direito na Lei n. 9.307/96. Na prática não é infelizmente aplicado. Não é costume que se tenha impregnado em nossa cultura. A regra é que esperemos tudo do Estado, pai e protetor de todos. Assim, cabe só ao Estado resolver nossos conflitos. Por nós mesmos, jamais.(79)

Não obstante, nos contratos internacionais do comércio, a arbitragem é largamente utilizada.(80)

E hoje em dia as funções do Estado vêm sendo repensadas, principalmente com o advento do néo-liberalismo.(81)

o Remissão

Definição - Remissão é o mesmo que perdão. Ocorre quando o credor absolve o devedor do pagamento da obrigação e este não se opõe.

Natureza jurídica - Tradicionalmente, vem-se entendendo a remissão como ato jurídico bilatetal, por ser imprescindível a anuência, ainda que tácita, do devedor. Ninguém pode ser obrigado a aceitar o perdão. Há, todavia, quem advogue tese contrária,(82) considerando-a ato jurídico unilateral, independente, pois, de qualquer manifestação do devedor.

Realmente, ninguém pode ser obrigado a aceitar perdão, ainda que as razões sejam de foro íntimo. O pagamento é também direito do devedor. Mas a simples recusa não desfaz o ato de perdão. Em outras palavras, a manifestação de vontade no sentido de perdoar é íntima, interna. Independe, pois, de ato do devedor.

Depende somente do credor. A aceitação do devedor apenas concretiza o perdão já existente. Tão-somente o materializa. É pela aceitação que a remissão produz efeitos na esfera patrimonial do devedor. Sem ela, o perdão existe, só que não produzirá efeitos patrimoniais para o devedor.

(79 CÉSAR FIUZA. Teoria geral da arbitragem. Op. cit., 217-219.) (80 DAVID, René. L'àrbitràge dàns le commerce intemàtionàl. Paris: Econômica, 1982, p. 38. IAZEFF, V-A- zàkon v sovetskoj torgovle. Moskva: luriditcheskaia Literatuta, 1987, st. 52.)

(81 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio dá subsidiariedade: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995, pàssim.)

(82 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições.)

Assiste, assim, razão à corrente contrária à tradicional.

Espécies

Total - Quando toda a prestação obrigacional for perdoada, ficando o devedor absolutamente liberado.

Parcial - Se apenas parte da obrigação for perdoada. Pode ocorrer, outrossim, que o credor libere somente os acessórios, como a hipoteca, por exemplo.

Nesse caso, a relação principal fica inalterada, extinguindo-se só a hipoteca que lhe era acessória.

Expressa - Quando verbal ou escrita. Atente-se que, para os atos cuja forma seja escrita por exigência legal, a remissão deverá se dar por escrito.

Tácita - Quando o credor praticar atos que presumam remissão. Exemplo disto é a restituição espontânea do títul• da dívida, como a nota promissória.

Lógico que a mera restituição é tão-somente presunção de remissão. Para que esta se configure é necessária a ocorrência do elemento psíquico, o animus liberandi, ou vontade de perdoar.

9.7 Pagamento indevido

Ocorre pagamento indevido sempre que o devedor, por engano, pagar a quem não seja credor.

Daí decorrem duas regras gerais:

1ª Quem paga mal, paga duas vezes. Em outras palavras, se pagar à pessoa errada, devo pagar novamente à pessoa certa.

2ª Quem paga mal, tem direito a repetir o indébito,(83) ou seja, se pago à pessoa errada, devo pagar novamente à pessoa certa, mas fico com o direito de recobrar o que paguei por engano à pessoa errada. Caso contrário estaria ocorrendo enriquecimento ilícito.

Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido é todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica. Assim, se "A" paga a "B"

o que deveria pagar a "C", e "B" não restitui o que lhe foi dado por engano, teremos enriquecimento ilícito de sua parte.

Mas o pagamento indevido não é a única espécie de enriquecimento ilícito.

(83 Repetir o indébito é expressão arcaica, que significa pedir de volta (repetir) o indevido (indébito).

Outras causas há, como, por exemplo, o pagamento de dívidas sem a devida correção monetária. Se "A" toma 5100 emprestados e tempos depois paga os mesmos 5100, sem a devida atualização monetária, estará se enriquecendo ilicitamente, a não ser que se tenha pactuado o não reajustamento.

Os requisitos do enriquecimento sem causa são três:

1° Diminuição patrimonial do lesado.

2° Aumento patrimonial do beneficiado sem causa jurídica que o justifique.

3° Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro.

Apesar de a doutrina ter bem definidos os parâmetros do enriquecimento indevido, tal não ocorre com o Código Civil, que o não normatizou de forma sistemática.

Talvez devido a sua tradição romanista, uma vez que o Direito Romano não traçou suas bases normativas por inteiro.

De qualquer forma, o repúdio ao enriquecimento sem causa é princípio geral do Direito.

Voltando ao pagamento indevido, estudemos seus requisitos.

São requisitos do pagamento indevido e, portanto, da repetição (1) a realização de um pagamento, (2) a inexistência da relação obrigacional entre o devedor e a pessoa que recebeu por engano e (3) o erro da parte de quem pagou indevidamente.

Nem sempre, porém, o pagamento indevido poderá ser repetido.

Vejamos os casos em que isso pode ocorrer.

Primeiramente, não caberá repetição do indébito se o devedor pagar à pessoa errada, e esta, imaginando estar sendo paga por outra obrigação, inutiliza o título

da dívida (rasga a nota promissória, por exemplo), ou deixa prescrever a ação contra seu devedor, ou abre mão de garantias (fiança, hipoteca etc.) que asseguravam seu crédito. Neste caso, o devedor que pagou mal não poderá exigir a restituição, mas terá direito de cobrar do devedor da pessoa a quem pagou por engano.

Supondo que "A", por engano pague a "B" o que deveria ter pago a "C". "B" não terá que restituir o pagamento se rasgar a nota promissória que representava seu crédito junto a "D", imaginando que o depósito feito em sua conta foi realizado por "D", que lhe devia quantia igual à depositada por "A".

Em segundo lugar, é insuscetível de repetição o pagamento efetuado com fins ilícitos ou imorais. Assim, não tem direito à repetição o homem que paga à meretriz pelo uso de seu corpo, como também não o tem o cônjuge adúltero que suborna o outro para não acusá-lo de adultério.(84)

Mas se apenas o acipiente(85) age desonestamente, haverá direito à repetição por parte de quem paga.

(84 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XXVI, p. 152.) (85 Acipiente é o que aceita.)

Dessarte, se dou dinheiro a servidor público para que realize ato que deveria realizar gratuitamente, farei jus à repetição.

Enfim, quem paga obrigação natural, como as dívidas prescritas ou dívidas de jogo, também não terá direito à repetitio indebiti.

Resta falar, ainda, do pagamento indevido por ter sido entregue ao credor quantia ou coisa, além da que tinha direito. Haverá pagamento indevido, não obstante o devedor tê-lo efetuado à pessoa certa. Trata-se, na hipótese, de pagamento que extrapola ao devido. Caberá, indiscutivelmente, repetição do indébito, sendo restituído o excedente.

No mais, a respeito de pagamento indevido já falamos ao responder à pergunta "a quem pagar?".

l0 EFEITO INDESEJÁVEL DAS OBRIGAÇÕES: MORA

Mora é atraso culpável no cumprimento de obrigação, seja por parte do devedor,

em pagar, seja por parte do credor, em receber.

vemos, portanto, que a mora pode ser do devedor, quando se denomina mora soivendi, ou do credor, quando se denomina mora accipiendi. Estudemos detidamente cada uma delas.

10.1 Mora do devedor

a) Definição - Dá-se mora solvendi, quando o devedor injustificadamente não realizar o pagamento no momento oportuno.

b) Requisitos - Para que se caracterize a mora do devedor concorrem quatro fatores:

1° Exigibilidade, liquidez e certeza A dívida deve ser exigível, líquida e certa. Em outras palavras, a dívida deve estar vencida, pois só a partir do vencimento tornar-se-á exigível. Ademais deve ser líquida, ou seja, o montante da prestação deve ser conhecido, determinado. Deve ser certa, de causa indiscutível.

2° Culpa ou dolo do devedor, porque se justificável o atraso, não há falar em mora.

3° Possibilidade e utilidade do pagamento tardio, pois se este não mais tiver cabida, ou não mais interessar ao credor, não haverá mora, mas sim, inadimplemento. Podemos imaginar um exemplo em que o transportador de certa carga atrase a entrega por negligência sua, tornando-se impossível embarcá-la no navio, que só zarpará novamente muito tempo depois. Ora, neste caso, não mais interessa ao credor a entrega da mercadoria, incorrendo o transportador em inadimplemento e não em mora. Outro exemplo de fácil compreensão seria o da salgadeira que atrasa a entrega de salgados para uma festa, só os levando no dia seguinte. A hipótese não é de mora, pois que não interessam mais os salgados após a festa. Trata-se de verdadeiro inadimplemento.

4° Constituição em mora é fato que caracteriza o atraso do devedor, podendo ser ato do credor, quando teremos mora ex persona, ou pode advir da própria natureza da obrigação, quando teremos mora ex Te. Ocorre mora ex persona nas obrigações sem termo certo de vencimento.

Neste caso, para que se constitua, será necessária interpelação do devedor, por

meio de notificação ou por meio de protesto, dependendo do caso. Seus efeitos são ex nunc, isto é, só se produzem a partir da interpelação. Por exemplo, se João empresta 5100,00 a Manoel, sem data de vencimento, a obrigação só vencerá no dia em que João cobrar de Manoel. Em outras palavras, João terá que cobrar a dívida, para que, a partir daí, possam correr os juros de mora.

Também será ex persona nas obrigações quesíveis, pois estas só são pagas mediante interpelação do credor ao devedor. É o caso dos cartões de crédito que, embora vençam em dia certo, só se pagam a partir do recebimento da fatura, salvo estipulação em contrário.

A mora ex Te vem do próprio mandamento da Lei, com base na natureza da obrigação ou das circunstâncias. Assim, nas obrigações negativas, o devedor será constituído em mora desde o dia em que realizar o ato do qual se deveria ter abstido.

Nas obrigações provenientes de atos ilícitos, considera-se o devedor em mora, desde o momento em que o cometa.

Nas obrigações portáveis com termo certo de vencimento, dá-se mora com a simples falta do pagamento na tata oportuna. É o princípio dies interperiat pro bomine, ou seja, o dia interpela pelo homem. Em outras palavras, não é necessária nenhuma atitude do credor para que se constitua em mora o devedor. O próprio não pagamento no dia determinado já é o bastante para a caracterização da mora.

Esta modalidade de mora ex Te pode denominar-se mora ex tempore.

c) Efeitos - São efeitos da mora soivendi a efetivação do pagamento e a indenização por perdas e danos, advindos do atraso. O devedor, portanto, além de ter que efetuar o pagamento, ainda terá que reparar todos os prejuízos causados ao credor pelo atraso. Tal indenização pode vir sob a forma de juros de mora, de pena previamente fixada no contrato ou de cálculo posterior dos danos.

10.2 Mora do credor

a) Definição - Dá-se mora accipiendi, quando o credor, injustificadamente, se retardar em receber o pagamento da obrigação.

b) Requisitos - São basicamente os mesmos da mora do devedor. A obrigação

deve estar vencida, deve ser exigível, líquida e certa e o atraso do credor em receber deve ser culposo, devendo ser constituído em mora. Aplicam-se aqui as mesmas regras estudadas acima, com as devidas e simples adaptações.

c) Efeitos - São basicamente dois: isenção da responsabilidade do devedor e liberação dos juros de mora e da pena estabelecida no contrato, se houver pena previamente convencionada.

O devedor, para se eximir, poderá, sendo possível, consignar o pagamento.

10.3 Purga da mora

Purgar a mora é efetuar ou receber o pagamento, ainda que tardiamente.

Sendo a mora do devedor, a purga se dará, efetuando este o pagamento como os devidos juros e demais verbas indenizatórias.

Nas obrigações com termo essencial, ou seja, naquelas em que o pagamento tem que ser efetuado em determinado dia, sob pena de não mais ser útil, a emenda da mora só ocorrerá com a anuência do credor. Assim, se encomendo salgadinhos para festa no sábado, sua entrega no domingo dependerá de minha anuência, pois, em princípio, neste caso, o pagamento tardio não interessa mais.

Já nas obrigações com termo não essencial, a purga é aceita mesmo sem a anuência do credor. Se a obrigação, no exemplo anterior, fosse a de pagar 5100,00, a purga da mora não dependeria da anuência do credor.

Se a mora for de receber, isto é, se for do credor, deverá ele se oferecer a receber a coisa no estado em que se encontrar, com todas as suas conseqüências.(86)

l0.4 Cessação da mora

Termina a mora com a renúncia do credor, ou do devedor dos direitos que dela adviriam. A renúncia pode ser expressa ou tácita. Será tácita se o credor, por exemplo, aceitar o pagamento puro e simples, sem o acréscimo de juros e demais verbas indenizatórias, como se nenhum atraso houvesse ocorrido. O mesmo, na mora accipiendi, se o devedor, de própria vontade, pagar juros de mora, como se fosse ele o atrasado e não o credor.

(86 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 215 et seq.) 11

EFEITO INDESEJÁVEL DAS OBRIGAÇÕES: INADIMPLEMENTO

Ocorre inadimplemento, quando o devedor não realizar o pagamento da obrigação.

Tal fato pode dar-se de duas formas. Ou bem o inadimplemento se atribui a fato alheio à vontade do devedor, ou bem a fato atribuível ao devedor.

No primeiro caso não há culpa do devedor, e a obrigação simplesmente se extingue, restaurando-se o status que ante.(87) Dessa forma, se devido a caso fortuito o carro que o devedor tinha que entregar ao credor se destruir, a obrigação simplesmente não pode mais ser adimplida, extinguindo-se, pois. Se algo já se pagara ao devedor, este simplesmente restituirá ao credor o que recebera adiantado.

No segundo caso, o inadimplemento se deve a atitude do devedor, seja por culpa ou por dolo. Nesse caso, o credor terá direito a ser ressarcido por todos os prejuízos que sofrer. .

Como regra, o credor terá direito ao pagamento forçado da obrigação e, não sendo este mais possível, fará jus a seu equivalente em dinheiro. Para tanto, poderá executar o patrimônio do devedor, ou as garantias que asseguravam o cumprimento da obrigação, como a fiança, o aval, a hipoteca etc.

Mais à frente, no capítulo dedicado às obrigações oriundas dos atos ilícitos, estudaremos detidamente os elementos culpa e dolo, bem como a reparação dos danos.

12 TRANSFERÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES

A transferência das obrigações pode se dever à cessão de crédito ou à assunção de débito. Andemos, pois, a estudá-las.

12.1 Cessão de crédito

a) Definição - É o ato pelo qual o credor transfere a terceiro seu direito de crédito contra o devedor.

b) Natureza jurídica - É negócio jurídico bilateral, realizado entre credor e terceiro. Ao credor denominamos cedente; ao terceiro, cessionário. Negócio

jurídico que seja, não cria, entretanto, nova relação jurídica, transmitindo apenas a antiga ao terceiro cessionário. Daí temos as diferenças entre cessão de crédito, subrogação e novação, institutos que, à primeira vista, se parecem.

(87 status que ante significa "estado anterior" ou "situação anterior", devendo ser grafada no nominativo, status, e não no ablativo, status, como fazem alguns.)

Na sub-rogação, o vínculo obrigacional antigo não se desfaz, sendo o primitivo credor substituído por um novo, que efetua o pagamento no lugar do devedor, sub-rogando-se em todos os direitos do antigo credor. De ressaltar é o fato de o credor antigo ter seu direito satisfeito pelo sub-rogatário. João, fiador de Pedro, paga ao credor, sub-rogando-se em todos os seus direitos contra Pedro.

Na novação, o vínculo antigo se desfaz, criando-se novo vínculo obrigacional, sem que haja pagamento, ou seja, sem que haja satisfação do direito do credor.

João aceita que Pedro lhe pague com cheque de Manoel. Aceito o pagamento, Pedro se desvincula, criando-se nova relação, entre João e Manoel. se o cheque estiver sem fundos, João deverá cobrar de Manoel e não de Pedro, por força da novação.

A cessão de crédito tem em comum com a sub-rogação a permanência do vínculo antigo, que não se rompe, e com a novação, a inexistência de pagamento. O que acontece é que o credor cedente transfere seus direitos ao cessionário com todos os seus acessórios e garantias. O vínculo original se desloca da pessoa do cedente para o cessionário sem que haja pagamento.

Exemplo de cessão de crédito é a deixa testamentária, em que o cedente lega em testamento seu direito de crédito ao cessionário. Mas a causa pode ser também uma simples doação, em que o cedente doa seu crédito ao cessionário, ou até mesmo uma compra e venda, em que o cedente vende seu crédito ao cessionário, por preço mais baixo, é lógico. É o que ocorre, aliás, nos contratos de factoring. (88)

Não se deve, entretanto, falar em doação ou venda de crédito. Fala-se cessão gratuita ou onerosa. Quando se tratar de crédito ou qualquer outra espécie de direito, falar-se-á em cessão e não em doação ou venda.

c) Classificação

Cessão onerosa - Dá-se quando o cessionário paga pelo recebimento do crédito, como vimos na "venda" supra, que não se chama venda, mas cessão onerosa.

Cessão gratuita - Ocorre quando não houver nenhuma contraprestação por parte do cessionário que recebe o crédito, sem nada ter que dar em troca. É a "doação" do crédito, que não se chama doação, mas cessão gratuita.

Cessão voluntária - É a que emana da vontade livre do cedente e do cessionário.

(88 MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 559. "O contrato de faturização ou factoring é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração".)

Cessão legal ou necessária - Acontece por força de lei. Assim, se cedo meu crédito a alguém, estando ele garantido por hipoteca, estarei também cedendo esta, salvo estipulação contrária. O direito de hipoteca é cedido não por força da vontade, mas por força da Lei.

Cessão judicial - Tem origem em sentença judicial.

Cessão pro soluto - Ocorre quando o credor transfere seu crédito em pagamento a obrigação sua com o cessionário. João deve 5100,00 a Manoel. Joaquim deve 5100,00 a João. João, com a intenção de pagar a Manoel, cede-lhe seu crédito junto a Joaquim.

Cessão pro solvendo - Dá-se quando o credor transfere seu crédito em garantia de pagamento a obrigação sua com o cessionário. No exemplo anterior, a transferência do crédito, se fosse pro solvendo, não seria definitiva, mas apenas como garantia de pagamento.

d) Casos em que é proibida a cessão de crédito - As proibições decorrem da própria natureza da obrigação, da Lei ou de convenção entre as partes.

Assim, temos, por exemplo, que as obrigações intuitu personae não são passíveis de cessão por sua própria natureza. Um patrão não pode forçar seus empregados a trabalhar para outra pessoa. A natureza da prestação de trabalho é personalíssima.

Às vezes a própria Lei proíbe a cessão. Por exemplo, o pupilo não pode ceder crédito seu ao tutor.

Casos há, outrossim, em que o próprio contrato proíbe, quando será convencional a proibição.

e) Requisitos de validade

Subjetivos - Tanto o cedente quanto o cessionário devem ser capazes, principalmente para alienar e adquirir, respectivamente.

Objetivos - O objeto da cessão, ou seja, o crédito cedido, deve ser possível, tanto material quanto juridicamente.

Formais - A cessão, em princípio, tem forma livre. Pode ser até mesmo verbal.

Sendo escrita, seu instrumento será ou público ou particular.

Evidentemente, há casos em que a forma é essencial. Se seu objeto for direito sobre imóvel, como, por exemplo, hipoteca, deverá obrigatoriamente revestir forma pública. Sendo seu instrumento particular, só terá validade contra terceiros se inscrita no registro.

f) Responsabilidade do cedente - Quem cede crédito seu não tem, num primeiro momento, qualquer responsabilidade que não seja a própria existência e validade do crédito. Não responde, pois, o cedente, pelo inadimplemento ou insolvência do devedor. Mas se dolosamente ceder crédito inexigível, como, por exemplo, crédito já prescrito, responderá por isso junto ao cessionário. Se Manoel me deve 5100,00 e se cedo este crédito a Joaquim, não poderei ser responsabilizado se Manoel não pagar. Mas serei responsável, se, por exemplo, a dívida já estivesse prescrita, quando cedi meu crédito.

g) Efeitos da cessão - Quanto ao cessionário, este recebe o crédito como se achar, com todas as suas vantagens (acessórios e garantias) e desvantagens (prescrição etc.). Neste último caso, deve ser informado das desvantagens, pois, caso sejam omitidas dolosamente, terá direito de anular a cessão. Se o crédito fosse transmitido sem suas vantagens e ou desvantagens, teríamos novação subjetiva ativa, e não cessão de crédito.

Quanto ao devedor, uma vez notificado, nada pode fazer para impedir a cessão.

Só se desobriga pagando ao cessionário.

12.2 Assunção de débito

a) Definição - Segundo Orlando Gomes, assunção de débito, ou cessão de débito, é negócio jurídico por meio do qual terceiro assume a responsabilidade da dívida contraída pelo devedor originário, sem que a obrigação deixe de ser ela própria.

Em outras palavras, na assunção de débito não ocorrerá novação subjetiva passiva.(89)

No Direito Romano, a substituição do devedor só poderia ocorrer com novação, fosse mediante a delegatio ou mediante a expromissio, como estudamos acima. No Direito moderno passou-se a admitir a substituição do devedor, sem novação, pelo processo denominado assunção de débito ou de dívida.

A diferença básica entre a assunção de débito e a novação subjetiva passiva é que nesta, a relação obrigacional primitiva se extingue, sendo substituída por outra. Deve estar presente o animus novandi, vejamos exemplo: João toma empréstimo junto a Manoel, apresentando um imóvel em garantia. Teremos, portanto, empréstimo garantido por hipoteca. Se o pai de João propuser ao credor, Manoel, que libere João, assumindo ele, o pai, seu lugar, sendo a quitação, verdadeiramente, liberatória, tratar-se-á de novação, ficando extinta a obrigação antiga. O novo devedor passa a ser o pai de João. O importante é frisar que a hipoteca se extingue juntamente com antiga obrigação. Se a hipoteca não se extinguisse, não teríamos novação, mas assunção de débito. Apesar da liberação de João, a obrigação continuou a mesma, com todas as suas garantias; no caso, o imóvel hipotecado.

b) Espécies - A assunção de débito poderá ser causa mentis ou inter vivos.

Na assunção causa mentis, os herdeiros assumem as obrigações do defunto intra vires bereditatis, ou seja, dentro dos limites do patrimônio herdado.

(89 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., p. 263)

Fala-se, neste caso, em sucessão no débito. Frise-se, todavia, que a dívida será assumida pelos herdeiros com todas as vantagens e desvantagens. Se estava prescrita, por exemplo, continuará prescrita, e os herdeiros pagarão se quiserem.

Se era garantida por hipoteca, continuará garantida. Se assim não fosse, teríamos novação subjetiva passiva, e não assunção de débito.

A assunção inter vivos ocorre mediante delegação ou expromissão, sem novação.

Ocorre delegação, quando o devedor transfere o débito a terceiro, com o consentimento do credor.(90)

Trata-se de delegação imperfeita, que não gera novação. Se gerar, não haverá assunção de débito, mas novação subjetiva passiva, obtida por delegação novativa ou delegação imperfeita.

A delegação imperfeita pode ser privativa ou cumulativa.

Delegação privativa ou liberatória é a que libera o devedor primitivo, ocupando seu lugar terceiro, por ele indicado. João tomou emprestado a Joaquim 5100,00, apresentando como garantia um fiador. Por outro lado, emprestou a Manoel 5100,00. Em seguida, João pediu a Manoel que pagasse não a ele, mas a Joaquim.

Este, comunicado do fato, concordou, desde que o fiador continuasse responsável.

Assim, João foi exonerado com quitação plena. A dívida, entretanto, continuou a mesma, com todas as suas características e acessórios, inclusive a fiança, embora o devedor não fosse mais o mesmo. Houve delegação liberatória, sem novação. Caso Joaquim liberasse João e seu fiador, teria havido novação, e não assunção de débito.

Na delegação cumulativa, o devedor primitivo (delegante) indica um novo devedor (delegado), continuando, porém, obrigado perante o credor (delegatário).

A obrigação do delegante, em princípio, se presume subsidiária, isto é, o credor só poderá cobrar dele, se o delegado não pagar. Poderá ser, no entanto, solidária ou conjunta, dependendo da natureza da obrigação ou de disposição expressa.

Poderíamos citar como exemplo a transferência de fundo de comércio. Se um comerciante vende seu estabelecimento a outro continua solidariamente responsável junto com o adquirente por todos os débitos antigos, principalmente

os de ordem fiscal e trabalhista. Isto só ocorrerá na falta de estipulação a respeito do destino do ativo e do passivo do estabelecimento. De qualquer forma, nesta hipótese, o adquirente assume tacitamente os débitos, continuando o alienante, contudo, solidariamente responsável.(91)

A outra forma de assunção de débito é a expromissão. Também aqui é importante frisar que a expromissão não pode ser novatória, caso em que a assunção de débito se descaracterizaria.

(90 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., p. 268.)

(91 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, 1° v., p. 212.)

Expromissão é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa assume, espontaneamente, dívida de outra.(92)

Vejamos novamente um exemplo dado acima. João toma empréstimo junto a Manoel, apresentando um imóvel em garantia. Teremos, portanto, empréstimo garantido por hipoteca. Se o pai de João propuser ao credor, Manoel, que libere João, assumindo ele, o pai, seu lugar e se Manoel aceitar a proposta desde que a hipoteca continue vigente, teremos assunção de débito, sem novação, mediante expromissão. Por outro lado, se a quitação fosse, verdadeiramente, liberatória, tratar-se-ia de novação, ficando extinta a obrigação antiga. O novo devedor passaria a ser o pai de João. O importante é frisar que a hipoteca tem que se extinguir juntamente com antiga obrigação, para que haja novação. Caso contrário, haveria assunção de débito.

13 EXECUÇÃO COATIVA

Sem entrar em questões léxicas, se o adjetivo "coativa" seria ou não adequado para qualificar o termo execução no sentido aqui utilizado, podemos definir execução coativa como sendo a ação do credor sobre o patrimônio do devedor, com vistas a forçá-lo ao pagamento da obrigação.

Vimos que o efeito normal de uma obrigação é o pagamento espontâneo efetuado pelo devedor. Caso, porém, este culposamente se recuse a tal, o credor dispõe da força coativa do Estado, incorporada no Poder Judiciário, a fim de coagir o devedor ao adimplemento. Para tanto, tem a sua disposição, garantindo genericamente seu direito, todo o patrimônio do devedor, do qual retirará tantos

bens quantos sejam necessários para a satisfação de seu crédito.

O Código de Processo Civil regula o processo de execução, meio pelo qual se desenrola a execução coativa.

Mas para que o credor tenha direito de propor a ação executiva, é essencial que possua um título, ou seja, documento que prove irrefragavelmente seu direito líquido e certo contra o devedor. Este título é chamado de título executivo e pode tratar-se de sentença ou de título extrajudicial. De posse de um desses títulos, será facultado ao credor o ingresso na Justiça, via ação executiva, requerendo ao juiz a penhora dos bens do devedor, para que sejam vendidos em hasta pública e satisfeito seu crédito.

(92 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., p. 273.)

Que é, porém, título executivo extrajudicial?

São títulos extrajudiciais o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio, a duplicata e muitos outros. Com um desses títulos, o credor pode intentar diretamente a ação executiva, visto que seu direito não carece de prova suplementar. O título já é prova suficiente da dívida.

A segunda pergunta que se faz é: e se o credor não possuir um desses títulos extrajudiciais? Suponhamos caso em que um médico realize cirurgia em seu cliente, e este não lhe pague os honorários. Ora, o médico não possui nenhum documento em mãos que lhe garanta o direito líquido e certo de receber. Não poderá, portanto, intentar ação executiva. Necessita primeiro de um título executivo. Este título o médico obterá propondo outra ação, chamada ação sumária de cobrança.

Na ação de cobrança provará ao juiz seu direito de receber. O cliente, por sua vez, terá assegurado, em sua plenitude, o direito de se defender. Julgado o caso a favor do médico, o juiz formula sentença, condenando o cliente a pagar, não só os honorários médicos corrigidos e com juros, como também as custas processuais e os honorários advocatícios. Agora sim, o médico dispõe de título executivo, ou seja, a sentença condenatória, podendo, finalmente, propor a ação executiva, caso seu cliente não cumpra, espontaneamente, o que lhe foi determinado na sentença.

Capítulo XVII - DIREITO DE FAMÍLIA

1 - Introdução

2 - Casamento

2.1 Definição

2.2 Natureza jurídica

2.3 Caracteres jurídicos

2.4 Finalidades

2.5 Casamento civil e religioso

2.6 Habilitação para o casamento

2.7 Impedimento matrimoniais

2.8 Celebração do casamento

2.9 Prova de casamento

2.10 Efeitos do casamento

2.11 Regimes de bens

2.12 Extinção do casamento

2.13 Casamento inexistente

2.14 Casamento irregular

2.15 Casamento putativo

3 - Concubinato

4 - Parentesco

4.1 Espécies de parentesco

4.2 Graus de parentesco

5 - Filiação

5.1 Presunção de paternidade

5.2 Prova de maternidade

5.3 Prova pela posse do estado de filho

5.4 Contestação da paternidade

5.5 Impugnação ou desconhecimento da paternidade

5.6 Contestação de maternidade

5.7 Ação de vindicação de estado

5.8 Ação de investigação de paternidade

5.9 Reconhecimento da paternidade

5.10 Adoção

6 - Pátrio poder

6.1 Definição

6.2 Conseqüências do pátrio poder à pessoa dos filhos

6.3 Conseqüências do pátrio poder quanto aos bens dos filhos 6.4 Cessação do pátrio poder

6.5 Suspensão do pátrio poder

6.6 Perda do pátrio poder

7 - Tutela

7.1 Definição

7.2 Nomeação do tutor

7.3 Espécies de tutela

7.4 Incapacidade para o exercício da tutela

7.5 Pessoas que podem se escusar da tutela

7.6 Exercícios da tutela

7.7 Cessação da tutela

7.8 Prestação de contas

8 - Curatela

8.1 Definição

8.2 Nomeação do curador

8.3 Prestação de contas

9 - Alimentos

9.1 Definição

9.2 Sujeito ativo e passivo de alimentos

9.3 Prestação de alimentos

DIREITO DE FAMÍLIA

1 INTRODUÇÃO

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado.(1)

No Ocidente, a família e tudo o que gira em torno dela nem sempre foram como hoje. Para traçar parâmetro, devemos retroagir no tempo em busca de nossas raízes greco-romanas. Tanto na cultura grega, quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual.

Para nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos, sob a liderança do pai, a família era conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes.(2)

As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

O pater-famiiia, era, assim, senhor absoluto da domus.(3) Era o sacerdote que

presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Com o passar dos séculos, o poder desse pater-famiiias deixou de ser tão absoluto assim. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal.

A adoção do catolicismo em nada mudou essa estrutura. Muito pelo contrário, adicionou a ela toda uma carga de patriarcalismo puritano, herança direta do judaísmo pauliano.

Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada (1 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, passim.)

(2 A clientela era formada por homens livres, normalmente escravos libertos e estrangeiros, que se submetiam ao poder de um senhor, oferecendo-lhe seus préstimos e seu patrimônio, em troca de proteção. A clientela desapareceu em Roma no período republicano isto a.C.- a 27 a.C.)Pai de família. Era o pai, senhor absoluto de sua família.)

(3 Domus significa casa, no sentido de célula familiar. Houseboid em inglês.) Revolução sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol.

É também a Revolução sexual que põe em cheque os padrões morais da sociedade ocidental.

Os gregos e, principalmente os romanos, berço de nossa civilização, podem, de um modo geral, denominar-se liberais relativamente aos costumes e à religião.

Em poucas palavras, a cultura antiga praticava o ecumenismo religioso e era muito liberal em termos de costumes, isso se comparada à cultura puritana que prevaleceu desde a Idade Média, até a Revolução sexual dos anos 60.

A adoção do catolicismo introduziu dois elementos estranhos: o puritanismo judaico e a ditadura religiosa.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de são Paulo,(4) censurou os costumes, procurando alinhar os homens dentro de estritos [imites morais. O

resultado, como podemos nós mesmos verificar, foi o império absoluto da hipocrisia.

O homem era e é instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao puritanismo. A contradição é óbvia. Como poderia o homem praticar o sexo em abundância, como era instigado desde a infância a fazer, se à mulher eram proibidos o prazer e o sexo fora do casamento? Com quem haveria o homem de se deitar?

A resposta é evidente: com prostitutas ou com outros homens.

Mas tanto a prostituição, quanto o homossexualismo eram severamente censurados. Quanta complicação, quanto tabu, quanto preconceito, quanta hipocrisia em torno de algo tão simples e natural: o sexo.

Foi somente após a Revolução sexual dos anos 60 de nosso século XX, que as coisas começaram a melhorar.

Em primeiro lugar, a Igreja Católica começa a rever sua doutrina em busca do verdadeiro cristianismo; aquele do amor ao próximo e da responsabilidade. A única regra moral é a do amor ao próximo. Tudo o que não ferir esta norma é moral, é permitido ou, quando nada, tolerado. O ser humano é responsável por seus atos e por seu destino. Cada indivíduo tem livre arbítrio sobre sua vida e seus caminhos.

Talvez, por isso mesmo, por estar se voltando para o verdadeiro cristianismo, dando aos homens a oportunidade de se amarem livremente e atribuindo-lhes toda a responsabilidade por seu destino, talvez por isso, a Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo momento, em todo canto. Parece que as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grilhões do demônio. Em certos cultos pentecostais, fala-se mais do diabo que de Deus.

(5 KERSTEN, Holger. Jesus iebte in Indien. München: Dròmer/Knaur, 1983, S.

34/35.)

Fato é, porém, que a família contemporânea mudou, apesar das forças reacionárias.

Embora continue patriarcal a sociedade, o homem, hoje, já não exerce mais a liderança absoluta em sua casa. O papel da mulher se torna cada vez mais ativo e importante. O sustento do lar é provido por ambos; os papéis ativo e passivo se revezam. Em outras palavras, ora manda o homem, ora manda a mulher. Depende do assunto e do momento.

Daí, pode-se muito bem conjecturar que, na atualidade, masculino e feminino sejam, talvez, antes de tudo, papéis exercidos por cada um de nós, em diferentes conjunturas. Na verdade, se levarmos em conta que masculino é o que manda, é o ativo e feminino o que obedece, o passivo, verificaremos que nem sempre será o homem a exercer o papel masculino e a mulher o feminino. Muitas das vezes pode observar-se certo revezamento de papéis. Ora manda o homem, ora a mulher. Há também e ainda as distorções, ou seja, há casais em que o homem sempre manda e a mulher sempre obedece, ou vice-versa.

Com base nessa tese de que masculino e feminino, ativo e passivo respectivamente, são na verdade papéis exercidos por homens e mulheres de modo alternado, com base nisso, a concepção de família vem mudando. Há ordenamentos jurídicos que já reconhecem a união entre indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhe proteção legal adequada. Devemos ter em mente que, se por um lado o sexo genital é o mesmo, por outro lado os papéis desempenhados pelo casal são diferentes, ou seja, masculino e feminino, alternadamente, ora por um, ora por outro.(6)

No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito.

A Constituição Federal de 1988 considerou célula familiar a união estável entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes. Com isso, deu-se o pontapé inicial para nova visão de família. Em outras palavras, o primeiro passo foi dado: desvinculou-se família de casamento. Dado o primeiro passo, o terreno tornou-se fértil para novos avanços, e o legislador não perdeu tempo. Duas novas Íeis, uma em 1994 e outra em 1996, foram editadas para regulamentar e dar proteção ao concubinato puro, não adulterino. Outras ainda virão, em seu devido tempo, a despeito da ferrenha oposição de alguns retrógrados e de outros tantos falsos profetas.

Mas qual seria o futuro da família ocidental?

Responder a essa pergunta é impossível. As injunções históricas são as mais sub-reptícias, mudando o curso de todas as previsões que se possa fazer. As inovações e descobertas médicas revolucionam o mundo moderno a cada instante.(7) (6 LACAN, Jacques. O seminário. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, passim. ROUSTANG, François.

Lacan - do equivoco ao impasse. Rio de Janeiro: Campus, 1988, passim.) (7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. O sino do samuei. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, março-97)

O tema deve ser analisado, porém, da forma mais aberta possível, sem preconceitos ou falsos critérios religiosos. O amor ao próximo deve ser a única regra a nos guiar nesses meandros tão conturbados.

2 CASAMENTO

2.1 Definição

Muito embora sejam instituições distintas para nosso Direito, ainda é no casamento que vem se alicerçando a família. Por isso, nosso estudo do Direito de Família partirá do casamento.

Segundo nosso Direito em vigor, casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família.

É união estável, diferenciando-se de simples namoro ou noivado, situações que não vinculam o casal.

É união formal, com rito de celebração prescrito em lei, diferenciando-se do concubinato que é união livre, embora também receba tratamento legal.

Apesar de o Código Civil não mencionar explicitamente, deve ser contraído entre homem e mulher, isto é, entre pessoas de sexo genital oposto. No Brasil ainda não se aplica, para este efeito, a teoria dos papéis masculino e feminino, que vimos acima.

O objetivo do casal será, como regra, o de obter satisfação e amparo recíprocos.

A constituição de família é conseqüência inexorável, haja filhos ou não. Há quem entenda que só se pode falar em família, havendo filhos. Na realidade, o que se pode dizer é que o termo família admite duas acepções: uma ampla e uma estrita.

Lato sensu, família é a reunião de pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou concubinato, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes. stricto sensu, família é a reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas de um dos pais com seus filhos.(8)

Sendo assim, é nos dois sentidos quê se diz ser objetivo do casamento a constituição de família. Mesmo não havendo filhos, a união de homem e mulher

forma uma família, principalmente se levarmos em conta o Direito das Sucessões, dentre outros fatores psico-sócio-econômicos.

(8 MIRANDA, Pontes de. Tratado. Op. cit., v. VII, p. 174.) 2.2 Natureza jurídica

Definido o casamento em seus principais contornos, qual seria sua natureza? Com que outro instituto jurídico se afeiçoaria o casamento? seria ele contrato?

Seria instituição social? Ou teria outra natureza?

Duas correntes principais se delineiam no Direito Ocidental.

Os primeiros defendem a natureza institucionalista do casamento. Para eles, casamento é instituição social, na medida em que é conjunto de regras aceitas por todos para regular as relações entre esposos.

Os segundos defendem a natureza contratual do casamento, enquanto acordo de vontades. O fato de ter disciplina diferente dos demais contratos de Direito Privado, não o torna menos contrato, mas contrato especial, sai generis.

Outros há ainda que dizem ter o casamento duas naturezas: enquanto celebração, é contrato; enquanto vida comum, é instituição social.

2.3 Caracteres jurídicos

No Direito Brasileiro, o casamento é ato formal, plurilateral, intuitu personae, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente.

Formal, porque sua celebração é solene. se preterido algum requisito de forma, o casamento se considerará inválido ou mesmo inexistente.

Plurilateral, por exigir a participação de duas vontades que não se contrapõem, mas, pelo contrário, caminham na mesma direção, rumo ao mesmo norte.

É intuitu personae, pois se baseia principalmente na confiança e nos laços afetivos do casal.

É dissolúvel, uma vez que pode ser desfeito por ato contrário, qual seja, o divórcio.

Por fim, deve ser realizado entre pessoas de sexo genital diferente.

2.4 Finalidades

Com o atual desenvolvimento do Direito de Família, as finalidades jurídicas do casamento se tornam cada vez mais difíceis de se detectar.

Segundo o Cânone 1.013 do Código de Direito Canônico da igreja Católica Romana, são finalidades do casamento, num primeiro plano a procriação e a educação da prole. Num segundo plano, a mútua assistência e a satisfação sexual.

Devemos ter em mente que a igreja não admite o sexo e a procriação fora do casamento, que para ela é sacramento instituído por Jesus.

Fora da esfera religiosa, podemos apontar finalidades sociais para o casamento, que ainda é importante, conferindo ao casal certa respeitabilidade.

Mas, nos estritos limites do Direito, tornaram-se escassas as finalidades do casamento.

A procriação não é, uma vez que ocorre independentemente de casamento.

- satisfação sexual tampouco, pelo mesmo motivo.

Constituir ou legitimar a família não é. A Constituição de 1988 conferiu legitimidade à família, que pode constituir-se independentemente de casamento.

Dar tratamento adequado aos filhos, protegendo seus direitos, também não é finalidade jurídica do casamento, visto que a Constituição de 1988 concede aos filhos, havidos ou não na constância do casamento, a mesma proteção e as mesmas prerrogativas.

Talvez hoje tenha sobrado para o casamento, na esfera jurídica, alguma finalidade de caráter econômico. De fato, para melhor se resguardar patrimonialmente, a melhor opção, talvez, ainda seja o casamento.

2.5 Casamento civil e religioso

Consagra o texto constitucional de 1988 o princípio de que é válido civilmente o

casamento religioso. Este o conteúdo do art. 226, § 2° da Constituição Federal.

Não obstante ter o casamento religioso validade legal, devemos esclarecer que a Lei não dispensa os trâmites cartorários que antecedem a cerimônia nupcial.

O que a Lei dispensa é a celebração de duas cerimônias, uma civil e outra religiosa.

Basta uma, embora na prática seja comum ver-se a celebração das duas.

Esta regra vigora desde a Constituição de 1937, que admitia o casamento religioso com efeito civil, desde que corresse em cartório o processo para a verificação dos impedimentos matrimoniais. Celebrado o casamento, a certidão fornecida pela igreja seria, depois, registrada em cartório, que emitiria a certidão de casamento. A Lei n. 1.i10/41 veio consolidar e regulamentar o princípio, mais uma vez consagrado pela Constituição de 1988.(9) Observe-se, por fim, que para que o casamento religioso tenha valor, é necessário que seja celebrado por ministro de religião organizada e reconhecida.

2.6 Habilitação para o casamento

Habilitação para o casamento é processo que corre perante o oficial do Registro Civil e que tem por fim evidenciar a aptidão dos nubentes para o casamento. Na verdade, o processo de habilitação visa verificar se os noivos não são impedidos para o casamento. Se realmente podem se casar.

(9 MIRANDA, Pontes de. Tratado. Op. cit., v. VII, p. 327) Esse processo compreende quatro etapas: documentação, proclamas, certidão e registro. Desenrola-se segundo os arts. 67/69 da Lei de Registros Públicos.

a) Documentação - Nessa primeira etapa, o cartório requisitará dos noivos uma série de documentos, de acordo com o Código Civil. Assim é que deverão ser apresentados, por cada nubente, certidão de nascimento; declaração de estado civil, domicílio e residência dos contraentes e seus pais; autorização dos responsáveis, se forem menores de 21 anos; declaração de duas testemunhas capazes, que atestem não haver impedimentos matrimoniais; atestado de óbito ou certidão de divórcio, conforme o caso; etc.

Apresentados e verificados os documentos, inicia-se a segunda etapa, qual seja, os proclamas.

b) Proclamas - É o edital, que será afixado por quinze dias no mural do cartório, após a apresentação dos documentos.

O objetivo dos proclamas é o de comunicar ao público em geral a intenção dos noivos de contrair núpcias. Assim, qualquer pessoa poderá opor-se ao casamento, se souber de algum impedimento. Para tanto, basta apresentar-se perante o oficial do Registro e provar a existência do impedimento.

Os proclamas serão também publicados em jornal local, se houver.

Em seguida, o processo será encaminhado ao Ministério Público, que sobre ele opinará. se a opinião do promotor de justiça não for favorável ao casamento, o processo será remetido ao juiz, que dará a última palavra.

O juiz poderá dispensar os proclamas, em caso de urgência (por exemplo, enfermidade de um dos nubentes). Para tanto, é necessário requerê-lo e apresentar prova da urgência. O Ministério Público será ouvido.

Os proclamas, como visto, ficarão afixados no mural do cartório durante quinze dias. Após este período, encerra-se essa segunda etapa, sendo emitida a certidão de habilitação para o casamento.

c) Certidão - A certidão de habilitação para o casamento será emitida com o encerramento dos proclamas. Terá validade de três meses, após os quais caducará, perdendo sua validade. Em outras palavras, os noivos terão três meses para celebrar suas núpcias. se este prazo transcorrer in aibis, ou seja, sem que se celebre o casamento, a certidão perderá a validade e o processo de habilitação deverá ter início outra vez.

d) Registro - O processo de habilitação se encerra realmente com o registro dos editais (proclamas) no cartório que os haja publicado.

2.7 Impedimentos matrimoniais

Impedimentos matrimoniais são causas que tornam o casamento impossível para ambos ou um só dos noivos.

Há impedimentos de duas categorias.

A primeira categoria congrega os chamados impedimentos dirimentes. Pi que

dirimentes? Porque impedem a realização do casamento e, se por acaso e ocorrer, torna-o inválido, pondo-lhe fim. Os impedimentos dirimentes podem si públicos ou privados.

A segunda categoria é a dos impedimentos meramente impediente impedientes, porque impedem a realização do casamento; mas, se ele por acas ocorrer, será válido, sofrendo sanção indireta, que veremos mais adiante.

Estudemos cada uma dessas categorias.

a) Impedimentos dirimentes

Impedimentos dirimentes públicos

Incesto - incesto é união entre certos parentes. Para o Direito é considerado incestuosa a união dos parentes em linha reta, ou seja, pais, avós, bisavós, filhos netos, bisnetos etc.

Estes parentes não podem se casar entre si, ainda que o parentesco seja por adoção. Tampouco podem se casar os parentes em linha reta por afinidade como, por exemplo, o sogro com a nora, a sogra com o genro, ainda que sejam viúvos ou divorciados.

Também se considera incestuoso o casamento entre irmãos, mesmo que um deles ou ambos tenham sido adotados.

Por fim, os parentes em linha colateral de terceiro grau, isto é, tios e sobrinhos, só podem se casar com autorização judicial, de acordo com o Decreto-Lei n 3.200/41. O objetivo é evitar deturpações de linhagem, devendo o juiz exigir parecer médico, para autorizar as núpcias.

Bigamia - Não podem se casar as pessoas já casadas.

Adultério - O cônjuge adúltero não poderá casar-se com seu cúmplice, mesmo após o divórcio ou viuvez. Entretanto, para que tenha valor o impedimento, é necessário que os adúlteros tenham sido condenados por crime de adultério.

Homicídio - Ninguém poderá casar-se com quem quer que tenha matado ou tentado matar seu cônjuge. Para que valha o impedimento, o autor do homicídio ou tentativa deverá ter sido por tal condenado criminalmente.

Impedimentos dirimentes privados

Coação - Ninguém poderá casar-se sob coação, seja ela física ou moral.

Denunciada a coação, o casamento não se realizará.

Rapto - O raptor não pode casar-se com a raptada na constância do rapto.

Ausência de idade mínima - A Lei impõe idade mínima para o homem e a mulher se casarem. O homem deverá ter no mínimo 18 anos e a mulher, 16 anos.

Abaixo dessa idade, não haverá casamento, nem mesmo com o consentimento dos pais, somente o juiz poderá consentir, e mesmo assim, em dois casos: se a mocinha estiver grávida, ou para evitar condenação criminal para o rapaz, naqueles crimes em que o casamento abole a condenação, como no crime de sedução.

Ainda assim, nestes casos, o juiz, se entender necessário, determinará a separação de corpos, até que os cônjuges atinjam idade adequada.

Uma questão deve ser esclarecida. A Constituição de 1988 adota o princípio da igualdade entre os sexos. Sendo assim, adotando-se a idade de 16 anos para a mulher e de 18 para o homem, não se estaria fazendo distinção entre eles? Não haveria aí alguma inconstitucionalidade?

Em primeiro lugar, homem e mulher são naturalmente desiguais.

Para se lhes dar igualdade de direitos, é essencial que se respeitem essas desigualdades naturais. E tratando-se desigualmente os desiguais, que se os iguala.

No caso em tela, é de todos sabido que a mulher se desenvolve mais cedo do que o homem, daí o tratamento desigual, para atingir a igualdade. Em outras palavras, uma moça de 16 anos tem mais ou menos a mesma maturidade de um rapaz de 18. Este foi o raciocínio do legislador, em 1916.

Mesmo porque, a se discordar desse critério, adotando-se uma só idade, qual delas escolher? 16 ou 18?

A este respeito, ensina João Batista Vilella,(10) que a igualdade do art. 226, §

5° da Constituição Federal carece ser regulamentada. Entende o mestre que o princípio é mera advertência para o intérprete, devendo ser aplicado sempre que possível. Na mesma esteira, Segismundo Gontijo, com sua vasta experiência nas lides de Direito de Família, e José Alfredo de Oliveira Baracho, interpretando o texto constitucional.(11)

Incapacidade - A mulher até os 16 e o homem até os 18 anos não podem se casar, como regra. Mas e entre essa idade e os 21 anos? Poderiam eles contrair núpcias?

(l0 VILELLA, João Batista. Sobre a igualdade entre homem e mulher. In: Direitos de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 96.) (11 GONTIJO, Segismundo. A igualdade conjugal. In: Direitos de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 103 et seq. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Código Civil. Anteprojetos, v. 5, t.2, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, p. 21-22.)

A resposta é afirmativa. Podem, desde que obtenham o consentimento dos pais ou do tutor, sem este consentimento, serão considerados impedidos por incapacidade para consentir.

Basta a autorização do pai ou da mãe, que exercem solidariamente o pátrio poder, se um consentir e o outro discordar, o caso poderá ser decidido judicialmente.

São também incapazes de contrair matrimônio os loucos de todo o gênero e os silvícolas. Estes, desde que o casamento seja segundo nossas leis, é lógico.

b) Impedimentos impedientes

Confusão de patrimônios - Está impedida para o casamento, a pessoa viúva que não houver partilhado os bens conjugais com os filhos do defunto. A norma visa evitar que o patrimônio de um casamento se misture com o do subseqüente.

Confusão de sangue - A mulher, cujo casamento tenha sido anulado, ou que se tenha enviuvado, não poderá convolar novas núpcias, antes de l0 meses da anulação ou da viuvez. O objetivo é o de evitar que a mulher se case grávida do antigo marido e que o filho venha a ser tido como se fosse do segundo.

Hoje em dia a regra não tem mais cabimento, tendo em vista a facilidade e

confiabilidade dos testes de gravidez.

Contas da tutela ou curateia - Terminando a tutela ou curatela, tanto o tutor quanto o curador devem prestar contas ao Juiz e ao Ministério Público. Antes de aprovadas essas contas, estarão impedidos de se casar com o antigo pupilo ou curatelado.

Autoridades - O Juiz e o Escrivão, bem como seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos não podem se casar com órfão ou viúva residente na comarca.

A norma, embora formalmente em vigência, na prática não é e talvez nunca tenha sido observada, por ser totalmente absurda.

c) Oposição dos impedimentos - Opor impedimento é apontar uma das causas vistas acima, a fim de ensejar a autoridade competente, seja o oficial do Registro, seja o Ministério Público, seja o juiz ou o celebrante a cancelar o processo de casamento. O impedimento é, assim, oposto antes ou durante a cerimônia nupcial.

Uma vez que esta se conclua, o casamento estará realizado, devendo ser anulado, se for o caso.

Para melhor estudar a oposição dos impedimentos, respondamos a algumas perguntas.

1º Quem pode opor os impedimentos?

Os impedimentos dirimentes podem ser opostos por qualquer pessoa, inclusive de ofício pelo Juiz, Oficial do Registro ou Promotor de Justiça.

Já os impedimentos impedientes só poderão ser opostos pelos parentes em linha reta, seja o parentesco consangüíneo ou afim;(12) pelos irmãos e cunhados e pelo ex-marido para evitar a turbatio sanguinis.(13)

Na verdade, o direito do ex-marido é deduzido por interpretação lógica, uma vez que a Lei é omissa a respeito.

2º Quando opor os impedimentos?

Na fase dos proclamas, junto ao Oficial do Registro Civil. A oposição também será lícita durante a cerimônia nupcial, quando o impedimento será oposto ao celebrante, seja ele o juiz de paz ou o ministro religioso.

3º Como opor os impedimentos?

O oponente deve se apresentar em pessoa, sendo devidamente qualificado.

Em outras palavras, não se admite oposição anônima de impedimento.

As alegações serão reduzidas a escrito, devendo o documento ser, em seguida, assinado pelo oponente.

O oponente deverá provar que é maior e capaz. Também deverá provar o que estiver alegando, ou indicar o local onde se encontra a prova. Poderá provar o alegado por testemunhas, em mínimo de duas.

Se se tratar de impedimento impediente, o oponente deverá provar que é pessoa habilitada a realizar a oposição.

O escrivão ou celebrante dará aos nubentes a nota do impedimento, com a informação de quem o opôs, bem como a indicação do fundamento e das provas, não se emitindo a certidão de habilitação ou suspendendo-se a cerimônia.

Aos noivos caberá apresentar prova contrária ao impedimento, perante o Juiz competente, que decidirá a questão, em processo judicial próprio.

2.8 Celebração do casamento

De posse da certidão de habilitação para o casamento, os noivos estarão aptos a requerer ao juiz de paz ou ao ministro religioso que lhes marquem dia, hora e local para que se realize a cerimônia nupcial.

A cerimônia ocorrerá a portas abertas, ainda que em casa particular. Deverão estar presentes os noivos e mais duas testemunhas. serão quatro, se em casa particular e um dos nubentes não souber escrever.

(12 Parentes em linha reta são os descendentes (filhos, netos etc.) e os ascendentes (pais, avós etc.).

Parentesco por afinidade é o parentesco entre uma pessoa e os parentes de seu cônjuge.

Parentes em linha reta por afinidade são os sogros, os pais dos sogros etc.) (13 Confusão de sangue.)

O celebrante deverá interrogar a cada um dos noivos, se é de sua vontade livre receber o outro em casamento. A resposta, seja positiva ou negativa, deverá ser em alta voz. Se positiva, será pura e simples. Em poucas palavras, não se admite aceitação condicional; ou é sim ou não; não se pode aceitar sob certa condição.

Se a resposta for negativa, a cerimônia ficará suspensa, podendo aquele que disse não retratar-se vinte e quatro horas depois, quando nova cerimônia se celebrará.

Pronunciado o "sim" por ambos os nubentes, o celebrante proferirá a fórmula do art. 194 do Código Civil, dando os noivos por casados.

Há casos em que a cerimônia deverá ser suspensa. São, a saber, três.

Em primeiro lugar, quando houver oposição séria de algum impedimento.

Em segundo lugar, quando um dos noivos disser não ou ficar calado, diante da pergunta feita pelo celebrante, se seria de seu desejo casar-se com o outro.

Por fim, se um dos responsáveis pelo incapaz (pais ou tutor), retirar sua autorização, o que pode ocorrer até o último minuto.

Celebrado o matrimônio, será lavrado o assento do casamento no livro de registro. Neste assento, que seria uma espécie de ata do casamento, deverá constar a assinatura dos cônjuges, do celebrante e das testemunhas, além do nome, profissão, data de nascimento e endereço dos cônjuges, de seus pais e das testemunhas; a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; a relação dos documentos apresentados ao oficial do Registro e, por fim, o regime de bens do casamento.

Deste livro de registro em que se lavrou o assento, será extraída a chamada certidão de casamento.

O casamento poderá ser celebrado, mesmo ausente um ou ambos os nubentes.

Neste caso, o ausente deverá conferir procuração a alguém, outorgando-lhe poderes especiais para convolar núpcias em seu nome. Este procurador comparecerá à cerimônia, representando o noivo ausente.

Enfim, resta falar do casamento nuncupativo.

Em alguns casos, há urgência na celebração do casamento. Um dos noivos pode estar em seus últimos momentos de vida, por exemplo. Nesses casos, qualquer pessoa está autorizada a celebrar a cerimônia nupcial, desde que presentes seis testemunhas, as quais não podem ser parentes em linha reta, nem irmãos dos noivos.

Celebrado o casamento, contar-se-á o prazo de cinco dias, dentro do qual será instaurado processo judicial, para o fim de ser o casamento confirmado pelo Juiz (art. 76 da Lei de Registros Públicos), que ouvirá as testemunhas e verificará se não há impedimento nupcial. A sentença que julgar procedente o pedido de confirmação, será transcrita no Livro de Registro de Casamentos, do qual se extrairá a certidão de casamento.

O casamento assim celebrado se denomina nuncupativo.

2.9 Prova do casamento

A prova do casamento pode ser direta ou indireta.

Direta e cabal é a prova que se constitui da certidão de casamento, extraída do livro em que se lavrou o assento. Mas e se a certidão e o livro de registro se perderem?

O cartório pode pegar fogo, por exemplo. Nesses casos, é admitido que se prove o casamento por qualquer meio lícito e moral. Pode-se prová-lo, por exemplo, com a certidão de nascimento dos filhos, em que consta serem os pais casados; por intermédio de testemunhas, principalmente as que atuaram como testemunhas nupciais, vulgarmente denominadas padrinhos de casamento; ou através de qualquer outro meio de prova admitido em Direito (art. 136 do Código Civil).

A prova indireta é concedida aos filhos, quando os pais forem falecidos, dementes ou ausentes, desde que a ausência tenha sido declarada judicialmente.

Nesses casos, não dispondo os filhos da certidão de casamento, nem de nenhum meio de obtê-la, poderão fazer a prova de que seus pais eram casados pela chamada posse do estado de casados.

Possuem estado de casados aquelas pessoas que atendam a três requisitos: nome, tratamento e fama - nomen, tractatus, fama. Por outros termos, a mulher usa o sobrenome do marido; ambos se dispensam de forma pública o tratamento de casados e gozam junto à sociedade a fama de casados. Preenchidas as três condições, pode-se dizer que o casal tem a posse de estado. Os filhos podem, então, fazer uso dessa posse de estado para provar que seus pais eram casados, obtendo com isso os benefícios que a Lei conferia aos filhos de pessoas casadas.

Hoje em dia, depois que a Constituição de 1988 equiparou os filhos, tenham eles vindo à luz na constância do casamento ou não, perdeu o sentido a prova do casamento pela posse do estado de casados, pelo menos para fins de proteção aos filhos.

2.10 Efeitos do casamento

O principal efeito do casamento, até a Constituição de 1988, era o de constituir família legítima ou de legitimá-la, se já existisse. Com o advento da nova Lei Magna, a família se desvinculou do casamento, dele não necessitando para se considerar legítima.

Não obstante, o casamento continua produzindo outros efeitos. Dentre eles podemos destacar, na esfera pessoal:

a) fidelidade recíproca - o adultério ainda é tipificado como crime pela Lei Penal; b) vida em comum no domicílio conjugal, que não é mais fixado pelo marido, mas pelo casal; c) mútua assistência;

d) sustento, guarda e educação dos filhos, se bem que este efeito subsista como dever dos pais, mesmo sem casamento. Seria mais efeito da paternidade, embora não deixe de ser também do casamento.

Na esfera patrimonial, os principais efeitos do casamento são: a) assistência pecuniária recíproca e aos filhos. A assistência pecuniária aos filhos é mais efeito da paternidade do que do casamento; b) usufruto dos bens dos filhos menores sob pátrio poder. Este também é efeito da paternidade, mais que do casamento, ou seja, ainda que os pais não sejam casados, terão direito ao dito

usufruto; c) direito real de habitação do cônjuge viúvo sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem residencial inventariado e enquanto perdurar a viuvez. A este tema voltaremos mais adiante, quando tratarmos da sucessão do cônjuge ou companheiro.

Quanto aos direitos e deveres dos cônjuges, existe hoje regra geral, instituída pela Constituição de 88. segundo ela, marido e mulher têm os mesmos direitos e deveres. Foi extinta, assim, a figura do cabeça de casal, do chefe da família, do pater famílias.

Toda norma que atente contra esse princípio da igualdade, está tacitamente revogada. Observemos, porém, que às vezes a Lei dá tratamento desigual ao homem e mulher, exatamente para igualá-los, respeitadas suas diferenças naturais.

Dentro desse prisma, estariam revogados os arts. 233 e 234 do Código Civil, com a ressalva do dever de sustento, que continua em vigor e é recíproco.

O art. 235 vige plenamente. Assim, o marido não pode, sem a autorização da mulher, chamada de outorga uxória,(14) qualquer que seja o regime de bens: a) alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios; b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direiros; c) prestar fiança; d) fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Se a esposa se negar a consentir em qualquer dessas hipóteses, sem apresentar motivo justo, cabe ao marido requerer ao juiz que supra a autorização da mulher.

O art. 240 ainda se encontra em vigor. Afinal, com o casamento, a mulher, mais do que nunca, continua assumindo a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família.

(14 Uxória, em latim, significa esposa.)

Pode também a mulher usar o sobrenome do marido, sem a outorga marital, a mulher não pode, independentemente do regime de bens, praticar os mesmos atos que o marido não poderia sem a vênia de sua esposa.

O mesmo que se disse do marido, diga-se da mulher, isto é, se ele se negar a dar seu consentimento sem motivo justo, poderá a esposa requerer ao Juiz que supra

a vontade do marido.

No mais, a mulher é dona de seu próprio destino, não dependendo do consentimento do marido para a prática dos atos da vida civil. Em outras palavras, tudo o que o marido puder fazer sem consentimento da esposa, esta também estará habilitada a fazer.

Por fim, destaque-se o art. 255 do Código Civil que, trocando em miúdos, diz que as obrigações assumidas por um dos cônjuges, sem consentimento do outro, quando este seja necessário, não obrigará o patrimônio do casal, mas apenas o patrimônio particular do cônjuge devedor. Assim, se o marido prestar fiança, sem a devida outorga uxória, seu patrimônio só responderá até a meação.

2.11 Regimes de bens

O Direito Brasileiro prevê três regimes de bens entre os cônjuges: o regime da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens e o da separação de bens.

Há quem diga que o regime dotal seria um quarto regime. Improcede a afirmação.

Como veremos, o regime dotal insere-se no contexto da separação de bens.

A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime por que se pautará o casamento. Todavia, na falta de estipulação de sua parte, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, para que possam os noivos escolher regime diverso da comunhão parcial, ou seja, qualquer um dos outros dois, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial.

O pacto antenupcial é acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos três regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal ou da separação de bens. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no Registro Imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí a ter validade contra terceiros.

Uma vez escolhido, o regime de bens é imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que vise alterá-lo,

subordinando-o a condição ou a termo.(15)

a) Comunhão universa1de bens - O regime da comunhão universal de bens é de fácil compreensão. Nele, em princípio, só há um patrimônio.

(15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 120.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. § 32.)

Tudo o que pertence a um, pertence também ao outro. Há, porém, alguns bens que se não comunicam, ou seja, que não integram a comunhão. Acham-se eles elencados no art. 263 do Código Civil. Como exemplo, podemos citar as pensões recebidas por um dos cônjuges, os rendimentos do trabalho, os bens doados com a cláusula de incomunicabilidade, as dívidas anteriores ao casamento, as roupas de uso pessoal, bem como livros e instrumentos de profissão e retratos de família etc.

Estariam também excluídos da comunhão os chamados bens reservados, ou seja, aqueles adquiridos pela mulher com o rendimento de seu trabalho. Estes bens estariam fora da esfera do marido, que os não administraria. Todavia, o art.

246, que institui esta categoria de bens, está revogado tacitamente, por força da igualdade constitucional entre marido e mulher. Aliás, em razão dessa mesma igualdade, o marido já não mais administra sozinho os bens do casal e muito menos os de sua esposa.

b) Comunhão parc1al de bens - A comunhão parcial de bens compreende, em princípio, três patrimônios distintos: um só do marido, outro só da mulher e um terceiro de ambos.

Pode-se dizer, em síntese, que o patrimônio particular de cada um dos cônjuges se constitui daqueles bens havidos antes do casamento, bem como daqueles havidos na constância do casamento, que não sejam fruto do esforço comum do casal.

Exemplo seriam as heranças e doações. Do patrimônio comum fazem parte todos os bens havidos pelo esforço comum do casal, bem como as heranças e doações destinadas aos dois.

Os arts. 269 e 270 arrolam os bens que não se comunicam e o art. 271, os que se comunicam.

É importante frisar que presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, salvo prova em contrário (art. 273).

c) Separação de bens - No regime da separação de bens, cada cônjuge terá seu patrimônio separado.

Mas e os bens adquiridos por ambos, com seu esforço comum? sobre estes bens deverá decidir o pacto antenupcial, podendo eles pertencer a um dos cônjuges ou aos dois, em comunhão.

A separação de bens é obrigatória em alguns casos. Assim, quem se case apesar de algum impedimento impediente, terá o casamento regulado pela separação de bens.

O homem maior de 60 e a mulher maior de 50 anos também só se podem casar pelo regime de separação de bens. Por fim, o casamento dos menores sob tutela ou daqueles que dependam de autorização judicial para contrair núpcias, será contraído pelo regime da separação de bens.

A separação de bens obrigatória é chamada de separação legal de bens. Nos casos em que ocorre, poderá faltar o pacto antenupcial, principalmente se for automática, como quando imposta como pena pela infração de impedimento impediente. Nestas hipóteses, aplica-se a súmula 377 do supremo Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

d) Regime dotal - Por ser, atualmente, de nenhuma aplicabilidade, figurando no Código Civil mais como relíquia histórica, restringiremos nosso estudo acerca do regime dotal a seus aspectos conceituais. Aliás, outra não poderia ser sua abordagem, em vista do trabalho de síntese a que nos propusemos.

Em primeiro lugar, destaque-se que o regime dotal é modalidade de separação de bens, uma vez que o patrimônio de cada cônjuge se mantém segregado.(16) No regime dotal, há o patrimônio do marido e o da mulher.

Este, ou seja, o patrimônio da mulher, consiste no dote, que é conjunto de bens, móveis e ou imóveis, sob a administração do marido, que com seu rendimento

adicionado à renda de seu próprio patrimônio, sustenta a família.

Os bens dotais são inalienáveis e incomunicáveis, tendo o marido a obrigação de restituí-los, quando da dissolução do casamento.

No regime dotal, pode haver quatro classes de bens.

A primeira consiste do patrimônio do marido, composto de seus bens particulares.

A segunda se compõe dos bens dotais, propriamente ditos.

A terceira classe é constituída dos bens particulares da mulher, não compreendidos no dote e incomunicáveis, chamados bens parafernais.

E, por fim, a quarta categoria consiste dos chamados bens aqüestos, isto é, adquiridos na constância do casamento. Podem pertencer ou ao marido ou à mulher, se adquiridos por um ou por outro; ou podem pertencer a ambos, se adquiridos pelo esforço comum.

e) Doações entre cônjuges - O Direito Brasileiro admite as doações entre cônjuges, salvo em três hipóteses, quais sejam, se o regime for o da separação obrigatória, se for o da comunhão universal de bens, ou se a doação ferir a legítima dos herdeiros necessários.

2.12 Extinção do casamento

O casamento pode se extinguir pela morte, por ser defeituoso, pela separação judicial e pelo divórcio.

Com a ressalva de que a separação judicial na verdade não dissolve o vínculo matrimonial, andemos a estudar cada uma dessas causas extintivas.

(16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 132.) a) Morte - A morte a tudo põe fim. sobre ela não há nada a dizer, nem a acrescentar. A única dúvida que pode pairar diz respeito ao ausente e ao morto presumido.

Como vimos, anteriormente, ausente é a pessoa que desaparece sem deixar vestígios. Não se considera morto. seu cônjuge, para contrair novo casamento, deverá dele se divorciar, à revelia, é óbvio.

O ausente não deve ser confundido com o morto presumido. Em algumas situações, a pessoa desaparecida pode se presumir morta. são as hipóteses do art. 88 da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73. Diz o art. 88 que os juízes poderão admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. O mesmo se aplica aos desaparecidos em batalha, cujo óbito não tenha sido registrado em livro próprio pelos oficiais da corporação correspondente.

O cônjuge do morto presumido considera-se viúvo, podendo convolar novas núpcias livremente.

b) Casamento defeituoso - Como ato jurídico, o casamento está subordinado a requisitos de validade que, se não observados, viciam-no, tornando-o passível de anulação.

Assim, o casamento poderá ser anulado por defeito grave ou leve, como os atos jurídicos em geral.

São defeitos graves aqueles mesmos impedimentos dirimentes públicos, quais sejam, a bigamia, o incesto, o adultério e o homicídio. Além destes, acrescente-se mais um, quando o casamento for celebrado por autoridade incompetente, isto é, quando o celebrante, aprioristicamente competente, não o for naquele momento ou naquelas circunstâncias, como, por exemplo, o padre que esteja com os votos suspensos.

Em todos esses casos, qualquer interessado poderá requerer ao Juiz a anulação do casamento, inclusive o próprio Juiz, de ofício.

Por se tratar de defeitos graves, não há prazo decadencial para se propor a ação anulatória, a não ser na hipótese de autoridade incompetente, cujo prazo é de dois anos, contados da celebração do casamento.

Os defeitos leves são os impedimentos dirimentes privados, ou seja, coação, rapto, defeito de idade e incapacidade. Ademais destes, há os casos de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge.

No caso de coação, só poderá pleitear a anulação o cônjuge coato, dentro do prazo de dois anos, contados do dia em que cessou a coação.

Tratando-se de rapto, somente a raptada poderá anular o casamento, dentro do prazo de dois anos, contados do dia em que cessou o rapto. Em verdade, não há no Código Civil, ou na legislação complementar, qualquer alusão a prazo decadencial no caso de rapto. A doutrina, de uma maneira geral, tampouco se manifesta a respeito. Podemos adotar duas posições. A primeira seria no sentido de reputar a omissão, não como falha do legislador, mas como algo propositado.

Em outras palavras, o legislador não estipulou prazo decadencial para o exercício do direito de anular o casamento contraído em situação de rapto, por não ter desejado fazê-lo, ou seja, quis que o exercício desse direito fosse perpétuo. A outra posição que podemos adotar é a de Pontes de Miranda,(17) segundo o qual teria havido omissão involuntária do legislador, aplicando-se ao rapto as regras da coação, devido à analogia dos casos. Caio Mário, en passant, adota a mesma posição, julgando que há no rapto coação presumida.(18) Havendo defeito de idade - homem menor de 18 ou mulher menor de 16 anos, caberá ao cônjuge menor propor a anulação, assim que atinja a idade matrimonial de 16

ou 18 anos. Como continua menor de 21 anos, ser-lhe-á nomeado curador à lide para que acompanhe a ação anulatória. O prazo para a propositura desta ação é o de 6 meses, contados do momento em que cessar o defeito de idade, isto é, do momento em que o menor atingir a idade de 16 ou 18 anos.

Não só os cônjuges estão habilitados a intentar a ação anulatória no caso de defeito de idade. Também seus representantes legais, seus parentes em linha reta (avós, bisavós etc.) e seus irmãos. O prazo que estes parentes têm é o de 6

meses, contados da celebração do casamento.

Nas hipóteses de incapacidade para consentir (menores de 21 anos e loucos de todo o gênero, por exemplo) pode propor a anulação o próprio cônjuge, no prazo de 6 meses da cessação da incapacidade. Além dele, seus representantes legais, se não tiveram ciência do casamento, no prazo de 3 meses, contados a partir do momento em que tenham tomado conhecimento das núpcias.

Se os representantes legais souberam do matrimônio, o prazo passa a ser o de 6

meses, contados da celebração do casamento. Finalmente, os herdeiros do cônjuge incapaz poderão pleitear a anulação, se o incapaz morrer antes de atingir a capacidade para consentir, seu prazo é o de 6 meses da morte do incapaz.

Encerrando o capítulo, temos as hipóteses de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. O Código Civil - art. 219 - considera erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge:

a) o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida comum; b) a ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória;

(17 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., v. VII, p. 238.) (18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 85.) c) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Era também considerado erro essencial o defloramento da mulher, ignorado pelo marido. Evidentemente, a regra é inconstitucional.

Nos casos de erro essencial, só ao cônjuge enganado é dado anular o casamento, sendo o prazo de 2 anos, a partir da celebração.

Delineamos abaixo um quadro, sintetizando todas essas informações.

VÍCIOS HIPÓTESE PRAZO DECADENCIAL PARA ANULAÇÃO TITULARIDADE PROCESSUAL

ATIVA

DO DIREITO Á ANULAÇÃO É

POR QUALQUER OUDE OFÍCIO

CONTADOS DA CELEBRAÇÃO DO ANOS,CONTADOS DO DIA EM QUE

ANOS,CONTADOS DO DIA EM QUE RAPTADA DA CESSAÇÃO DO DEFEITO DE

OU 18 ANOS

6 MESES DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO REPRESENTANTES

LEGAIS, PARENTES EM LINHA RETA E COLATERAIS EM 2° GRAU,SEJA O PARENTESCO CONSANGÜÍNEO, CIVIL OU AFIM

INCAPACIDADE (MENORES DE 21, LOUCOS ETC.)

DA CIÊNCIA DO CASAMENTO

6 MESES DA CESSAÇÃO DA INCAPACIDADE (AOS 21 ANOS,PELA EMANCIPAÇÃO, CESSAÇÃO

LOUCURA, ETC)

LEGAIS (SE 6 MESES DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

LEGAIS (SE MESES DA MORTE DO INCAPAZ,SE ANOS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO) CASOU

Tratemos, agora, da separação judicial e do divórcio.

c) Separação judicial - A separação judicial não põe fim ao vínculo matrimonial mas, tão-somente, à sociedade conjugal. Não extingue, portanto, o casamento em sua inteireza.

A sociedade conjugal é a união estável entre os cônjuges, com vistas a vida comum. Esta termina com a separação judicial. Vínculo matrimonial é liame jurídico que transforma a sociedade em casamento. Esse elo se representa, na prática, pelas alianças, se bem que não tenham elas qualquer valor legal. De toda forma, a separação judicial não dissolve esse vínculo jurídico entre os cônjuges, daí que não podem, por exemplo, casar-se novamente.

A separação judicial foi introduzida juntamente com o divórcio, pela Lei n.

6.515/77, em substituição ao antigo desquite. Pode ser consensual ou litigiosa.

Será consensual se ambos os cônjuges quiserem se separar amigavelmente. Neste caso, só poderá ser requerida após dois anos da celebração do casamento.

Já a separação judicial litigiosa é aquela em que o casal não entra num acordo.

Um deles, ou não quer se separar, ou não aceita os termos da separação

propostos pelo outro. A separação litigiosa poderá ser requerida por um só dos cônjuges a qualquer tempo, desde que prove em juízo que o outro vem se conduzindo desonrosamente ou está violando os deveres do matrimônio. Esta a chamada separação litigiosa motivada.

O outro caso de separação litigiosa ocorre, quando o casal já estiver separado de fato há mais de um ano, e for impossível a reconstituição do lar. Neste caso, o cônjuge que a requerer não precisará provar conduta desonrosa ou quebra de dever matrimonial por parte do outro. Basta requerê-la, provando a separação de fato há pelo menos um ano e a impossibilidade de reconstituir a vida conjugal.

Por essa razão, essa segunda modalidade de separação litigiosa denomina-se imotivada.

Duas observações se fazem necessárias, antes de continuarmos.

Em primeiro lugar, o legislador não se preocupou em definir os casos considerados de conduta desonrosa. E andou bem, uma vez que a conduta moral varia muito de época para época. O que era considerado amoral há alguns anos, hoje se reputa plenamente normal.

Em segundo lugar, a separação de fato, necessária para se requerer a separação judicial imotivada e o divórcio direto, como veremos, ocorre quando os cônjuges extrajudicialmente, ou seja, por sua própria conta resolvem viver separados, pondo fim à vida comum, conjugal. Podem até viver sob o mesmo teto, mas como irmãos ou amigos, não mais como marido e mulher.

d) Divórcio - O divórcio é a última causa de extinção do casamento, pondo fim ao vínculo matrimonial. Pode ser direto ou indireto, será direto, quando o casal estiver separado de fato há pelo menos dois anos. Neste caso, poderá ser requerido o divórcio, independentemente de prévia separação judicial.

Será indireto o divórcio, quando o casal estiver separado judicialmente há pelo menos um ano. Neste caso, o divórcio se dá por conversão. Em outras palavras, basta que qualquer um dos cônjuges requeira ao Juiz que os haja separado que converta a separação em divórcio. O outro somente poderá opor-se ao pedido, provando que o prazo de um ano ainda não transcorreu ou que o requerente do divórcio não vem cumprindo os deveres assumidos na separação judicial.

Vejamos quadro-síntese:

JUDICIAL CONSENSUAL

DOIS ANOS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO, POR AMBOS OS CÔNJUGES

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA MOTIVADA

HÁ QUALQUER TEMPO, POR QUALQUER UM DOS CÔNJUGES, DESDE QUE PROVE CONDUTA DE

SONROSA OU FALTA A IMOTIVADA

A MENOS UM ANO E A DE RECOMPOR O LAR DIVÓRCIO

APÓS DOIS ANOS DE SEPARAÇÃO DE FATO, POR QUALQUER UM DOS CÔNJUGES

INDIRETO DA QUE TENHA OCORRIDO HÁ PELO

2.13 Casamento inexistente

Casamento inexistente é aquele que existe apenas nas aparências, mas que, juridicamente, não tem existência, ou seja, não é reconhecido pelo Direito como união matrimonial.

No Brasil, a Lei não regula os casos de casamento inexistente. Isso não quer dizer, porém, que a doutrina e a jurisprudência não se hajam manifestado no sentido de reconhecê-lo.

Assim é que três são os casos de casamento inexistente, segundo a doutrina tradicional e a jurisprudência.

O primeiro deles é o casamento entre pessoas do mesmo sexo genital.

O segundo é o casamento celebrado apesar do silêncio ou da negativa expressa de um dos nubentes. Em outras palavras, um dos noivos diz "não", ou fica calado, e o celebrante continua como se nada houvesse acontecido.

Finalmente, o terceiro caso é o do casamento celebrado sem observância da devida forma, por exemplo, sem habilitação prévia ou celebrado por uma pessoa

qualquer etc.

Fato é que o casamento inexistente não existe, não sendo, portanto, necessário anulá-lo. É lógico que os eventuais filhos não serão prejudicados.

Finalmente, uma questão: seria necessária ação declaratória para declarar a inexistência do casamento?

Em meu entendimento, se for necessária, é porque não se trata de casamento inexistente, mas defeituoso. A ação seria, assim, anulatória. Ora, se o casamento não existe, não pode ser necessário qualquer pronunciamento judicial para confirmar-lhe a inexistência. se o casamento produz efeitos, como se fosse válido, até o pronunciamento do juiz, é porque existe, sendo apenas defeituoso.

Vejamos exemplo: Maria, quando da celebração de seu casamento, fica calada diante da pergunta se deseja ou não se casar com João. O celebrante faz vistas grossas e continua. O registro do assento é realizado, e o casamento se dá por válido.

Ora, se ninguém jamais requerer a invalidação desse casamento, produzirá ele efeitos, como se fosse plenamente válido. será imperioso que se intente ação anulatória, para invalidá-lo. sendo assim, trata-se de casamento defeituoso, passível de anulação, e não inexistente, como quer a doutrina tradicional.

2.14 Casamento irregular

Casamento irregular é aquele celebrado apesar de um impedimento impediente.

Vimos acima que os impedimentos impedientes, uma vez que se aleguem antes da celebração, impedem o casamento. Mas, depois de celebradas as núpcias, não têm eles o poder de viciá-las, a ponto de as tornar passíveis de anulação. Daí a terminologia "impedimento fia".

Não obstante não poder ser anulado o casamento, sua contração, apesar do impedimento, induz a sanção indireta.

No caso de confusão de patrimônio, será imposto o regime da separação legal de bens, além de perder a mulher o usufruto sobre os bens dos filhos menores.

Nos outros casos, a pena será a separação legal de bens.

2.15 Casamento putativo

Casamento putativo é o casamento passível de anulação, o qual pelo menos um dos cônjuges acredita ser válido.

Exemplo seria o indivíduo que se casasse com sua irmã, sem o saber.

O casamento contém defeito grave, sendo passível de anulação a qualquer momento, por iniciativa de qualquer pessoa. Mas fato é que o marido casou-se enganado, com toda boa-fé. Nesse caso, o casamento será considerado putativo em relação a ele. se ambos agiram de boa-fé, a putatividade valerá para os dois.

Mas que significa isso? Significa que, em relação ao cônjuge de má-fé, o casamento será simplesmente anulado. Todavia, para o cônjuge de boa-fé, a anulação será tratada como se fosse divórcio.

Assim, todos os efeitos que, porventura, tenham sido gerados, serão mantidos. se o cônjuge de boa-fé, por exemplo, se emancipara pelo casamento, a emancipação prevalecerá. Já o cônjuge de má-fé, com a anulação do casamento, volta à condição de incapaz, se com ele havia se emancipado. O cônjuge sobrevivo herda do morto, se este morrer antes da sentença anulatória. O pacto antenupcial será observado. As doações propter nuptias subsistirão etc.

A teoria do casamento putativo abrange o casamento defeituoso, passível de anulação. Há quem defenda que também abrangeria os casos de casamento inexistente. Por exemplo, um indivíduo que se casasse enganado com um transsexual, acreditando tratar-se de mulher. Os que se posicionam contra a idéia, alegam que se o casamento é inexistente é porque não existe. E como pode ser algo que não existe tratado como existente? De fato, do ponto de vista lógico formal, têm toda razão. Realmente, se não há casamento, não poderia ser tratado como algo existente. A questão que se impõe responder é: até que ponto a lógica formal deve ser sempre imposta ao Direito? Não haveria uma lógica jurídica menos tendente à lógica formal e mais à justiça?

3 CONCUBINATO

Concubinato é a união estável, sob o mesmo teto ou não,(19) entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o moi uxorius, ou seja, a convivência equiparável ao casamento.

Basta a continuidade, a constância das relações e a fidelidade, dentre outros.

Aliás, este é o entendimento consagrado na súmula 382 do supremo Tribunal Federal:

"A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório,(20) não é indispensável à caracterização do concubinato". Pode haver, portanto, concubinato, sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento.

Ao se referir ao concubinato, o legislador preferiu a expressão "união estável", por puro preconceito e insensata ojeriza, uma vez que o termo "concubinato"

sempre esteve mais ligado a relações adulterinas. Ocorre que a expressão "união estável" tampouco é feliz, visto que também no casamento ela existirá.

(19 BITTENCOURT, Moura. Concubinato. São Paulo: LEUD, 1985, p. 14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 43.

(20 More uxório é advérbio, significando "como se houvesse casamento", em tradução livre. Mor uxorius é expressão substantiva, querendo dizer, em tradução livre, "convivio marital" ou "vida marital".) Dessarte, empregaremos o termo concubinato, que reputamos muito adequado, se despido de seu conteúdo negativo e preconceituoso.

Segundo a Lei n. 8.971/94, os concubinos somente terão proteção legal se forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Em outras palavras, a Lei só reconhece e protege o chamado concubinato puro. O concubinato adulterino, ou impuro, continua sendo crime.

Os companheiros que vivam em concubinato têm, reciprocamente, direito a alimentos, nos moldes da Lei n. 5.478/68, conforme veremos mais adiante, além

de direitos sucessórios. Em outras palavras, a Lei assegura aos concubinos o direito de requerer pensão alimentícia e o direito de suceder no patrimônio do outro.

Em 1996, foi promulgada a Lei n. 9.278, regulamentando o art. 226, § 3° da Constituição Federal, segundo esta lei, é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Os bens adquiridos na constância do concubinato presumem-se fruto do esforço comum, pertencendo a ambos, em condomínio.

Admite-se contrato escrito, ainda que por instrumento particular, regulando essas relações patrimoniais.

No mais, os conviventes poderão requerer, de comum acordo e a qualquer tempo, a conversão da união em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Diga-se, por fim, que a Lei não estabelece tempo mínimo de união para que se configure o concubinato. Basta que a união seja estável, more uxório. A Lei n.

8.971/94 impunha prazo mínimo de cinco anos de convivência para que os concubinos tivessem direito a pensão, principalmente previdenciária. A regra foi, entretanto, tacitamente revogada pela Lei n. 9.278/96.

No próximo capítulo, trataremos dos direitos sucessórios dos companheiros.

4 PARENTESCO

O estudo do parentesco diz respeito às relações entre certas pessoas pertencentes a um mesmo grupo familiar.

Há várias espécies e graus de parentesco, como veremos a seguir.

4.1 Espécies de parentesco

O parentesco, enquanto gênero, se subdivide em espécies, conforme a genealogia, o tratamento legal e a linha.

a) Parentesco conforme a genealogia - Nesta categoria o parentesco pode ser consangüíneo, afim ou civil.

Parentesco consangüíneo é aquele que une pessoas descendentes de um mesmo tronco familiar.

Parentesco por afinidade ou afim é o que une uma pessoa aos parentes de seu cônjuge. O marido é parente por afinidade dos parentes de sua esposa e vice-versa. vale ressaltar, todavia, que o parentesco se restringe à pessoa do cônjuge, não se estendendo a seus parentes. Por outros termos, os parentes da mulher não são parentes dos parentes do marido. são parentes apenas do marido. A recíproca é verdadeira, ou seja, os parentes do marido não são parentes dos parentes da mulher. são parentes apenas da mulher.

O parentesco por afinidade cessa com a extinção do casamento, embora continuem vigorando as proibições matrimoniais. Assim, o sogro deixa de ser parente de sua nora, quando da morte de seu filho. Mas, apesar de não serem mais parentes por afinidade, continuam impedidos de se casar um com o outro.

Parentesco civil é o parentesco por adoção, do qual cuidaremos mais detalhadamente adiante.

b) Parentesco conforme o tratamento legal - Conforme o tratamento dispensado pela Lei, o parentesco pode ser legítimo ou ilegítimo.

Parentesco legítimo é aquele rastreado em relações matrimoniais. É aquele

oriundo do casamento.

Ilegítimo é o parentesco proveniente do adultério, do concubinato puro e do incesto.

Na verdade, hoje em dia, a distinção é antes de tudo histórica. A Constituição de 1988 proibiu qualquer distinção entre filhos, sejam eles legítimos ou ilegítimos. Aliás, o legislador foi radical a ponto de proibir seja feita adjetivação à palavra filho. Não se pode usar em documentos oficiais expressões tais como "filho ilegítimo", "filho adulterino", "filho natural" (proveniente do concubinato puro), ou "filho incestuoso". Em documentos particulares, se encontrada alguma dessas expressões, simplesmente não será levada em conta.

c) Parentesco conforme a linha - De acordo com a linha, o parentesco pode ser em linha reta ou em linha colateral.

Parentes em linha reta são os descendentes (filhos, netos etc.) e os ascendentes (pais, avós etc.).

Parentes em linha colateral, transversal ou oblíqua sãos os irmãos, sobrinhos, tios e primos.

4.2 Graus de parentesco

Os graus de parentesco estabelecem a distância entre os parentes, levando em conta o número de gerações entre eles.

Para contarmos os graus, devemos, antes de mais nada, estabelecer a linha de parentesco.

O art. 333 do Código Civil nos ensina de maneira bem simples a contagem desses graus.

"Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações C

Assim, se quisermos saber o grau de parentesco entre "A" e seu avô, basta subirmos de "A" até seu pai e depois até seu avô. O parentesco será de segundo grau na linha reta.

Continua o art. 333 do Código Civil, dizendo:

"e, na colateral, também pelo número de gerações, subindo, porém, de um dos parentes, até o ascendente comum, e descendo, depois, até encontrar o outro parente".

Queremos saber, então, o grau de parentesco entre "A" e seu tio-avô. A primeira coisa a fazer é encontrar o ascendente comum aos dois. Isso é fácil, a resposta é o bisavô de "A". Encontrado o ascendente comum aos dois, basta subir de "A", até seu bisavô, contando cada geração, e, depois, descer do bisavô de "A", até seu tio-avô, sempre contando o número de gerações. O número final de gerações, será o grau de parentesco desejado: 4° grau.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, um sobrinho de "A" e um tio seu serão seus parentes em terceiro grau.

Vejamos o sobrinho de "A". Qual seu ascendente comum? É o pai de "A".

Agora, analisemos o parentesco entre "A" e seu tio. Qual o ascendente comum aos dois? É o avô de "A".

E o grau de parentesco entre primos, que vulgarmente chamamos de primos em primeiro grau? Será que seu grau de parentesco é mesmo o primeiro?

O ascendente comum a dois primos "A". e "B" será o avô de ambos. Daí, basta subir de um deles, até o avô e descer, até o outro, contando todas as gerações intermediárias,

"A" e "B" são parentes em quarto grau na linha colateral.

Por fim, cabe sublinhar que, no Direito Brasileiro, o parentesco na linha reta é infinito, enquanto o na linha colateral estende-se somente até o sexto grau.

Assim, o bisneto de meu primo já não será meu parente.

5 FILIAÇÃO

As relações entre pais e filhos mudaram bastante nos últimos tempos. Os pais já não têm poderes absolutos sobre os filhos, que também têm seus direitos, quais sejam, de alimentos, guarda, proteção, nome, incolumidade física etc. Mais abaixo, cuidaremos disso com detalhes.

A Constituição de 1988 igualou os filhos em direitos e deveres, proibindo qualquer adjetivação pré conceituosa, tal como filho ilegítimo, incestuoso etc.

Para estudar a filiação, dividiremos o tema em vários aspectos.

5.1 Presunção de paternidade

A paternidade se prova pela certidão de nascimento, em que conste o nome do pai.

Há casos, entretanto, em que se presume.

Assim, os filhos havidos na constância do casamento presumem-se do marido, que tem dois meses, contados do nascimento, para contestar-lhes a legitimidade.

Observe-se, contudo, que os filhos nascidos até 180 dias, após a celebração do casamento não se presumem do marido.

Os filhos registrados pelo pai, presumem-se seus. Aqui trata-se de presunção absoluta, que não admite prova em contrário. Em outras palavras, o homem que registra uma criança em seu nome, será seu pai e ponto final. Este homem, após o registro, jamais poderá questionar a paternidade, ainda que apresente prova de DNA, de que o registrado não é seu filho. Os únicos que poderão negar essa paternidade serão o próprio filho ou o pai verdadeiro. O próprio pai que registrou, só poderá impugnar a paternidade, se provar falsidade ou erro no registro.

Presumem-se, por fim, do marido os filhos havidos até 300 dias, após a dissolução do casamento ou ausência do marido.

5.2 Prova da maternidade

Provar a maternidade é mais fácil que provar a paternidade.

Na falta de melhor meio, o interessado deverá comprovar o casamento, o parto durante o casamento e sua identidade com a mãe. sendo a mãe solteira, dever-se-á provar a gravidez, o parto e a identidade do interessado com a provável mãe.

5.3 Prova pela posse do estado de filho

Mortos os pais, se os filhos não têm outro meio de prova, como certidão de nascimento, e sendo impossível a prova médico-legal, pode-se provar a filiação pela posse do estado de filho.

A posse de estado não está regulamentada em lei, como meio de prova, mas admitem-na doutrina e jurisprudência.

Consiste na circunstância de trazer a pessoa o nome paterno, ser tratada na família como filho e gozar do conceito de filho no meio social. Presentes os três elementos - nome, tratamento e fama, estará provada a filiação pela posse de estado.

5.4 Contestação da paternidade

A ação de contestação da paternidade é dada ao marido, para contestar a legitimidade de filho de sua esposa. sofre várias restrições. Assim é que só é admitida em ação direta. Nunca em caráter incidental, no bojo de outro processo.

Por exemplo, o filho intenta ação de alimentos, e o pai responde, contestando a paternidade.

É ação privativa do marido, podendo, entretanto, ser continuada por seus herdeiros, se ele falecer na pendência da lide.

O marido deverá provar a impossibilidade absoluta de ser ele o pai. Hoje em dia, com o teste de DNA, essa prova ficou mais fácil.

O prazo decadencial para o exercício do direito de contestar a paternidade é de dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, e de três meses, se era ausente ou se lhe foi ocultado o nascimento. Nestas duas hipóteses, o prazo se conta de seu regresso ou da ciência do fato.

Se o filho for registrado em nome do marido sem oposição sua, não poderá ele contestar a paternidade.

Por fim, a infidelidade confessa ou provada não é prova cabal da não paternidade, se os cônjuges viviam sob o mesmo teto.

Afinal, o filho pode ser do marido, apesar de infiel a esposa.

5.5 Impugnação ou desconhecimento da paternidade

É a ação que tem por fim negar a concepção ou o parto. Dá-se em três casos: a) falta de identidade entre o filho e os pais. Por exemplo se houver troca de crianças na maternidade; b) simulação de parto; c) falsidade de registro.

A ação de impugnação da paternidade pode ser intentada por qualquer interessado, a qualquer tempo.

5.6 Contestação de maternidade

É bem mais raro, mas pode ocorrer de ser contestada a maternidade.

A ação de contestação de maternidade pode ser interposta por quem quer que tenha interesse, a qualquer tempo. Os interessados são todas as pessoas que se possam beneficiar com a contestação, como por exemplo, pessoas que passariam a herdar no lugar do filho desconstituído.

5.7 Ação de vindicação de estado

É dada ao filho nascido na constância do casamento, quando lhe houver sido negado o direito de ser registrado como filho.

A ação é imprescritível, podendo ser proposta pelo filho e por seus herdeiros, se morrer incapaz ou na pendência da lide, se o filho falecer capaz, sem ter intentado a ação, seus herdeiros não poderão propô-la.

5.8 Ação de investigação de paternidade

É garantida ao filho, a fim de provar seu estado de filho de homem não casado com sua mãe.

A ação é imprescritível, cabendo somente ao filho ou a seu representante legal, se for incapaz. Esteja claro que o representante legal, como a mãe, por exemplo, agirá sempre em nome do incapaz. Os herdeiros do filho poderão continuar a ação, se este morrer na pendência da lide.

A contestação de paternidade ou maternidade, a impugnação e a investigação de paternidade e a vindicação de estado são ações de estado, antigamente denominadas ações prejudiciais.

As ações de estado não podem ser nem encerradas, nem evitadas pela transação, que pode, porém, incidir sobre os direitos patrimoniais pertinentes. Assim, pode haver transação referente à pensão alimentícia que, eventualmente, seja devida.

5.9 Reconhecimento da paternidade

O pai, ou procurador seu com poderes especiais, poderá reconhecer uma pessoa como filho, a qualquer momento.

A Lei n. 8.560/92 regulamentou a matéria, estatuindo que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: a) no registro de nascimento, quando o pai registrar o filho em seu nome; b) por escritura pública ou particular, a ser arquivada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais; c) por testamento; d) por manifestação expressa e direta perante o Juiz, ainda que o reconheci, mento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. se o indivíduo se manifestar perante o juiz, em ação de alimentos, por exemplo, o reconhecimento é válido e irrevogável.

Na ata de casamento, é vedado o reconhecimento da paternidade.

O filho maior só será reconhecido se concordar.

A mãe solteira poderá registrar o filho em seu nome e no de um suposto pai.

Neste caso, o Oficial do Registro mandará a certidão ao Juiz, que notificará o Ministério Público e o suposto pai. Este poderá comparecer em juízo, aceitando ou negando a paternidade. Poderá também não comparecer em juízo, calando-se. se o suposto pai negar a paternidade ou se calar, o Juiz, no prazo de 30 dias, remeterá os autos ao Ministério Público, para que este proceda à ação de investigação de paternidade em nome do suposto filho menor.

5.10 Adoção

Antes de qualquer abordagem específica, localizemos as fontes legais que regulam a matéria.

A adoção de crianças e adolescentes, regulamentada no Código Civil, passou à alçada do Código de menores, desde 1979. Deste, transmudou-se para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no qual se acha normatizada, ainda hoje. Essa será, portanto, nossa fonte de estudo. Analisando a Lei,

tentaremos responder a quatro perguntas:

a) Quem pode adotar?

b) Quem pode ser adotado?

c) Como adotar?

d) Quais as conseqüências da adoção?

Andemos, pois, a respondê-las.

a) Quem pode adotar?

Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente de seu estado civil, desde que sejam 16 anos mais velhos que o adotando.

Além disso, a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Por exclusão, chegaremos aos que não podem adotar: os menores ou incapazes, ou aqueles que não sejam 16 anos mais velhos que o adotando. Além destes, a Lei faz ressalva expressa ao proibir de adotar os ascendentes e irmãos do adotando.

Não será concedida adoção a mais de uma pessoa, a não ser que sejam casadas ou vivam em concubinato puro.

b) Quem pode ser adotado?

A segunda pergunta é de simples resposta. Toda criança ou adolescente, que não seja irmão ou descendente do adotante, poderá ser adotado, desde que tenha, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante.

c) Como adotar?

A adoção será sempre feita por meio de processo judicial, que tramitará perante o Juizado Especial da Infância e da Juventude. Assim, o vínculo da adoção constitui-se por sentença, que será inscrita no Registro Civil.

Em cada comarca há registro de crianças e adolescentes em condições de ser adotados e outro de pessoas interessadas em adotar. Comissão estadual judiciária de adoção deverá manter, outrossim, registro centralizado de estrangeiros interessados em adoção.

É a partir desses registros que todo o processo deverá ter início. A adoção, em si, depende do consentimento dos pais ou tutor do adotando, salvo quando os pais houverem sido destituídos do pátrio poder ou quando sejam desconhecidos, casos em que será dispensado o consentimento. Tratando-se de adotando maior de 12

anos, será também necessária sua anuência.

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que o Juiz fixar, observadas as peculiaridades de cada caso. Este estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja sua idade, já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de, no mínimo, trinta dias, quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

A propósito da adoção por estrangeiro, só será ela admitida excepcionalmente, quando não houver interessados brasileiros.

O estrangeiro residente e domiciliado fora do Brasil deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as Íeis de seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução por intérprete público juramentado.

Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do

território nacional.

A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

d) Quais as conseqüências da adoção?

A primeira conseqüência é que, uma vez deferida, a adoção é irrevogável.

Ademais, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, dos filhos consangüíneos, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais e demais parentes de berço, salvo os impedimentos matrimoniais (Constituição de 1988, art. 227, § 6° e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 41).

Importante ainda é ressaltar que a morte dos adotantes não anula a adoção, nem restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

e) Adoção segundo o Código Civil Finalizando, resta observar que a adoção dos maiores de 18 anos continua se dando de acordo com o Código Civil, podendo ser feita extra-judicialmente, por escritura pública. É necessária a anuência do adotando, que passará à condição de filho, conforme o art. 227, § 6° da Constituição, somente os maiores de 30 anos poderão adotar, de acordo com o Código Civil, devendo ser, no mínimo, 16 anos mais velhos que o adotando. Na verdade, com base nessa diferença obrigatória de idade, a idade mínima para adotar de acordo com o Código Civil será a de 34 anos.

Por força do art. 226, § 5° da Constituição, a adoção do maior de 18 anos está sujeita a homologação judicial, presente o Ministério Público. só depois de homologada, poderá ser registrada no Cartório de Registro Civil das pessoas naturais.(21)

Isto porque, segundo a Lei Maior, a adoção será assistida pelo Poder Público.

Não será concedida adoção a mais de uma pessoa, a não ser que sejam casadas ou cuncubinadas.

O adotando sempre será ouvido e, uma vez que atinja a maioridade, poderá desvincular-se da adoção.

No mais, aplicam-se à adoção do maior de 18 anos as mesmas conseqüências da adoção da criança e do adolescente.

6 PÁTRIO PODER

6.1 Definição

Pátrio poder ou patria potestas é o "complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições".(22)

Por ser exercido por ambos os pais, em regime de igualdade de condições,, não seria, atualmente, adequada a expressão pátrio poder, que pode ser substituída por "poder parental", ou "poder familiar", como quer o Projeto de Código Civil.

O pátrio poder estende suas conseqüências quanto à pessoa e bens dos filhos.

(21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 229.) (22 Idem, p. 240.)

6.2 Conseqüências do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos Os filhos têm direito ao nome, competindo aos pais educar, criar, manter os filhos em sua guarda e companhia, representá-los até os 16 e assisti-los até os 21 anos.

Os pais terão o direito de exigir dos filhos obediência, respeito e cooperação econômica, na medida de suas forças e aptidões e dentro das normas de Direito do Trabalho.

6.3 Conseqüências do pátrio poder quanto aos bens dos filhos Os pais poderão administrar os bens dos filhos menores, sendo-lhes proibido qualquer ato que importe perda patrimonial.

Também terão usufruto sobre esses mesmos bens.

É lógico que os filhos, uma vez atingida a maioridade, poderão exigir prestação de contas dessa administração.

6.4 Cessação do pátrio poder

São quatro os casos de cessação do pátrio poder, a saber, a morte dos pais ou do

filho; a emancipação; a maioridade e a adoção, caso em que haverá transferência dos pais naturais para os adotivos.

6.5 Suspensão do pátrio poder

Ocorre por ato ex oficio do próprio Juiz, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, quando houver abuso ou mal exercício do pátrio poder, ou quando o pai ou a mãe forem condenados a pena de prisão superior a dois anos.

A Lei não especifica o que seja abuso ou mal exercício do pátrio poder, deixando ao livre arbítrio do Juiz, que deverá sempre velar pelos interesses do menor.

A suspensão será temporária, determinando o Juiz o tempo de sua duração.

- pessoa cujo pátrio poder foi suspenso perde todos os direitos em relação aos filhos, inclusive o usufruto e administração dos bens.

6.6 Perda do pátrio poder

São três os casos de perda do pátrio poder: castigos imoderados, abandono ou prática de atos imorais.

Esclareça-se que a perda é definitiva.

Tanto nos casos de perda, quanto nos de suspensão, será nomeado tutor para o menor.

7 TUTELA

7.1 Definição

A tutela consiste no encargo cometido a certa pessoa, a fim de que gerencie a vida pessoal e patrimonial de menor incapaz, sobre o qual não se exerça pátrio poder.

Assim, estarão submetidos à tutela todos os menores incapazes,(23) cujos pais não possam exercer o pátrio poder, seja por terem sido dele privados, seja por estarem mortos.

7.2 Nomeação do tutor

O tutor será nomeado pelos pais ou pelos avós. Por estes, se o menor estiver sob sua tutela.

A nomeação se fará em testamento ou outro documento autêntico e independerá de confirmação judicial.

Poderá o tutor ser nomeado também pelo Juiz, quando os pais ou avós não o tiverem feito.

7.3 Espécies de tutela

De acordo com a forma de nomeação, a tutela se dividirá em espécies.

a) Tutela testamentária - É aquela, cuja nomeação do tutor, feita pelos pais ou avós, ocorre em testamento ou outro documento autêntico.

b) Tutela legítima - O tutor é nomeado pelo Juiz, ouvido o Ministério Público.

O Juiz nomeará o tutor, dando preferência às seguintes pessoas:

- avós, sendo escolhido aquele que melhor se apresentar;

- irmãos, tendo preferência os bilaterais aos unilaterais. Irmãos bilaterais são aqueles cujos pais são os mesmos. Unilaterais são os irmãos só por parte de mãe

ou de pai. Dentre os irmãos da mesma classe, será indicado aquele que melhores condições oferecer;

- os tios, tendo preferência aquele que apresentar melhores condições para o exercício da tutela.

Esta a escala de preferência. Todas as demais regras contidas no Código Civil a respeito dessa escala estão revogadas pela Constituição Federal, uma vez que importam tratamento discriminatório de sexo e idade.

(23 Há menores capazes: os emancipados.)

c) Tutela dativa - se nenhum dos parentes apontados acima puder se desincumbir da tutela, o Juiz nomeará pessoa idônea de sua confiança, se possível parente consangüíneo ou afim do menor.

7.4 Incapacidade para o exercício da tutela

Algumas pessoas são incapazes para exercer a tutela. São elas: a) os que não tiverem a livre administração de seus próprios bens; b) os que tiverem conflito de interesses com o menor; c) os inimigos do menor ou de seus pais; d) os que forem excluídos expressamente da tutela pelos pais. Às vezes os pais não nomeiam tutor em testamento, mas apontam quem não poderá sê-lo; e) os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade. Na verdade a lista é exemplificativa, sendo interdita a tutela a todos os condenados por crime que indique ser a pessoa desonesta, do ponto de vista patrimonial; (as pessoas de mau procedimento e má fama; g) as pessoas culpadas em tutorias anteriores; h) os que exercerem função incompatível com a tutela, como aquelas pessoas cuja profissão exija constantes viagens ou transferências de domicílio.

7.5 Pessoas que podem se escusar da tutela

Algumas pessoas podem recusar o encargo de tutor, desde que aleguem alguma das seguintes causas:

a) ser maior de 60 anos; b) ter em seu poder mais de 5 filhos; c) estar impossibilitado por enfermidade; d) morar longe do local em que se deva exercer a tutela; e) já estar exercendo tutela; (ser militar da ativa; g) ser pessoa estranha ao menor, desde que prove haver parente consangüíneo ou afim idôneo para a tutela.

Segundo o art. 1.192 do Código de Processo Civil, o prazo para a apresentação fundamentada da escusa é de cinco dias, contados da intimação judicial ou da ocorrência do motivo escusatório. Da sentença que negar a escusa, caberá recurso com efeito apenas devolutivo. Em outras palavras, a pessoa poderá recorrer, mas já como tutor em exercício.

7.6 Exercício da tutela

A tutela se exerce temporariamente, pelo prazo de dois anos, embora possa prolongar-se.

Os atos praticados pelo pupilo menor de 16 anos, sem estar devidamente representado pelo tutor, conterão defeito grave, podendo ser anulados a qualquer tempo, por qualquer interessado ou pelo Juiz, de ofício.

Já os atos praticados pelo pupilo maior de 16 e menor de 21 anos, sem a assistência do tutor, conterão defeito leve, podendo ser anulados apenas pelos interessados, inclusive pelo próprio pupilo, ao atingir a maioridade. É lógico que a anulação desses atos só pode ser requerida dentro de certo prazo decadencial, que varia conforme o caso. Por exemplo, se se tratar de casamento, o prazo será de três meses, contados do momento em que o tutor houver tomado ciência das núpcias.

O pupilo que tenha patrimônio, terá hipoteca legal sobre os imóveis do tutor.

Esta hipoteca, como vimos, está sujeita a especialização e inscrição, respondendo o Juiz pessoalmente perante o menor e seus credores, se não promover essa especialização e inscrição hipotecária. A responsabilidade do juiz é subsidiária à do tutor, o primeiro responsável. Só será o Juiz o primeiro responsável, se não nomear tutor ou se a nomeação for inoportuna.

7.7 Cessação da tutela

A tutela pode cessar por fato do pupilo ou do tutor.

Por fato do pupilo, cessará a tutela:

a) pela maioridade; b) pelo serviço militar; c) pelo fato de o menor cair em pátrio poder. Os pais podem recobrar o pátrio poder, ou o menor pode ser adotado, por exemplo; d) pela emancipação, que deverá ser judicial.

Por fato do tutor, cessará a tutela:

a) pela escusa do tutor, alegando motivo posterior à nomeação; b) após o prazo de dois anos de exercício da tutela; c) pela remoção judicial, a requerimento do Ministério Público, de qualquer interessado ou ex oficio, pelo juiz. A remoção ocorrerá quando o tutor não estiver desincumbindo a contento a tutela ou estiver agindo desonestamente.

7.8 Prestação de contas

No fim de cada ano de exercício, o tutor deverá apresentar balanço de sua administração ao Juiz e ao Ministério Público, balanço este que será anexado aos autos do processo de tutela.

Finda a tutela, serão prestadas contas finais ao juiz e ao Ministério Público, não tendo valor qualquer quitação dada pelo tutelado.

8 CURATELA

8.1 Definição

Existem várias espécies de curatela.

A primeira, objeto de nosso estudo, é a curatela dos maiores incapazes: loucos, surdos-mudos que não consigam se comunicar, pródigos e ausentes.

Há outras, normalmente denominadas curadorias, tais como a do nascituro, a das heranças jacentes, a curadoria à lide e as curadorias do Ministério Público, como a das Fundações, do Meio-Ambiente, de Menores etc.

A curatela, propriamente dita, é o encargo conferido a alguém, para gerenciar a vida e patrimônio dos maiores incapazes.

8.2 Nomeação do curador

Cabe observar que não há curatela, senão deferida pelo Juiz, no bojo de processo de interdição. Em outras palavras, o curador será nomeado pelo Juiz, no processo de interdição do louco, do pródigo etc, sobre interdição já falamos no Capítulo referente às pessoas naturais.

Uma vez decretada a interdição e nomeado o curador, os atos praticados pelo absolutamente incapaz conterão vício grave, enquanto os atos praticados pelo relativamente incapaz conterão vício leve. Assim é que o curador representará os absolutamente incapazes, quais sejam, os loucos, surdos-mudos que não se comuniquem e os ausentes. Quanto aos pródigos, relativamente incapazes, serão assistidos pelo curador.

Os atos praticados pelo interdito, antes da interdição, são válidos, à exceção daqueles praticados pelo louco, desde que se prove que os praticou em estado de demência.

Acrescente-se que o poder do curador se estende aos filhos menores do curatelado e a seus bens.

Segundo o Código de Processo Civil, o curador será nomeado dentre as

seguintes pessoas:

a) cônjuge; b) pais; c) descendente maior, sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto; d) qualquer parente idôneo; e) qualquer pessoa da confiança do juiz.

No mais, foram revogadas todas as disposições que discriminavam estas pessoas, em relação ao sexo e à idade.

8.3 Prestação de contas

O curador deve prestar contas anualmente ao Juiz e ao Ministério Público.

Ao término da curatela serão apresentadas contas finais.

Por fim, diga-se que se aplicam à curatela todas as regras da tutela que com ela sejam compatíveis.

9 ALIMENTOS

9.1 Definição

Considera-se alimento tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer. A chamada pensão alimentícia, soma em dinheiro para prover os alimentos, deve, em tese, ser suficiente para cobrir todos esses itens ou parte deles, dependendo se a obrigação do alimentante for integral ou parcial.

9.2 Sujeito ativo e passivo de alimentos

Segundo o Código Civil são obrigados a prestar alimentos, reciprocamente, os descendentes, os ascendentes e os irmãos.

Na linha reta, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Conseqüentemente, os avós só terão que prestar alimentos aos netos, faltando-lhes os pais, e vice-versa, ou seja, os netos só terão obrigação de alimentar os avós, se lhes faltarem os filhos.

Os cônjuges e os ex-cônjuges têm o dever recíproco de prestarem-se alimentos; dever estendido aos companheiros e ex-companheiros.

Na verdade, com a emancipação da mulher, a tendência atual é a de que se tornem cada vez mais raros os casos de prestação de alimentos a ex-cônjuge ou ex-companheiro.

9.3 Prestação de alimentos

Os alimentos deverão ser prestados, em caso de necessidade.

Ninguém será obrigado a alimentar pessoa saudável, em condições de trabalhar e prover o próprio sustento.

Outro ponto importante é que não há idade limite para a prestação de alimentos.

A pensão alimentícia será paga, sempre que necessário.

A recusa injustificada de pagar pensão alimentícia é punível com prisão civil de um a três meses, conforme o art. 733, § 1° do Código de Processo Civil.

O dever de alimentar somente cessa nas seguintes hipóteses: a) quando o alimentante não tiver condições econômicas, por estar desempregado, por exemplo; b) quando o alimentado falecer; c) quando desaparecer a necessidade do alimentado, seja pelo trabalho ou pelo casamento etc.

Os alimentos serão requeridos em ação própria, perante o juízo da vara de Família. Se houver prova documental do parentesco, do casamento ou do concubinato (contrato escrito entre os concubinos, por exemplo), a ação de alimentos terá o rito especial previsto na Lei n. 5.478/68, com a fixação imediata, ou seja, logo no início da lide, de pensão alimentícia provisória. são os chamados alimentos provisórios que, ao final, poderão ser convertidos em definitivos. Caso não haja essa prova documental, a ação de alimentos terá rito ordinário, sem fixação de alimentos provisórios.

Na ação de separação judicial, de anulação de casamento e na ação de divórcio direto, o cônjuge necessitado pode pedir ao Juiz a fixação de pensão alimentícia, para seu sustento durante a demanda. Estes alimentos, denominados provisionais, podem converter-se em definitivos ao final da demanda. Também se denominam provisionais os alimentos fixados na sentença de primeira instância, na ação de investigação de paternidade.

Não existe nenhum critério absoluto para a fixação do valor da pensão alimentícia. O Juiz deverá orientar-se com base nas circunstâncias de cada caso.

Assim, levará em conta as necessidades do alimentando, seu nível social, bem como a capacidade, a renda e o nível social do alimentante, dentre outros fatores.

O foro competente para se propor a ação de alimentos é o do domicílio do alimentando. A ação de alimentos será intentada sempre que necessário, mas o direito de cobrar as prestações vencidas prescreve em cinco anos, contados do momento em que deveriam ter sido pagas.

O direito a alimentos é irrenunciável, sendo despido de valor qualquer documento neste sentido. Vale dizer que se uma pessoa assinar documento renunciando ao direito de pleitear alimentos de seus pais, este documento não será levado em conta em ação de alimento, caso essa pessoa venha deles necessitar. Quanto aos cônjuges e, por tabela, quanto aos companheiros, há quem

entenda que a renúncia é válida, por não se tratar de dever baseado em parentesco. Existe, entretanto, em sentido contrário, a súmula 379 do supremo Tribunal Federal, segundo a qual

"no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

Para a revisão dos alimentos, para mais ou para menos, dispõem alimentado e alimentante da ação revisional de alimentos, que se processará pelo mesmo rito da ação de alimentos. Na ação revisional, há quem entenda que cabem alimentos provisórios, há quem entenda que não cabem.

Por fim, é de se ressaltar que, entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do alimentante, dentro das forças da herança. Em outras palavras, os herdeiros deverão continuar a pagar a pensão alimentícia ao ex-cônjuge do defunto, com o patrimônio que receberam de herança. Não serão obrigados a tirar do próprio bolso, caso a herança não seja suficiente. Tal o disposto no art. 23 da Lei n. 6.515/77.(25) O mesmo não ocorrerá se não se tratar de ex-cônjuge ou ex-companheiro. Se o alimentado for descendente, ascendente ou irmão do alimentante, a obrigação de alimentos transmite-se hereditariamente, mesmo que além das forças da herança.

se sou dependente de meus pais, morrendo estes, passarei a sê-lo de meus avós ou irmãos, pouco importando qual seja a herança de meus pais.

(24 VARELA, Antunes. Dissolução da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 114.)

(CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 5. ed., São Paulo: RT, 1986, p. 491.

GOMES, Orlando.

(25 Direito de família. (Curso) Op. cit., p. 469. RODRIGUES, Silvio. O Divórcio e a lei que o regulamenta.

São Paulo: Saraiva, 1978, p. 142. JOSE ABREU. O Divórcio no direito brasileiro.

Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 117.)

Capítulo IZ

FONTES DAS OBRIGAÇÕES: CONTRATOS TIPIFICADOS NO CÓDIGO CIVIL

1 - Contrato de compre e venda

1.1 Definição

1.2 Partes

1.3 Efeitos

1.4 Caracteres jurídico{

1.5 Elementos

1.6 Requisitos subjetivos

1.7 Requisitos objetivos

1.8 Requisitos formais

1.9 Obrigações do vendedor

1.10 Obrigações do comprador

1.11 Cláusulas especiais

2 - Contrato de troca

2.1 Definmção

2.2 Observações de doação

3 - Contrato de doação

3.1 Definição

3.2 Partes

3.3 Natureza jurídica

3.4 Caracteres jurídicos

3.5 Elementos

3.6 Requisitos subjetivos

3.7 Requisitos objetivos

3.8 Requisitos formais

3.9 Classificação

3.10 Promessa de doação

3.11 Efeitos

3.12 Invalidade de doação

3.13 Revogação da doação

4 - Contrato de locação

4.1 Locação de coisas

4.2 Locação de serviço

4.3 Locação de obra

5 - Empréstimo

5.1 Comodato

5.2 Mútuo

6 - Depósito

6.1 Definição

6.2 Partes

6.3 Caracteres jurídicos

6.4 Requisitos subjetivos

6.5 Requisitos objetivos

6.6 Requisitos formais

6.7 Prazo

6.8 Espécies

6.9 Depósito de mercadorias em armazéns gerais

6.10 Obrigações do depositante

6.11 Obrigações do depositário

6.12 Riscos

6.13 Extinção de contrato

6.14 Depósito necessário

7 - Mandato

7.1 Generalidades

7.2 Definição

7.3 Partes

7.4 Caracteres jurídicos

7.5 Requisitos subjetivos

7.6 Requisitos objetivos

7.7 Requisitos formais

7.8 Aceitação

7.9 Classificação

7.10 Obrigações do mandatário

7.11 Obrigações do mandante

7.12 Extinção do mandato

7.13 Mandato judicial

8 - Gestão de negócios

8.1 Definição

8.2 Partes

8.3 Natureza jurídica

8.4 Elementos

8.5 Obrigações do gestor

8.6 Obrigações do dono de negócios

8.7 Aprovação

8.8 Casos afins

8.9 Gestão imprópria

9 - Edição

9.1 Definição

9.2 Tutela legal

9.3 Partes

9.4 Caracteres jurídicos

9.5 Outras características

9.6 Requisitos subjetivos

9.7 Requisitos objetivos

9.8 Requisitos formais

9.9 Obrigações do autor

9.10 Obrigações do editor

9.11 Extinção

10 - Representação dramática

10.1 Definição

10.2 Partes

10.3 Tutela legal

10.4 Caracteres jurídicos

10.5 Requisitos subjetivos

10.6 Requisitos objetivos

10.7 Requisitos formais

10.8 Obrigações do autor

10.9 Obrigações do empresário

10.10 Regra especial

10.11 Extinção

11 Sociedade

11.1 Definição

11.2 Natureza jurídica

11.3 Diferenças entre sociedade e condomínio

11.4 Elementos do contrato de sociedade

11.5 Requisitos de validade

11.6 Conteúdo do contrato social

11.7 Classificação

11.8 Sócios

11.9 Gerência

11.10 Prazo

11.11 Cessão de quotas e associações de terceiros

11.12 Extinção

11.13 Tipos

11.14 Diferenças terminológicas

12 - Contrato de parceria rural

12.1 Definição

12.2 Caracteres jurídicas

12.3 Pontos comuns com outros contratos

12.4 Partes

12.5 Espécies

13 - Contrato de constituição de renda

13.1 Definição

13.2 Partes

13.3 Caracteres jurídicos

13.4 Sujeitos

13.5 Prestações

13.6 Extinção do contrato

14 - Contrato de seguro

14.1 Definição

14.2 Caracteres jurídicos

14.3 Requisitos subjetivos

14.4 Requisitos objetivos

14.5 Requisitos formais

14.6 Obrigações do segurado

14.7 Obrigações do segurador

14.8 Acumulação de seguros

14.9 Espécies de seguro

15 - Jogos e aposta

15.1 Definições

15.2 Espécies

15.3 Efeitos civis do jogo tolerado e proibido

16 - Contrato de fiança

16.1 Definição

16.2 Caracteres jurídicos

16.3 Requisitos subjetivos

16.4 Requisitos objetivos

16.5 Requisitos formais

16.6 Regras especiais

16.7 Efeitos

16.8 Extinção de fiança

16.9 Diferenças entre fiança e aval

1 CONTRATO DE COMPRA E VENDA

1.1 Definição

É contrato pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a propriedade de certo objeto a outra, mediante recebimento de soma em dinheiro, denominada preço.

1.2 Partes

Quem vende se denomina vendedor, e quem compra, comprador.

1.3 Efeitos

O principal efeito da compra e venda é a transmissão da propriedade do objeto, do vendedor para o comprador. A questão que se impõe no tangente à transferência da propriedade é o momento em que se dá. Em outras palavras, quando ocorre a transmissão da propriedade? Quando o comprador se torna dono da coisa adquirida?

A resposta a essa pergunta varia de acordo com o sistema jurídico.

No sistema romano, a aquisição da propriedade não se dava com a celebração do contrato. Com a celebração, o vendedor apenas se comprometia a transferir a propriedade ao comprador. Esta se dava pela mancipatio ou pela cessio in jure. A mancipatio era modo solene de transmissão da propriedade, em que figurativamente se pesava numa balança (libra) com pesos de bronze (aes) a quantia a ser paga, perante testemunhas. Já a cessio in jure era o modo solene de transferência da propriedade. mediante o abandono do objeto, pelo proprietário ao adquirente, diante de magistrado.

Tais eram os processos de transferência da propriedade dos bens imóveis, dos escravos e dos animais de tração e carga. Para as outras classes de bens, o processo de transferência da propriedade era a traditio manus, ou seja, a tradição manual, ou entrega da coisa pelas mãos do vendedor às mãos do comprador.

O Direito Francês aboliu esses sistemas, transformando a compra e venda em modo de transmissão da propriedade. Assim, no sistema francês, a propriedade da coisa se transmite ao comprador já no ato da celebração do contrato.

Realmente assim se lê no art. 1.138 do Código Civil Francês:

"l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire ei met la chose à ses risques dès linstant oà elle a da être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrei auquel cas la chose reste au risque de ce dernieK.(1)

O sistema germânico manteve a tradição romana. Para o Direito Alemão a compra e venda não é meio de transmissão da propriedade. Nela, o vendedor apenas se compromete a passar a propriedade da coisa ao comprador. A transmissão da pro.priedade se dá realmente com a tradição, ou seja, com a entrega da coisa, ou com o registro. Assim vemos no BGB (Bürgerlicbes Gesetzbucb - Código Civil Alemão), § 433.

(1) "Durcb den Kaufvertrag wird der verkáufer einer sache verpflichtet, dem Káufer die Sacbe zu übergeben und das Eigentum an der Sacbe zu verscbaflen..."(2)

O Direito Brasileiro segue a mesma sistemática do Direito Romano, com as alterações germânicas. A compra e venda não é para nós meio de transmissão da propriedade. Esta se transmite pela tradição manual, quando se tratar de bens móveis, e pela transcrição no Registro, quando se tratar de bens imóveis.

Vemos, pois, duas fases bem distintas na compra e venda. A celebração do contrato, quando o vendedor se obriga a transferir ao comprador a propriedade da coisa, e a execução do contrato, quando a transferência da propriedade é realizada, seja pela entrega da coisa, quando esta for móvel, seja pela transcrição no Registro de imóveis. Estas duas fases podem vir imediatamente uma após a outra, nos contratos de execução imediata, como ocorre quando compramos um produto qualquer no supermercado; ou podem vir em momentos mais distantes no tempo, nos contratos de execução futura, a exemplo do que acontece na compra e venda de imóveis.

1.4 Caracteres jurídicos

Por caracteres jurídicos devemos entender aquelas características que possuem os contratos, em virtude das quais dividem-se eles em classes. Assim, são caracteres jurídicos a bilateralidade, a onerosidade, o personalismo etc.

Tradução livre "A obrigação de entregar a coisa reputa-se perfeita após o simples acordo de vontades entre as partes contratantes. Ela torna o credor proprietário, respondendo ele pelos riscos desde o instante em que a coisa deveria ter sido entregue, ainda que a tradição não haja sido realizada, a menos que o devedor esteja em mora de entregar, caso em que continua respondendo pelos riscos".

Tradução livre "Pelo contrato de compra e venda obriga-se o vendedor de uma coisa a entrega-la ao comprador e a transferir-lhe sua propriedade...".

Em relação à compra e venda, podemos dizer que é contrato:

- típico, pois está tipificado no Código Civil, arts. 1.122 a 1.163;

- puro, uma vez que não é fruto da combinação de dois ou mais contratos, como ocorre no leasing, oriundo da mistura de locação com compra e venda;

- consensual ou formal, na dependência do que exigir a Lei. A regra é o consenso, ou seja, a compra e venda se celebra da forma que as partes preferirem, podendo ser escrita, verbal, mímica ou tácita. Às vezes, porém, a forma deverá ser escrita, como exige a Lei para a compra e venda de imóveis;

- oneroso ou comutativo, de vez que ambas as partes suportam ônus, ou seja, à prestação do vendedor, corresponde contraprestação do comprador;

- bilateral, pois ambas as partes têm direitos e deveres;

- pré-estimado ou aleatório, dependendo do fato de as prestações do vendedor e comprador serem ambas de antemão conhecidas e determinadas, ou de uma delas ser indeterminada no momento da celebração. Por exemplo, se compro de pescador, por preço fixo por quilo de peixe, sua produção de um dia, seja ela qual for, estaremos diante de compra e venda aleatória, visto que não se sabe previamente quantos quilos de peixe o pescador trará do mar;

- de execução imediata ou futura, dependendo do momento em que se realize a execução do contrato, se imediatamente após a celebração ou não;

- em sua essência, individual, pois só obriga comprador e vendedor;

- negociável, uma vez que, pelo menos em tese, suas cláusulas serão sempre passíveis de negociação;

- impessoal, ou seja, pouco importa quem sejam vendedor e comprador.

1.5 Elementos

Quando se fala em elementos da compra e venda, devemos ter em mente aqueles elementos essenciais, sem os quais não haveria compra e venda. São eles o objeto, o preço e o consentimento - res, pretium, consensps.

O objeto da compra e venda há de ser um bem, não interessa se corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, desde que seja suscetível de alienação.

Deve ser bem no comércio; passível de ser vendido por um e adquirido por outro.

O segundo elemento, ou seja, o preço, é tão essencial quanto o primeiro.

Aliás, o preço é que é o elemento que realmente caracteriza a compra e venda, diferenciando-a da troca. Deve ser sempre em dinheiro, pelo menos num primeiro momento. Admite-se, no entanto, a dação em pagamento, quando o preço em dinheiro é substituído por outra coisa. Também é admissível na compra e venda pagamento realizado em dinheiro e em algum outro bem, quando teremos obrigação cumulativa.

A obrigação do comprador pode ser também alternativa, cumprindo-se o pagamento em dinheiro ou em outro bem; e ainda facultativa, quando confere-se ao comprador a faculdade de pagar com algum outro bem diferente de dinheiro. Nos dois últimos casos, a compra e venda não se desfiguraria, porque é o dinheiro o objeto da prestação, sendo a outra coisa, diferente dele, apenas faculdade do comprador ao realizar o pagamento. Como bem ensina Serpa Lopes,(1) o dinheiro está in obligatione,(2) o outro bem, in facultate solutionis. (3) Em outras palavras, a obrigação do comprador é a de pagar em dinheiro. O outro bem é apenas faculdade que lhe é proporcionada para facilitar o pagamento.

O terceiro elemento é o consentimento. Como vimos, a vontade deve ser expressa de forma livre, isenta de qualquer embaraço, como erro, dolo, coação, que levam à anulação do contrato.

1.6 Requisitos subjetivos

Os sujeitos devem ser capazes. Devemos insistir mais uma vez que, quando se exige a capacidade para a realização de certo ato jurídico, está-se referindo à capacidade de fato, também dita genérica, e à capacidade negocial ou contratual, específica para a realização de determinado ato. Assim, um analfabeto pode ser genericarnente capaz para a prática de qualquer ato da vida civil, mas não para a feitura de testamento particular, exatamente por lhe faltar a capacidade negocial, ou seja, é analfabeto, e o testamento particular é reservado às pessoas alfabetizadas.

Retornando à compra e venda, tanto comprador quanto vendedor devem ser capazes de fato e negocialmente falando-se. De fato, por deverem possuir 21 anos ou serem emancipados. Mas, e quando um garoto de 10 anos compra uma revista numa banca? O contrato conterá defeito grave, podendo ser desfeito, quando, então, a revista e o dinheiro serão restituídos. Se o vendedor conseguir provar que a revista serviu de leitura para os pais do garoto, poderá pleitear seja o negócio mantido.

Quanto à capacidade negocial, as partes não podem enquadrar-se nas seguintes proibições, dentre outras:

1ª os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente o consintam. Se João tem dois filhos, não poderá vender uma casa sua a um deles, sem o consentimento expresso dos demais. Se João tem um filho vivo e dois netos, filhos de um filho já falecido, para vender a um dos netos, João deverá obter autorização expressa do filho vivo e dos irmãos do neto comprador. Não é necessária, entretanto, a autorização dos filhos do filho vivo;

(1 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. III, p. 260.

(2 In obligatione: no ceme da obrigação.)

(3 In facultate solutionis: na escolha que pode fazer o devedor ao pagar.) 2ª pessoa casada não pode vender bem imóvel, sem a anuência expressa de seu consorte, qualquer que seja o regime de bens do casamento; 3ª os tutores, curadores, testamenteiros e administradores em geral não podem comprar bens confiados à sua guarda ou administração.

4ª os mandatários não podem comprar bens de cuja administração, guarda ou alienação tenham sido encarregados;

5ª os servidores públicos não podem comprar bens públicos confiados direta ou indiretamente a sua administração;

6ª os juízes e servidores da Justiça, tais como escrivães, oficiais de justiça etc., não podem comprar bens em litígio situados no lugar em que servirmm, ou a que se estender sua autoridade;

7ª um condômino não pode vender sua parte de coisa indivisível, we outro condômino a quiser pelo mesmo preço; 8~ o dono de imóvel alugado não poderá vendê-lo a terceiros, sem antes oferecê-lo ao locatário.

•

1.7 Requisitos objetivos

Já falamos a respeito do objeto do contrato de compra e venda ao tratarmos de seus elementos essenciais. Cabe apenas acrescentar que a compra e venda de imóveis poderá ser ad mensuram ou ad colpus.

A venda será ad corpus se o imóvel for vendido como corpo individualizado, cuja metragem seja secundária. Assim, se adquiro a "Fazenda Santa Maria", especificando-se a metragem por alto, a venda será ad corpus. vimos, no caso, que a referência às dimensões da fazenda foi apenas enunciativa.

Ad mensuram será a venda quando as dimensões do imóvel forem elemento essencial.

Neste caso, se não conferirem exatamente com a realidade, o comprador poderá, por meio da ação ex empto, exigir a complementação da área, e, não sendo isso possível, a resolução do contrato ou abatimento no preço.

Cabe acrescentar ainda que, nada dizendo o contrato, presume-se ad corpus a venda, se a diferença entre o estipulado em contrato e as medidas reais for de, no máximo, 1/20. Neste caso, incumbirá ao comprador provar ter sido a venda ad mens«ram, para que tenha direito a complementação de área, resolução do contrato ou abatimento no preço.

1.8 Requisitos formais

Como já dissemos, impera, como regra, a liberdade de forma. A compra e venda

pode se realizar por escrito, verbalmente, mimicamente ou tacitamente. O mais comum é que seja verbal. Em determinados casos, porém, a Lei exige a forma escrita. Tal ocorre com a compra e venda de imóveis, que será sempre escrita por instrumento público.(4)

l.9 Obrigações do vendedor

A primeira obrigação do vendedor é transferir o domínio, a propriedade da coisa para o comprador, seja pela tradição manual, no caso de móveis, ou pela inscrição no registro, no caso de imóveis.

Cuidar da coisa como se fosse sua, correndo todos os riscos por sua conta até o momento da tradição.

É também obrigação do vendedor garantir o comprador dos riscos da evicção e dos vícios redibitórios.

As despesas com a tradição correm por sua conta, salvo estipulação em contrário.

Além dessas obrigações, responde o vendedor por todas as demais que voluntariamente assumir no contrato.

1.10 Obrigações do comprador

A mais importe obrigação do comprador é a de pagar o preço, o que deve ser feito antes da tradição. O vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço. Mas nas vendas a prazo, o vendedor terá que entregar a coisa antes de receber o preço, anão ser que prove estar o comprador na iminência de se tornar insolvente. Neste caso, o vendedor poderá exigir caução de pagamento antes de entregar a coisa. Esta caução ou garantia pode ser fiança, hipoteca, penhor etc.

Outra obrigação do comprador é a de receber a coisa no tempo e local determinados. Caso fique em mora de receber, ou por não ter sido achado no local da entrega na hora avençada, ou por ter pedido ao vendedor que entregasse a coisa em local diverso do combinado, responderá pelos riscos que a coisa correr.

Em outras palavras, até a tradição da coisa, é o vendedor que responde pelos

riscos.

Assim, se a coisa perecer, ainda que devido a caso fortuito, a responsabilidade é do vendedor, que a substituirá, ou tomará outra medida cabível, como indenizar o comprador, não sendo possível a substituição ou o reparo da coisa. Mas estando o comprador em mora de receber, correm por sua conta todos os riscos. Se a coisa perecer, tanto pior para ele, desde que, evidentemente, o perecimento não seja atribuível a culpa do vendedor, caso em que este responderá.

(4 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 3, p. 155.)

Vejamos alguns exemplos. José compra uma geladeira, ficando combinada a entrega para o dia 10, às 14:00 horas. Se até este dia e hora, o vendedor sofrer um imprevisto, como, por exemplo, se sua loja pegar fogo, e a geladeira vier a se destruir, deverá substitui-la por outra ou indenizar José, não sendo possível a substituição.

Se, por outro lado, no dia e hora combinados, José, sem motivo justo, não estiver em casa para receber a geladeira, e se, de volta à loja, vier ela a se perder no incêndio, nada será devido a José, que, em mora de receber, arcará, sozinho, com os prejuízos.

As despesas com a tradição correm, como vimos, por conta do vendedor.

Mas no caso dos bens imóveis, ou mesmo no caso de bens móveis passíveis de registro, como carros, aviões e navios, as despesas com o registro correm por conta do comprador, salvo estipulação contrária.

l.l1 Cláusulas especiais

Nos contratos de compra e venda aparecem, de vez em quando, algumas cláusulas que não aparecem sempre. São cláusulas fora do comum, extraordinárias. Estudemos cada uma delas, analisando suas conseqüências.

a) Retrovenda - É a cláusula pela qual o vendedor se reserva o direito de readquirir a coisa do comprador, restituindo-lhe o preço mais as despesas. Esta cláusula só tem valor se o objeto do contrato for imóvel. Seu prazo de validade é de no máximo três anos, sob pena de considerar-se não escrito o tempo que ultrapassá-lo.

b) venda a contento - Chama-se venda a contento o contrato de compra e venda subordinado à condição de ficar desfeito se a coisa, objeto do contrato, não for do agrado do comprador. Esta cláusula nunca será presumida, só tendo validade se expressamente pactuada.

Exemplo clássico nos é dado pela multinacional americana Sears, em seu slogan:

"satisfação garantida ou seu dinheiro de volta!"

O Código do Consumidor inovou no campo da venda a contento.

Em todo contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, ou seja, naqueles contratos em que o vendedor procura o comprador em sua residência, seu trabalho etc., por meio de correspondências, telefonemas, ou mesmo visitas, o comprador terá o prazo de sete dias, contados do recebimento do produto ou da assinatura do contrato para se arrepender e restituir o produto, recebendo seu dinheiro de volta.

c) Preempção ou preferência - É cláusula adjeta à compra e venda pela qual o comprador se compromete a oferecer a coisa ao vendedor, se algum dia se decidir a vendê-la.

Essa cláusula só é válida se pactuada por expresso. E o vendedor só terá direito a readquirir a coisa se pagar o preço exigido pelo comprador.

Oferecida a coisa ao vendedor este terá prazo para se manifestar. Se imóvel o bem, será de 30 dias o prazo. Se móvel, três dias. Findo o prazo sem manifestação do vendedor, o comprador estará livre para vender a quem quiser.

Supondo que "A" compre de "B" um carro com essa cláusula e que depois resolva vendê-lo, terá que oferecê-lo primeiro a "B", que poderá ou não recomprá-lo, dependendo de sua vontade e de sua disponibilidade financeira de pagar o preço pedido por "A".

Não há confundir a preempção com a retrovenda. Nesta é o vendedor que força o comprador a revender-lhe a coisa, reembolsando-lhe apenas a quantia que pagara mais as despesas. Ademais, a retrovenda só se aplica a imóveis, enquanto a preempção é válida qualquer que seja o objeto do contrato.

d) Pacto de melJ1or comprador - O contrato de compra e venda pode ser feito

com a condição de se desfazer se, dentro em certo prazo, aparecer quem ofereça maior vantagem. O prazo não poderá ser superior a um ano, e o pacto só é válido para bens imóveis.

e) Pacto comissório - É a cláusula que dá ao vendedor o direito de desfazer o contrato, retomando a coisa, caso o comprador não pague no tempo ajustado.

Quando um indivíduo qualquer compra determinado objeto a prazo e não paga, quais são, em princípio, as opções do vendedor?

Na verdade, só há uma opção: executar o comprador, requerendo ao juiz que lhe penhore tantos bens quantos necessários para o pagamento da dívida. Não poderia o vendedor exigir que se lhe restituísse o objeto comprado?

A resposta é negativa, a não ser que se tenha estipulado no contrato pacto comissório. Em virtude dele, o comprador poderá exigir o objeto de volta.

Na realidade, o vendedor possui direito de opção, vencido o prazo combinado para o pagamento. Poderá, em dez dias, optar entre desfazer o contrato, com a restituição da coisa, ou exigir o pagamento do preço. Passados os dez dias, não haverá mais opção. O contrato deverá ser desfeito.

O Reserva de domílio - É a cláusula que garante ao vendedor a propriedade da coisa já entregue ao comprador, até o pagamento total do preço. Em outras palavras, apesar de já entregue a coisa, o vendedor continua sendo seu dono, até que o comprador pague o preço na sua totalidade. É cláusula muito comum nas vendas a prazo.

2 CONTRATO DE TROCA

2.1 Definição

É contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir à outra a propriedade de um bem, mediante o recebimento de outro bem, diferente de dinheiro.

O contrato de troca pode ser chamado de escambo, câmbio ou permuta, se bem que o uso reservou os termos escambo para a troca internacional de bens e serviços, e câmbio para a troca de moedas.

2.2 Observações gerais

Não há muito a falar sobre a troca, por se lhe aplicarem as disposições referentes à compra e venda, por força do art. 1.164 do Código Civil. A única controvérsia diz respeito às cláusulas especiais, que acabamos de estudar.

Seriam elas também aplicáveis à troca?

As opiniões se dividem. Alguns entendem que sim, outros entendem que não.

Podemos adotar opinião intermediária, afirmando que só se aplicam à troca aquelas cláusulas que com ela forem compatíveis, o que redunda em, praticamente, todas, à exceção, talvez, da reserva de domínio e do pacto comissório. Além disso, cabem duas ressalvas:

1ª salvo disposição contrária, cada um dos contraentes pagará a metade das despesas;

2ª conterá defeito grave a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem o consentimento expresso dos outros descendentes.

Na compra e venda, vimos que o ascendente não pode vender a um descendente, sem a autorização dos demais descendentes. Na troca, aplica-se o mesmo princípio. O

ascendente não pode trocar valores desiguais com um descendente, sem autorização expressa dos demais descendentes. E lógico que só vale a regra se,

na troca, for a ascendente que sair perdendo.

3 CONTRATO DE DOAÇÃO

3.1 Definição

É contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.

3.2 Partes

O sujeito passivo denomina-se doador, o ativo, donatário.

3.3 Natureza jurídica

Há duas correntes principais na disputa sobre a natureza jurídica da doação. Uma delas insiste em que seria contrato; a outra diz que não.

O Código de Napoleão, nos mesmos passos das Instituições de Justiniano, considera a doação ato jurídico não contratual e, mais especificamente, modo de aquisição da propriedade. De fato, confirma-nos o texto justinianeu: "est ei aliud genus adquisitionis, donatio".

Já a doutrina dominante, inclusive a que orientou o Código Civil Brasileiro, considera a doação contrato. Ninguém melhor que o grande mestre francês, Marcel Planiol, para nos expor a defesa, contrariamente à tese adotada pelo Código Civil de seu próprio país:

"L'art.894 définit ainsi la donation: 'un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement ei irrévocablement de la cbose donnée, en faveur du donataire, qui l'acceptel Un acte... Le ~rojet soumis au Conseil d'État disait:

'un contrat'. Ce fui le Premier Consul qui demand le cbangement, seus le prétexte qu'un contrat impose des obligations mutuelles aux contractants'ei qu'ainsi ce nem ne saurait convenir à la donation dans laquelle le donateur est seul à s'obliger ou à aliéner, sans rien recevoir en retour. fl oubliait qu'il existe des contrats unilatéraux ei les conseillers d'État eurent la faiblaisse de céder à cette observation maladroite du maitre qui ne prouvait par là que son ignorance du droit. La donation est réellement un contrat puisqu'elle se forme par un accord de volontés, mais c'est un contrat unilatéral".

A mesma linha contratualista segue o Direito Alemão, considerando a doação contrato translatício de domínio, ou seja, vertrag iiber die unentgeltlicbe

"Há também outro tipo de aquisição, a doação". (Inst. Lib. II, Tit. VII).

(PLANIOL, Marcel. Tràité élémentàire. Op. cit., v. III, p. 550 et seq. Tradução livre "O art.894 assim define a doação: 'um ato pelo qual o doador se desfaz de maneira atual e irrevogável da coisa doada, em favor do donatário, que a aceita'.

Ato... O projeto submetido ao Conselho de Estado dizia: 'contrato'. Foi o Primeiro Cônsul (ou seja, Napoleão Bonaparte) que pediu a mudança, sob o pretexto de que um contrato impõe obrigações recíprocas aos contratantes' e de que assim esse nome não seria conveniente á doação em que o doador é o único a se obrigar ou a alienar, sem nada receber em troca. Ele se esqueceu dos contratos unilaterais, e os conselheiros de Estado tiveram a fraqueza de tecer a esta observação absurda do mestre que nada mais provou que sua ignorância do Direito. A doação é realmente contrato, pois que se forma por acordo de vontades, mas é contrato unilateral".

Zuwendung von vermógens gegenstánden. Em outras palavras, é contrato em que uma parte transfere gratuitamente o domínio, a propriedade de um bem à outra.(7) 3.4 Caracteres jurídicos

Quanto a suas características, a doação é contrato:

- típico, pois está regulada nos arts. 1.165 a 1.187 do Código Civil;

- puro, porque não é fruto da mistura de dois ou mais outros contratos;

- consensual ou formal, dependendo do valor da doação. Se de baixo valor, consensual; se de alto valor, formal;

- gratuito ou atributivo, uma vez que não há nenhum ônus suportado pelo donatário que chegue a configurar contraprestação pela vantagem auferida. À

prestação do doador, não corresponde qualquer contraprestação do donatário;

- unilateral, pois que somente o doador tem obrigações. Será ser bilateral se for onerado com encargo, como veremos abaixo;

- pré-estimado, por ser a prestação do doador conhecida desde o momento da celebração. Mas pode também ser aleatório, se seu objeto não for conhecido no momento da celebração. Por exemplo, doação em que o doador se comprometa a entregar sua safra;

- de execução imediata ou futura. Normalmente executa-se logo após a celebração, mas nada impede que se execute em outro momento, quando será contrato de execução futura;

- individual, pois obriga apenas as partes contratantes;

- negociável, por serem suas cláusulas sempre passíveis de negociações, ainda que só em teoria;

- intuitu personae, uma vez que celebrado em razão da pessoa do donatário.

3.5 Elementos

São de duas ordens: subjetivos e objetivos.

Na classe dos elementos subjetivos, temos o consentimento e a liberalidade ou animus donandi. Consentimento é acordo de vontades, do qual deve ser fruto a doação, aliás, como qualquer contrato. O donatário tem que manifestar sua aceitação, não podendo ser compelido a tal.

Liberalidade ou animus donandi traduz-se na vontade de doar sem esperar nada em troca.

(7 BÀHR, Peter. Grundzüge. Op. cit., S. 254.)

Elemento objetivo é a transferência de valores ou vantagens do patrimônio do doador para o patrimônio do donatário. Significa, em linguagem figurada, empobrecimento de um e enriquecimento de outro. A diminuição patrimonial tem que ser concreta, daí alguns juristas, como Caio Mário, não reputarem doação as gorjetas, esmolas e donativos de valor irrisório, tais como presentes de aniversário etc., exatamente por faltar-lhes o elemento objetivo.(8) A questão que se impõe no caso é acerca da natureza jurídica desses pequenos atos como gorjetas, esmolas etc. Se não são doações, que seriam então?

Ora, entendo ser um pouco radical a interpretação do elemento objetivo da

doação. Quando se diz que deve haver na doação transferência patrimonial do doador ao donatário, significando empobrecimento de um e enriquecimento do outro, a linguagem é figurativa. Quer-se dizer apenas que o objeto doado, não importa se navio ou caneta esferográfica, sai do patrimônio do doador e se incorpora ao patrimônio do donatário. Haverá, de qualquer jeito, diminuição patrimonial concreta, ainda que inexpressiva. Tais atos são, portanto, doação.

3.6 Requisitos subjetivos

Quanto aos sujeitos, exige-se:

1° Para ser doador, capacidade de fato, ou seja, deve-se ser maior de 21 anos ou emancipado, e a capacidade específica para alienar os próprios bens. Daí temos que as doações dos pais aos filhos dispensam a autorização dos demais filhos, ao contrário da compra e venda, mas consideram-se adiantamento de herança.

Para doar bens imóveis, marido e mulher necessitam da autorização um do outro.

A doação do cônjuge adúltero a seu amante conterá defeito leve, podendo ser anulada pelo outro cônjuge ou seus herdeiros necessários (descendentes e ascendentes do doador), até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

As doações de um cônjuge ao outro não são proibidas, desde que não visem a burlar o regime de separação de bens.

O mandatário para doar coisa do mandante deve ter poderes especiais, constantes da procuração juntamente com o nome do donatário.

Os administradores em geral não podem doar coisas sob sua administração. Tal é o caso dos representantes legais dos incapazes.

2° Para ser donatário, a qualidade de pessoa. Pelo caráter benéfico do ato, não é necessária a capacidade para receber doação. Assim, os incapazes podem receber, desde que o representante legal não obste. Os nascituros, desde que seus

(8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. III, p. 170.) Pais aceitem a doação. As pessoas indeterminadas, como a prole eventual de um casal, desde que este aceite a doação e, finalmente, podem receber doação as pessoas jurídicas.

A doação pressupõe aceitação por parte do donatário. Esta aceitação pode, no entanto, ser expressa, tácita, presumida ou ficta.

A aceitação será expressa se verbal, escrita ou mímica.

Será tácita, quando puder se inferir da conduta do donatário. Assim, na doação condicionada ao casamento, calando-se os noivos, considera-se aceita com a celebração do matrimônio.

Dá-se aceitação presumida, quando o doador fixar prazo ao donatário para que este aceite. Passado o prazo sem manifestação do donatário, sendo adoação pura e simples, presume-se aceita; sendo modal, ou seja, com gncargo, presume-se recusada.

Se o doador morrer antes da aceitação, o contrato prevalece. Se for o donatário que morrer, extingue-se o contrato.

Quanto à acektação ficta, temos aqui devaneio do Código Civil. Ora, os absolutamente incapazes não podem manifestar sua vontade em caso algum. Mas como a doação pura e simples não lhes é prejudicial, a Lei criou a aceitação ficta, ou por ficção. Em outras palavras, é como se a Lei dissesse: "façamos de conta"

que o incapaz "é capaz" para aceitar doações. Esta "capacidade" dos incapazes é, sem dúvida, ficção da Lei. Foi, contudo, a única forma que o legislador encontrou para admitir a possibilidade de os incapazes poderem aceitar doações, sem a autorização de seu representante legal. Este pode, entretanto, recusar a doação.

A doutrina mais acertada advoga a tese de que o absolutamente incapaz não pode aceitar a doação. O que ocorre é que esta produz seus efeitos, independentemente de sua aceitação. Esta seria tácita ou presumida, por parte de seus representantes legais. Se os pais vêem o filho menor usando uma coisa que recebeu em doação e nada falam a respeito, presume-se que tenham aceitado pelo filho.

3.7 Requisitos objetivos

Não há restrições objetivas à doação. Todo bem livre para o comércio, ou seja, todo bem passível de ser alienado por um e adquirido por outro, pode ser doado.

São, porém, proibidas as doações a título universal, quando uma pessoa doa todo o seu patrimônio, sem ficar com bens suficientes para seu sustento; e as doações que ultrapassem a legítima dos herdeiros necessários, qual seja, 50% do patrimônio do doador. Assim, se uma pessoa tiver descendentes ou ascendentes, não poderá doar mais do que 50% de seus bens. Os outros 50% são a herança legítima dos herdeiros necessários, 1.e., dos descendentes ou ascendentes.

A doação de bens futuros é válida, podendo, assim, uma pessoa doar os filhotes de sua cadela, que ainda estão por nascer. É, todavia, invalida a doação de bens pertencentes a herança de pessoa viva. Em outros termos, um indivíduo não pode doar bens que eventualmente herdará, quando da morte de terceiro.

3.8 Requisitos formais

Já falamos acima que a doação é contrato que pode ser consensual ou formal.

Realmente, a forma da doação é a escrita por instrumento público, no caso de imóveis. Sendo móvel o bem doado, a doação será sempre escrita se o valor do bem for alto. Poderá, todavia, ser verbal quando o objeto for móvel, de pequeno valor e se lhe seguir in continenti a tradição.

O interessante é que a Lei não determinou o que seja "pequeno valor". Este será fixado pelo juiz, com base nas posses do doador.

3.9 Classificação

Quanto às classes, a doação pode ser:

a) Pura e simples - Nada é exigido do donatário, que recebe o bem doado sem qualquer condição ou encargo.

b) Condicional - Condicional é a doação subordinada à ocorrência de evento futuro e incerto, ou seja, ao implemento de condição. Esta, por sua vez, pode ser suspensiva ou resolutiva, sendo válida desde que não seja nem ilegal, nem imoral.

A título de recordação, condição suspensiva é a que suspende os efeitos do ato jurídico, que só começa depois do implemento da condição. Exemplo de doação subordinada a condição suspensiva, é a doação condicionada ao casamento, que só se aperfeiçoa caso o donatário se case.

Já a condição resolutiva põe fim ao ato jurídico quando se realiza. Exemplo de condição resolutiva possível é aquela segundo a qual os bens doados voltarão ao doador, caso este sobreviva ao donatário.

c) Modal ou com encargo - Doação com encargo é aquela que sujeita o donatário à realização de certa tarefa. O encargo pode reverter em favor do interesse geral (dôo 5100 ao Fulano, ficando ele obrigado a construir escola), em favor do próprio donatário (dôo 5100 ao Fulano, ficando ele com a obrigação de terminar os estudos em cinco anos), em favor do doador (dôo um carro ao Fulano, ficando ele com a obrigação de levar-me às compras todo sábado) ou em favor de terceiro (dôo SI 00 ao Fulano, ficando ele com a obrigação de comprar casa para Beltrana).

Normalmente, o doador estipula prazo para a realização do encargo. Se o não fizer, será necessário constituí-lo em mora, antes de exigir o cumprimento.

Não cumprido o encargo, poderá o doador exigi-lo, sob pena de revogar a doação.

Sendo o encargo a favor do interesse geral, o Ministério Público poderá exigir seu cumprimento, após a morte do doador, se este não o houver feito.

Caso o encargo reverta a favor do próprio donatário, será inexigível em face do art. 1.180, parágrafo único do Código Civil.

Como se exige o cumprimento de encargo?

Vejamos exemplo de doação de certa soma em dinheiro e bens, em que o donatário fique obrigado a construir creche. Se não construir a creche, não perde os bens doados, mas poderá ser forçado judicialmente a fazê-lo, a requerimento do próprio doador ou do Ministério Público, após a morte do doador, se este não houver intentado a devida ação. Sendo o doador o requerente, poderá revogar a doação. O Ministério Público não tem tal poder, mas poderá pleitear sejam penhorados tantos bens do donatário, quantos sejam necessários para a construção da creche.

Por fim, resta uma indagação: a doação modal seria onerosa e bilateral, ou gratuita e unilateral?

Antes de mais nada, deve ficar clara a diferença entre encargo e contraprestação.

Esta é benefício que reverte em favor de uma das partes, em contrapartida por sua prestação. É, por exemplo, o preço que é pago ao vendedor, em contrapartida por sua prestação, ou seja, a entrega do produto. vemos na contraprestação o seguinte esquema:

A + B

prestação contra prestação

Encargo não é contrapartida por benefício, na medida em que, como regra, não reverte diretamente em favor da parte que realizou a prestação. Só é possível em contratos gratuitos.(9)

O esquema do encargo seria o seguinte:

A + B O prestação encargo

Não obstante, o encargo, às vezes reverte em beneficio do doador. Assim mesmo, não é contraprestação por não corresponder à prestação.(10) (9 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op. cit., t. V, p. 218/219; t.

XLVI, p. 206.)

(l0 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. III, p. 174.) Se entrego carro, recebendo por ele 5100, haverá contraprestação, na medida em que recebi o justo valor do carro. Por outro lado, se entrego carro, ficando o donatário com a obrigação de me levar às compras aos sábados, contraprestação não haverá, visto que as compras aos sábados não correspondem ao valor do carro, objeto da prestação.

Concluindo, a doação com encargo é gratuita, apesar de doutas opiniões em contrário.(11)

Será sim bilateral, uma vez que ambas as partes terão obrigações. Daí ser possível reclamarem-se vícios redibitórios nas doações modais. De qualquer forma, a doação modal não perde seu caráter de liberalidade naquilo que exceder ao valor do ônus imposto.

d) Remuneratória - Será remuneratória, quando visar remunerar, a título de agradecimento, serviços prestados. O melhor exemplo é o da gorjeta.

e) Meritória - Ocorre nos casos em que o doador queira contemplar o merecimento do donatário. Dá-se, por exemplo, quando o pai presenteia o filho por ter passado no vestibular.

O Inter vivos e causa mortis - No Direito Brasileiro, como regra, a doação é negócio jurídico inter vivos. Fala-se, entretanto, em doação causa mortis na doação proeter nuptias, que é a doação feita a um dos cônjuges, com a condição de valer depois da morte do doador. Caso o donatário morra antes dele, seus filhos aproveitarão o beneficio. João doa 5100.000,00 a Maria, desde quê ela se case. Fica estipulado que a doação, mesmo ocorrendo o casamento, só se efetivará depois da morte de João. Assim, a doação estará sujeita a condição suspensiva (desde que Maria se case) e a termo incerto (quando João morrer). Se, por acaso, Maria se casar e depois falecer, antes de João, os 5100.000,00 reverterão em favor de seus herdeiros (de Maria), quando da morte de João. Afinal, a condição foi implementada, ou seja, houve o casamento.

A doação proter núpcias pode não depender da morte do doador, mas apenas do casamento. João faz doação a Maria, desde que ela se case. Realizadas as núpcias, a doação ocorrerá. Pode ainda esta modalidade de doação ser dirigida aos eventuais filhos do casamento. Assim, Manoel doa 5100.000,00 aos eventuais filhos que João vier a ter de seu futuro casamento. A doação, neste caso, dependerá de duas condições: a realização do casamento e o nascimento dos filhos.

Por fim, a doação propter nuptias pode ser feita por um dos noivos ao outro, condicionada à realização do casamento.

g) Indenizatória - Terá lugar, quando tiver por objetivo compensar alguém pelos prejuízos ou pelo estorvo causado.

(11 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., 5° v., p. 122/123. DINIZ, Maria Helena.

Tratado teórico e prático dos contratos. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 2, p. 54.)
3.10 Promessa de doação

É possível ao promitente-donatário exigir a execução do contrato de promessa de doação? Em outras palavras, é possível ao promitente-donatário exigir que o promitente-doador cumpra sua promessa e realize a doação?

Sendo a doação pura e simples, a doutrina se divide. Há quem admita e há quem não admita. Os que não admitem dizem que se o donatário a exigir em juízo, a doação perderá um de seus elementos subjetivos, qual seja, o animus donandi, o espírito de liberalidade, essencial para sua caracterização. O máximo que se poderia exigir do doador e, assim mesmo, caso sua promessa venha a criar expectativa no donatário, causando-lhe a revogação prejuízos, seria a reparação dos dano ocorridos. Se João promete doar 5100.000,00 a Manoel, e este, contando com o dinheiro, matricula seus filhos em curso especial de inglês, revogada a promessa, poder-se-ia pensar em perdas e danos.

Já se a doação for gravada de encargo, não há dúvida de que pode ser exigida, uma vez realizado o encargo. Na verdade, quando o doador onera o donatário com encargo, surge para ele um dever, qual seja, o de ultimar a doação.

Por esse dever poderá ser executado.

3.11 Efeitos

Cria a obrigação de transferência da propriedade, que só se transmitirá, porém, com a tradição da coisa, no caso dos bens móveis, ou com a transcrição no registro, no caso dos imóveis. vemos, assim, que a doação cria vínculo obrigacional e não real.

É irrevogável, a não ser nos casos previstos em lei, que veremos mais abaixo.

Se forem dois ou mais os donatários, presume-se que receberão em partes iguais.

Para que recebam parcelas diferenciadas, é necessária cláusula expressa neste sentido.

Se marido e mulher os donatários, morrendo um deles, a doação fica integralmente com o viúvo, que não terá que dividi-la com os herdeiros do morto. É o chamado direito de acrescer.

Feita a doação em forma de subvenção periódica, quando será de execução sucessiva, cessa com a morte do doador, salvo se dispuser em contrário no instrumento da doação, ou no testamento. Suponhamos que "A" tenha se comprometido a doar todo mês uma quantia a um hospital. Se morrer, cessa a doação, a não ser que tenha estipulado no próprio contrato de doação ou no testamento, que parte de sua herança fosse reservada para esse fim.

O doador poderá reservar para si ou para terceiro o usufruto da coisa doada.

Se reservar para si, a doação poderá ser a título universal, isto é, o doador poderá doar todo o seu patrimônio, mesmo sem reservar o suficiente para seu sustento, por já ter reservado o usufruto dos bens doados, o que lhe garantirá a sobrevivência.

A doação pode ser gravada com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Com a cláusula de inalienabilidade, o doador garante que o donatário não possa alienar o bem doado (vender, trocar, doar), mas não só, o donatário, por força dessa cláusula não poderá hipotecar o bem, empenhá-lo, nem praticar qualquer ato que implique, ainda que indiretamente, sua perda.

A impenhorabilidade protege o bem dos eventuais credores do donatário, que não poderão penhorar o bem doado por dívidas. Se o donatário estiver devendo e não pagar, todos os seus bens, em princípio, poderão ser penhorados, judicialmente, pelos credores, menos os bens doados com cláusula de impenhorabilidade.

Por fim, a incomunicabilidade exclui o bem doado do patrimônio que o devedor tiver em comum com seu cônjuge ou companheiro.

3.12 Invalidade da doação

A doação pode conter defeito grave, podendo ser anulada a qualquer momento, ou pode conter vício leve, conforme seja o defeito mais ou menos grave.

Será grave o vício nos seguintes casos:

1° incapacidade absoluta do doador;

2° objeto impossível;

3° forma inadequada;

4° doação universal, sem reserva de usufruto ou de bens suficientes para a subsistência do doador;

5° doação entre nubentes, se o regime do futuro casamento não for o da comunhão parcial ou o da separação de bens. Na verdade, mesmo nestes regimes, não se admite doação de um cônjuge ao outro, se a coisa doada pertencia ao patrimônio comum. Tal fato configuraria fraude ao regime de bens, uma vez que o bem doado sairia do patrimônio comum, passando a pertencer apenas ao cônjuge donatário; 6° doação inoficiosa, ou seja, doação que fira a legítima dos herdeiros necessários. Se o doador tiver descendentes ou ascendentes (herdeiros necessários), só poderá doar metade de seu patrimônio (parte disponível), a outra metade é a herança legítima, reservada aos herdeiros necessários, ainda em vida do titular. A defeito aqui não vicia toda a doação, mas apenas a parte que ferir a legítima, ou seja, apenas a parte que ultrapassar os 50% disponíveis. A doação será, assim, reduzida,

Será leve o vício:

1° quando visar à fraude contra credores, cabendo ao credor prejudicado a proteção da ação pauliana ou revocatória para anular a doação; 2° quando for simulada, como no caso do pai que simula estar vendendo ao filho, quando está doando, apenas com o objetivo de que não seja ela considerada adiantamento de herança;

3° quando for do cônjuge adúltero a seu amante.

3.13 Revogação da doação

Os casos em que pode ser revogada são os que se seguem:

1° descumprimento do encargo, que pode ser exigido pelo doador, pelo terceiro beneficiário, ou pelo MP, se o beneficiário for a comunidade. Não obstante, o único que poderá revogar a doação é o doador;

2° ingratidão do donatário. É, porém, a Lei que estabelece o que se pode considerar ingratidão. O Código Civil reputa ingrato o donatário que atente contra a vida do doador; o donatário que ofenda fisicamente o doador; aquele donatário que injurie, calunie ou difame o doador; e, finalmente, o donatário que negue alimentos ao doador, desde que tivesse o dever e as condições materiais de ministrá-los, e desde que fosse solicitado a fazê-lo, pois não é obrigado a adivinhar que o doador necessita de alimentos.(12) Nos casos de homicídio tentado, ofensas físicas e atentado contra a honra, a doação pode ser revogada, independentemente de condenação criminal, segundo deixa entender o Código

Civil. Mas, se o donatário for julgado inocente no juízo criminal, a doação não poderá ser revogada.(13)

Não são, contudo, revogáveis por ingratidão as doações remuneratórias, as indenizatórias, e as propter nuptias.

A sentença revocatória produzirá, em qualquer caso, efeitos ex nunc, ou seja, a partir do momento da revogação. Significa dizer que os benefícios, que o donatário porventura haja angariado com a coisa doada, não terão que ser restituídos. Assim, se uma pessoa recebe uma fazenda, e a doação é posteriormente revogada por um dos motivos acima, os lucros que tiver auferido durante o período, pertencem a ela, não tendo que ser transferidos ao doador.

Sendo a doação a mais de um donatário, e indivisível o objeto, a revogação só será possível se o motivo abranger a todos os donatários. Se for, por exemplo, apenas um o ingrato, a doação não poderá ser revogada.

Por fim, considera-se não escrita a cláusula em que o doador renuncie de antemão a seu direito de revogar a doação.

(12 O termo "alimentos" deve ser entendido em seu sentido mais amplo, envolvendo alimentação, vestuário, moradia, saúde, educação etc.)

(13 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 5, p. 130/131.) O prazo para a revogação é de, no máximo, um ano, contado do dia em que o doador tomou dele conhecimento. Trata-se, como é óbvio, de prazo decadencial.

4 CONTRATO DE LOCAÇÃO

Antes de definirmos o que seja locação, é bom nos recordarmos que ela se subdivide em espécies, sendo a definição diferente para cada uma delas.

O Direito Romano considerava-a contrato consensual, juntamente com a compra e venda, o mandato e a sociedade, dividindo-a em três espécies, a saber, a locação de coisas (móveis ou imóveis), denominada locatio rei; a locação de serviços, denominada locatio operarum; e a de obra, também chamada de locatio operis faciendi.(15)

Além do mais, regulava-se subsidiariamente pelas normas da compra e venda. Outra não é a lição das instituições de Justiniano: "locatio ei conductio proxima

est emptioni ei venditioni, iisdemque funis regellis consistit. Nam Mi emptio ei venditio ita contrabitur si de pretio convenerij sic ei locatio ei conductio ita contrabi intelliginr si merces constituta sit; [...]".(16) Na opinião de Planiol,(17) a locação se divide em três espécies: de coisas, de trabalho e de capitais. Ele próprio, porém, remete o estudo da locação de capitais para a rubrica "empréstimo". Realmente, a locação de capitais nada mais é do que mútuo, espécie de empréstimo.

Na construção do Direito Germânico, a locação compreende duas espécies, a saber, o arrendamento de uso e de desfrute. Este último tem como objeto coisas ou direitos que produzam frutos ou rendimentos. De fato, o Código Civil Alemão (BGB

- Bürgerlicbes Gesetzbucb), regula em seu § 535 o contrato de locação de uso, que chama de Miete, conceituando-o assim: "durcb den Mietvertrag wird der vernJieter velpflicbtej dem Mieter den Gebraplcb der vermieteten Sacbe wábrend der Mietzeit zu gewàbren

[...]".(18)

Já no § 581, regula a locação de desfrute, que denomina Pacbt, assim"dizendo:

"Durcb den Pacbtvertrag wird der veqàcbter verpflicbtej dem Pácbter den (14 CRETELLA JÚNIOR, J. Curso. Op. cit., p. 252 e 276. NóBREGA, Vandick L. da.

Compêndio. Op.

cit., v. II, p. 302 etseq. MACKELDEY. Manuel de droit romàin. 3. éd., Bruzelas: Ad. Wahlen, 1846, , p. 206.

(15 VAN WETTER, Peter. Cours élémentàire de droit romàin. 3. éd., Paris: A.

Marescq Ainé, 1<93, v. II, p. 216 etseq.

Inst.. Lib. III, Tit. xxIV.

(16 Tradução livre "A locação é semelhante á compra e venda, regulando-se pelas mesmas regras. Ora, do mesmo jeito que a compra e venda se celebra só quando se convém a respeito do preço, também a locação só se entende

celebrada com a fixação do preço...".

(17 PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire. Op. cit., v. II, p. 550.

(18 Tradução livre: "Pelo contrato de locação de uso, fica o locador obrigado a conferir ao locatário o uso da coisa locada pelo prazo convencionado".)
Gebraucb des verpacbteten Gegenstandes und den Genufl der Frlicbte, [...[

wábrend der Pacbtzeit zu gewàbren

[...] ".(19)

Nosso Direito é adaptação do Direito Romano. Assim é que especializamos a locação em locação de coisas móveis e imóveis; locação de obra ou empreitada e locação ou prestação de serviços.

A locação de coisas se subdivide em duas categorias: coisas móveis e imóveis. O

Código Civil trata da locação de coisas móveis (arts. 1.188 e seguintes). A locação de imóveis, por sua vez, subdivide-se em locação de prédios urbanos ou locação predial urbana, regulamentada na Lei n. 8.245/91, e em locação de prédios rústicos ou rurais, positivada no Decreto n. 59.5 66 /66 e nos arts. 95

e seguintes do Estatuto da Terra (ET).

Resumindo, teríamos:

ESPÉCIES SUBESPÉCIES

TUTELA LEGAL LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

CÓDIGO CIVIL

LOCAÇÃO DE COISAS LOCAÇÃO PREDIAL URBANA

LEI n. 8.245/91

LOCAÇÃO DE PRÉDIOS RÚSTICOS DEC. n. 59.566/66 e ET

EMPREITADA CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO CIVIL

Antes de prosseguirmos, é conveniente esclarecer algumas confusões semânticas, como a que ocorre com os termos locação e arrendamento. Em sua essência, o arrendamento estaria mais ligado ao Pacto do Direito Alemão. Mas na técnica do Direito Brasileiro, não poderíamos, cientificamente, apontar qualquer diferença entre os dois institutos. Locação e arrendamento são a mesma coisa.

Apenas a prática diária reservou o emprego da palavra arrendamento para a locação de prédios rústicos, de terrenos urbanos não construídos, de grandes edifícios etc. Não há nesse uso, entretanto, qualquer rigor científico. Os dois termos são, portanto, sinônimos, e assim os empregaremos.

Estudemos, pois, cada uma das espécies de locação.

4.1 Locação de coisas

a) Definição - É contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente à outra o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa remuneração.

(18 Tradução livre: "Pelo contrato de locação de desfrute, fica o locador obrigado a conferir ao locatário o uso do objeto locado e o gozo de seus frutos pelo prazo convencionado".

b) Elementos - Da definição podemos extrair os elementos do contrato, quais sejam, coisa (res), preço pretium) e consenso (consensus).

A coisa deve ser infungível, ou seja, não substituível por outra da mesma espécie qualidade e quantidade. Se o bem for fungível, o contrato não será de locação, mas de empréstimo, que pode ser oneroso ou gratuito. Assim, são objeto da locação de coisa os imóveis e os bens móveis, como os veículos automotores.

Na prática, porém, uma coisa essencialmente fungível pode ser convencionada infungível, como é o caso das fitas de vídeo, que são alugadas e não emprestadas.

O preço é a contraprestação do locatário, denominada aluguel, aluguer ou renda.

Pode ser em dinheiro ou qualquer outro bem. Será certo e geralmente vinculado a índice que lhe determinará os reajustes, caso a locação seja por período maior de tempo, como ocorre com a locação de bens imóveis. É proibida, de qualquer forma, a vinculação ao salário mínimo e às moedas estrangeiras, assim como aos metais preciosos. Caso a vinculação ocorra, a cláusula de reajuste será anulada.

Se tal ocorrer, qual a solução? Segundo alguns, o contrato quedará sem índice, não podendo haver majoração de aluguéis, como conseqüência lógica. A tese não convence, porém. Não convence porque, havendo inflação, o não reajustamento importaria enriquecimento sem causa por parte do locatário, o que é rechaçado por nosso Sistema Jurídico.

O pagamento dos aluguéis é periódico, conforme o que se estipular no contrato.

Se o contrato for silente, serão pagos de acordo com os costumes locais.

Em outras palavras, sendo silente o contrato, presume-se que os aluguéis sejam pagos mês a mês. Este, afinal, é costume generalizado no Brasil.

A obrigação de pagar aluguéis é supostamente quesível, isto é, serão pagos no domicílio do locatário. No entanto o contrato poderá estipular que seja portável quando, então, os aluguéis serão pagos no domicílio do locador. A falta de pagamento implica resolução do contrato e cobrança judicial por via executiva.

Por fim, salvo disposição contrária, as despesas com o pagamento correrão por conta do locatário.

Como terceiro elemento, temos o consenso. Em outras palavras, a locação se torna perfeita, considerando-se celebrada pelo simples acordo de vontades.

Ninguém pode ser compelido a contratar. O contrato deve ser fruto de acordo livre e espontâneo.

c) Caracteres jurídicos - Quanto as suas características, a locação é contrato:

- típico, uma vez que está tipificado em lei;

- puro, pois não é fruto da mistura de dois ou mais contratos;

- consensual, de vez que a Lei não exige forma especial para sua celebração,

bastando o acordo de vontades, ou seja, o consenso;

- oneroso ou comutativo, porque ambas as partes suportam ônus, correspondente ao proveito obtido. O aluguel é essencial para sua existência, sem o qual, se desfiguraria para contrato de empréstimo gratuito;

- bilateral, por gerar direitos e deveres para ambas as partes;

- em sua essência pré-estimado, uma vez que tanto a prestação do locador quanto a do locatário são, de antemão, conhecidas;

- de execução futura, por ser celebrado num momento para ser executado noutro;

- individual, pois só obriga as partes celebrantes;

- negociável, porque, pelo menos em tese, as partes têm a liberdade de negociar suas cláusulas;

- impessoal, por não se basear na confiança recíproca entre as partes. Ou seja, preenchidas as qualidades necessárias, o locador aluga para quem quer que seja.

d) Requisitos subjetivos - Quem oferece a coisa em locação se denomina locador, senhorio ou arrendador. Na prática quotidiana somos levados a dizer proprietário, o que nem sempre é correto, haja vista que o locador pode não ser proprietário, mas usufrutuário, sublocador etc. Realmente, para ser locador, basta a capacidade genérica, não sendo essencial a capacidade para alienar as próprias coisas. Assim, é válida a locação de quem só possui o uso e o gozo, como o usufrutuário e o sublocador, ou de quem só possui a administração da coisa, como o síndico da massa falida, o liquidante, os representantes legais dos incapazes, o inventariante etc.

Por sua vez, quem recebe a coisa em locação se denomina locatário, inquilino ou arrendatário. Para sê-lo é suficiente a capacidade genérica.

e) Requisitos objetivos - Como já dissemos, a coisa há de ser infungível, sob pena de se desfigurar o contrato para mútuo, ou seja, empréstimo de coisas fungíveis. Nada impede, porém, que uma coisa essencialmente fungível seja considerada, para efeitos do contrato, infungível, como ocorre com as fitas de vídeo.

f) Requisitos formais - É, como vimos, por essência, contrato consensual, não exigindo a Lei forma especial. Assim, pode ser escrito ou verbal e até mesmo tácito. Em determinados momentos, a Lei pune indiretamente os contratos não escritos, como veremos infra, nas locações prediais urbanas.

g) Prazo - A locação é, em essência, contrato temporário. Será, no máximo, vitalício; nunca perpétuo, como a enfiteuse. Morrendo o locatário, extingue-se o contrato. O prazo pode ser determinado ou indeterminado, dependendo do que se fixar.

h) Obrigações do locador - São basicamente três: entrega, manutenção e garantia.

Cumpre ao locador entregar a coisa com seus acessórios em estado de servir ao uso a que se destina, salvo disposição contrária.

Deverá também manter a coisa em estado de servir, o que inclui todas as obras e despesas com sua reparação e conservação, a não ser que haja estipulação diversa no contrato.

As chamadas reparações locativas, ou seja, as pequenas despesas causadas pelo uso regular, como vidro quebrado, cano entupido etc., correrão por conta do locatário, salvo disposição contratual em contrário. A sanção para o descumprimento do dever de manutenção é a resolução do contrato com perdas e danos.

Entretanto, se ao invés disso, der-se prosseguimento ao contrato, o locatário terá direito a reembolso, se preferir realizar, ele mesmo, os gastos.

Logicamente, não é lícito ao locatário deixar de pagar aluguéis por esta conta, a não ser que assim fique combinado.

No caso de benfeitorias necessárias ou úteis, o locatário poderá reter a coisa ao término do contrato, até que seja reembolsado. Se o bem locado for imóvel urbano, só terá direito de reembolso e retenção por benfeitorias úteis, se houverem sido previamente autorizadas pelo locador. Sendo, porém, voluptuárias, o locatário terá direito apenas a reembolso, se forem de antemão autorizadas.

Não lhe será permitido, contudo, exercer direito de retenção. Caso não haja

autorização prévia, o locatário não possuirá nem o direito a reembolso, nem o de retenção, mas poderá levantá-las, desde que não seja afetada a estrutura do bem locado.

vejamos alguns exemplos:

1° José aluga carro de Joaquim e nele implementa benfeitorias necessárias (troca, por exemplo, os pneus, que se achavam "carecas"), poderá exigir de Joaquim que lhe reembolse o valor despendido, podendo reter o automóvel em seu poder, até que ocorra o reembolso. Se o bem for imóvel, a solução será a mesma.

2° José aluga carro de Joaquim e nele implementa benfeitorias úteis. Por exemplo, troca os retrovisores por outros de melhor qualidade. Neste caso, terá os mesmos direitos do exemplo anterior, quais sejam, reembolso e retenção.

Cuidando-se, porém, de imóvel urbano, aplica-se a Lei n. 8.245, segundo a qual (art. 35) as benfeitorias úteis só serão reembolsadas, caso previamente autorizadas. O mesmo se diga do direito de retenção. Dessarte, se Manoel aluga apartamento de Sílvio, instalando grades nas janelas, só terá direito a reembolso e retenção, se Sílvio autorizar a instalação previamente.

3° José aluga carro de Joaquim, nele instalando aparelho de ar condicionado. Não terá direito a qualquer reembolso, nem terá direito de retenção.

Poderá, contudo, levantar a benfeitoria, ou seja, retirar a aparelhagem de ar, se isso não danificar o carro. A mesma regra se aplica aos imóveis. Se, entretanto, a benfeitoria voluptuária for autorizada, o locatário terá direito a reembolso, sem direito de retenção.

Vejamos o quadro abaixo:

BENFEITORIAS NECESSÁRIAS

LOCAÇÃO DE COISAS

DE RETENÇÃO E DIREITO DE RETENÇÃO E DIREITO DE REEMBOLSO, REEMBOLSO SE

AUTORIZADAS CASO CONTRÁRIO, APENAS DIREITO DE LEVANTAR,

DESDE QUE NÃO DANIFIQUE

A COISA

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - DIREITO DE RETENÇÃO E REEMBOLSO, SE AUTORIZADAS. CASO DE

LEVANTA O IMÓVEL

DIREITO DE REEMBOLSO, SE AUTORIZADAS.CASO CONTRÁRIO, APENAS

DIREITO DE LEVANTAR, DESDE QUE NÃO DANIFIQUE O IMÓVEL

O locador possui, outrossim, o dever de garantir ao locatário o uso pacífico da coisa durante o tempo que durar o contrato.

O dever de garantia abrange vícios redibitórios. Assim é que o locador deve responder por todos os defeitos anteriores à locação, mesmo que os desconhecesse, sob pena de resolução contratual ou abatimento nos aluguéis.

Se deles tinha conhecimento e dolosamente os ocultou, pagará perdas e danos.

Antes era permitida cláusula exonerando o locador desse dever, o que foi proibido pelo Código do Consumidor, art. 25.

Além dos vícios redibitórios, o dever de garantia engloba também os incômodos e turbações de terceiros. O locador deverá atuar em juízo contra todas as pessoas que perturbarem a posse pacífica do locatário. Evidentemente que assiste também ao locatário esse direito. Não obstante, o que é para o locatário direito, para o locador é dever.(19)

Também contra atos de vizinhos e outros locatários que perturbem a locação, incumbe ao locador acionar a Justiça.

Ainda pela evicção responde o locador. Caso a coisa seja evicta, o contrato se resolverá, sendo indenizado o locatário.

(19 GABBA, C.F. Questioni di diritto civile. Torino: Fratelli Bocca, 1898, v.

II, p. 310.)

Por fim, o locafor é responsável por todos os atos da Administração Pública, tais como desapropriação, condenação do edifício, ordem de fechamento etc., desde que, antes de alugar, tivesse prévio conhecimento de que o ato administrativo ocorreria. Contudo, se a condenação do edifício, ou a ordem de fechamento ocorrerem por culpa do locatário, este é que terá que indenizar o locador.

i) Obrigações do locatário - Em primekro lugar, deve o locatário cuidar da coisa como se fosse sua, servindo-se dela conforme o uso convencionado, e restituindo-a, findo o prazo, nas mesmas condições em que a recebeu.

Em segundo lugar, pagar os aluguéis da maneira, no lugar e no tempo estabelecidos.

Outra obrigação do locatário é a de levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, ou seja, sempre que terceiro ameaçar a coisa, como ocorre em invasão de terreno, por exemplo, é dever do locatário e direito seu agir no sentido de impedir.

j) Extinção do contrato - As causas que põem fim ao contrato de locação são várias e devem ser examinadas uma a uma.

Além dos casos de extinção estudados acima, temos que o contrato de locação pode extinguir-se ainda pelo advento do termo, pelo implemento da condição, pela alienação do objeto e pela morte das partes.

Advindo o termo, ou seja, findo o prazo contratual, a regra é que o contrato se extingue. Estipula a Lei, entretanto, que uma vez que o locatário continue na posse da coisa, sem que se oponha o locador, a locação prorroga-se automaticamente por prazo indeterminado, mantendo-se inalteradas todas as outras cláusulas do contrato. Neste caso, salvo algumas regras específicas relativas à locação de imóveis, caberá a denúncia vazia, também chamada de resilição unilateral, quando o locador poderá requisitar a coisa quando bem entender, sem a necessidade de alegar motivo justo.

Subordinando-se a locação a condição resolutiva, implementando-se esta, extingue-se aquela. Se uma pessoa aluga seu carro ou sua casa à outra, até que esta se case, ocorrendo o casamento, finda a locação.

Sendo a coisa locada alienada por seu dono, quem a adquirir poderá reclamá-la das mãos do locatário de imediato, salvo se no contrato de alienação (compra e venda, doação etc.) for estipulado algo diverso. No caso dos imóveis, o próprio contrato de locação pode conter cláusula de garantia contra terceiros adquirentes, prevendo que, na hipótese de o imóvel ser alienado (vendido, doado etc.), a locação continua. Tal cláusula, porém, só terá valor se o contrato for inscrito no Registro de Imóveis.

É possível cláusula contratual proibindo o locador de alienar o objeto enquanto perdurar a locação? A resposta é afirmativa. Só que tal obrigação só terá valor entre locador e locatário. Assim, a alienação será válida perante o adquirente de boa-fé, tendo o locatário apenas direito a se ressarcir por perdas e danos.

Logicamente que se o contrato estiver garantido contra terceiros, a locação perdurará na pessoa do adquirente.(20) Morrendo o locatário, extingue-se imediatamente o contrato, salvo se estipulada sua continuação na pessoa dos herdeiros. Se quem morrer for o locador, seus herdeiros, como novos proprietários, poderão retomar a coisa de imediato, a não ser que haja cláusula contratual prevendo que, no caso de morte do locador, o contrato continue com seus herdeiros. Sendo imóvel o objeto, tal cláusula só terá valor, estando o contrato inscrito no Registro de Imóveis.

l) Espécies

Locação de bens móveis - Acerca da locação de bens móveis não há muito o que dizer, a não ser que se regula pelo Código Civil, sendo suas regras as mesmas que acabamos de expor.(22)

Locação de prédios rústicos - A locação de prédios rústicos acha-se regulada no Decreto n. 59.566/66 e no Estatuto da Terra (ET).

Para melhor entendê-la, é mister definir seu objeto. Assim, prédio rústico é todo imóvel que se destine a atividade rural, não importando onde se situe. Pode haver o caso em que o imóvel se encontre nos arredores da cidade e seja considerado rural para efeitos de locação.

As obrigações do locador e do locatário são as mesmas vistas anteriormente.

Seu prazo pode ser determinado ou indeterminado. Na falta de estipulação contratual, presume-se que seja de três anos, ou, de qualquer forma, o suficiente

para ultimar a colheita.

Divergência há em doutrina a respeito desse prazo mínimo de três anos.

Existem arestos no sentido de que as normas do art. 95, II do ET e do art. 134,

"a" do Decreto n. 59.566/66 se aplicariam não só aos contratos por prazo indeterminado, como também aos contratos por prazo determinado, que deveriam observar os prazos mínimos de três anos, nos casos de lavoura de pequeno porte e ou pecuária de pequeno e médio porte; cinco anos, nos casos de lavoura permanente e ou de pecuária em larga escala; e de sete anos nos casos em que ocorra exploração florestal (art. 13, a do Decreto n. 59.566/66). De qualquer forma, o prazo jamais seria inferior a três anos, segundo o art. 95, II do ET e art. 21 do já referido decreto.

Não predomina, e nem poderia predominar essa opinião, inobstante a autoridade de seus defensores.(22)

(20 BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL. Du contràt de loàge. 3ªed., Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Joumal du Palais, 1906, t. I, p.

774.)

(21 DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. Op. cit., v.

2, p. 89 et seq.)

(22 ÂNGELA SILVA. Direito agrário (notas de aula). Belo Horizonte: FUMIDAM, 1987, p. 70 et seq.)

Em primeiro lugar, qual o objetivo do legislador ao fixar prazos mínimos para a locação de prédios rústicos? Sem dúvida alguma, seria o de proteger o agropecuarista incauto, que não estabelecesse prazo no contrato, e de adequar a locação rural ao bom aproveitamento da terra, segundo os princípios da produtividade e da função social.

De fato, na prática, não se celebram contratos dessa espécie por prazo inferior a três anos, a não ser em casos de locação para fins não empresariais, como sítios de fim-de-semana. Caso contrário, ninguém se arriscaria em empregnfimento

agropecuário por tempo curto demais. Acontece que, nada obsta a que, querendo, possa o ruralista alugar prédio rústico por tempo inferior a três anos. Várias culturas há, como o plantio de arroz, feijão, milho, hortaliças etc. que encerram-se em menos de ano, podendo algumas repetir-se, mesmo no período de apenas um ano. Sendo assim, não vemos como poderia o intérprete suplantar a vontade das partes, interferindo diretamente em sentido contrário a sua manifestação volitiva.

Tal interferência tem se mostrado maléfica na prática, gerando insegurança e instabilidade ao tráfego negocial.

Concluindo, temos que, apesar de o art. 13, "a" do Decreto n. 59.566/66 referir-se a contratos agrários qualquer que seja sua forma, ao estabelecer prazos mínimos de três, cinco e sete anos, há também os arts. 95, II do Et e 21 do mesmo decreto, referindo-se expressamente a prazo mínimo tão-somente em contratos por prazo indeterminado. Ora, forma não se confunde com prazo, o que nos leva à conclusão evidente de que a interpretação do art. 13, "a" do Decreto n. 59.566/66 só pode ser no sentido de adequá-lo ao espírito dos arts. 95, II do ET e 21 do Decreto n. 59.566/66. Assim, os prazos mínimos de três, cinco e sete anos aplicarse-íam só aos contratos por prazo indeterminado.

Sendo o contrato por prazo determinado, o locador que quiser rescindi-lo ao final, deverá notificar o inquilino seis meses antes de seu término.

Findo o contrato, e mantendo-se o locatário na posse do imóvel, prorroga-se por prazo indeterminado, cabendo, entretanto, denúncia vazia.

Locação predial urbana - Finalmente, a locação de imóveis urbanos, regulada pela nova Lei do inquilinato (Lei n. 8.245/91).

Existem, segundo a nova lei, três espécies de locação: a residencial, a não residencial e a locação para temporada. vemos, pois, a unificação promovida pela nova lei, em relação à antiga. Não há mais, sob seu regime, locação comercial.

Fica, portanto, unificado o Direito Privado, não fazendo a nova lei qualquer distinção entre Direito Civil e Comercial.

As obrigações do locador e locatário já estudamos acima, em suas linhas mestras.

Resta-nos analisar as ações ligadas ao contrato de locação.

Ação de despejo(23) - A ação de despejo admite duas espécies, a saber, o despejo motivado, também chamado de denúncia cheia, e o despejo imotivado, denominado comumente denúncia vazia.

Dá-se o despejo motivado ou denúncia cheia quando o locador tiver que alegar motivo para pedir o imóvel.

Os casos se elencam nos arts. 9°, 47 e 53 da nova lei. O art. 9° refere-se à locação em geral. Segundo ele, na vigência do prazo contratual, o imóvel só poderá ser retomado:

1° em virtude de mútuo acordo, assinado pelas partes e duas testemunhas, dado prazo para desocupação de, no mínimo, seis meses;

2° em decorrência de prática de infração legal ou contratual; 3° por falta de pagamento do aluguel ou demais encargos; 4° para realização de obras urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser realizadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, recuse-se a consenti-las. O locador terá sessenta dias, contados da entrega das chaves, para dar início às obras, sob pena de prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida esta em favor do locatário.

Sendo a locação residencial e, sendo o contrato verbal, ou escrito com prazo inferior a trinta meses, o imóvel somente poderá ser retomado em virtude de um dos motivos apontados acima e, além deles:

1° Em decorrência da extinção do contrato de trabalho entre locador e locatário, caso a locação lhe seja acessória;

2° Se for pedido para uso próprio, do cônjuge ou companheiro, ou para residência de descendente ou ascendente que não disponham, nem o respectivo cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio. O locador conta com prazo de cento e oitenta dias, a partir da entrega das chaves, para usar o imóvel conforme o pedido e, uma vez que o faça, deverá o uso ser de no mínimo um ano. A pena é a mesma cominada para o caso da não realização de obras urgentes; 3° Se for pedido para demolição e edificação aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída em no mínimo 20%, ou se o imóvel for

destinado à exploração de hotel ou pensão em pelo menos 50% de sua área. O prazo para o início da demolição ou instalação da hospedaria é de sessenta dias a contar da entrega das chaves, sendo a pena idêntica à dos casos anteriores.

(23 PONTES DE MIRANDA. Tratado dás ações. Op. cit., t. III, p. 317 et seq.) O despejo será imotivado (denúncia vazia), quando o locador não precisar alegar qualquer motivo para retomar o imóvel. Dá-se a denúncia vazia nos seguintes casos, previstos nos arts. 46; 47, v; 50, parágrafo único e 57 da Lei do inquilinato:

1° quando o contrato de locação residencial for escrito com prazo estipulado de no mínimo 30 meses, desde que se faça notificação prévia, uma vez vencido aquele termo, assinando-se prazo de pelo menos 30 dias para a desocupação; 2° nos contratos de locação residencial escritos ou verbais, se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos;

3° nos contratos de locação para temporada que se indeterminem, após trinta meses de seu termo inicial;

4° nos contratos de locação não residencial por prazo indeterminado, com notificação prévia de trinta dias;

5° nos contratos de locação residencial celebrados até 1991, ou seja, sob os auspícios da lei antiga, cujo prazo se indeterminar, concedidos por notificação prévia 12 meses para a desocupação.

Para encerrar, três observações se fazem necessárias, no que toca à ação de despejo.

Primeiramente, a sentença que conceder o despejo poderá ser executada de plano, tendo o recurso efeito apenas devolutivo. Em outras palavras, o inquilino poderá recorrer da sentença, mas fora do imóvel.

Em segundo lugar, na denúncia vazia, o locatário, sendo a locação residencial, poderá concordar com o pedido de despejo e requerer seis meses para se retirar, sendo o juiz obrigado a lho outorgar.

Por fim, o prazo de desocupação assinado na sentença de despejo será de trinta dias em geral. Será, no entanto, de quinze dias, se, entre a citação (primeiro ato processual para o réu) e a sentença (último ato processual), houver decorrido

mais de quatro meses; ou se o despejo for por falta de pagamento, descumprimento de obrigação contratual, ou por denúncia vazia em contratos escritos com prazo superior a trinta meses.

Ação de consignação em pagamento - Será proposta sempre que o locatário quiser pagar aluguéis ou quaisquer outras parcelas devidas, e o locador não quiser ou não puder recebê-los. Acerca do procedimento consignatário já falamos supra, ao tratarmos das formas especiais de pagamento no Capítulo VIII.

Ação revisional de aluguéis - O objeto desta ação é o reajustamento do valor dos aluguéis defasado pela inflação. Pode ser proposta pelo locador de três em três anos, se nesse período não houver ocorrido nenhum reajuste acima dos índices legais ou contratuais.

Ação renovatória - Aplica-se às locações não residenciais, em cujo imóvel o locatário exerça atividade lucrativa. Nesses casos, o locatário poderá propor ação renovatória, pedindo ao juiz que obrigue o locador a renovar o contrato por mais um período de prazo igual ao contrato renovando.

Algumas condições devem ser, todavia, atendidas, para que o juiz conceda esse direito. São as seguintes:

1ª O contrato renovando deve ser escrito, com prazo estipulado Admite-se, contudo, que se possa somar vários contratos escritos com prazo inferior a cinco anos. Dessa maneira, se um mesmo locatário apresentar três contratos com prazo de dois anos, celebrados com o mesmo locador, tendo como objeto o mesmo imóvel, somam-se seis anos, satisfazendo-se a exigência legal.

Logicamente, terão que ser os três contratos celebrados um após o outro, sem lapso de tempo entre eles. 2~ O locatário deve estar explorando o mesmo ramo, ou seja, exercendo a mesma atividade, há pelo menos três anos.

O locador poderá se defender na ação renovatória, não se renovando o contrato, se por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importem sua total transformação; ou para fazer modificação tal que aumente o valor do negócio ou da propriedade.

Também poderá o locador requerer o imóvel para uso próprio, ou para uso de sociedade de que detenha, ele locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente,

a maioria do capital. A Lei não se refere ao companheiro do locador neste raso.

Entendemos, todavia, que, por analogia, poderia o locador requerer o imóvel para uso de sociedade em que seu companheiro detivesse a maioria do capital social.

A cada dia, sentimos mais e mais tombarem os panos da hipocrisia. Constatamos com satisfação que sempre mais o legislador procura equiparar o concubinato ao casamento. Aliás, o espírito livre da doutrina mais arrojada acabou por refletir-se no trabalho do próprio constituinte, que implantou o gérmen da equiparação jurídico-positiva no art. 226, § 3° da Constituição. Hoje, temos a Lei n. 8.971/94, - garantindo aos concubinos direitos sucessórios e alimentícios e a Lei n. 9.278/96, regulamentando a questão patrimonial da União Estável.

Estamos caminhando rápido.

4.2 Locação de serviço

a) Definição - Locação de serviço, também denominada prestação de serviço, é o contrato em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, sem vínculo empregatício, mediante certa remuneração.(24)

Sem dúvida alguma, nosso Código Civil é bastante deficiente e omisso em relação ao contrato de prestação de serviço. Daí a necessidade das Íeis trabalhistas com o intuito de complementá-lo, criando, com isso, toda uma nova ordem jurídico.(25)

O que temos hoje em dia são duas situações totalmente distintas. De um lado, o contrato de trabalho, regulamentado pela CLT e legislação complementar.

Do outro lado, a prestação de serviço, regulamentada pelo Código Civil.

As diferenças entre os dois contratos são, de fato, tênues. O contrato de trabalho cria a chamada relação de emprego, vínculo empregatício, de ordem trabalhista, alimentado por três elementos caracterizadores, quais sejam, a habitualidade, a subordinação e a dependência econômica. Já a prestação de serviço não gera qualquer vínculo trabalhista, não possuindo necessariamente tais características.

Assim é que não será obrigatoriamente contínua; o prestador de serviços,

normalmente chamado de contratado, não depende obrigatoriamente do tomador (contratante) para sua sobrevivência econômica e, principalmente, não há a mesma subordinação que no contrato de trabalho, ou seja, não há completa hierarquia entre eles, apesar de o prestador trabalhar sob a fiscalização e orientação do tomador.

Após o advento da Constituição de 1988, ficam sob a égide da locação de serviço, regida pelas normas do Código Civil, o trabalho autônomo, exercido pelos profissionais liberais e representantes comerciais; o trabalho eventual, realizado apenas quando necessário, como pode ser o caso de jardineiros, que prestam seus serviços de quando em vez; e o trabalho levado a efeito pelas pessoas prestadoras de serviços a terceiros, como os de limpeza, de segurança, de informática, de conservação de elevadores etc. Acrescente-se, outrossim, que empregado é sempre pessoa física, o mesmo não ocorrendo com o prestador de serviços, que pode ser pessoa jurídica. Apesar disso, muita confusão se faz ainda entre contrato de trabalho e de prestação de serviço, empilhando-se processos nas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho.

b) Partes - Aquele que aluga os serviços da outra parte é denominado tomador ou contratante. Já aquele que entrega sua força de trabalho denomina-se locador, prestador de serviços, ou simplesmente contratado.

c) Caracteres jurídicos - Por suas características, podemos asseverar que a locação de serviço é contrato:

- típico, porque tipificado no Código Civil;

(24 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. III, p. 259 et seq.)

(25 DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. Op. cit., v.

2, p. 147 et seq.)

- puro, visto que não é produto da fusão de duas ou mais outras espécies de contratos;

- consensual, de vez que se reputa celebrado solo consensu;(26)

- oneroso ou comutativo, por suportarem ambas as partes um ônus. À prestação de uma das partes, corresponde contraprestação da outra. Nada impede,

entretanto, que seja gratuito, desde que explicitamente pactuado entre as partes;

- bilateral, por pressupor direitos e deveres para ambas as partes;

- pré-estimado, uma vez que, tanto a prestação de uma das partes, quanto a contraprestação da outra, são de antemão conhecidas;

- de execução diferida ou sucessiva, dependendo de como se execute. Se contrato bombeiro para fazer a manutenção do encanamento de edifício, a fim de que a cada vez que realizar serviço receba sua remuneração, a execução será diferida, por ter sido o contrato celebrado num momento e executado em outro.

Mas se contrato pessoa jurídica para fazer a lavagem semanal da rouparia, ou para conservar os elevadores de um edifício, recebendo fixo mensal ou semanal para tanto, sua prestação será contínua, sendo o contrato executado sucessivamente no tempo. O mesmo ocorre quando alguém contrata a assistência jurídica de escritório de advocacia. O contrato será executado continuamente, sucessivamente;

- individual, pois só obriga as partes contratantes. Ademais, o contrato coletivo é tutelado pelo Direito do Trabalho;

- negociável, uma vez que, pelo menos em tese, há a possibilidade de discussão de cláusulas;

- intuitu personae, por se basear na confiança pessoal que o contratante deposita no contratado.

d) Requisitos subjetivos - Ambas as partes devem possuir capacidade genérica para se obrigar, ou seja, devem ser maiores de 21 anos. A capacidade não é, todavia, requisito essencial. Se, porventura, o contrato for celebrado por prestador incapaz, não será defeituoso como um todo,(27) pois não seria jurídico que, a pretexto da falta de requisito subjetivo, fosse alguém locupletar-se da atividade alheia. Se incapaz for o tomador, o contrato será inválido, a não ser que o incapaz tenha dolosamente escondido sua condição, ou que o negócio venha a ser ratificado pelo representante legal, ou pelo próprio incapaz, finda a incapacidade ou que, ainda, venha o representante legal a se beneficiar com o contrato.

e) Requisitos objetivo - O objeto desse contrato é obrigação de fazer, ou seja,

prestação de atividade lícita, não vedada pela Lei e pelos bons costumes, oriunda da energia humana, podendo ser física ou intelectual.

(26 solo consensu significa, literalmente, "só pelo consenso".) (27 BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL. Da contràt de louàge. Op. cit., v. 2, 1.

pattie, p. 17 et seq.)

f) Requisitos formais - Como já observamos anteriormente, prestação de serviço é contrato consensual, bastando o acordo de vontades para que se repute celebrada.

Decorre daí que sua forma é livre, podendo ser escrita, verbal, mímica, ou mesmo tácita.

g) Elementos - São, diferentemente da locação de coisas, apenas objeto e consenso (res ei consensus). O preço não é elemento essencial, haja vista poder ser a locação de serviço gratuita.

h) Preço - Por preço deve entender-se a contraprestação devida ao prestador, à pessoa que aluga sua força de trabalho.

Não é elemento essencial ao contrato que, como vimos, apenas presume-se oneroso.

Deve ser convencionado pelas partes. Mas na falta de convenção, será arbitrado pelo juiz, muitas vezes, com o auxílio de peritos, conforme os costumes locais, o tempo que durar a prestação e a qualidade do serviço.

Paga-se a retribuição no final, após a realização do serviço, salvo estipulação contrária.

O objeto da prestação do tomador é, de regra, dinheiro, nada impedindo, porém, que seja em outra espécie de bens, como alimentos, vestuário, moradia etc.

i) Prazo - Exatamente por ser inalienável a liberdade humana, o prazo máximo de duração do contrato de locação de serviço não será superior a quatro anos. (28) Advindo o termo, isto é, findo o prazo, o prestador pode despedir-se ou ser despedido unilateralmente. Nada impede, entretanto, que novo contrato seja celebrado por período igual ou inferior.

Se o período for superior a quatro anos, poderá ser reduzido pelo juiz.

Não havendo prazo determinado, nem puder ser ele inferido da natureza do serviço ou dos costumes do lugar, qualquer uma das partes poderá unilateralmente resilir o contrato, mediante aviso prévio de oito dias, se o salário for fixado por um mês ou mais; de quatro dias, se for o salário fixado por uma semana ou quinze dias; e de véspera, ou seja, com um dia de antecedência, se o salário for ajustado por menos de sete dias.

No contrato de locação de serviço agrícola, não havendo prazo estipulado, presumir-se-á o de um ano agrário, que termina com a colheita da principal cultura explorada pelo tomador.

(28 BEVILAQUA, Clóvis. código civil comentado. Op. cit., v. 4, p. 409 et seq.) O prestador que for contratado por tempo certo ou por obra determinada não poderá ausentar-se ou despedir-se sem justa causa, antes do término do prazo ou da obra. Assim, não se conta no prazo o tempo em que o prestador, sem justa causa, deixou de servir. Tal seria o caso de doença simulada, ou de viagem de lazer

etc.

Mas se deixar de prestar o serviço por motivo justo, contar-se-á o tempo no prazo contratual.

j) Obrigações do prestador - As obrigações de quem põe à disposição sua força de trabalho podem ser resumidas em basicamente uma, qual seja, bem realizar o serviço assumido no tempo, local e dentro das especificações combinados, sempre sob a orientação e fiscalização do tomador.

l) Obrigações do tomador - Resumem-se em duas, ou seja, remunerar o serviço contratado na forma, tempo e local combinados, e prover todos os meios necessários no sentido dg facilitar a prestação do prestador. Emòutras palavras, a prestação do prestador se realiza por conta e risco do tomador.

m) Extinção do contrato - O contrato de prestação de serviço se extingue em virtude de várias causas, que temos por bem agrupar. Assim é que extinguir-se-

á o contrato, mesmo que se tenha convencionado o contrário, por justa causa, mas sem culpa de uma das partes; por justa causa, por"culpa de uma das partes; e

sem justa causa.

Vejamos primeiramente a extinção por justa causa quando uma das partes, por fato alheio à sua vontade, der-lhe origem. Pode ser a mesma atribuível a fato do prestador ou a fato do tomador.

Por fato do prestador, extingue-se a locação quando ele:

- tiver que exercer função pública ou desempenhar obrigação legal, incompatíveis com a continuação do serviço;

- achar-se inabilitado, por caso fortuito ou de força maior, para cumprir o contrato, como no caso de doença, por exemplo;

Nesses casos, o prestador poderá denunciar o contrato, exigindo a remuneração pelo trabalho já prestado.

Por fato do tomador, o contrato se extingue:

- por morte do tomador, fazendo jus o prestador à remuneração relativa ao trabalho já concluído, o que lhe será pago pelos herdeiros, dentro das forças da herança (intra vires hereditatis);

- por força maior ou caso fortuito, que o impossibilite de cumprir sua obrigação, como quando um pintor é contratado para realizar a pintura de uma casa e esta pega fogo, vindo a se destruir.

Logicamente o prestador fará jus à remuneração do que já houver concluído.

Analisemos agora a extinção por justa causa quando uma das partes, por ação ou omissão culpável, lhe der ensejo.

O prestador poderá rescindir o contrato se:

- o tomador lhe exigir algo além de suas forças como, por exemplo, trabalhar 20

horas por dia; ou algo proibido por lei ou ainda contrário aos bons costumes ou alheio ao contrato;

- o tomador tratá-lo com excessivo rigor;

- o tomador faltar às obrigações contratuais;

- sentir que corre perigo em companhia do tomador, como o de contágio;

- for ofendido pelo tomador na honra de sua pessoa ou de sua família.

Em todos esses casos, o prestador terá direito à remuneração vencida e metade da que teria direito se concluísse os serviços.

O tomador poderá da mesma forma rescindir o contrato se o prestador:

- ofendê-lo na honra de sua pessoa ou de sua família;

- tiver vícios ou mau procedimento;

- não cumprir as normas contratuais;

- agir com imperícia ou negligência, ou seja, não realizar os serviços a contento.

Em qualquer desses casos, o prestador fará jus à remuneração relativa ao serviço já prestado, mas responderá por perdas e danos, se os houver causado ao tomador.

A extinção será sem justa causa quando qualquer uma das partes der por encerrado o contrato por prazo indeterminado, cumprido o aviso prévio a que nos referimos acima. Neste caso, o prestador terá direito a todas as parcelas remuneratórias relativas ao serviço já realizado.

Se o contrato for por prazo determinado, ou por obra certa, e o tomador, sem justa causa, considerá-lo findo, responderá por perdas e danos, pagando ao prestador a remuneração referente ao serviço já prestado e a metade da que teria direito caso terminasse o contrato.

Sendo o contrato por obra determinada ou por prazo certo, e o prestador se despedir sem motivo justo, terá direito à remuneração relativa ao que já houver trabalhado, descontados os prejuízos que houver causado.

4.3 Locação de obra

a) Definição - Locação de obra ou empreitada é o contrato pelo qual um dos

contratantes se obriga, sem subordinação ou dependência, e sem qualquer vínculo empregatício, a realizar, pessoalmente ou por interposta pessoa, certa obra para o outro, com material próprio ou não, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado.(29)

b) Partes - Aquele que contrata a obra com o outro se denomina contratante, empreitante,(30) empreitador, dono da obra ou comitente.

Já quem põe à disposição sua atividade, é chamado de contratado ou empreiteiro.

c) Elementos essenciais - São, como na locação de serviço, o objeto e o consenso (res ei consensus).

A empreitada, por ser obrigação de resultado, se caracteriza pelo fato de só interessar o resultado final.(31)

Seu objeto será, portanto, a obra concluída, não importando, em princípio, o tempo nem a forma como se tenha realizado, o que não ocorre na prestação de serviço.

Pode ter por objeto obra material, como a construção de uma casa, de uma estrada, o corte de uma mata, o conserto de um carro, a confecção de uma roupa etc.; ou intelectual como, por exemplo, o proferimento de palestra, a confecção de parecer etc.

O importante é que tem em vista a obra executada. Por isso, paga-se o resultado do serviço. Se o empreiteiro despender mais tempo do que o previsto para executá-lo, não terá direito a nenhuma verba complementar, a não ser que se aplique ao caso a teoria da imprevisão.

Outro elemento essencial é o consenso, ou seja, as partes devem expressar sua vontade de forma livre, sem qualquer tipo de obstáculo. Daí decorre ser a empreitada contrato consensual, não lhe exigindo a Lei forma especial.

d) Preço - O preço é a contraprestação do dono da obra e será pago pelo resultado do serviço. Quanto ao modo pelo qual é fixado, há várias espécies de empreitada.

Haverá empreitada a preço fixo, ou marcbé à forfait, se o preço for estipulado para a obra inteira, sem se considerar o fracionamento da atividade. Será fixado

de antemão, em quantia certa e invariável. Se não se admitir qualquer alteração, seja qual for o custo da mão-de-obra ou dos materiais, ter-se-á empreitada a preço fixo absoluto, e o empreiteiro não poderá exigir do comitente quantia maior do que a ajustada. Se permitir a variação em decorrência do preço de alguns componentes da obra, ou de alterações programadas por força de fatos previsíveis, mas ainda não constatados, configurar-se-á empreitada a preço fixo relativo.

(29 DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e pratico dos contratos. Op. cit., v.

2, p. 158 et seq.)

(30 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XLIV, p. 367 et seq.)

(31 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., 5° v., p. 194 et seq.) A empreitada será por medida, também denominada empreitada ad mensuram ou marcbé sur dévis, se na fixação do preço atender-se ao fracionamento da obra. Em outras palavras, o empreiteiro receberá por módulos que entregar prontos.

Será a empreitada de valor reajustável, sempre que permitir a variação do preço em conseqüência do aumento ou diminuição valorativa dos materiais ou da mão-de-obra.

Poderá ser ainda por preço máximo, quando se estabelecer limite de valor que não poderá ser ultrapassado pelo empreiteiro.

Finalmente, teremos empreitada a preço de custo, se o empreiteiro se obrigar a realizar o trabalho, ficando sob sua responsabilidade o fornecimento dos materiais e da mão-de-obra, mediante reembolso do despendido, acrescido do lucro.

e) Caracteres jurídicos - Por suas características, podemos afirmar que a locação de obra é contrato: .

- típico, porque tipificado no Código Civil;

- puro, visto que não é produto da fusão de duas ou mais outras espécies de contratos;

- consensual, de vez que se celebra solo consensu;

- oneroso, pois que ambas as partes suportam um ônus, correspondente à vantagem que auferem. Nada impede, entretanto, que seja gratuito, desde que explicitamente pactuado entre as partes. Neste caso, quem suportará o ônus será apenas o empreiteiro;

- bilateral, por pressupor direitos e deveres para ambas as partes;

- pré-estimado, uma vez que, tanto a prestação de uma das partes, quanto a contraprestação da outra, são de antemão conhecidas. Poderá ser também aleatório, se for a preço de custo ou de valor reajustável;

- de execução diferida, por ser celebrado em um momento e executado em outro. Há quem afirme poder ser a empreitada contrato de execução sucessiva.

Entendo, particularmente, não ser possível. Ora, é contrato que gera obrigação de resultado. Este é que será retribuído. Os contratos de execução sucessiva caracterizam-se exatamente por não se extinguirem apesar das soluções periódicas. Não geram, pois, obrigações puramente de resultado, embora este seja desejado. Contrato de execução sucessiva é a locação de coisa,- ou de serviço.

Se alugo apartamento, pagarei aluguéis por sucessivos meses sem que, com isso, o contrato se extinga.

Se contrato lavadeira, toda semana incumbir-se-á ela da roupa suja, recebendo por tal, sem que com isso o contrato se extinga. Mas se contrato alfaiate para consertar roupa, ou confeccionar terno, uma vez que conserte-a ou confeccione-o, receberá sews honorários, extinguindo-se o contrato. Se contrato engenheiro para que construa casa, pagando-lhe mês a mês, à medida de suas necessidades, a cada mês, o contrato estará mais próximo do fim; cada parcela paga extingue parte do contrato. Portanto, não vejo como possa ser a empreitada contrito de execução sucessiva.

Será, indubitavelmente, contrito de execução diferida;

- individual, pois só obriga as partes contratantes;

- negociável, por ser fruto de debates entre as partes;

- intuitu personae, por se basear na confiança pessoal que o contratante deposita no contratado. Apesar disso, admite-se a subempreitada, ainda que proíba o contrato, quando o empreiteiro confia a terceiro a consecução da obra.

Neste caso, continua responsável perante o dono da obra. Se, todavia, o contrato, expressamente, permitir a subempreitada, deixa de ser intuitu personae, passando à categoria de contrato impessoal, respondendo o empreiteiro apenas por cuja in eligendo, caso escolha mal o subempreiteiro.

f) Diferenças entre locação de obra e de serviço - Como vimos, a locação de obra ou empreitada gera obrigação de resultado. O que interessa é a obra pronta. O

empreiteiro recebe pelo resultado obtido. Já na locação de serviço, o importante é a execução do próprio serviço, é a própria prestação pessoal do prestador. É

contrato que gera obrigação de meio. Mas há algumas outras diferenças importantes.

Na locação de serviço, o trabalhador coloca sua atividade à disposição do tomador, mediante remuneração, por conta e risco deste, enquanto na empreitada o trabalhador se obriga a fazer determinada obra ou a realizar certo serviço, mediante preço ajustado, trabalhando por conta própria, assumindo os riscos inerentes à sua atividade.

Na locação de serviço há certa subordinação entre prestador e tomador, trabalhando aquele sob as ordens e orientação deste. Já na empreitada, há completa independência entre as partes. O que importa é o resultado do serviço.

Na locação de serviço, a remuneração corresponde aos dias ou horas de trabalho, ao passo que na empreitada a remuneração é proporcional ao serviço executado, sem maiores atenções ao tempo despendido. Assim, se contrato um pedreiro para levantar um muro, pagando-lhe por dia de trabalho, teremos contrato de locação de serviço. Mas se o contrato, pagando-lhe pela obra pronta.

g) Requisitos subjetivos - Ambas as partes devem possuir capacidade genérica para se obrigar, ou seja, devem ser maiores de 21 anos ou emancipadas. Mas, se, porventura, o contrato for celebrado por empreiteiro incapaz, não seria jurídico que, a pretexto da falta de requisito subjetivo, fosse alguém locupletar-se da atividade alheia. Assim, mesmo que o contrato venha a ser anulado, a remuneração pelo trabalho já feito será devida. do Se incapaz for o empreitante,

o contrato será inválido, a não ser que o incapaz tenha dolosamente escondido sua condição, ou que o negócio venha a ser ratificado pelo representante legal, ou pelo próprio incapaz, finda a incapacidade, ou que ainda venha o representante legal a se beneficiar com o contrato.

h) Requisitos objetivos - O objeto desse contrato é obrigação de resultado, ou seja, o resultado da prestação de atividade lícita, não vedada pela Lei e pelos bons costumes, oriunda da energia humana, podendo ser física ou intelectual, importando, acima de tudo, a entrega da obra concluída.

i) Requisitos formais - Como já observamos anteriormente, a empreitada é contrato consensual, bastando o acordo de vontades para que se repute celebrada.

Decorre daí que sua forma é livre, podendo ser escrita, verbal, mímica.

j) Obrigações do empreiteiro(32) - Executar a obra conforme as determinações do contrato e dentro da boa técnica, pessoalmente, sempre que a empreitada for intuitil personae.

Corrigir os vícios ou defeitos que a obra apresentar, sob pena de tê-la enjeitada ou ter que fazer abatimento no preço.

Não fazer acréscimos ou mudanças desnecessárias sem o consentimento do dono da obra.

Entregar a obra concluída a seu dono, que terá o dever de recebê-la, podendo ser, por isso, constituído em mora de receber, quando, então, o empreiteiro poderá fazer uso da ação de consignação em pagamento, a fim de obrigar o dono a receber.

Pagar os materiais que recebeu do empreitante, se por imperícia os inutilizar.

Denunciar ao comitente os defeitos e falhas dos materiais entregues, se puderem comprometer a obra. Fornecer os materiais de acordo com a qualidade e quantidade convencionadas. Neste caso a empreitada se denomina de materiais ou mista. Mas a obrigação de fornecer os materiais pode ser do empreitante, quando a empreitada será chamada de empreitada de lavor.

Facultar ao empreitante fiscalizar a realização dos trabalhos.

Nos contratos de empreitada de edifícios e outras construções consideráveis, o empreiteiro, se a empreitada for de materiais, responderá pela solidez e segurança do trabalho, tanto em razão dos materiais, quanto em razão do solo, pelo prazo de cinco anos.

l) Obrigações do empreitaute - Pagar ao empreiteiro, na época ajustada, a remuneração convencionada.

(32 LIMA, João Franzen de. Curso. Op. cit., v. II, t. II, p. 563 et seq.) Verificar tudo o que for feito, apontando as falhas, sob pena de se presumirem aceitas as partes já pagas.

Receber a obra, uma vez concluída e verificada.

Fornecer os materiais, quando isso lhe competir. Neste caso, denomina-se o contrato empreitada de lavor, como vimos acima.

indenizar o empreiteiro pelos trabalhos e despesas que houver feito, se denunciar o contrato sem justa causa, pagando ainda os lucros que este poderia ter, se concluísse a obra.

m) Riscos - A obra, objeto da empreitada, corre riscos, podendo vir a causar prejuízos às partes e a terceiros, devido a várias causas. Evidentemente que, se os danos forem causados por culpa de alguém, caberá a este indenizar os prejudicados. Mas quem responderá pelo caso fortuito? A resposta é um tanto quanto complexa. Suponhamos ó caso em que o objeto da empreitada seja um edifício que venha a desabar por razões indecifráveis. Quem responderá pelos prejuízos?

Quando a empreitada for de materiais, isto é, quando o empreiteiro fornecer os materiais, a responsabilidade será sua até a entrega da obra.

Havendo, entretanto, mora creditons, ou seja, mora de receber, ambas as partes responderão pelos riscos. Em outras palavras, se o empreitador não receber a obra na época avençada, dividirá a responsabilidade pelos riscos com o empreiteiro. Neste caso de mora de receber, o empreiteiro só tem uma alternativa para se eximir da responsabilidade. Esta alternativa é a consignação em pagamento.

Caso, porém, seja a empreitada de lavor, quer dizer, quando o dono da obra for o

fornecedor de materiais, sua será a responsabilidade, a não ser que haja culpa do empreiteiro.

A responsabilidade pelos danos causados a terceiros será mais profundamente estudada à frente, quando tratarmos das obrigações oriundas dos atos ilícitos.

n) Extinção do contrato - São fatos que extinguem a empreitada, dentre outros:

- o adimplemento da obrigação por ambas as partes;

- a morte do empreiteiro, salvo se o contrato for impessoal, quando a obrigação se transfere a seus herdeiros, dentro das forças da herança, ou seja, os herdeiros só arcam com o pagamento, dentro daquilo que receberem de herança.

Caso a herança seja insuficiente, tanto pior para o empreitante;

- a resilição sem justa causa por qualquer uma das partes, que deverá indenizar a outra de todos os prejuízos que tal ato lhe causar;

- distrato;

- resolução por justa causa do contrato por qualquer uma das partes;

- falência ou insolvência civil do empreiteiro, a não ser que o síndico ou liquidante resolvam dar continuidade à obra;

- desapropriação do bem no qual se deva desenvolver o trabalho;

- impossibilidade da prestação de qualquer das partes em razão de força maior ou caso fortuito;

- invalidade do contrato, por conter defeito grave ou leve.

5 EMPRÉSTIMO

Esse contrato comporta duas espécies, a saber, o comodato e o mútuo, que passaremos a estudar.

5.1 Comodato

a) Definição - É empréstimo gratuito de bens não fungíveis. É empréstimo de

uso.

O comodatário usa o bem e depois o restitui.

b) Partes - Aquele que empresta a coisa, denomina-se comodante. Já aquele que a toma emprestada, chama-se comodatário.

c) Caracteres jurídicos - Tendo em vista suas características, podemos afirmar ser o comodato contrato:

- típico, por estar tipificado no Código Civil, arts. 1.248 a 1.255;

- puro, uma vez que não é fruto de combinação de dois ou mais outros contratos;

- real, pois que só se considera celebrado após a entrega do bem (traditio res).

Em outras palavras, não basta o consenso, isto é, não basta que as partes queiram contratar e tenham já entrado em acordo. Além disso, é essencial a entrega da coisa para que se configure contrato. Alguns juristas modernos, todavia, o consideram consensual, sendo a entrega da coisa seu primeiro ato de execução. Mas a Lei é clara (art.1.248, CCB): o contrato é real, pois só se perfaz com a tradição da coisa.

Na falta da entrega da mesma, não há comodato, mas apenas contrato preliminar de promessa de comodato, cuja validade é como a de qualquer contrato promissório, guardadas suas peculiaridades. Contrato gratuito que é, a promessa de comodato não é, em princípio, exigível. No entanto, se houver encargo, uma vez cumprido este, a promessa torna-se exigível;

- gratuito, porque à prestação do comodante não corresponde qualquer contraprestação do comodatário. Aliás, se houvesse contraprestação do comodatário, o contrato seria de locação. O que pode haver são pequenas obrigações contratuais, decorrentes do próprio uso da coisa, como cuidar dos jardins, alimentar os animais, restituir o carro de tanque cheio, ou coisas do gênero.

Tais deveres não desconfiguram o contrato; não o tornam oneroso;

- unilateral, de vez que gera obrigações somente para o comodatário;

- pré-estimado, por serem todos os deveres e direitos, assim como todas as conseqüências do contrato, de antemão, previsíveis. O contrato não está subordinado"à sorte futura como, por exemplo, o contrato de jogo;

- de execução futura, por ser celebrado num momento para ser executado sucessivamente no tempo, em momento futuro;

- individual, uma vez que só obriga as partes contratantes;

- negociável, uma vez que, pelo menos em tese, são possíveis concessões recíprocas;

- intuitu personae ou, segundo outros, impessoal. Caio Mário, citando De Page, assevera que o comodato não é essencialmente intuitu personae. Apesar disso, não classifica como contrato impessoal. Adota posição intermediária, afirmando que, na maioria dos casos, o comodato implica certo favorecimento de caráter pessoal.(33)

Quem defende a opinião de que é contrato intuitu personae, fundamenta-se em que o comodato se baseia na confiança pessoal depositada pelo comodante no comodatário: ninguém empresta seu carro ou sua casa a qualquer pessoa, mesmo que idônea. O comodatário é, normalmente, pessoa da privacidade do comodante. A confiança, a relação pessoal, às vezes íntima, é o alicerce do contrato.

De fato, a morte de uma das partes, em princípio, põe fim ao contrato. Fosse ele tipicamente impessoal, tal não ocorreria, necessariamente.

d) Requisitos subjetivos - As partes devem ser genericamente capazes.

Duas observações são, entretanto, indispensáveis.

Primeiramente, os tutores, curadores e administradores de bens alheios não podem dá-los em comodato, a não ser com autorização do dono ou do juiz, no caso dos incapazes. O fundamento é a gratuidade do contrato. Parece que o legislador adotou a parêmia de que não se pode "fazer graça" com coisas alheias. (34) Em segundo lugar, não é necessário que o comodante seja proprietário da coisa, podendo ser mero possuidor seu, como é o caso do locatário, do usufrutuário etc.

Mas somente a dará em comodato se a Lei, o contrato, o dono ou o juiz o permitirem. O fundamento é que o comodato é apenas cessão de uso, ou seja, não opera transmissão de propriedade ao comodatário. Assim, não haveria por quê proibir o mero possuidor de ceder a coisa.

(33 PEREIRA, Caio Mário da Silva., Instituições. Op. cit., v. III, p. 214.) (34 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. 4, p. 323 et seq.) e) Requisitos objetivo - A coisa comodada deve ser infungível, podendo ser móvel ou imóvel. Pode ser essencialmente fungível e se pactuar o comodato sobre ela, devendo ser restituída a mesma coisa. É o caso do comerciante que empresta mercadorias a seu colega, que as expõe e depois as restitui in integmm.

Tais mercadorias são fungíveis por natureza e infungíveis por convenção.

O comodatário recebe as coisas tal como estão, sem que exista para o comodante obrigação de repará-las ou pô-las em estado de servir. Não é como na locação em que o locador tem o dever de entrega, manutenção e garantia.

f) Requisitos formais - É contrato real, não exigindo a Lei nada mais além da traditio rei para que se aperfeiçoe.

g) Prazo - Em sua essência é temporário. Se fosse perpétuo seria doação.

Pode ser por prazo indeterminado ou por prazo determinado.

Se por prazo indeterminado, admitirá a resilição unilateral, também chamada de distrato unilateral ou denúncia vazia. O comodante pode retomar a coisa quando quiser, respeitado prazo mínimo razoável para que o comodante se utilize da coisa. Se o comodante pudesse retomar a coisa logo em seguida à tradição, não seria comodato e sim "precário".(35)

Sendo determinado o prazo, deverá este ser respeitado, salvo se o comodante demonstrar em juízo a necessidade urgente e imprevista de reaver a coisa. Terá que pagar multa contratual, por força de cláusula penal, se for o caso.

h) Obrigações do comodatário - Conservar a coisa como se fosse sua. O Direito Romano exigia cuidado extremado. Como dizia Gaio, ao comentar Edito Provincial,

.in rebus commodatis talis diligentia praestanda est quatem quisque

diligentissimus pater familias sais rebus adbibet.(36)

O Direito Brasileiro não faz essa distinção. O comodatário deve conservar a coisa como se fosse sua, não lhe servindo a desculpa de ter gênio desleixado. A verdade é que se exige cuidado mais extremo, pois que, se em situação de perigo, o comodatário der preferência as suas coisas, deixando perecer a coisa comodada, deve indenizar o comodante com base na teoria objetiva da responsabilidade. Em outras palavras, o comodatário que

(35 Precário era, no Direito Romano, contrato pelo qual se abandonava a alguém, gratuitamente e a titulo de tolerância, o uso de coisa ou o exercício de direito, ficando o precarista obrigado à restituição á primeira requisição. O

precário dava-se quase que tacitamente. Era comum ocorrer entre patrícios (nobres romanos) e seus clientes (normalmente escravos alforriados que continuavam a viver sob o patrocínio do antigo senhor), referindo-se às terras públicas de que aqueles tinham o uso e o gozo. De inicio, o precário nem era considerado contrato. Só no período clássico, que se estendeu, mais ou menos, do primeiro século antes de Cristo até fins do primeiro século depois de Cristo, é que veio a se classificar como contrato real.)

(36 Digestum, Lib. XIII, Tit. VI, 18. "Às coisas comodadas deve prestar-se tanta diligência, quanto qualquer pai de família diligentíssimo prestaria a suas coisas".)

Salvar primeiro suas coisas, deixando perecer as do comodante, responderá ainda que pelo fortuito. Dessarte, se um raio cair sobre a garagem do comodatário, vindo a incendiá-la, e se o comodatário, podendo salvar apenas um carro, retirar o seu, deixando o do comodante se consumir pelo fogo, terá que indenizá-lo, mesmo que prove ter sido o incêndio fortuito.

Indenizar o comodante pelos danos, se houver concorrido com culpa. Em caso de perigo, como vimos, se salvar suas coisas, abandonando as do comodante, vindo estas a perecer, indenizará os prejuízos, mesmo que não tenha tido culpa pelo acidente.

O comodatário não tem direito ao reembolso de despesas com a conservação normal da coisa. No caso de gastos extraordinários, aplica-se a regra geral das benfeitorias nas obrigações de restituir coisa certa. Por outros termos, pelas despesas com benfeitorias necessárias e úteis terá direito de retenção e

reembolso. Pelas benfeitorias voluptuárias, só terá direito a reembolso, se tiverem sido autorizadas.

Mesmo neste caso, não terá direito de retenção. Se, por outro lado, o comodante não autorizou o implemento das benfeitorias voluptuárias, o comodatário a nada terá direito; apenas o de levantá-las, ou seja, retirá-las, desde que o levantamento não danifique a coisa.

Restituir o objeto no prazo ajustado ou, não havendo prazo, quando lhe for requisitada a coisa, respeitado prazo razoável para que dela se utilize. Se houver empréstimo para certo fim, o comodante terá que aguardar que este se cumpra, sob pena de perdas e danos. Uma vez constituído em mora, o comodatário estará sujeito ao pagamento de aluguéis, ainda que exorbitantes, por que sua natureza jurídica é de pena e não de contraprestação.

O sujeito ativo para receber o comodato é o comodante ou quem tenha poderes legais ou convencionais para recebê-lo.

Se dois ou mais os comodatários, responderão solidariamente. O fundamento é a gratuidade do contrato.

i) Obrigações do comodaute - Em princípio, não as tem. Mas haverá, eventualmente, duas hipóteses em que podem surgir obrigações: 1ª Reembolsar as despesas necessárias e úteis, tendo por elas o comodatário direito de retenção, quer dizer, poderá reter a coisa em suas mãos até que seja pago.

2ª indenizar o comodatário por vício oculto que, dolosamente, haja escondido, desde que, por força do defeito, advenha prejuízo ao comodatário. Por exemplo,

"A" empresta seu carro a "B", sabendo que os freios estavam defeituosos.

"B", por causa de falha nos freios, vem a bater o carro, machucando-se. "A" não só não terá direito a nenhuma indenização, como deverá ressarcir "B" de todos os danos por ele sofridos.

6.1 Definição

6.2 Partes

Aquele que entrega a coisa denomina-se depositante, enquanto o que a guarda

chama-se depositário.

6.3 Caracteres jurídicos

Levando em conta suas características, o depósito é contrato:

- típico, por se achar tipificado no Código Civil, nos arts. 1.265 a 1.287;

- puro, visto que não é fruto da mistura de dois ou mais outros contratos;

- real, pois só se perfaz com a entrega da coisa. Parte da doutrina o considera consensual, havendo antes da entrega da coisa contrato promissório. A entrega seria o primeiro ato de execução contratual;

- gratuito por presunção e oneroso por disposição expressa. Em Roma, o depósito era sempre gratuito. Se fosse oneroso desfigurava-se para locação. Em outras palavras, o contrato pode ser oneroso, porque pressupõe prestação e contraprestação. Se for gratuito, não haverá qualquer ônus para o depositante, não havendo, portanto, contraprestação. Neste caso, o depósito será contrato atributivo (gratuito);

- pré-estimado, por serem seus efeitos previsíveis desde o início;

- de execução futura, uma vez que é celebrado num momento e executado em outro.

Não é como a compra e venda à vista, em que o contrato se celebra e se executa imediatamente. Dinheiro para cá, mercadoria para lá;

- individual, por somente obrigar as partes contratantes;

- de adesão, como regra, de vez que normalmente nos depósitos que realizamos no quotidiano, como o depósito bancário, o depósito de bagagens nas rodoviárias, aeroportos etc., e tantos outros, não há qualquer possibilidade de se discutirem cláusulas, as quais serão impostas pelo depositário. Nada impede, porém, que seja negociável, desde que a negociação de cláusulas seja possível, ainda que só em tese.

- intuitu personae, na opinião da doutrina mais tradicional, arraigada às tradições romanas. Hoje em dia, o depósito se tornou profissão habitual, perdendo seu

personalismo original. Quando se guarda veículo em estacionamento, pouca importa a pessoa do depositante. O que interessa é que zele pelo automóvel. Assim, na atualidade, é contrato impessoal, segundo a melhor doutrina.

(43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 225) 6.4 Requisitos subjetivos

Não é necessário ser dono para ser depositante, bastando estar capacitado para tanto. Ressalvam-se, entretanto, os direitos do dono.

Os menores relativamente capazes podem efetuar depósito e movimentar contas bancárias, desde que autorizados por seu assistente.

Para ser depositário basta a capacidade genérica para obrigar-se. No caso de incapacidade superveniente, como, por exemplo, se o depositário ficar louco, a pessoa que assumir a administração providenciará a instituição dos bens e, se o depositante não quiser ou não puder aceitar de volta, a coisa será recolhida a depósito público ou ser-lhe-á nomeado novo depositário.

6.5 Requisitos objetivos

A coisa deve ser móvel, fungível ou infungível, corpórea ou incorpórea.

Em outras legislações, os bens imóveis podem ser objeto de depósito (Argentina, Uruguai, México).(44)

Este preconceito contra os imóveis vem da obra de Pothier,(44) reflexa no Código de Napoleão e de lá no Brasileiro.(45)

O Código de Processo Civil admite, entretanto, o depósito de imóveis (art. 666, II), no caso de depósito judicial.

6.6 Requisitos formais

Como vimos acima, é contrato real, exigindo a Lei além do acordo de vontades a efetiva tradição da coisa para que se repute celebrado. Ademais, é requisito legal a prova escrita do depósito voluntário, sobre o que falaremos mais adiante. A escritura não é requisito essencial de forma do contrato. Se inexistir, não torna o depósito defeituoso, desde que se possa prová-lo por outro meio.(46)?

6.7 Prazo

É, em sua essência temporário. O depositário tem que restituir a coisa no momento em que ela lhe for pedida. se perder esta característica, já não será depósito, mas sim doação.

(44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 226.) (45 POTHIER, Robert Joseph. Tratado de los contratos. Ou. cit., passim.) (46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 227.) (47 Idem, v. I, p. 444.)

6.8 Espécies

1º voluntário, quando se originar da vontade livre das partes, como ocorre com o depósito bancário, o depósito de sacolas nos supermercados, o de carros nos estacionamentos pagos etc.

2º Necessário É necessário todo o depósito que não for fruto exclusivo de convenção entre as partes.

O depósito necessário admite quatro espécies, a saber, o legal, o miserável, o essencial e o judicial.

Depósito legal é aquele instituído por lei, normalmente para cobrir alguma dificuldade orçamentária do Poder Público. É o caso dos depósitos compulsórios sobre veículos, combustíveis etc.

Miserável é o depósito que ocorre em virtude de alguma calamidade pública, como enchentes, terremotos etc. As pessoas, para fugirem aos danos, vêem-se (orçadas a depositar seus pertences em lugar seguro.

Essencial é o depósito implícito a determinados atos, como o das bagagens dos hóspedes nos hotéis, o das bagagens dos passageiros nos aviões, trens, ônibus etc., o dos veículos em estacionamentos de sboppings, e tantos outros. Ora, um passageiro, de regra, não viaja sem sua bagagem. seu depósito é, portanto, como que essencial ao contrato de transporte de pessoas. O mesmo se dá quanto à bagagem dos hóspedes em hotel, e em todos os casos citados acima, a titulo de exemplo. O depósito essencial, concluindo, é acessório a outro ato.

A doutrina tradicional, talvez viciada pela linguagem do Código Civil, chama o

depósito essencial de depósito hoteleiro, o que não tem razão de ser, uma vez que o depósito hoteleiro (o das bagagens dos hóspedes nos hotéis) é apenas uma de suas espécies.

Denominá-lo essencial e classificá-lo como espécie de depósito necessário é muito mais didático, a meu ver.

O depósito judicial é aquele realizado em virtude de ordem judicial. sobre ele falaremos mais adiante.

Tanto o depósito voluntário, quanto o necessário podem ser regulares ou irregulares.

Será regular se seu objeto for coisa infungível.

Será irregular se seu objeto for coisa fungível. Aqui há transferência da propriedade da coisa depositada, e o contrato se regula subsidiariamente pelas normas atinentes ao mútuo. Se o objeto for fungível, mas o depositário tiver a obrigação de restituir a mesma coisa, o depósito passa a ser regular, uma vez que a coisa, apesar de fungível em sua essência, foi convencionada infungível.

Apesar de tudo, todo depósito de coisa fungível se presume regular. Para que seja irregular é necessária disposição expressa, facultando ao depositário dispor da coisa, desde que restitua outra da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Caso não haja tal disposição, o depositário poderá provar ser o depósito irregular por todos os meios em direito admitidos, ou seja, por intermédio de documentos, testemunhas etc.

O depósito irregular se diferencia do mútuo por ser precário. vale dizer que o depositante pode exigir a entrega da coisa a qualquer momento, mesmo sem esperar prazo razoável para que o depositário se utilize da coisa, como ocorre no mútuo.

O exemplo clássico é o depósito bancário. Uma pessoa pode depositar dinheiro em banco e retirá-lo um segundo depois.

A doutrina tende a criar nova espécie de contrato, chamado contrato de guarda, (48) muito parecido com o depósito, mas dele divergente por conferir certas obrigações ao depositário. Como exemplo podemos citar a guarda de automóvel,

com o dever de limpá-lo e movimentar-lhe o motor; guardar o animal, com o dever de alimentá-lo. Não concordo, em principio, com esta posição, por ser desnecessariamente detalhista. Na verdade, o dever de alimentar o animal é o dever de custódia inerente às obrigações normais do depositário, que deve guardar a coisa como se fosse sua. A simples imposição de certos deveres extras, como a limpeza do carro, não desconfiguram o depósito, a meu ver.

6.9 Depósito de mercadorias em armazéns-gerais

Os armazéns-gerais, enquanto agentes auxiliares do comércio, desempenham importante (unção, qual seja, a de consignatários de produtos em circulação.

Trata-se de depósito irregular, devendo o depositário restituir produto da mesma espécie, qualidade e quantidade, assim que isso lhe for exigido. A particularidade é a emissão de dois papéis: o conhecimento de depósito e o warrant. O conhecimento de depósito e o warrant são títulos de crédito causais que nascem juntos, mas podem ser separados a qualquer instante. Transmitem-se por endosso, sendo, pois, à ordem. O armazém responde perante o detentor dos títulos.

O conhecimento de depósito é o comprovante dado ao depositante para certificar a consignação da mercadoria e garantir-lhe sua entrega, contra apresentação.

Já o warrant, que em inglês significa "garantia", serve como garantia de obrigação junto a terceiro, quando poderá ser destacado do conhecimento de depósito, tornando-se título autônomo. Assim, o warrant confere a seu titular, ou seja, ao terceiro credor, direito real de penhor sobre as mercadorias depositadas, limitando o direito de disponibilidade do titular do conhecimento de depósito.

Vejamos exemplo. "A", comerciante, recebe mercadorias e as deposita junto a armazém-geral, recebendo, pois, o conhecimento e o warrant, partes integrantes de um único documento.

(48 BÀHR, Peter. Grtundzüge. Ou. cit., S. 280.)

Posteriormente, toma empréstimo e oferece a seu credor, como garantia, o warrant, que destaca do conhecimento. A partir deste momento, o credor adquire um direito real de garantia sobre as mercadorias depositadas, podendo exigi-las, caso "A" não cumpra sua obrigação, pagando-lhe o que deve.

Logicamente para retirar as mercadorias depositadas, faz-se necessária a apresentação dos dois títulos(49)

6.l0 Obrigações do depositante

Pagar o preço convencionado. O contrato, entre nós, presume-se gratuito.

Para ser oneroso é necessária cláusula expressa. Acontece que com a generalização das casas de depósito com tarifas preestabelecidas, essa condição de vir expressa a cláusula de onerosidade tem caído. Presuoe-se a onerosidade, ou sua aceitação pelo depositante, no momento em que este deixa a coisa em poder de casa de depósito profissional. Ademais vêem-se normalmente em tais casas tabelas afixadas nas paredes ou balcões, com os preços pré-determinados, o que não deixa de ser cláusula expressa. O depositante adere se quiser.

Pagar as despesas feitas com o depósito. Quanto às despesas necessárias, ou tais razoavenmente reputadas, e quanto às despesas úteis, a obrigação de reembolsá-

las é ex lege, isto é, provém da própria Lei, não sendo necessária cláusula neste sentido. O depositário terá direito de reter a coisa em seu poder, até ser reembolsado.

Quanto às despesas voluptuárias, a obrigação é ex contructu, ou seja, provém de acordo entre as partes, necessitando ser autorizadas pelo depositante, para que o depositário tenha direito a reembolso.(49)

Caso não tenham sido autorizadas, não fará jus o depositário a nenhum reembolso, podendo apenas levantar (retirar) a benfeitoria, desde que o levantamento não danifique a coisa.

Indenizar o depositário dos prejuízos causados por vícios ocultos de que tinha notícia. O depositário tem direito de retenção sobre a coisa até o pagamento.

Pode também exigir caução, ou seja, garantia de que o depositante lhe indenizará os prejuízos, ou a remoção da coisa para o depósito público até que seja indenizado.

6.11 Obrigações do depositário

A custódia da coisa. Deve conservá-la como se fosse sua, não valendo a desculpa

de ser desleixado para com as próprias coisas. É obrigação típica deste contrato. É dever intransferível, mas não personalíssimo; o depositário pode contar com a ajuda de auxiliares.

(49 MARTINS, Fran. Títulos de crédito. 2ªed., univ., Rio de janeiro: Forense, 1989, v. 1, p. 300 a 304.)

(50 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 229.) Mas não é lícito entregar a coisa a outro depositário, salvo se autorizado.

Responde pelos danos causados, a não ser que prove que estes se dariam de qualquer jeito.

Manutenção do estado da coisa depositada (fechada, lacrada etc.), sob pena de presunção de culpa, caso se produza algum dano.

O depositário não pode usar a coisa, salvo se autorizado. se usar sem permissão, responderá pelos danos, ainda que advindos de caso fortuito ou de (orça maior.

Entregar a coisa recebida de terceiro em substituição ao depósito. É o caso em que o depositário perde a coisa do depositante entregue a terceiro, recebendo outra em seu lugar. O depositário terá também que ceder ao depositante o direito de ação que tiver contra o terceiro. Exemplificando, suponhamos que certo depositário, ao se mudar de ponto, entregue as coisas depositadas para empresa de transporte. Esta, durante a mudança, perde uma televisão, entregando ao depositário outra. Este deverá restituir ao depositante a televisão que lhe foi entregue em substituição à perdida. supondo, porém, que a transportadora se negue a indenizar o depositário pela perda da televisão, este poderá entrar na Justiça contra aquela, e se o depositante quiser intervir, será aceito como parte no processo.

Guardar sigilo sobre o depósito, como conseqüência da natureza fiduciária(51) do contrato.

Restituir o objeto do depósito com todos os frutos e acrescidos, no mesmo estado em que se achava.

Em relação à restituição, andemos a responder a algumas perguntas.

1º Quem deve restituir?

O sujeito passivo, ou seja, o depositário; seus representantes, caso se torne incapaz; ou seus herdeiros, se falecer. se os herdeiros tiverem alienado a coisa de boa-fé, terão que assistir o depositante na ação reivindicatória contra o adquirente e restituir o preço ao último.

2º Quem recebe?

O sujeito ativo, isto é, o depositante, seus representantes ou seus herdeiros.

Pode o negócio ser (eito em favor de terceiro, que reclamará a coisa. se o depositário entregá-la ao depositante, não se liberará até a anuência do terceiro, vejamos exemplo: se "A" faz depósito em beneficio de- "B", a coisa deverá ser entregue a "B".

Se por acaso o depositário restitui-la a outra pessoa, até mesmo a "A", responderá perante "B".

Quando for emitido titulo, como conhecimento de depósito, tickets etc., a coisa será entregue a seu portador.

Si Fiduciário é adjetivo oriundo da palavra fidúcia, que quer dizer confiança.

3º Onde entregar?

No local convencionado, que se presume o do depósito. A presunção é, logicamente, ruas túntum, isto é, vale aquilo que as partes combinarem.

4º Quando entregar?

A entrega deve ser imediata, assim que o depositante reclamar a coisa, mesmo que haja prazo estabelecido, e mgsmo que o depositário seja autorizado a usar a coisa. O depósito é, sem dúvida alguma, contrato realizado a título precário.

O depositário simplesmente tem que restituir a coisa quando o depositante a reclamar. A recusa somente será válida nos seguintes casos: a) quando houver embargo judicial sobre o objeto, desde que previamente comunicado ao depositário; b) quando o depositante estiver sendo executado juficialmente por seus credores, desde que a execução seja comunicada ao depositário; c) quando o depósito estiver vinculado a outro negócio entre o depositante e o depositário. É o que ocorre quando alguém entrega objeto seu em garantia de pagamento.

Não poderá retomar o objeto até que salde a dívida; d) quando o depositante se recusar a pagar o preço estipulado pelo depósito, ou qualquer outro encargo contratual; e) quando o depositante não apresentar o título emitido para comprovar o depósito, como o conhecimento de depósito, bilhete de bagagem, ticket de guarda roupa, de estacionamento etc.

O depositário não pode se recusar a entregar a coisa, alegando suspeitar de sua procedência. O que deve fazer nesse caso é levá-la a depósito público.

Aquele que descumpre a obrigação de restituir ad nutum a coisa depositada sem apresentar justificativa para tal é denominado depositário infiel. segundo o Código de Processo Civil, art. 902, § 1°, a pena é de prisão de até um ano, mais indenização por perdas e danos. A pena será aplicada independentemente de dolo, por ter natureza de constrição psicológica para o adimplemento da obrigação de entregar a coisa; sua natureza não é de punição, como se dá no Direito Penal.

Há quem entenda, todavia, não ser admissível a prisão do depositário infiel, com base na Convenção sobre Direitos Humanos de são José de Porto Rico, que a proíbe. A norma de Direito Internacional não poderia ser desrespeitada, sob a alegação de contrapor-se a norma constitucional. Na verdade, a Constituição apenas faculta a prisão do depositário infiel, nada impedindo que o Direito infraconstitucional a suprima.(52)

(52 ALMEIDA MELO, José Tarcísio. Voto proferido no Agravo de Instrumento TAMG -

n. 249.674-2 de 24/3 /98.)

É tudo, porém, má interpretação da Lei e dos objetivos da prisão civil, que não se pode confundir com os da prisão criminal.

O art. 11 do referido Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/91 é claro em sua redação:

"Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual".

A norma se centra no verbo "poder", referindo-se claramente àqueles casos em que o devedor inadimplente se encontre em situação de penúria, não tendo como

pagar suas dívidas. Evidentemente, a disposição não se aplica ao depositário infiel, que não se define como aquele que não pode, por motivo justo, como a penúria financeira, restituir a coisa depositada. Depositário infiel é aquele que, injustificadamente, deixa de restituir a coisa. Mais acima, vimos que é possível ao depositário recusar-se à restituição, desde que tenha, para tanto, motivo justo.

Neste caso, não caberia impor-lhe pena de prisão. Por outro lado, se sua conduta é injustificada. se se nega a restituir a coisa sem justo motivo, será considerado depositário infiel, podendo ser decretada sua prisão civil.

Alegam alguns penalistas desinformados, que a prisão civil é retrocesso.

Enquanto o Direito Penal começa a discutir a impropriedade e ineficácia das penas privativas de liberdade, o Direito Civil retrocede, adotando a prisão civil. Não há qualquer retrocesso, pois que o objetivo da prisão criminal é totalmente diverso do da prisão civil, que tem por fim apenas constranger o devedor a pagar, seu objetivo não é o de punir, nem o de educar. Mas que devedor estaria sujeito a ela ? O depositário infiel e o inadimplente de pensão alimentícia que, sem motivo justo, deixam de cumprir sua obrigação. Repita-se que, havendo justa causa, não será decretada a prisão. Por outro lado, se decretada, uma vez que seja realizado o pagamento, a prisão é imediatamente relaxada. Na verdade, a prisão civil do depositário infiel só terá cabimento, quando a situação constituir apropriação indébita ou dela se avizinhar.

Conseqüentemente, nada há de ilegal na prisão do depositário infiel, como bem salienta em seu brilhante voto o, hoje, Desembargador Almeida Melo.

6.12 Riscos

Os riscos que a coisa depositada corre de vir a perecer ou se avariar correm por conta do depositante, afinal res perit domino, ou seja, só o dono sofrerá os prejuízos decorrentes do perecimento fortuito de um bem. Correrão, entretanto, por conta do depositário se a coisa perecer ou se avariar por culpa sua. De qualquer jeito, o ônus da prova é do depositário. Cabe a ele provar sua inocência. se estiver em mora, responderá ainda que pelo fortuito, 1.e., ainda que seja inocente.

6.13 Extinção do contrato

Extingue-se o contrato de depósito por uma das seguintes razões: 1º vencimento

do prazo; 2º implemento da condição; 3º recolhimento ao depósito público, por iniciativa do depositário; 4º perecimento do objeto por caso fortuito; 5º incapacidade do depositário; 6º morte do depositário, se o contrato for intuitu personae; 7º abandono do objeto pelo depositante.

Neste caso o depositário deve esperar um mês, a partir da data de entrega, e, não aparecendo o depositante, deverá entregar a coisa à autoridade policial ou judiciária. O procedimento se regula pelo Código de Processo Civil, achando-se ab-rogada a Lei n. 2.313/54 que cuidava do assunto.(52)

6.14 Depósito necessário

Até aqui nos ocupamos dos principais contornos do depósito voluntário.

Vejamos agora as disposições pertinentes ao depósito necessário.

Estas as diposições do Código de Processo Civil referentes às coisas vagas: Art. 1.170. Aquele que achar coisa alheia perdida, não lhe conhecendo o dono ou legitimo possuidor, a entregará á autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará, mandando lavrar o respectivo laudo, dele constando a sua descrição e as declarações do inventor.

Parágrafo único. A coisa, com o auto, será logo remetida ao juiz competente, quando a entrega tiver sido feita á autoridade policial ou a outro juiz.

Art. 1.171. Depositada a coisa, o juiz mandará publicar edital, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de dez dias, para que o dono ou legitimo possuidor a reclame.

§ 1° O edital conterá a descrição da coisa e as circunstâncias em que foi encontrada.

§ 2° Tratando-se de coisa de pequeno valor, o edital será apenas afixado no átrio do edifício do fórum.

Art. 1.172. Comparecendo o dono ou o legitimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa.

Art. 1.173. Se não for reclamada, será a coisa avaliada e alienada em hasta

pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor, o saldo pertencerá, na forma da Lei, á União, o Estado ou ao Distrito Federal.

Art. 1.174. Se o dono preferir abandonar a coisa, poderá o inventor requerer que lhe seja adjudicada.

Art. 1.175. O procedimento estabelecido neste Capitulo aplica-se aos objetos deixados nos hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de um mês.

Art. 1.176. Havendo fundada suspeita de que a coisa foi criminosamente subtraída, a autoridade policial converterá a arrecadação em inquérito; caso em que competirá ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem provar que é o dono ou legitimo possuidor.

Dissemos, acima, ao tratarmos das espécies de depósito, que o necessário admite quatro subespécies, a saber, o legal, o judicial, o miserável e o essencial.

Todas estas quatro subespécies possuem características comuns. Basicamente duas: são presumidamente onerosas e se provam por qualquer meio em Direito admitido, diferentemente do depósito voluntário, que só se prova por escrito e se presume gratuito.

Algumas peculiaridades devem ser ressaltadas, de qualquer forma.

O depósito legal regula-se pela lei que o instituiu e subsidiariamente pelas normas do depósito voluntário. Esta, a primeira peculiaridade.

A segunda diz respeito ao depósito judicial que é, como já dito, aquele ordenado pelo juiz, ou bem de ofício, ou bem atendendo a requerimento de interessado.

Nesta categoria temos o seqüestro, o arresto e a penhora.(54) Na verdade nenhum deles é espécie de depósito judicial. são, isso sim, atos processuais, acompanhados de depósito, que lhes é acessório.

Seqüestro é ato pelo qual o juiz manda apreender coisa litigiosa, que será, então, depositada. Dá-se sempre que sobre uma coisa houver, por exemplo, uma disputa. Compreende bens móveis e imóveis e regula-se pelo Código de Processo Civil (CPC). Assim, diz o art. 822 do Código de Processo Civil que o juiz, quando requerido por uma das partes, determinará o seqüestro de bens

móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações; dos frutos e rendimentos de imóvel objeto de litígio, se o réu, condenado a entregá-lo, ainda detiver sua posse, enquanto aguarda decisão da segunda instância, e estiver dissipando tais frutos e rendimentos; dos bens do casal, nas ações de separação, divórcio ou anulação de casamento, se um dos cônjuges os estiver dilapidando. Além desses casos, há outros previstos em lei, como o do art. 234 do Código Civil, que confere ao cônjuge o direito de pleitear o seqüestro de parte dos rendimentos de seu consorte que haja abandonado o lar.

O seqüestro efetua-se por mandado judicial e é remunerado pelo regimento de custas. As obrigações do depositário encontram-se reguladas no CPC e subsidiariamente se lhe aplicam as regras do depósito voluntário.

A coisa seqüestrada ficará em mãos, ou bem de seu possuidor, que passará a responder por elas, agora como depositário; ou bem de depositário público, ou bem de depositário particular, nomeado pelo juiz.

O seqüestro pode ser voluntário, quando as partes, em comum acordo, escolhem depositário para a coisa sobre a qual disputam, que será, depois, entregue à parte vitoriosa. E, sem dúvida nenhuma, depósito voluntário.

(54 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 327 et seq.

Arresto é ato judicial em que se apreendem bens do devedor a depósito para garantir o direito do credor ameaçado. O art. 813 do CPC regula a matéria, dizendo que o arresto ocorrerá sempre que o devedor sem domicílio certo resolver ausentar-se ou alienar os bens que possua, ou deixar de pagar a obrigação no prazo estipulado. se o devedor tiver domicílio certo, haverá arresto se ausentar-se ou tentar se ausentar às escondidas; tentar qualquer artifício para fraudar seus credores, como passar bens para o nome de terceiros; e em outros casos previstos em lei.

A coisa arrestada será entregue ao depósito público, ou a depósito particular, nomeado pelo juiz. Também poderá ficar com o próprio devedor, se o juiz achar conveniente. Neste caso, o devedor responderá como depositário.

Já a penhora é ato judicial mandando arrecadar tantos bens do devedor inadimplente, quantos sejam necessários para pagar o credor. A coisa penhorada

ficará ou em mãos do próprio devedor, que será nomeado seu depositário; ou em depósito público; ou em depósito particular, indicado pelo juiz.

A terceira peculiaridade refere-se ao depósito miserável.

Como já esclarecemos supra, miserável é o depósito que se dá por ocasião de calamidade pública, como guerra, revolução, enchentes etc., ocasião em que as pessoas são (orçadas pelas circunstâncias a deixar suas coisas em lugar seguro.

O importante é que o depósito miserável também regula-se subsidiariamente pelas regras do depósito voluntário.

Finalmente, a última espécie de depósito necessário: o essencial.

Sobre sua definição já falamos longamente acima.

O depósito essencial, dito hoteleiro, tem raízes profundas na história, chegando-nos do Direito Romano. Em Roma, a rigorosa responsabilidade pelo objeto conduzido pelos viajantes era motivada pela má reputação dos capitães de navio, estalajadeiros e donos de estrebarias. Assim, todas estas pessoas se obrigavam a indenizar os danos sofridos pelo dono da coisa, só se eximiam da obrigação se provassem ausência de culpa.(55)

Ainda hoje, esta é a regra.

No depósito essencial nem sempre haverá tradição real obrigatória, bastando o ingresso da coisa no estabelecimento do depositário, como é o caso das bagagens nos hotéis, carros em estacionamentos gratuitos, eletrodomésticos em oficinas, bagagens em trens, aviões etc.

No caso do depósito de bagagens, a responsabilidade se restringe a bagagem normal. O depositário não se obriga por coisas de alto valor, a não ser que consignadas especialmente a sua guarda pessoal, quando teremos depósito voluntário e não essencial. Ora, quando um hóspede deposita suas jóias no cofre de hotel, tal depósito é voluntário.

(55 WARNKONIG, L-A- Institutiones ituris romani urivati. 4. ed., Bonnae: Adolph Mark, 1860, p. 244.)

Já quanto ao restante de suas bagagens deixadas no quarto, aí sim teremos

depósito essencial. Em alguns sistemas, como o francês e o italiano,(56) a Lei impõe limite à indenização. No Brasil, tal não existe.

A cláusula de não indenizar é lícita, desde que inequivocamente pactuada. Aqui surge a questão da validade das placas em estacionamentos, pelas quais o depositário se desobriga da custódia de todo objeto deixado dentro dos veículos.

Teoricamente, a validade dessas placas é muito questionável, por não serem pactuadas, não sendo aceitas expressamente pelo depositante. Afinal, o depositário está se eximindo do principal dever seu, o que não cabe nos contratos de adesão. Em outros termos, uma tal cláusula não pode ser imposta unilateralmente. De qualquer forma, na prática, a questão é facilmente solucionável. Ainda que se dê validade à placa, o ônus da prova da existência do objeto deixado dentro do carro é do depositante, o que, na maioria dos casos, inviabiliza a ação. Ora, como uma pessoa irá provar que deixou um envelope com grande quantia em dinheiro no porta-luvas, e que ele descpareceu dentro do estacionamento?

No depósito essencial, ligado a prestação de serviço, o depositário tem penhor legal sobre a coisa, enquanto não lhe for paga a contraprestação pelo dito serviço. Assim, se deixo minha televisão em oficina técnica, só poderei exigi-la de volta, após pagar o preço combinado pelo conserto.

7 MANDATO

7.1 Generalidades

Logo de início, carece esclarecer que mandato é espécie de representação.

Haverá representação sempre que uma pessoa for incumbida por outra de realizar declaração de vontade em seu lugar.

Há duas espécies de representação, a legal, decorrente de lei, que ocorre em relação aos pais, tutor e curador. Estes representam seus filhos incapazes, seu pupilo e curatelado por (orça de lei.)

A outra é chamada representação contratual, decorrente do contrato de mandato. A noção de representação tem que estar presente no mandato, sem o que se desfigura ele para contrato de locação de serviços. Em outras palavras, o mandatário está sempre representando o mandante em algum ato. Tal já não acontece na locação de serviços, em que o contratado obra em seu próprio nome.

(56 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 256 e 257.)
7.2 Definição

Mandato é, portanto, contrato pelo qual uma pessoa confere à outra poderes para representá-la. Cumpre, pois, não confundir mandato com mandado, que é ordem judicial para que se faça ou não alguma coisa.

7.3 Partes

No mandato, aquele que outorga poderes, recebe o nome de mandante, comitente ou outorgante. Já aquele que recebe os poderes, é denominado mandatário, comissionário ou outorgado.

7.4 Caracteres jurídicos

Por suas características podemos dizer que o mandato é contrato:

- típico, por se achar tipificado no Código Civil, nos arts. 1.288 a 1.330;

- puto, visto que não é fruto da mistura de dois ou mais outros contratos;

- consensual, uma vez que se considera celebrado pelo mero consenso entre as pattesi

- gratuito ou atributivo por presunção e oneroso por disposição expressa, ou quando seu objeto for da profissão do mandatário.

Assim, se confiro poderes a despachante para regularizar determinada situação junto a repartição pública, este mandato se presumirá oneroso, pois é da própria profissão do despachante a realização desses atos;

- bilateral, por terem ambas as partes direitos e deveres. Mesmo sendo gratuito, o mandante terá, quando nada, duas obrigações. A de facilitar a execução do mandato e a de responder pelas obrigações licitamente assumidas pelo mandatário;

- pré-estimado, por serem seus efeitos previsíveis desde o início. Poderá ser também aleatório, quando sua execução depender de evento futuro e incerto, se encarrego uma pessoa de vender meu carro, os resultados da venda são imprevisíveis. O mandato é aleatório;

- de execução futura, uma vez que é celebrado num momento e executado em outro.

Não é como a compra e venda à vista, que se celebra e se executa imediatamente: dinheiro para cá, mercadoria para lá;

- individual, por somente obrigar as partes contratantes;

- negociável, uma vez que, de regra, é fruto de conversações entre as partes.

Uma não impõe sua vontade à outra;

- intuitu personae, por se basear na confiança consignada no mandatário pelo mandante;

- acessório, pois tem sua existência subordinada a outro ato. Ora, ninguém outorga poderes a outra pessoa para que não faça nada.

7.5 Requisitos subjetivos

Em relação ao mandante, temos que deve ter a habilitação geral para a vida civil, havendo casos, porém, em que os menores também poderão outorgar mandato.

Assim, maiores de 18 anos podem outorgar mandato para fazer reclamação trabalhista e oferecer queixa-crime, requerer registro de nascimento e nomear representante para a cerimônia nupcial, tudo isto sem a autorização de seu assistente.

Em relação ao mandatário, este deve ser pelo menos relativamente incapaz.

O fundamento para que os relativamente incapazes possam ser mandatários reside no fato de que a capacidade do mandatário pouco importa para a execução do mandato, uma vez que quem sairá perdendo será o próprio mandante, e não o incapaz. De qualquer forma, o mandante não terá ação contra a mandatário relativamente incapaz, se este lhe causar prejuízo.

O pródigo e o falido também podem exercer mandato, por só serem impedidos em relação à alienação de seus próprios bens.(56)?

Os funcionários públicos não podem procurar perante quaisquer repartições públicas, segundo o Decreto n. 24.112/34.

Quanto aos cônjuges, nenhuma restrição há em que sejam procuradores um do outro.

7.6 Requisitos objetivos

Podem ser objeto de mandato todos os atos que o comitente possa praticar por si mesmo, a não ser os de natureza personalíssima, como o voto, o exercício do pátrio poder, o depoimento pessoal, a elaboração de testamento particular etc.

7.7 Requisitos formais

O mandato é, como vimos, de regra, contrato consensual. Dessarte, a Lei não exige forma especial para sua celebração. Pode ser celebrado de forma tácita ou expressa.

O mandato tácito refere-se geralmente a assuntos de somenos importância, como

o dos cônjuges entre si para assuntos domésticos, ou o do empregador para o empregado para pequenas compras. secretária de executivo não precisa de sua autorização para comprar papel ou lápis. O mandato é tácito, ninguém precisa dizer nada.

Será expresso, quando mímico, verbal, ou escrito.

(57 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 278.) O mandato mímico ocorre quando, por meio de gestos ou expressões corporais, alguém delegar poderes de representação a outrem. Logicamente diz respeito a negócios de pequeno valor, se uma pessoa pergunta à outra se quer que lhe compre refrigerante, e esta lhe pisca um olho afirmativamente, teremos mandato mímico.

Verbal será o mandato quando alguém delegar poderes a outrem por meio de palavra (alada. É a regra geral, tratando-se de pequenos negócios.

O mandato escrito é a regra para negócios de expressivo valor financeiro ou moral. Às vezes, a Lei exige forma escrita, como no caso do mandato judicial, que o advogado recebe de seu cliente. Materializa-se o mandato escrito por meio da procuração, que pode ser por escrito público ou particular. será público excepcionalmente, como no caso do mandante ser relativamente incapaz, quando deverá também ter a autorização de seu assistente; no caso dos cegos; dos analfabetos etc.

Na maioria dos casos será por instrumento particular, podendo ser manuscrito, datilografado ou impresso. Em qualquer dos casos, deve ser firmado pelo outorgante. Para que tenha validade contra terceiros, é necessário que se reconheça a firma do mandante. Além disso, deve conter a data e o local, o nome do outorgante, o nome e qualificação do outorgado, ou seja, nacionalidade, estado civil, profissão domicílio e residência, e o objeto da outorga, além da natureza e extensão dos poderes conferidos.

Como vimos, só se fala em procuração se o mandato for escrito. Aliás, a procuração é o instrumento do mandato. Como devemos entender o termo

"instrumento" neste contexto? Ora, para serrar uma tábua, necessito de instrumento, qual seja, um serrote. O mesmo raciocínio pode ser transportado para o Direito. Para redigir contrato de mandato necessito de instrumento em que escrevê-lo, ou seja, um papel, chamado de procuração. Este papel poderá ser

público, se for livro especial de cartório, no qual será escrito o mandato.

Poderá, outrossim, ser particular, se tratar-se de papel qualquer. Daí falar-se em instrumento público e particular.

Existe grande dúvida se quando o ato a ser praticado exigir forma pública, dever também o mandato ser por instrumento público.

A doutrina se divide. Caio Mário, por exemplo, diz que não, por serem atos distintos, um preparatório, o mandato, outro definitivo, que será, este sim, realizado por instrumento público.(58)

Como exemplo, podemos aduzir a compra e venda de imóveis. A Lei exige que se realize por escrito público. Ora, se uma pessoa outorga mandato à outra para que lhe venda imóvel, este deverá também ter forma pública, ou não? O raciocínio dos que dizem que não é bem simples. O mandato não é translativo de domínio e nem constitutivo - de ônus real, portanto, não há por quê celebrar-se por instrumento público. Realmente, o mandato, por si só, não transfere a propriedade do imóvel que se está vendendo. É o registro do contrato definitivo de compra e venda, chamado vulgarmente de escritura, que a transfere.

(58 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 256.)
Tampouco pela outorga de mandato autorizando uma pessoa a vender imóvel, esta poderá constituir qualquer ônus real sobre ele. Não poderá hipotecá-lo, por exemplo. Da mesma opinião, Pontes de Miranda e Carvalho Santos.(59) A prática notarial é, porém, em sentido contrário, baseando-se na regra de que o acessório segue o principal. Como vimos, o mandato é acessório do negócio para cuja realização foi conferido. Esta a opinião de Serpa Lopes, dentre outros. '

7.8 Aceitação

Contrato que é, o mandato só se considera celebrado depois que o mandatário aceitar a incumbência que lhe haja sido atribuída pelo mandante. Para a aceitação vige a liberdade de forma. Poderá, assim, ser expressa, tácita ou presumida.

A aceitação expressa será mímica, verbal ou escrita.

Normalmente, mímica ou verbal. Raríssimamente, na prática, o mandatário aceita por escrito.

A tácita pressupõe o início da execução pelo mandatário. Desta maneira, se outorgo mandato a uma pessoa para que venda meu carro, e esta, sem dizer nada, anuncia o carro nos classificados, significa que tacitamente aceitou.

A presumida se dá entre ausentes, quando o objeto for da profissão do mandatário. Calando-se este a respeito da proposta do mandante, presume-se que aceitou o mandato. Assim, se, por carta, envio procuração a corretor para que venda lote em meu nome, e este, não responde nem que sim nem que não, presume-se que tenha aceito o mandato. Já se envio a mesma procuração a médico, seu silêncio não forma presunção de que tenha aceito.

7.9 Classificação

Dependendo da abrangência dos poderes outorgados, poderemos classificar o mandato em duas categorias: geral e especial.

O mandato geral abrange todos os negócios do mandante, outorgando-se presumivelmente poderes apenas para a administração, ficando, pois, excluídos os atos que importem diminuição patrimonial, tais como venda, doação, troca, transação, remissão, renúncia etc. Para estes atos são necessários poderes expressos.

Logicamente, exceção é feita para aqueles bens destinados naturalmente à alienação, como a produção agrícola, ou para aqueles de fácil deterioração.

O mandato especial confere poderes para um ou mais atos determinados. O

procurador responderá pelos atos que praticar intra vires mandati, ou seja, além dos poderes do mandato, a não ser que haja ratificação posterior do mandante, seja ela tácita ou expressa.

(59 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito Ou. cit., v. XLIII, p. 21. CARVALHO

SANTOS, J-M- de. Código civil brasileiro interpretado. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, v. III, p. 131/132.)

7.10 Obrigações do mandatário

Executar o mandato com toda a diligência habitual.

Indenizar os prejuízos oriundos de culpa sua ou daquele a quem substabelecer.

Quanto ao substabelecimento, acrescentamos algumas regras.

Em primeiro lugar, haverá substabelecimento, quando o mandatário se fizer substituir por outrem na execução do mandato. O mandato, por sua vez, pode permitir o substabelecimento, pode proibi-lo ou pode ser silente a respeito.

Se o mandato se calar a respeito, ou seja, nem permitir nem proibir, e o mandatário substabelecer, responderá pessoalmente pelos prejuízos, desde que haja culpa do substituto.

Se o mandato proibir o substabelecimento, e o mandatário assim mesmo o realizar, responderá por todo e qualquer prejuízo causado pelo substituto, ainda que fortuito. É lógico que terá direito de regresso contra o substituto, uma vez que fique caracterizada a culpa deste.(60)

Se o mandato permiti-lo, o mandatário só responderá por culpa in erigendo.

Em outras palavras, se o mandato permitir o substabelecimento e o mandatário substabelecer, responderá pelos prejuízos causados pelo substituto apenas se ficar provado que o escolheu mal, isto é, que poderia ter escolhido pessoa mais capaz.

Prestar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens que for recebendo.

O mandatário não pode compensar prejuízos a que deu causa com lucros, ainda que inesperados, que tenha obtido.

O mandatário pagará juros a partir do momento em que abusar de somas que deveria entregar ao mandante ou que recebeu para despesas, não as tendo efetuado.

É ainda obrigação do mandatário exibir a procuração às pessoas com quem tratar.

se não o fizer, responderá sozinho pelos atos que praticar intra vires, ou seja, além dos poderes outorgados. Esta é uma garantia para terceiros, pois, caso consintam na prática de atos intra vires, mesmo depois de ler a procuração,

perdem o direito de acionar o mandatário, a não ser que o mandante haja prometido ratificar os atos intra vires, ou se o próprio mandatário houver prometido responder pessoalmente pelo negócio que praticou sem ter os devidos poderes. se Glauco outorga poderes a Rogério para alugar seu carro, e se este o vende a José Flávio, que compra o automóvel, mesmo sabendo que Rogério não tinha poderes de alienação, não terá direito de regresso contra Rogério, uma vez que a venda seja desfeita. Em outras palavras, terá direito apenas ao reembolso da quantia que houver pago; mas não a perdas e danos.

(60 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 282.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Ou. cit. 5° v., p. 260.) Se o mandatário não exibir a procuração, agindo em seu nome, as obrigações serão estranhas ao mandante, que delas não se beneficia, nem por elas se obrigará. O

mandatário será o credor ou o devedor, respondendo pessoalmente perante o terceiro de boa-fé. se, no exemplo anterior, Rogério enganar José Flávio, ocultando-lhe, dolosamente, a procuração, José Flávio terá direito ao reembolso da quantia adiantada, acrescida de perdas e danos, devendo, para isso, acionar Rogério.

O mandatário, quando souber da morte ou incapacidade do mandante, deve concluir os negócios já começados, se a demora implicar prejuízo. Logo em seguida, prestará contas do mandato ou bem aos herdeiros ou bem ao curador do mandante.

Se houver mais de um mandatário, entender-se-ão sucessivos, se não forem expressamente declarados conjuntos ou solidários.

Mandatários sucessivos são aqueles que exercem o mandato um na falta do outro.

Assim, se são nomeados mandatários, no mesmo instrumento, "A", "B" e "C", "B" só exercerá o mandato na falta ou impedimento de "A". "C" só o exercerá na falta ou impedimento de "B". Para que o mandato seja exercido pelos três ao mesmo tempo, não sendo válidos os atos de um sem a participação dos demais (mandatários conjuntos); ou para que qualquer um dos três possa praticar os atos necessários à execução do mandato sem a participação dos demais (mandatários solidários), será necessária cláusula expressa nesse sentido.

7.11 Obrigações do mandante

Podem ser divididas em duas categorias: obrigações para com o mandatário e para com terceiros.

a) Para com o mandatário - Remunerar-lhe conforme o ajustado e, na falta de ajuste, presumindo-se o mandato oneroso, pela Lei ou pelo que for arbitrado pelo juiz.

Se a obrigação for liquida e certa poderá ser exigida via ação executiva.

A oportunidade do pagamento, ou seja, quando se dará o pagamento, será estipulado na procuração, se nada for estipulado, o pagamento será efetuado conforme os costumes do local.

Fornecer os meios para a execução do mandato, ou previamente, ou via reembolso, conforme fique combinado.

Se ficar acertado que as despesas serão adiantadas, e o mandatário tiver, assim mesmo, que tirar dinheiro do próprio bolso para cobrir despesas com o mandato, vencem juros a seu favor a partir do momento do desembolso, independentemente de notificação ao mandante. Mas fique claro que, neste caso, o mandatário não precisa praticar o ato quando as despesas lhe (orem negadas ou, de qualquer forma, não lhe (orem adiantadas, conforme o combinado.

Vejamos um exemplo: Marcos outorga mandato a Alexandre para vender seu carro.

Fica acertado todas as despesas serão adiantadas por Marcos. Ocorre que Alexandre faz anunciar o carro no jornal, desembolsando ele mesmo o valor do anúncio. Terá direito ao reembolso dessas despesas, com acréscimo de juros legais, contados desde o dia em que desembolsou o dinheiro. se o carro não for vendido, poderá retê-lo, até que seja reembolsado. se for vendido, poderá reter o dinheiro da venda, até o reembolso.

Indenizar os prejuízos que o mandatário sofrer, ainda que fortuitos, desde que não haja culpa deste.

Se entrego uma televisão a Ricardo, para que a venda, vindo a televisão a explodir, causando danos a Ricardo, deverei indenizá-lo, mesmo que a explosão

tenha sido fortuita. Em outras palavras, deverei indenizar os prejuízos, mesmo que não tenha tido culpa no acidente.

Havendo mais de um mandante, presumem-se solidários se:

1° a representação for contratual e não legal; 2° for uma só procuração e não várias; 3° o negócio for comum a todos os mandantes.

O mandatário poderá reter o objeto do mandato até receber as despesas que efetuou e não lhe (oram reembolsadas. Não poderá reter o objeto do mandato, quando o desembolso se referir a outro ato, que não aquele necessário para a execução do mandato. vejamos o mesmo exemplo acima dado: Marcos outorga mandato a Alexandre para vender seu carro. Fica acertado todas as despesas serão adiantadas por Marcos. Ocorre que Alexandre faz anunciar o carro no jornal, desembolsando ele mesmo o valor do anúncio.

Além disso, faz, também a pedido de Marcos, assinatura de revista, pagando de seu próprio bolso. Terá direito ao reembolso dessas despesas, com acréscimo de juros legais, contados desde o dia em que desembolsou o dinheiro. Quanto às despesas com o anúncio do carro, não sendo este vendido, poderá retê-lo, até que seja reembolsado. se for vendido, poderá reter o dinheiro da venda, até o reembolso. Mas não poderá reter o carro, nem o dinheiro de sua venda, para o reembolso pela assinatura da revista.

Tampouco poderá reter o objeto para receber honorários ou indenização por prejuízos que haja sofrido. Por fim, não poderá reter ouvro objeto do mandante que esteja em seu poder.

b) Para com terceiros - Responder com seu patrimônio pelas declarações do mandatário, pelas obrigações que assumir intra vires mandati, 1.e., dentro dos poderes a ele conferidos, ou ainda pelas intra vires que tenha ratificado.

Responder pelos atos praticados por seu mandatário aparente. Mandatário aparente é aquele que todos reputam ser mandatário, quando, na realidade não é.

Aplica-se ao caso a teoria da aparência, segundo a qual terceiros de boa-fé não podem ser prejudicados quando se enganarem pelas aparências de uma situação.

Logicamente que o erro tem que ser escusável, ou seja, perdoável. se for inescusável, tanto pior para o terceiro, que deverá se acertar com o mandatário

aparente, não tendo qualquer ação contra o mandante. A título de recordação, erro escusável é aquele que qualquer pessoa normal cometeria; inescusável aquele que nenhuma pessoa normal cometeria.

Dá-se mandato aparente quando o terceiro de boa-fé é levado a acreditar ser aquela pessoa representante real do mandante. Pode ser o caso do mandato que é revogado sem que se dê ciência ao público ou aos terceiros interessados. Pedro é representante do comerciante Felipe, em cidade do interior. Por ele faz e recebe pagamentos. Ocorre que Felipe revoga o mandato conferido a Pedro, não comunicando o fato à clientela por este atendida. se porventura os clientes continuarem fazendo pagamentos a Pedro, estes serão considerados válidos. Os clientes não poderão ser compelidos a pagar novamente.

É desnecessário dizer que o mandante tem direito de regresso contra o mandatário aparente. No exemplo acima, Felipe terá ação contra Pedro.

7.12 Extinção do mandato

São causas de três ordens:

1º vontade das partes O mandato pode ser extinto pela vontade do mandante ou do mandatário.

Daí teremos revogação e renúncia.

Revogação é ato do mandante pondo fim ao mandato. Pode se dar a qualquer tempo, sem que seja necessário ao mandante explicar seus motivos. Por isso, diz-se que é ato praticado ad intum, ou seja, pela simples vontade. O mandante deve avisar ao mandatário e aos terceiros. É, portanto, aconselhável que, dependendo do tipo de mandato, se for daqueles que envolvam altos valores, a revogação se faça por notificação via cartório ou judicial, sendo ademais prudente que se a faça publicar nos jornais de maior circulação local. se o mandante deixar de avisar ao mandatário ou aos terceiros, os atos realizados por eles, intra vires e de boa-fé, serão tidos como válidos.

Pode ser expressa a revogação ou tácita. será tácita, quando o mandante assumir os negócios que estavam a cargo do mandatário, ou quando nomear outro mandatário.

As partes podem, contudo, convencionar que o mandato seja irrevogável.

Neste caso, se o mandante assim mesmo o revogar, responderá por perdas e danos.

Além deste caso, há outros, em que a irrevocabilidade do mandato deriva da própria Lei. são eles:(61)

a) Procuração em causa própria, que ocorre quando pelo mandato dá-se cessão de crédito. "A" transfere a "B" seu crédito contra "C", outorgando-lhe mandato para que possa efetuar a cobrança. Neste caso, não há falar em prestação de contas e nem em revogação. Como é cessão de crédito, os herdeiros do mandatário, caso este faleça, sub-rogam-se no crédito.

b) Mandato condição de contrato bilateral. Imaginemos contrato de depósito oneroso em que o depositário só aceite a custódia dos bens se o depositante lhe outorgar mandato, conferindo-lhe poderes para administrar os referidos bens.

O mandato seria aqui condição para que houvesse o depósito, sua revogação importaria a extinção do contrato de depósito.

c) Mandato como meio de cumprimento de outro contrato. É o que acontece no endosso-mandato, em que o titular de cambial endossa-a apenas para que seja cobrada. "A" tem nota promissória contra "B".

A fim de receber seu crédito, transfere-a a "C", através de endosso, somente para que este promova a cobrança.

Outro exemplo é o mandato conferido para que se realize contrato de compra e venda de imóvel. "A" vende seu imóvel a "B". Este escolhe pessoa de sua confiança, à qual "A" outorga poderes para assinar a escritura em seu nome. Este mandato é meio de cumprimento da compra e venda, não podendo, pois, ser revogado.(61) d) sócio administrador ou liquidante investido pelo contrato social.

Há duas formas de se investir sócio na administração de sociedade. A primeira, bastante comum em sociedades de pequeno porte, é, logo quando de sua fundação, nomear tal ou tal sócio como administrador por meio de cláusula no contrato social. A segunda, mais comum em sociedades de médio e grande porte, é a eleição de um ou mais sócios, de tempos em tempos, em assembléia geral. O mesmo se dá em relação ao liquidante, ou seja, aquela pessoa encarregada de liquidar os negócios da sociedade caso esta venha a se extinguir.

A doutrina tradicional segue literalmente os dizeres do Código Civil, afirmando ser irrevogável o mandato do administrador ou liquidante investidos por meio de cláusula do contrato social. só poderiam eles ser destituídos em três casos, quais sejam, por disposição de lei especial, por disposição do próprio contrato social, ou por má administração, o que envolve incompetência e desonestidade. Há quem chegue ao exagero de afirmar que nem mesmo a incompetência ou desonestidade seriam motivos justificadores para a destituição do administrador, devendo a sociedade, nestes casos, ser extinta.

(61 SERPA LOPES, M-M- Curso. Ou. cit., v. 4, p. 297 et seq.) (62 MARTINS, Fran. Títulos de crédito. Ou. cit., v. I, p. 168 et seq.) A doutrina moderna, entretanto, questiona a posição tradicional, dizendo ser sempre possível a destituição ad notum dos administradores investidos por cláusula contratual, desde que por decisão dos sócios que detenham a maioria do capital social.(63)

A renúncia é a desistência do mandatário. Deve sempre ser expressa e em tempo hábil a não causar prejuízos ao mandante, sob pena de perdas e danos.

2º Fato jurídico natural Fato natural é a morte. Com ela, cessa o mandato, por ser intuitu personae. Se é a morte do mandante, os atos serão válidos em relação a terceiros de boa-fé, enquanto a ignorar o mandatário. Se o mandatário, de má-

fé, contrair obrigações com terceiros de boa-fé, responderá perante os herdeiros do mandante, pois aplica-se ao caso a teoria da aparência. Em outras palavras, os terceiros de boa-fé não serão prejudicados. se a morte for do mandatário, cessa o mandato, ainda que os herdeiros tenham habilitação para cumpri-lo. Terão eles que avisar ao comitente e realizar os atos inadiáveis, sob pena de responderem por perdas e danos.

3º Fato jurídico não natural O primeiro é a mudança de estado. Toda mudança de estado que importe cessação da capacidade contratual extingue o mandato, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé. É o caso de uma <as partes tornar-se louca, sendo interditada.

O segundo é o término do prazo.

E o terceiro é a conclusão do negócio, objeto do mandato.

7.13 Mandato Judicial

a) Definição - É contrato em que o mandante outorga poderes ao mandatário para que este o represente perante a Justiça.

Subentende-se oneroso o mandato judicial e, havendo mais de um mandatário, presume-se sucessivo.

b) Requisitos subjetivos - Em relação ao mandante, deve possuir capacidade geral. Os absolutamente incapazes devem ser representados, podendo ser outorgado por instrumento particular. Os relativamente incapazes devem ser assistidos por seu responsável, sendo o mandato outorgado obrigatoriamente por instrumento público.

Em relação ao mandatário, deve possuir capacidade geral e habilitação legal, ou seja, deve ser advogado com inscrição definitiva na OAB.

(63 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 1989. 1° v., p. 321 e 322.)

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. Tratado de direito comercial brasileiro. 4ªed., Rio de Janeiro:

Freitas Bastos, 1946, v. IV, p. 51. No mesmo sentido, BORGES, João Eurápio.

Curso de direito comercial terrestre. 3ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.

35.)

c) Requisitos objetivos - O objeto do mandato judicial será qualquer ato de defesa de interesses ou direitos em juízo.

d) Requisitos formais - Contrato formal que é, o mandato judicial será sempre escrito, não se exigindo mais o reconhecimento da firma do mandante, segundo o disposto no art. 38 do Código de Processo Civil. A regra admite, porém, algumas exceções.

A primeira delas diz respeito à nomeação de advogado pelo juiz por via de portaria, sempre que o réu se encontrar sem defesa. É o chamado defensor dativo ou procurador ad boc.

A segunda dá-se em casos de urgência, quando o juiz nomeia prazo para

apresentação da procuração, tendo-se por inexistentes os atos praticados, caso não seja apresentada. Exemplo típico é o dó diêilte quê proeufa o advogado na última hora, para que este apresente contestação. Não havendo tempo suficiente para se elaborar a procuração, o advogado pode apresentar a contestação, pedindo ao juiz prazo para apresentação do instrumento escrito, ou seja, da procuração.

A terceira exceção se refere à representação ex oficio dos promotores e procuradores da Administração Pública. A própria Lei confere mandato.

O mandato pode também ser conferido apud acta, quando for outorgado no momento da realização do próprio objeto, perante o juiz, por termo lavrado nos autos pelo escrevente. suponhamos que o advogado compareça com seu cliente à audiência sem o devido mandato. Haverá duas opções possíveis. Ou bem requer ao juiz prazo para posterior juntada da procuração, ou bem o cliente confere o mandato verbalmente na própria audiência. Tal outorga verbal será tomada por escrito pelo escrevente e juntada aos autos. Eis ai o mandato apud acta.

e) Tipos - Pode ser geral ou especial.

Será geral quando incluir os poderes da cláusula ad jurídica, quais sejam os poderes normais para que um advogado atue num processo, isto é, contestar, replicar, comparecer a audiências, juntar documentos, arrolar testemunhas etc.

Além destes atos, há outros que podem surgir no desenrolar de um processo para cuja realização o advogado necessite de poderes extras, não contidos na cláusula ad judicia. são os de confessar, receber citação, desistir, dar quitação, firmar compromisso e transigir, basicamente. Contendo o mandato alguns ou todos esses poderes extras, será chamado especial.

Pode também ser genérico ou especifico.

Será genérico, se geral ou especial, valer para atuação ampla em quaisquer será específico, quando for válido apenas para determinado processo ou ato, como, por exemplo, apresentar recurso.

f) substabelecimento - O substabelecimento poderá ser com reserva, caso em que o mandatário continua ainda investido dos mesmos poderes, podendo retornar a qualquer momento.

Sem reservas, quando o advogado se afasta totalmente, ficando responsável só até ser notificado o mandante. De qualquer jeito, o substabelecimento poderá ser cassado pelo mandatário Substabelecido. _ O substabelecimento não confere ao advogado substituto nenhuma prorrogação de prazo.

g) Extinção - Dá-se pela revogação ou pela renúncia, que deverá ocorrer com pelo menos dez dias de antecedência do ato processual subseqüente. Assim, havendo audiência marcada para o dia l0, a renúncia terá que ser realizada até o dia 31

do mês anterior, sendo então notificada ao mandante para que tome as providências necessárias.

Outras causas são a morte, a mudança de estado e a conclusão da causa.

8 GESTÃO DE NEGÓCIOS

8.1 Definição Gestão de negócios

É a administração oficiosa de interesses alheios.

Dá-se quando uma pessoa realiza atos no interesse de outra, como se fosse seu representante ou prestador de serviços, embora não investido dos poderes respectivos.

Representa ou presta serviços à outra sem que esta o saiba.

8.2 Partes

As partes são aquele que realiza a gestão, chamado de gestor. O outro, cujos interesses são geridos, denomina-se dono do negócio.

8.3 Natureza jurídica

Com que outro instituto do Direito se parece a gestão de negócios? Que seria ela?

A natureza jurídica da gestão vem ao longo dos séculos embaraçando os juristas, que até o presente não encontraram solução satisfatória.

Certo é que, apesar de estar arrolada junto aos contratos no Código Civil, contrato é o que não é em absoluto. Ora, contrato é antes de tudo acordo de vontades e tal não existe na gestão de negócios. O gestor se ocupa de interesses do dono do negócio sem que este o saiba. Não há qualquer tipo de combinação prévia entre eles. se houvesse, gestão não existiria, mas sim mandato ou prestação de serviços, dependendo se houvesse ou não representação. vejamos exemplo típico e corriqueiro de gestão. "A", ciente de que seu vizinho encontra-se em viagem prolongada, percebe junto à porta deste conta de luz vincenda em dia próximo. Como mantém ótimas relações de amizade com o vizinho, pega a conta e a paga no banco. Como vimos, o vizinho nada pedira a "A". Nada se combinou a respeito do pagamento de contas. Caso, porém, o vizinho houvesse pedido a "A"

esse favor, teríamos mandato e não gestão de negócios, porque "A" estaria representando seu vizinho junto ao credor da conta.

Imaginemos outro exemplo bastante simples. "A", sabendo estar seu vizinho em viagem prolongada, recolhe por conta própria sua correspondência, a fim de lha entregar quando retornar. Insistimos, nada foi combinado entre eles. O vizinho nada pediu a "A". Se houvesse pedido, não teríamos gestão de negócios, mas prestação de serviços, porque no caso em epigrafe não houve representação.

"A" não representou seu vizinho perante ninguém, apenas prestou-lhe serviço.

Visto, pois, não ser a gestão contrato, por que tratou dela o legislador juntamente com os contratos?

A resposta é bem simples: porque a gestão, uma vez que o dono do negócio dela se inteire, projuz os mesmos efeitos de contrato. Dessa forma, no exemplo da conta de luz aduzido supra, temos que, assim que retorne, o vizinho deverá acertar as despesas com "A" como se realmente tivesse havido mandato. Daí os romanos terem classificado a gestão como quase-contrato. Em outras palavras, não é contrato, mas é como se fosse.(64)

Tal é a tese adotada pelo Código Civil.

O Direito Romano dividia as fontes das obrigações em quatro grupos: os contratos, os quase-contratos, os delitos e os quase-delitos. Na categoria dos contratos, havia o empréstimo, o depósito, a compra e venda etc. sob a denominação quase-contrato, agrupavam-se a gestão de negócios e o pagamento

indevido, ambos atos lícitos que tornavam seu autor credor de outra pessoa, sem que houvesse prévio acordo de vontades. Chamavam-se quase-contratos por não serem contratos, mas serem tratados como se o fossem. Na categoria dos delitos, reuniam-se o furto, a injúria, o dano, a violência, o dolo e a fraude. E, por fim, os quase-delitos, atos que não poderiam ser enquadrados na categoria dos delitos, mas que recebiam o mesmo tratamento, ou seja, eram tratados "como se fossem" delitos. Nesta classe achavam-se os prejuízos causados por prepostos, pelos quais respondia o patrão; os processos mal julgados pelo juiz, que falseava a verdade para beneficiar a uma das partes ou a si próprio; os objetos caídos ou lançados de um prédio, ainda que fortuitamente etc.(65) (64 Relembramos aqui o significado da palavra "quase" no contexto. "Quase" quer dizer "como se fosse".

(65 WARNKÒNIG, LA. Institutiones. Ou. cit., p. 282 et seq. MACKELDEY. Manuel de droit romain. Ou. cit., p. 237 et seq.)

A doutrina moderna vem, no entanto, rechaçando tal classificação, considerando ultrapassada e a científica a inserção das obrigações nessas quatro fontes.

Surgiram, Dessarte, outras teorias, buscando sempre uma analogia da gestão com os contratos.

Uma delas é a teoria da proposta. Segundo seus adeptos, a gestão de negócios seria proposta que se converteria em contrato com a aceitação. Ora, a proposta, como vimos, é a primeira fase concreta da formação de um contrato, podendo ou não ser precedida de negociações preliminares; e a aceitação é a resposta positiva à proposta, após a qual considera-se o contrato celebrado. Não vemos qualquer semelhança entre o processo de formação contratual e a gestão de negócios. Nos dois exemplos acima, "A", em nenhum momento, fez qualquer proposta a seu vizinho. Outro ponto importante é que a proposta pode ser recusada por seu endereçatário. Em princípio, ninguém pode ser compelido a celebrar contrato. O

mesmo não se dá na gestão que, de regra, não pode ser recusada pelo dono do negócio. Assim, o vizinho não poderia simplesmente recusar a gestão de "A", dizendo-lhe que ninguém pedira que pagasse a conta de luz. É obrigatório o acerto de contas entre eles.

Outra é a teoria da representação sem mandato. O gestor representaria o dono do negócio sem mandato, assim como os pais representam os filhos menores

também sem mandato. Tampouco é convincente essa teoria. Como ficou claro, nem sempre haverá representação na gestão de negócios. O exemplo do vizinho que recolhe a correspondência do outro o demonstra bem.

Uma terceira teoria é a do ato anulável. A gestão seria ato anulável, até sua aprovação. Absurdo. Ato anulável, segundo a teria tradicional, é aquele que contém defeito leve, como erro, dolo, coação, ou outro prescrito em lei. Em nenhum dos exemplos supra mencionados podemos apontar qualquer defeito que torne os atos praticados pelo gestor passíveis de anulação. O vizinho não poderá, em hipótese alguma, pleitear a anulação do pagamento da conta de luz. Terá, sim, que reembolsar o gestor obrigatoriamente.

A quarta teoria é a do ato condicional. Segundo esta corrente, a gestão seria ato condicional a sua aprovação. Também não convence.

A gestão, como regra, não pode ser recusada pelo dono do negócio. Ademais, o pagamento da conta de luz efetuado por "A" não se condiciona a nada. É ato jurídico perfeito, inatacável.

Quinta teoria considera a gestão de negócios estipulação em favor de terceiros, em que o terceiro seria o dono do negócio. Ora, na estipulação em favor de terceiros, o estipulante celebra com o devedor negócio em beneficio de terceiro.

Tal não ocorreu em nenhum dos dois exemplos que analisamos.(66) (66 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições. Ou. cit., v. III, p. 270.) Finalmente, uma sexta teoria, que bem poderíamos denominar teoria pragmática.

Segundo ela, a gestão de negócios teria natureza própria, não se parecendo com nenhum outro instituto jurídico conhecido.

8.4 Elementos

Os elementos caracterizadores, que devem estar sempre presentes para que haja gestão de negócios são os seguintes:

1° espontaneidade, que se traduz na (alta de acordo prévio entre gestor e dono do negócio; 2° o negócio deve ser alheio; 3° o gestor deve proceder no interesse do dono do negócio, segundo sua vontade real ou presumida; 4° boa-fé, ou seja, o gestor deve agir proveitosamente para o dono; 5° a ação do gestor deve se limitar à esfera patrimonial.

O Código Civil fala em gestão de negócios contra a vontade do dono, indo de encontro à doutrina que considera tal intervenção ato ilícito.

8.5 Obrigações do gestor

Cuidar do negócio como se fosse seu, segundo a vontade real ou presumida do dono. Não se pode fazer substituir por outro ou promover ações arriscadas, sob pena de responder pelos danos. se preterir os interesses do dono a seus próprios, responderá até pelo fortuito.

Responde perante as pessoas com quem tratar e perante o dono, a quem deve comunicar a gestão e aguardar resposta, se da espera não resultar perigo.

Velar pelo negócio, mesmo falecendo o dono sem dar resposta, caso em que o gestor deve esperar por providências dos herdeiros.

se (orem mais de um os gestores, responderão solidariamente.

8.6 Obrigações do dono do negócio

Ratificando a gestão, deve indenizar o gestor pelas despesas e prejuízos.

Se a gestão for necessária ou útil, o dono deverá indenizar de qualquer jeito, correndo juros a favor do gestor desde o desembolso. Verifica-se a utilidade ou necessidade pelas circunstâncias objetivas e subjetivas, sendo as últimas a vontade real ou presumida do dono. Já a gestão voluptuária não obriga o dono.

Necessária seria a gestão, se percebendo o gestor que o telhado do vizinho se encontra para desabar, mandar consertá-lo.

Útil é o exemplo do vizinho que recolhe a correspondência do outro. Como gestão voluptuária, poderíamos citar o vizinho que manda embelezar os jardins do outro, aproveitando o jardineiro que fora embelezar o seu próprio. Naturalmente, neste caso, não há falar em indenização.

8.7 Aprovação

A ratificação pura e simples do dono constitui aprovação plena do negócio, transformando a gestão em mandato ou prestação de serviços, e retroagindo à data de seu início. O gestor e o terceiro devem ser avisados, sem que tal ciência

seja essencial a sua validade, podendo inferir-se das circunstâncias.

8.8 Casos afins

Não chegam a ser gestão de negócios, talvez por não serem essencialmente patrimoniais. De qualquer forma, quando alguém, na ausência do devedor de alimentos, por este os prestar, poderá recobrar a importância despendida. Também as despesas com o enterro, proporcionais aos costumes locais e às condições do falecido, podem ser reclamadas da pessoa que teria obrigação de alimentar o que veio a morrer, ainda que este não tenha deixado bens. A prestação é devida de qualquer forma, mesmo sem a aprovação do devedor, a não ser que se prove o propósito de pura benemerência ou o cumprimento de obrigação moral.(67)?

8.9 Gestão imprópria

É administração de negócio alheio na suposição de que seja próprio. O gestor que obtém proveito à custa do dono, fica obrigado a ressarci-lo, com a aplicação dos princípios do enriquecimento sem causa. O instituto não é regulamentado em nosso Direito Positivo, mas existe e pode ser invocado.

9 EDIÇÃO

9.1 Definição

É contrato pelo qual editor, obrigando-se a reproduzir mecanicamente e a divulgar obra literária, artística ou científica que autor lhe confia, adquire direito exclusivo de publicá-la e explorá-la. Também por este contrato, pode um autor se obrigar à feitura de obra por encomenda de editor.

(67 MACKELDEY. Manuel. Ou. cit., p. 238.)

9.2 Tutela legal

Este contrato está regulado na Lei n. 9.610/98, conhecida como Lei de Direitos Autorais (LDA). Na verdade, como se pode ver, este contrato não se acha mais tipificado no Código Civil. Apesar disso, trataremos dele aqui, por já ter sido contrato típico do Diploma Civil.

A Lei n. 9.610/98 não alterou, substancialmente, disciplina do contrato de

edição. Suas regras continuam, basicamente, as mesmas da Lei n. 5.988/73.

9.3 Partes

Aquele que contrata a edição, denomina-se editor. Aquele que é contratado, autor.

9.4 Caracteres jurídicos

Por seus caracteres podemos dizer que a edição é contrato:

- típico, pois está regulada na Lei n. 9.610/98, arts. 53 a 67;

- puro, visto que não é fruto da combinação de dois ou mais outros contratos;

- consensual, porque se considera celebrado com o simples acordo de vontades entre as partes, não lhe exigindo a Lei forma especial;

- oneroso, uma vez que ambas as partes suportam ônus. À prestação do autor corresponde contraprestação do editor;

- bilateral, pois ambos, editor e autor, possuem direitos e deveres;

- aleatório ou pré-estimado, dependendo de como seja fixada a retribuição do autor. Se for fixada em razão do sucesso da vendagem, é contrato aleatório, visto que a retribuição do autor, neste caso, dependerá da sorte futura. Se for pré-determinado preço fixo, será contrato pré-estimado;

- de execução diferida ou sucessiva. sendo a retribuição do autor pré-fixada, o contrato será de execução diferida, pois que o autor entrega a obra num momento e recebe noutro. Já nos contratos aleatórios, o autor recebe sua retribuição sucessivamente no tempo, à medida que a obra vai sendo vendida, principalmente, tratando-se de contrato de mais de uma edição. Neste caso, a execução é sucessiva;

- individual, pois que obriga apenas as partes diretamente envolvidas;

- negociável, uma vez que sempre permitirá negociação de cláusulas, ainda que apenas em princípio;

- intuitu personae. É contrato ontologicamente intuitu personae. O autor é contratado com base na confiança nele depositada.

9.5 Outras características

É característica do contrato de edição, em virtude do art. 4° da LDA que deve ser interpretado restritivamente. Assim, versará apenas sobre a edição, se nada houver sido pactuado além disto.

Outra característica importante diz respeito à tiragem de cada edição. Em outras palavras, cada uma das edições constará de 2.000 exemplares.

9.6 Requisitos subjetivos

Ambas as partes devem possuir a capacidade geral para contratar.

9.7 Requisitos objetivos

O objeto do contrato é a edição da obra entregue ao editor. Logicamente deverá ser lícito. Por exemplo, não poderá ser plágio.

9.8 Requisitos formais

Como vimos, nenhuma forma especial é exigida pela Lei, podendo o contrato se provar por qualquer meio em Direito admitido.

9.9 Obrigações do autor

Se o contrato for de edição por encomenda de obra e não houver prazo estipulado para a entrega, o autor poderá efetuá-la quando bem entender. O editor pode, entretanto, fixar prazo extra-contratual para que o autor lhe entregue a obra, sob pena de resolução.

O autor deve entregar os originais conforme o que foi ajustado. Mas, se o editor não os recusar em trinta dias, têm-se por aceitos.

O editor tem exclusividade sobre a obra até se esgotarem as edições combinadas, por (orça da obrigação de não fazer do autor. Terá o editor outrossim o direito de retirar de circulação a edição da mesma obra feita por outrem, além das perdas e danos que poderá cobrar.

O autor deve atualizar a obra sempre que necessário para uma nova edição. Em caso de recusa, o editor pode pedir a outrem que o faça, mencionando o lato na edição.

9.10 Obrigações do editor

Sua primeira obrigação é a de reproduzir mecanicamente e divulgar a obra.

Remunerar o autor de acordo com o contrato ou, sendo este silente e as partes não chegando a acordo, por arbitramento do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Fixar preço razoável para a venda da obra editada. Não será nem muito caro, nem muito barato, dependendo do bom senso, das circunstâncias e do objeto da obra.

Há obras, por exemplo, que, se (orem apreçadas por baixo, simplesmente não são vendidas. O público não as valoriza. É o caso dos álbuns de arte, ao que me parece.

Numerar todos os exemplares de cada edição, a menos que tenha adquirido ao autor seus direitos autorais. Será considerado contrafação(66) o não cumprimento desta obrigação, e o editor responderá por perdas e danos.

Prestar contas semestralmente, se a retribuição do autor depender do êxito das vendas. Deve também dar acesso ao autor à escrituração da parte que lhe couber, quaisquer que sejam as condições do contrato.

Manter a obra estritamente nos parâmetros dos originais, se o autor não consentir em modificações.

Versando o contrato sobre várias edições, uma vez que se esgote uma, o editor estará obrigado a proceder a outra, sob pena de resolução e perdas e danos.

Finalmente, o editor deve permitir ao autor emendar ou alterar sua obra nas sucessivas edições, a não ser que tais modificações impliquem prejuízo a seus interesses, ofendam-lhe a reputação ou aumentem-lhe a responsabilidade.

Se as alterações ou emendas trouxerem gastos extras, o autor deverá indenizar o editor.

9.ll Extinção

As causas de extinção do contrato podem ser as mais variadas. Eis as principais: 1º esgotamento das edições ou edição; 2º morte do autor, se não houver acordo com os herdeiros; 3º incapacidade superveniente do autor. Neste caso, já tendo sido entregue parte da obra e, sendo esta publicável, o editor pode não rescindir o contrato, remunerando o autor proporcionalmente; 4º destruição da obra por fortuito, depois de ter sido ela entregue; 5º apreensão da obra pela censura; 6º falência do editor, não concordando o síndico com sua continuação.

(68 Contratação é reprodução não autorizada de obra literária, artística ou científica.)

l0 REPRESENTAÇÃO DRAMÁTICA

l0.l Definição

É o contrato pelo qual empresário se obriga junto a autor a fazer representar ou executar em espetáculos públicos, que visem a lucro direta ou indiretamente, drama, tragédia, comédia, musicais etc.

l0.2 Partes

Aquele que faz representar a obra, denomina-se empresário. Já aquele, cuja obra é representada, é chamado de autor.

l0.3 Tutela legal

Também este contrato é regulado pela Lei n. 9.610/98 (LDA), arts. 68 e seguintes, achando-se, pois, derrogado o Código Civil. Importante é frisar que a nova lei não trata somente da representação, mas também da execução, por exemplo, de peças musicais. Daí o nome mais adequado ser contrato de representação e execução, diferentemente do Código Civil que só falava em representação dramática. Aliás, esse nome foi dado pela Lei n. 5.988/73. A Lei n. 9.610/98 não deu nome ao contrato, falando apenas, genericamente, nos casos de comunicação ao público de peças teatrais, musicais etc. A disciplina dada pela nova lei não difere, substancialmente, da antiga.

l0.4 Caracteres jurídicos

Suas características são basicamente as mesmas da edição. Pode-se dizer, portanto, que é contrato:

- típico, pois está regulado na Lei n. 9.610/98;

- puro, visto que não é fruto da combinação de dois ou mais outros contratos;

- consensual, porque se considera celebrado com o simples acordo de vontades entre as partes, não exigindo-lhe a Lei forma especial;

- oneroso, uma vez que ambas as partes suportam ônus. À prestação do autor corresponde contraprestação do empresário;

- bilateral, pois ambos, empresário e autor, possuem direitos e deveres;

- aleatório ou pré-estimado, dependendo de como seja fixada a retribuição do autor. se for fixada em razão do sucesso da representação ou da execução, é contrato aleatório, visto que a retribuição do autor, neste caso, dependerá da sorte futura. se for pré-determinado preço fixo, será contrato pré-estimado;

- de execução diferida ou sucessiva. sendo a retribuição do autor pré-fixada, o contrato será de execução diferida, porque o autor entrega a obra num momento e recebe noutro. Já nos contratos aleatórios, o autor recebe sua retribuição sucessivamente no tempo, à medida que a obra vai sendo apresentada ao público.

Neste caso, a execução é sucessiva;

- individual, pois que obriga apenas as partes diretamente envolvidas;

- negociável, de vez que sempre admite a negociação de cláusulas, ainda que só em tese;

- intuitu personae. É contrato ontologicamente intuitu personae. O autor é contratado com base em suas qualidades pessoais. Não serve nenhuma outra pessoa em seu lugar.

l0.5 Requisitos subjetivos

Resumem-se à capacidade genérica para contratar.

l0.6 Requisitos objetivos

O objeto do contrato é, como vimos, ou bem a representação teatral de obra literária, ou a execução de obras musicais. Há de ser lícito, como é evidente.

l0.7 Requisitos formais

É contrato consensual, provando-se por todos os meios em Direito admitidos.

l0.8 Obrigações do autor

São as mesmas da edição, ou seja, entregar a obra, cooperar para sua representação ou execução etc.

l0.9 Obrigações do empresário

Bem apresentar a obra.

Franquear ao autor acesso aos livros, ensaios e apresentações.

Não mudar os artistas escolhidos em comum acordo sem a anuência do autor, salvo se abandonarem a empresa.

l0.10 o Regra especial

A parte dos lucros reservada ao autor e artistas é impenhorável por dívida do empresário ou do próprio autor e artistas.

10.l1 Extinção

São várias as causas, basicamente as mesmas que atingem os contratos em geral.

1º distrato; 2º perecimento do objeto; 3º implemento da condição resolutiva; 4º

decurso do prazo; 5º inadimplemento ou adimplemento; 6º incapacidade superveniente; 7º morte.

11 SOCIEDADE

11.1 Definição

É congraçamento de duas ou mais pessoas que se obrigam a combinar seus esforços e ou recursos e aptidões, com a finalidade de lograr fins comuns.

l1.2 Natureza jurídica

Há muito vem se discutindo acerca da natureza jurídica das sociedades.

Seriam elas contratos ou outra espécie de ato jurídico? Dividem-se, assim, os estudiosos em contratualistas e anti-contratualistas.

Analisando as teorias anti-contratualistas, deparamo-nos com quatro mais importantes.

A primeira delas é a do ato coletivo. Segundo seus defensores, não sendo a sociedade ato jurídico unilateral, por emanar de mais de uma declaração de vontade, nem tampouco ato jurídico bilateral, por não se contrapor a vontade dos sócios, seria, então, ato jurídico coletivo. Tratando-se de ato jurídico coletivo, a vontade de cada sócio, ao invés de ser em sentido contrário à dos demais, como ocorre na compra e venda, por exemplo, une-se ela, sem se fundir, porém. Em outras palavras, teríamos no ato coletivo feixe de vontades unidas, mas distintas uma da outra.

A segunda teoria anti-contratualista é a do ato complexo. De acordo com seus adeptos, a sociedade não é ato jurídico nem unilateral nem bilateral, pelos mesmos fundamentos acima expostos. seria ato jurídico complexo, em que a vontade de cada sócio se fundiria à dos demais, formando amálgama complexo de vontades.

Terceira teoria é a do ato de fundação, também chamado ato corporativo ou de união. Na opinião dos corporativistas, a vontade dos sócios apenas cria a sociedade, cuidando a Lei de todo o resto. Pouco interessa se a vontade dos sócios se une sem se fundir, ou se se funde uma às outras.

A quarta teoria nega todas as demais, localizando a sociedade, não entre os atos

jurídicos, mas entre as instituições sociais. É a teoria institucionalista, desenvolvida na Alemanha e na França. Segundo os institucionalistas, a comunidade humana se compõe de instituições sociais, como o casamento, a família, a igreja, os poderes constituídos, a polícia etc. Dentre essas instituições sociais, encontraríamos as sociedades, pessoas jurídicas colegiadas, resultantes da reunião de duas ou mais pessoas que, conjugando esforços e recursos, visam lograr fins comuns.

A seu turno, os contratualistas, sem negar ser a sociedade ato jurídico, explicam de forma diversa sua natureza.

Consideram três espécies de atos jurídicos: os unilaterais, fruto de apenas uma manifestação de vontade, como os testamentos; os bilaterais, fruto de duas ou mais manifestações de vontade em sentidos contrapostos, como a compra e venda, em que um quer comprar e o outro quer vender; e, finalmente, os plurilaterais, fruto de duas ou mais vontades não contrapostas, voltadas para o mesmo norte, como as sociedades, o casamento etc.

ATO JURÍDICO UNILATERAL

ATO JURÍDICO BILATERAL

ATO JURÍDICO PLURILATERAL

Sendo ato jurídico plurilateral, ajusta-se a sociedade na categoria dos contratos, uma vez que resulta de acordo de vontades. Nesta categoria, classifica-se como contrato bilateral, haja vista que todos os sócios possuem direitos e deveres.

Perfilam-se aos contratualistas os Códigos Civil e Comercial Brasileiros, e a grande maioria dos autores pátrios, tanto civilistas, quanto comercialistas.

l1.3 Diferenças entre sociedade e condomínio

Definitivamente não cabe confundir sociedade e condomínio ou comunhão.

Duas diferenças elementares traçam forte linha divisória entre os dois institutos.

Sociedade é, como vimos, ato jurídico, contrato. É pessoa jurídica. Condomínio é direito real, que duas ou mais pessoas têm sobre um mesmo bem. Não tem personalidade jurídica. Esse direito real nem sempre terá como origem ato

jurídico. Seu nascimento pode ser eventual, por (orça da Lei ou de circunstâncias.

Exemplo disso é o condomínio que se estabelece para os herdeiros, até a partilha da herança.

Ademais, caracteriza a sociedade a afectio societatis, ou seja, a vontade de constituir sociedade, o que não ocorre tratando-se de condomínio.

11.4 Elementos do contrato de sociedade

O primeiro elemento caracterizador das sociedades é a pluralidade de sócios.

Aliás, elemento essencial, sem o qual não haverá sociedade.

O segundo é a afectio societatis que, como já vimos, traduz-se na vontade de constituir sociedade.

Terceiro elemento é a personalkdade jurídica. A sociedade regularmente constituída adquire personalidade, totalmente distinta da de seus criadores. A pessoa dos sócios não se confunde com a pessoa da sociedade.

Conseqüência da personalidade jurídica é a autonomia patrimonial, seu quarto elemento caracterizador. O patrimônio da sociedade é seu, da pessoa jurídica, e não de seus sócios. Da mesma forma, o patrimônio dos sócios é deles, e não"da sociedade. Apesar disso, o patrimônio destes se vincula às obrigações daquela, por elas respondendo. É, aliás, o quinto elemento, denominado legabilidade.

l1.5 Requisitos de validade contratual

Para ser válido, o contrato social deve preencher requisitos genéricos e específicos.

Genéricos são os requisitos de validade dos atos jurídicos, ou seja, agente capaz, objeto licito, forma prescrita ou não defesa em lei.

Além dos genéricos, há requisitos específicos, sem os quais não será válida a sociedade. são eles, a saber, pluralidade de sócios, afectio societatis, constituição de capital social e participação dos sócios nos lucros e perdas sobre os dois primeiros já dissertamos. Analisemos, pois, os dois últimos.

Toda sociedade deverá possuir capital social. Este vem a ser o valor abstrato, expresso em dinheiro em cláusula do contrato social, representando o somatório da contribuição de cada um dos sócios à sociedade. Assim, suponhamos que "A",

"B" e "C" tenham decidido constituir sociedade. Concluíram que para dar inicio à empresa, seriam necessários 590,00. Dessa forma, cada um deles entrega à sociedade o valor de $30,00. "A" entrega $30,00 em dinheiro. "B" entrega à sociedade telefone no valor de $30,00. "C", por se turno, cede à sociedade o uso de imóvel seu, uso esse pré-estimado em $30,00. vemos, portanto, que o somatório da contribuição de cada um dos sócios totaliza $90,00. Esse será o capital social.

Capital social, assim, não deve jamais ser confundido com patrimônio.

Patrimônio é o conjunto de haveres e deveres da sociedade. Em palavras simples, o patrimônio de uma sociedade será constituído por todos os seus bens e créditos (patrimônio ativo) e por todos os seus débitos (patrimônio passivo). No exemplo em epígrafe, temos sociedade com capital social de $90,00 e com patrimônio formado por $30,00, um telefone e crédito junto a "C", no valor de $30,00. O

capital social, como regra, será fixo, ou seja, não pode aumentar, nem diminuir.

Sofrerá apenas correção monetária anualmente. Já o patrimônio é flutuante, podendo aumentar, caso a sociedade adquira mais bens, por exemplo, ou diminuir, caso, e. g., a sociedade venha a perder bens.

Mas para que serve o capital social, se é valor abstrato, ou seja, sem realidade física, como o patrimônio?

Tem basicamente duas funções, uma financeira e outra determinativa da posição dos sócios.

Financeiramente, serve de garantia aos credores da sociedade. Em outras palavras, o capital social é aceno para os credores de que o patrimônio mínimo da sociedade é igual a ele, ou seja, tem aquele valor. se for inferior, os sócios responderão com seu patrimônio particular pela diferença. suponhamos que sociedade com capital social de $100,00 faça empréstimo junto a banco no valor de $70,00. O banco terá a tranqüilidade de conferir o empréstimo, sabendo que o

patrimônio mínimo da sociedade é igual ao capital social, por representar este a soma da contribuição inicial dos sócios. suponhamos, porém, que não pagando o empréstimo, venha o banco a executar a sociedade, verificando ser seu patrimônio de apenas $50,00. Os $20,00 restantes, mais juros, correção monetária, custas processuais e honorários advocatícios, o banco retirará do patrimônio pessoal dos sócios.

A outra função do capital social é a determinativa da posição dos sócios na sociedade. Se o capital social representa o somatório da contribuição inicial dos sócios, cada um, em principio, participará nos lucros e perdas na mesma proporção dessa contribuição. Se o capital social é de $90,00, podemos dizer que

"A", "B" e "C" participam com um terço, cada qual. À medida que forem repassando à sociedade os bens, objeto de sua contribuição, diremos que o capital social está sendo realizado.

No momento em que entregarem à sociedade toda sua contribuição, diremos estar o capital integralizado.

Além do capital social, outro requisito de validade é a participação nos lucros e nas perdas. Todo sócio deverá participar nos lucros e nos prejuízos da sociedade, sob pena de ser considerada ela, gravemente, viciada.

A cláusula que exonere um ou mais dos sócios dos prejuízos, ou atribua todos os prejuízos a um ou mais sócios, ou confira todos os lucros a um ou mais sócios, ou ainda exclua dos lucros um ou mais sócios, é considerada cláusula defeituosa, possuidora de defeito grave, sociedade com tal cláusula denomina-se leonina.

O termo sociedade leonina tem origem em fábula de Esôpo acerca de sociedade entre leão, cabra, vaca e ovelha. Os quatro animais exploravam um bosque em sociedade. Um belo dia, a vaca abateu um veado, levando-o para ser repartido entre os sócios. Ficando a tareia a cargo do leão, deu ele início à partilha, dizendo:

- "O primeiro pedaço tocará a mim por ser sócio. Também o segundo a mim caberá, enquanto rei dos animais. E o terceiro também será meu, pois afinal valho mais.

Por fim, a mim pertencerá o quarto quinhão, porque quem dele se aproximar, será morto".

A regra é de que, contendo cláusula leonina o contrato social, a sociedade será válida, considerando-se dita cláusula não escrita, sendo os lucros e perdas repartidos na proporção da participação dos sócios no capital social. Aliás, é também regra que a distribuição dos lucros e perdas se faça nessa proporção, mesmo não sendo a sociedade leonina, salvo se outra coisa se pactuar.

l1.6 Conteúdo do contrato social

Deverá o contrato social conter obrigatoriamente o nome e qualificação dos sócios, sua responsabilidade, o objeto da sociedade, ou seja, a especificação de sua atividade, o nome da pessoa jurídica, o valor do capital social e todos os demais direitos e obrigações dos sócios.

ll.7 Classificação

Classificam-se as sociedades em cinco grupos distintos, tendo em vista a responsabilidade dos sócios, a personalidade jurídica, a forma do capital social, a estrutura econômica e a tutela legal.

a) Quanto à responsabilidade dos sócios serão as sociedades de responsabilidade ilimitada, limitada ou mista - Ilimitada é a sociedade em que os sócios respondem subsidiária e ilimitadamente pelas dividas sociais, de maneira solidária perante credores e fracionária entre si.

Vejamos exemplo em que "A", "B" e "C" resolveram constituir sociedade. O capital social é de 590,00, o patrimônio ativo composto de bens e haveres no valor de $200,00, e as obrigações, somando total de $400,00.

Não pagando suas dívidas, veio a sociedade a ser executada pelos credores. A responsabilidade dos sócios será subsidiária à da pessoa jurídica. vale dizer que primeiro será penhorado e vendido o patrimônio da sociedade. Feito isso, restam ainda $200,00 a ser pagos. Tal soma será extraída do patrimônio particular de qualquer um dos sócios, porque respondem solidariamente perante credores. Mas pago o valor por um dos sócios, terá ele direito de regresso contra os demais, exigindo-lhes reembolso na proporção da participação de cada um deles no capital social. A responsabilidade dos sócios entre si- é fracionária.

Limitada é a sociedade em que os sócios respondem subsidiariamente pelas dividas sociais até o limite do capital social, de maneira solidária perante credores e fracionária entre si.

Vejamos o mesmo exemplo em que "A", "B" e "C" resolveram constituir sociedade. O

capital social é de $90,00, realizado, porém, apenas parcialmente, faltando a contribuição de "C". O patrimônio ativo é composto de bens e haveres no valor de $200,00, e as obrigações somam total de $400,00.

Não pagando suas obrigações, a sociedade veio a ser executada. Primeiramente realiza-se a venda do patrimônio da pessoa jurídica, visto ser a responsabilidade dos sócios subsidiária à dela. Não sendo suficiente, pois faltam ainda $200,00, será vendido o patrimônio de qualquer um dos sócios, uma vez que respondem solidariamente perante os credores. Mas sua responsabilidade se limitará a $30,00, valor que faltava para integralizar o capital social.

Pagos os $30,00 por "A" ou "B", terão eles direito de regresso contra "C" que era, afinal, o sócio inadimplente.

Estando, porém, integralizado o capital social, cessa a responsabilidade dos sócios, que responderão com seu patrimônio particular, somente no caso de serem fiadores ou avalistas da sociedade. Não sendo esse o caso, não responderão pelas dívidas sociais, ficando o prejuízo na conta do credor.

Sociedade de responsabilidade mista é aquela em que há sócios de responsabilidade ilimitada e sócios de responsabilidade limitada.

b) Quanto à personalidade jurídica, serão personificadas ou não personificadas -

Personificadas são as sociedades regularmente constituídas, com contrato social válido e registrado.

Não personificadas são as sociedades informais, não registradas, seja seu contrato escrito ou verbal. Tais sociedades sofrem várias restrições, de ordem fiscal, previdenciária, administrativa, civil e comercial.

Sendo informal a sociedade, não haverá ação entre os sócios ou destes contra terceiros, que se fundar na existência da sociedade. Assim, seria improcedente ação da sociedade contra os sócios que não hajam integralizado seu aporte, ou ação entre sócios para exigir justa distribuição de lucros. seria, contudo, válida ação dos sócios contra terceiros devedores, haja vista não se fundar tal ação na existência mesma da sociedade.

Além disso, sendo a sociedade informal, a responsabilidade dos sócios será sempre ilimitada.

Debate-se a doutrina quanto à terminologia. Alguns fazem distinção entre sociedades irregulares e de fato, ao passo que outros não fazem qualquer distinção.

Entendemos, todavia, que o gênero sociedades informais comporta mesmo as duas espécies, sociedades irregulares e de fato.

sociedades irregulares são sociedades escritas e não registradas, enquanto as de fato são sociedades verbais. Faltando algum requisito de validade à sociedade regularmente registrada, não será ela informal, mas portadora de defeito grave.

c) Quanto à forma do capital social serão as sociedades de capital Fixo ou de capital variável - De capital fixo são todas as sociedades, em geral. Como vimos, o capital social, como regra, não varia, a não ser nos casos previstos em lei, como quando da entrada de sócio novo, caso em que há aumento de capital, ou quando da saída de sócio com reembolso de seu aporte, caso que haverá diminuição de capital. De qualquer forma, o capital social sofrerá correção monetária a cada exercício anual.

São de capital variável as sociedades cooperativas, que estudaremos mais adiante.

d) Quanto à estrutura econômica serão as sociedades de pessoas ou de capital -

sociedades de pessoas são sociedades intuitu personae, constituídas em função da confiança recíproca entre os sócios. O contrato social oferece alguns indicativos nesse sentido, ao proibir cessão livre de quotas a terceiros, ao adotar como nome firma ou razão social etc.

São de capital as sociedades impessoais, em que a pessoa dos sócios não importa, sendo importante seu aporte de capital. Também é pelo contrato social que identificaremos as sociedades de capital. são indícios cláusula que permita cessão livre de quotas a terceiros, adoção de denominação social como nome etc.

e) Quanto à tutela legal serão civis ou comerciais - A diferença se faz pelo objeto social, ou seja, pela atividade exercida pela sociedade. se atividade civil, haverá sociedade civil; se comercial a atividade, teremos sociedade comercial. Há

casos, porém, em que, por força de lei, determinada sociedade se considerará civil ou comercial. Assim, temos que as sociedades anônimas serão sempre comerciais.

Da mesma forma as sociedades construtoras. Já as cooperativas serão sempre civis.

As conseqüências práticas já se sentem no registro. As civis se inscrevem no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, enquanto as comerciais se registram na Junta Comercial.

As sociedades comerciais vão à falência e podem se beneficiar da concordata. As civis nem vão à falência nem se beneficiam da concordata. sofrem concurso de credores, em execução por quantia certa contra devedor insolvente, regulada no Código de Processo Civil.

Por fim, as sociedades comerciais têm sempre fim lucrativo, ao passo que as civis podem ou não tê-lo. se não o tiverem, serão chamadas de associações.

ll.8 Sócios

Sócios são as pessoas que conjugam esforços e ou recursos para lograr fins comuns. Na verdade, é tareia inglória definir o que seja sócio. seriam formadores da sociedade? Representantes seus? Donos? Administradores? Que são, afinal, os sócios?

várias teorias há, tentando explicar a natureza dos sócios em relação à sociedade. Nenhuma, entretanto, convence. senão vejamos.

A primeira teoria é de Ferreira Borges,(70) que diz possuírem os sócios direito de propriedade em conjunto. Em outras palavras, os sócios seriam condôminos da sociedade. Essa teoria é absurda. Os bens e direitos são da sociedade, da pessoa jurídica, que tem existência autônoma, não se confundindo com a pessoa dos sócios. Estes, definitivamente, não são donos da sociedade.

Outra teoria é a do direito de propriedade em suspensão. Os sócios seriam donos em disponibilidade. Haveria, assim, dois donos da sociedade; um, a pessoa jurídica, o dono em atividade; o outro, os sócios, donos em disponibilidade. Em disponibilidade, porque só seriam donos concretos ao receberem lucros e ao dividirem o acervo social, em caso de extinção da sociedade. É tão absurda que

dispensa comentários. Os sócios não são donos da sociedade, que é pessoa jurídica com autonomia existencial e patrimonial.

Terceira teoria, preconizada por Ripert,(71) é a do direito de propriedade incorpórea, como a dos herdeiros sobre a herança, antes da partilha. Incorre no mesmo erro. Ora, o proprietário do patrimônio social é a pessoa jurídica.

Ademais, a comparação é infeliz. A herança não tem personalidade jurídica, sendo apenas massa patrimonial, cujos donos são, em condomínio, os herdeiros.

Ferrer Correia" defende a teoria do direito complexo e heterogêneo. Os sócios seriam titulares de direito complexo e heterogêneo sobre a sociedade. Este direito se desdobraria em outros, como receber lucros e dividir o acervo social em caso de extinção da sociedade. sem dúvida alguma, têm os sócios tais direitos, mas e daí? Essa teoria, tão-somente, aponta alguns dos direitos dos sócios, não definindo sua natureza.

Quinta teoria tem como defensor Carvalho de Mendonça, seguido por Rubens Requião e Dylson Dória?(72)

É a teoria da unidade bipartida. Os sócios seriam detentores de dois direitos distintos, faces de uma mesma moeda. De um lado, teriam direito patrimonial, como receber lucros e participar da partilha do acervo social, no caso de extinção da sociedade. De outro, teriam direito pessoal, como fiscalizar a sociedade e participar da gerência. Esta teoria, apesar da expressão de seus defensores, nada mais é que releitura da teoria de Ferrer Correia. Os sócios são, de fato, titulares de vários direitos sobre a sociedade.

(69 BORGES, José Fetreira. Dicionário jurídico comercial. Porto: Sebastião Pereira, 1856, passim.)

(70 RIPERT, Georges. Traité élémentaire de droit commercial. Paris: Librairie Générale de Dtoit & de Jurisprudence, 1951, passim.) (71 CORREIA, Ferrer. sociedades comerciais - doutrina geral. Coimbra: Universidade de Coimbra, 195 6, passim.)

CARVALHO DE MENDONÇA, J-X- Tratado de direito comercial brasileiro. Ou. cit., v.

III, p. 71.

(72 REQUIÃO, Rubens. Curso. Ou. cit., v. I, p. 293. DÓRIA, Dylson. Curso de direito comercial. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 164.) Mas qual a origem desses direitos? Por que os possuem? Responder a essas perguntas seria, em outras palavras, responder à pergunta principal, que fizemos no inicio: que são os sócios?

Qual sua natureza em relação à sociedade?

Seriam ainda os sócios representantes da sociedade? Alguns podem até ser considerados como tais, os sócios-gerentes. bias e os sócios que não exercem (unções de gerência?

Talvez, a razão esteja com aqueles que atribuem natureza sul genens aos sócios.

Em poucas palavras, a relação entre sócios e sociedade não encontra paralelo no mundo das instituições jurídicas. Tem natureza que lhe é própria, difícil de definir.

Fato é que para ser sócio exige-se capacidade. O ato constitutivo das sociedades, enquanto negócio jurídico, deve preencher todos os requisitos de validade, tanto genéricos, quanto específicos, como vimos acima. Acrescentamos, apenas, que as pessoas jurídicas, desde que regularmente constituídas, podem ser sócias.

Constituída que seja, a sociedade se desliga da pessoa dos sócios, adquirindo personalidade distinta. Assim é com o recém-nascido que se desliga da pessoa da mãe, constituindo ser com personalidade distinta.

Sendo a sociedade de pessoas, com responsabilidade ilimitada, os sócios deverão ser capazes, durante toda a vida social. Ora, sendo a responsabilidade dos sócios solidária e ilimitada, os credores poderiam vir a se prejudicar, uma vez que os incapazes não podem praticar atos de disposição patrimonial. Assim, se um dos sócios perder a capacidade, a sociedade pode vir a se extinguir, a não ser que haja disposição contratual específica, prevendo outra solução, como a simples retirada do sócio incapaz, que seria, evidentemente, reembolsado de sua contribuição para o capital social, sendo ou não substituído por outro. Na (alta de disposição contratual, basta a vontade de um sócio para que a sociedade se extinga.

A mesma solução ocorre no referente a cessão de quotas. Se um sócio quiser ceder suas quotas a terceiro estranho à sociedade, deverá obter o consenso dos

demais, se apenas um não quiser permitir, nem comprar a quota do sócio retirante, a sociedade será extinta. Esta é norma cogente, que não pode ser contrariada por cláusula do contrato social, sob pena de ser ela considerada não escrita. Ora, sendo a responsabilidade dos sócios ilimitada e, principalmente, solidária, é justo que estes se insurjam contra a entrada de terceiro em quem podem não depositar total confiança. Afinal, trata-se de sockedade de pessoas.

Os impedidos para atividades empresariais, como falidos, não podem participar de sociedades comerciais de responsabilidade ilimitada, por não querer a Lei que comprometam seu patrimônio.

No tangente às sociedades de pessoas com responsabilidade mista, as regras são as mesmas para a cessão de quotas a terceiros estranhos. No referente à participação de incapazes e impedidos, porém, a regra ë de que podem ser sócios, desde que sua responsabilidade seja limitada, seu aporte esteja integralizado e desde que não exerçam função de gerente.

Já se a sociedade for de capital, como é o caso das sociedades anônimas, não vale qualquer das restrições acima apontadas. Os sócios não se responsabilizam pelas obrigações assumidas pela sociedade junto a terceiros, além de sua contribuição. Não há entre eles solidariedade, nem qualquer vínculo pessoal. se um dos sócios deixa de integralizar seu aporte, é ele quem responde e somente ele. A garantia dos credores é apenas o patrimônio social.

Resta, por fim, falar dos direitos e deveres dos sócios. Apontaremos os direitos e deveres genéricos ressalvando, todavia, que o contrato social pode determinar outros tantos.

São direitos dos sócios, em primeiro lugar, participar da repartição dos lucros, proporcionalmente a sua contribuição para o capital social.

Além deste, é direito dos sócios participar da gerência, ou seja, da administração da sociedade. veja-se que se trata de direito que, evidentemente, não pode ser imposto. Em outras palavras, todo sócio, em princípio, teria o direito de pleitear a participar da administração social.

Fiscalizar os negócios e livros sociais, direito esse que pode ser regulamentado pelo contrato social, ao se fixarem épocas determinadas para seu exercício, conforme entendimento da boa doutrina.

Outro direito dos sócios é o de pleitear que seu nome conste da firma social.

Mas que é firma social?

Firma é o nome da sociedade. Toda pessoa tem nome. As pessoas naturais têm firma individual: José da Silva, Manoel de Souza etc.

As pessoas jurídicas também possuem nome. Pode ser firma ou razão social, ou denominação social.

A firma social, também chamada de razão social, compõe-se da firma individual de um, alguns, ou todos os sócios, acrescido da sigla social, que pode ser Ltda., S/C, & cia., conforme o tipo de sociedade de que se tratar. Assim, exemplo de firma ou razão social seria "Silva de Souza Ltda." ou ainda, "Silva & cia.

Ltda.". Tal será o nome das sociedades de pessoas.

A denominação social, característica das sociedades de capital, compõe-se de qualquer expressão lingüística, seguida da sigla social. Exemplo seria "Banco do Brasil S/A". veja-se que a expressão Banco do Brasil não é nome civil, ou seja, não é firma individual de nenhum sócio.

Por fim, é também direito dos sócios participar da divisão do patrimônio remanescente da sociedade, caso venha esta a ser extinta.

São deveres dos sócios concorrer para a formação do capital social com dinheiro ou outros bens, conforme o combinado. Enquanto o capital não for integralizado, os sócios serão devedores da sociedade, que poderá executá-los ou mesmo excluí-

los.

A realização do capital social poderá ser à vista ou a prazo, conforme o que fique acertado, quando da constituição da sociedade. sendo em outros bens que não dinheiro, deverão eles ser avaliados ou pelos próprios sócios, ou por peritos.

No caso das sociedades anônimas, é obrigatória a avaliação por peritos.

Ainda sobre a contribuição dos sócios, pode ela se constituir na cessão do uso de determinado bem, como o imóvel em que funcionará o fundo empresarial.

É ainda dever dos sócios trabalhar com diligência, lealdade e responsabilidade em prol dos negócios sociais ou, quando nada, não trabalhar contra os interesses da sociedade. A pena é a de exclusão, com reembolso da participação no capital social.

ll.9 Gerência

Logo de início, é necessário que se entenda com clareza o sentido da palavra gerente. Quando se fala em gerente de sociedade, está se referindo a seu administrador, àquele que se encontra no topo da pirâmide administrativa, e não ao gerente-empregado. Tomando como exemplo um banco, quando se fala em gerente, refere-se aos diretores e conselheiros e não aos gerentes das agências, que são empregados do banco.

Gerente é, pois, o representante legal da sociedade, aquele que administra seus negócios e assina em seu nome.

Há duas formas de se nomear o gerente. A primeira delas, mais comum tratando-se de sociedades de pessoas de pequeno porte, é a investidura feita no próprio contrato social. Este contém cláusula, investindo o(s) sócio(s) gerente(s). A segunda forma, mais comum em sociedades de maior porte, principalmente, em sociedades de capital, é a eleição periódica do ou dos gerentes, pela assembléia geral de sócios. O prazo do mandato e o processo eleitoral são estabelecidos no contrato social. Não sendo investido qualquer sócio, todos serão gerentes, podendo qualquer um deles representar a sociedade.

Mas qual a natureza jurídica da (unção do gerente? Seria ele mandatário ou órgão da sociedade?

Três teorias devem destacar-se a respeito.

Primeiramente, a teoria do mandato, defendida por vivante?(79) segundo ele, o gerente representa a sociedade, enquanto mandatário seu. É refutada, com os argumentos de que (a) os administradores podem manifestar vontade própria, enquanto os mandatários expressam, sempre, a vontade do mandante; e (b) o gerente, quando praticando atos de gestão interna, não atua como mandatário.

Contestando a teoria do mandato, exatamente, por agirem os gerentes segundo sua própria vontade, há quem propugne pela teoria da representação sem mandato.

Apesar de sempre atuar por vontade própria, o gerente representa a pessoa jurídica. Em outras palavras, o gerente atua segundo sua vontade, em nome da sociedade, da pessoa jurídica.

(73 VIVANTE, Cesare. Tratado de derecbo mercantil. Madrid: Reus, 1932, v. 2, p.

119.)

A terceira é a teoria do órgão, muito aceita na atualidade. O quê se faz é comparação com a pessoa natural. Esta é dotada de órgãos e de membros, como pernas, braços, cérebro, olhos etc. O mesmo ocorreria com as pessoas jurídicas.

O gerente seria seu órgão pensante e gestor. Ele pensa e age pela pessoa jurídica. É ele o cérebro, a visão, os braços e as pernas da sociedade. Assim, os atos do gerente seriam atos da própria sociedade?(74) Os atos praticados pelo gerente intra vires mandati, isto é, dentro dos poderes a ele conferidos, obrigam a sociedade e todos os demais sócios, conforme sua responsabilidade, se limitada ou ilimitada. Os atos praticados Mitra vires mandati, ou seja, além dos poderes a ele conferidos, também obrigam a sociedade e os demais sócios que terão, porém, direito de regresso contra o gerente. Para que isso ocorra, é necessário, contudo, que sejam satisfeitas algumas condições.

Em primeiro lugar, o terceiro junto a quem o gerente agiu Mitra vires deve ter obrado de boa-fé.

Em segundo lugar, o objeto do negócio realizado entre o terceiro e o gerente deve ser da mesma natureza que o objeto da sociedade. Caso contrário, ou seja, caso o terceiro esteja de má-fé, ou caso o objeto do negócio nada tenha em comum com o objeto da sociedade, o terceiro não poderá acionar a sociedade, tendo direito, apenas, contra a pessoa do gerente. suponhamos o caso do gerente de sociedade de médicos, que resolva comprar minério de (erro em nome da sociedade.

Logicamente, se estiver agindo Mitra vires, a sociedade não responderá. Mas se estivesse comprando material cirúrgico, ainda que agindo Mitra vires, a responsabilidade seria da sociedade, que poderia regressar contra o gerente. O

terceiro poderia, pois, acionar a sociedade, desde que houvesse obrado de boa-fé.

O gerente das sociedades de capital pode ser sócio ou estranho. O mesmo já não ocorre nas sociedades de pessoas. Nelas só os sócios poderão ser investidos na administração social. Caso o gerente delegue poderes de administração a estranho, devemos analisar as possíveis hipóteses.

Pode dar-se o caso de o gerente delegar poderes com o consentimento dos demais sócios. Nesta hipótese, toda a sociedade responderá pelos atos do estranho.

Se o gerente delegar poderes, sem o consentimento dos outros sócios, responderá pessoalmente perante estes e perante terceiros de má-fé. Perante terceiros de boa-fé, responde a sociedade, que terá direito de regresso contra o gerente que, por sua vez, poderá regressar contra o estranho a quem delegou poderes, se este houver agido de má-fé ou Mitra vires.

O gerente tem poderes gerais de administração, que envolvem todos os atos que importem boa gestão dos negócios sociais. A questão que se levanta é se pode haver cláusula contratual, restringindo os poderes do gerente, tais como conceder fianças, avais e praticar atos de favor em nome da sociedade?

(74 MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 319.)

As opiniões divergem. Segundo João Eurápio Borges, seguido por Rubens Requião, a cláusula seria válida, apenas, entre os sócios. Caso o gerente agisse Mitra vires junto a terceiros de má-fé, a sociedade não responderia. Atuando o terceiro de boa-fé, a sociedade responderia, tendo regresso contra o gerente?(75)

Para os comercialistas alemães tal cláusula jamais poderia existir, sendo, absolutamente, inválida?(76)

Já para a corrente italiana, vale a teoria da publicidade. É o que também preconiza Waldemar Ferreira? A cláusula terá valor, desde que registrada.

O gerente pode ser pessoa natural ou jurídica. Afinal, os sócios podem ser pessoas naturais ou jurídicas. sendo pessoa jurídica, atuará, de fato, a pessoa natural, administradora da pessoa jurídica, investida como gerente.

Por fim, cabe falar da caução e destituição do gerente.

Uma vez investido no cargo de gerente, este deverá prestar caução, ou seja, garantia, real ou fidejussória, de sua administração. Assim, deverá hipotecar imóveis ou empenhar bens móveis, ou ainda apresentar fiador, tudo isso para garantir sua boa gestão. Logicamente, pode ser dispensado desse dever por cláusula do contrato social.

Quanto a sua destituição, entende hoje em dia a doutrina consagrada, que o gerente, seja ele investido no próprio contrato social, ou por eleição periódica, poderá sempre ser removido de seu cargo, por simples decisão da maioria do capital social. É evidente que, se a investidura se der no próprio contrato social, a destituição do gerente importará alteração contratual.

l1.10 Prazo

Tanto o Código Civil, quanto o Código Comercial são claros. A sociedade por prazo determinado só poderá continuar, se antes do advento do termo, ou seja, antes do vencimento do prazo, houver alteração contratual, deteroinando-lhe a continuidade. Caso expire o prazo designado no contrato, a sociedade se dissolve pleno iure(78) sendo necessária, para que continue, a constituição de nova sociedade.

Esta a opinião indiscutível da maioria dos juristas. A tese contrária, inobstante a excelência de seus defensores, realmente, não convence?(79) (75 REQUIÃO, Rubens. Curso. Ou. cit., v. I, p. 325. BORGES, João Eunápio. Curso.

Ou."ckt., p. 290.

(76 VAN RYN, Jean. Princiuei de droit commercial. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1960. v.

II, uaisim. CAPELLE, CANARIS. Handelsrecbt. 21. AUL, München: CHBeck, 1989, S.

177 etseq.

(78 FERREIRA, Waldemat Martins. Curso de direito commercial. São Paulo: Salles Oliveira, Rocha & cia., 1927, p. 246.

Pleno iure, ou seja, de pleno Diteito, pot obta da própria Lei.

(79 VILLELA, João Baptista e JUST, Elke Dotis. O código civil espanbol e o estatuto dai Sociedades outorgadas no direito brasileiro: um ensaio de reinte-pretação. Belo Horizonte: UFMG, 1991, passim.)

11.11 Cessão de quotas e associação de terceiros

Nas sociedades de pessoas, como vimos, a cessão de quotas a terceiros estranhos depende da autorização dos demais sócios. Tal já não ocorre nas sociedades de capital, cujas quotas podem ser negociadas livremente.

De qualquer forma, seja de pessoas ou de capital a sociedade, é licito aos sócios associarem terceiros a suas quotas. Estes terceiros seriam como que comunheiros dos sócios, em nada participando da sociedade. Não são outras, aliás, as palavras do art. 1.388 do Código Civil: "Para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos outros; mas não pode, sem aquiescência deles, associá-lo à sociedade".

ll.12 Extinção

Extinção é o processo pelo qual uma sociedade deixa de existir. Processo que é, desenrola-se em três etapas distintas, a saber, dissolução, liquidação e partilha. Estudemos cada uma delas. ' Dissolução é efeito de ato jurídico, que marca o início do processo de extinção de sociedade. Em resumo, teríamos que certo fato dissolve a sociedade, sendo ela liquidada e seu patrimônio partilhado entre os sócios.

Pode ser a dissolução de pleno Direito, consensual ou judicial.

De pleno Direito será a dissolução, quando a sociedade se dissolver, independentemente de qualquer atitude dos sócios ou do juiz. Seja por força de lei, do contrato social ou das circunstâncias, basta que ocorra o fato, e estará dissolvida a sociedade. se porventura continuar funcionando, mesmo após a ocorrência do fato que a dissolveu, a sociedade se considerará irregular, respondendo os sócios, ilimitadamente, pelas obrigações sociais. Os casos são, basicamente, os seguintes:

1° advento do termo, sendo a sociedade por prazo determinado; 2° implemento da condição resolutiva. É o caso de sociedade constituída sob a condição de funcionar, até que determinado sócio seja eleito deputado.

Ocorrendo a eleição, dissolve-se a sociedade; 3° morte ou incapacidade superveniente de um dos sócios, caso não haja norma contratual, prevendo outra solução. Assim é que o contrato social pode prever que, em caso de morte, a sociedade continue com os herdeiros do sócio defunto, ou que continue com os sócios remanescentes, reembolsados os herdeiros da participação do morto; 4°

saída de um dos sócios, na falta de disposição contratual em contrário. A saída deve ser, entretanto, oportuna e de boa-fé. será inoportuna se os negócios não estiverem em seu transcurso normal, ou se, de qualquer forma, a sociedade vier a se prejudicar com a dissolução, naquele momento específico.

Nestes casos, caberá aos demais sócios deliberar sobre a continuação da sociedade, não obstante a oposição do retirante.

De má-fé será a saída, quando o retirante se inspirar no propósito de colher proveitos que a sociedade viria a obter. Nesta hipótese, a sociedade poderá excluir o retirante, sem se dissolver, pagando-lhe o valor de sua participação mais as vantagens devidas; 5° impossibilidade de preenchimento do fim social.

Imaginemos sociedade cujo objeto seja a importação de veículos. Proibida que seja a importação, inviável será a sociedade, dissolvendo-se, por via de conseqüência; 6° abuso, prevaricação,(79) violação ou (alta aos deveres sociais por parte de um ou mais sócios, a não ser que o contrato preveja a exclusão do ou dos sócios, com o conseqüente reembolso de sua participação, compensados os danos que por acaso haja causado; 7° fuga de um dos sócios, não prevendo o contrato sua exclusão.

Estes os casos previstos em lei. Além deles, dissolve-se a sociedade em todos os casos determinados no contrato social.

A dissolução será consensual quando, por consenso, os sócios decidirem pôr fim à sociedade. Faz-se por distrato, dando-se baixa no respectivo registro.

Por fim, será judicial a dissolução, quando da decretação da falência ou insolvência civil da sociedade, sendo esta comercial ou civil, respectivamente.

Veja-se que a falência ou a insolvência civil são da sociedade. A falência ou insolvência civil de um ou mais sócios não implica, necessariamente, a dissolução da sociedade.

Será, também, judicial, a pedido de qualquer um dos sócios, com base em fato que levaria à dissolução de pleno Direito da sociedade, houvesse ela continuado irregularmente.

O ato ou sentença de dissolução deve ser registrado e publicado, sob pena de continuarem os sócios responsáveis ilimitadamente por obrigações assumidas por qualquer um deles em nome da sociedade.

De se acrescentar é que a falência e a insolvência civil seguem rito próprio. A falência se regula pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, e a insolvência civil, que gera o concurso de credores, pelo Código de Processo Civil, arts. 748 e seguintes.

Dissolvida a sociedade, passa-se à fase seguinte do processo de extinção, qual seja, a liquidação, regulada pelos arts. 655 do Código de Processo Civil de 1939, mantidos pelo art, 1.218, VII do CPC de 1973.

Liquidação é processo em que se apuram ativo e passivo da sociedade, pagando-se as dívidas, a fim de se obter o saldo líquido, que será partilhado entre (80 Prevaricar é deixar de praticar ato benéfico ou praticar ato maléfico para a sociedade, a fim de obter vantagens pessoais.)

Os sócios. Poderá ser ela amigável ou litigiosa. sendo litigiosa, será sempre judicial, o que não ocorre com a amigável ou consensual, que poderá ser extrajudicial.

Quem realiza a liquidação denomina-se liquidante, que será nomeado pelos sócios, podendo ser um deles. Não chegando os sócios a consenso, nomeará, o liquidante, o Juiz. De qualquer forma, o liquidante responde perante os sócios e o Juiz por todos os seus atos, podendo ser destituído, a qualquer tempo, se agir mal.

Encerrada a liquidação, procede-se à terceira fase, isto é, à partilha.

Partilha é a distribuição do saldo remanescente da liquidação entre os sócios, os quais receberão, proporcionalmente a sua participação no capital social.

l1.13 Tipos

Passemos, agora, ao exame de todos os tipos societários admitidos pelo Direito pátrio. Logo de início, é bom ressaltar, que, no Brasil, três tipos societários se

destacam: as sociedades anônimas, as sociedades por quotas e as sociedades cooperativas, cada uma delas servindo a seus propósitos específicos. As demais encontram-se em franca decadência, algumas já extintas. vejamos cada qual.

a) Sociedade em nome coletivo - É sociedade que exerce empresa civil ou comercial, sob firma ou razão social, na qual todos os sócios são, subsidiariamente, responsáveis pelas obrigações sociais, de forma ilimitada e solidária perante terceiros, e fracionária entre si. Acha-se regulada no Código Comercial, arts. 315 e 316.

Vemos, assim, que as sociedades em nome coletivo podem ser civis ou comerciais.

Seu nome será firma ou razão social, composta do nome civil de um, alguns ou todos os sócios, mais a sigla "& cia.", por extenso ou abreviadamente. É

evidente, que se constar da firma o nome de todos os sócios, não se empregará a sigla "& cia.", para não se dar a falsa impressão de haver mais outros sócios.

A responsabilidade dos sócios será subsidiária em rglcção à sociedade, e ilimitada e solidária perante terceiros. Isso quer dizer, como já vimos acima, que os sócios respondem com seu patrimônio particular por todas as dívidas da sociedade. Primeiro se executa o acervo social, não sendo ele suficiente, passa-se ao patrimônio dos sócios, indistintamente, visto que solidários, até que seja pago o valor total das obrigações. Entre os sócios, porém, a obrigação é fracionária. Em outras palavras, ainda que apenas um deles pague o valor remanescente aos credores, poderá exigir dos demais que lhe reembolsem, cada um proporcionalmente a sua participação.

É sociedade em rápido processo de extinção. De fato, diante de sociedades de responsabilidade limitada, a em nome coletivo perde sua razão de ser.

b) Sociedade em conta de participação - É sociedade em que duas ou mais pessoas, sendo pelo menos uma comerciante, se reúnem para a realização de uma ou mais operações mercantis, realizadas em nome e responsabilidade do sócio comerciante.

Está tutelada nos arts. 325 a 328 do Código Comercial.

Como se pode ver, é sociedade comercial. Possui, entretanto, características

interessantes. Em primeiro lugar é sociedade oculta, não se admitindo seu registro, sob pena de se tornar sociedade em nome coletivo. Daí decorre que não é pessoa jurídica, não possuindo, portanto, nem patrimônio próprio, nem nome comercial.

Existe somente entre os sócios, apenas a eles se permitindo acionarem-se uns aos outros, com base na existência da sociedade. Perante terceiros há o sócio comerciante, que realiza todos os negócios em seu próprio nome, sendo toda sua a responsabilidade. O comerciante é o sócio ostensivo, incumbindo a ele a administração social. sua responsabilidade perante terceiros será ilimitada. Os demais são sócios ocultos, não existindo oficialmente. sua responsabilidade é limitada a sua participação no capital social. Assim, sendo o comerciante acionado, pagará aos credores, regressando em seguida contra os sócios ocultos.

c) Sociedade em comandita simples - É sociedade constituída por sócios que possuem responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária, e sócios que limitam sua responsabilidade à importância de sua contribuição. É tratada nos arts. 311 a 314 do Código Comercial. Não obstante, poderá ser civil.

Claro está ser sociedade de responsabilidade mista. De um lado, há sócios comanditados, que respondem como sócios de sociedades em nome coletivo. sua responsabilidade é subsidiária em relação à sociedade e solidária e ilimitada perante credores. Do outro lado, há os sócios comanditários, cuja responsabilidade se limita a sua contribuição. Estando ela integralizada, cessa sua responsabilidade.

A gerência cabe, como seria lógico, aos comanditados. É também seu nome que constará da firma social. Esta se compõe, assim, do nome civil de um, alguns ou todos os sócios comanditados mais a sigla social "& cia.", por extenso ou abreviadamente, por trás da qual se escondem os sócios comanditários.

d) Sociedades de capital e indústria - É sociedade que, sob firma ou razão social, explora empresa civil ou comercial, sob responsabilidade ilimitada de um ou mais sócios capitalistas e a cooperação pessoal de um ou mais sócios de indústria que, isentos de qualquer responsabilidade, perante terceiros, prestam à sociedade unicamente seu trabalho, na forma prevista no contrato ou na Lei.

Os sócios capitalistas respondem da mesma forma que os comanditados e os sócios das sociedades em nome coletivo. Em outras palavras, em relação à

sociedade respondem subsidiariamente, ou seja, primeiro será executado o patrimônio da sociedade e só depois o patrimônio particular dos sócios. Junto aos credores, respondem solidária e ilimitadamente, isto é, os credores podem acionar um, alguns ou todos os sócios, exigindo, em qualquer caso, todo o remanescente que não foi pago pelo patrimônio social. Já entre si, sua responsabilidade é fracionária, o que vale dizer que os vários sócios capitalistas repartirão entre si os prejuízos, na proporção de sua participação no capital social.

A seu turno, os sócios de indústria não têm qualquer responsabilidade perante os credores da sociedade. Uma vez que não contribuem para a formação do capital social, não seria lógico que respondessem pelas obrigações sociais. Por outro lado, não participam da administração da sociedade, que fica a encargo dos sócios capitalistas.

Finalmente, são os capitalistas que dão nome à sociedade. A razão ou firma social compõe-se, pois, do nome civil de um, alguns ou todos os sócios capitalistas, mais a sigla "& cia.", por extenso ou abreviadamente. É, exatamente, atrás do signum societatis "& cia." que se escondem os sócios de indústria.

Em fase de extinção na atualidade, a sociedade de capital e indústria é talvez utilizada ainda para simular contrato de trabalho. Com intuito de fraudar direitos trabalhistas, o patrão simula sociedade com seus empregados.

Logicamente, a Justiça do Trabalho, tendo isso em mente, desconsidera a sociedade, mandando que se paguem todas as verbas devidas aos empregados.

e) Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Eis a mais popular das sociedades modernas. Nela todos os sócios respondem subsidiariamente em relação à sociedade, de forma solidária e limitada perante credores, e fracionária, entre si.

Dessa forma, primeiro é executado o patrimônio da sociedade. sendo insuficiente para o pagamento integral das dívidas, passa-se ao patrimônio particular de qualquer um dos sócios, que deverá pagar o remanescente, não de maneira integral, mas apenas a diferença entre o capital social e o capital efetivamente realizado, suponhamos que, sendo o capital social de $100,00, apenas $60,00

tenham sido realizados. O sócio acionado deverá pagar o valor de $40,00, que

vem a ser a diferença entre um e outro. Mas se os sócios já houverem integralizado seu aporte, ou seja, se já houverem terminado de pagar sua contribuição para o capital social, sua responsabilidade desaparecerá. Neste caso, os credores só poderão executar o patrimônio particular dos sócios, se este houver sido dado em garantia das dívidas sociais.

Outro caso em que os sócios respondem com seu patrimônio particular, não obstante ter sido integralizado o capital social, é na hipótese de o patrimônio da sociedade ser inferior ao capital. Assim, se o capital for de $100,00 e o patrimônio de $80,00, os sócios deverão inteirar a diferença, visto que o capital social, neste caso, encontra-se desfalcado.

As sociedades por quotas podem ser civis ou comerciais, de pessoas ou de capital.

É o contrato social que determinará se a sociedade é de pessoas ou de capital.

Com base em alguns fatores, poderemos constatar sua natureza.

Dessarte, se for permitida a cessão livre de quotas a terceiros estranhos, estaremos diante de sociedade de capital, caso contrário, diante de sociedade de pessoas. se seu nome for firma social, tratar-se-á de sociedade de pessoas, já se for denominação social, a sociedade será de capital, e assim por diante.

Quanto ao nome, como acabamos de ver, poderão as sociedades por quotas adotar razão ou denominação social. se razão ou firma social, o nome se comporá do nome civil de um, alguns ou todos os sócios mais a sigla "Ltda.", por extenso ou abreviadamente. se não constar o nome civil de todos os sócios, pode-se empregar a sigla "& cia, Ltda.". Se denominação social, o nome será composto de alguma expressão lingüística, se possível condizente com o objeto da sociedade, como Construtora Vésper, mais o signum societatis "Ltda.".

É, sem dúvida alguma, o tipo societário mais adotado para empresas de pequeno e médio porte. Acha-se tutelada pelo Decreto n. 3.708/19 e subsidiariamente pela Lei de sociedades Anônimas.

f) sociedades anônimas - são sociedades de responsabilidade limitada, com três características peculiares. Em primeiro lugar, são sempre comerciais, qualquer que seja seu objeto. Tais são os dizeres do art. 2°, § 1° da Lei de sociedades Anônimas - Lei n. 6.404/76.

Em segundo lugar, seu capital social é dividido em ações, negociáveis livremente pelos sócios.

Em terceiro lugar, a responsabilidade dos sócios não é solidária, mas fracionária. Em outros termos, cada acionista responde por suas ações. Dessarte, se já houver integralizado seu aporte, como que cessa sua responsabilidade. Caso ainda não haja integralizado sua contribuição, responderá somente pelas ações não integralizadas.

Por ser sociedade exclusivamente comercial, regida por lei própria, restringiremos seu estudo a essa breve notícia.

g) Sociedades em comanditas por ações - sociedade em desuso nos dias atuais, a comandita por ações tem o mesmo conceito da comandita simples, sendo seu capital, porém, dividido em ações.

Possui as mesmas espécies de sócios, comanditados e comanditários. Estes possuem responsabilidade limitada, como os acionistas das sociedades anônimas, e não podem exercer atos de administração. Aqueles são responsáveis pela gerência, possuindo responsabilidade ilimitada.

(81 MELO, Albertino Daniel de. sanção civil por abuso de Sociedade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 24.)

As sociedades em comandita por ações têm como característica básica a misticidade de sua natureza. Assim é que têm características de sociedades de pessoas e de capital. De pessoas em que estranhos não podem participar da gerência. De capital em que podem adotar firma ou denominação social e suas ações podem ser negociadas livremente.(82)

Seu nome, como dito, pode ser firma ou razão social, compondo-se do nome de um, alguns ou todos os sócios comanditados mais a sigla social "Comandita por Ações", por extenso ou abreviadamente; por exemplo, "Souza e Silva CIA". Pode, outrossim, adotar denominação social que será alguma expressão lingüística, seguida do signum societatis "Comandita por Ações", por extenso ou abreviadamente; por exemplo, "Panos e Modas CIA".

Por fim, cabe acrescentar serem sociedades tipicamente comerciais, regulando-se pela Lei de Sociedades Anônimas.(83)

h) Sociedades reguladas pelo Código Civil - O art. 1.364 do Código Civil permite às sociedades e associações civis adotarem qualquer dos tipos societários acima descritos, remetendo-as, neste caso, à lei especifica do tipo em questão. Dessa forma, adotada como tipo sociedade por quotas, será regulada pelo Decreto n.

3.708/19. Será, entretanto, inscrita no Registro Civil e não na Junta Comercial.

Se por acaso resolverem os sócios não adotar qualquer dos tipos societários estudados supra, a sociedade se regerá pelo que dispõe o Código Civil, arts.

1.363 a 1.409. São sociedades de pessoas, de responsabilidade ilimitada, limitada ou mista, conforme o estatuído no contrato social. Na (alta de estipulação contratual, a responsabilidade dos sócios será ilimitada e fracionária, isto é, respondem pelas obrigações sociais, na proporção com que contribuírem para o capital social. Quanto ao mais, o conteúdo destes artigos, já analisamos na primeira parte deste trabalho.

De acrescer seria, apenas que a firma social vem normalmente seguida da sigla S/C, ou seja, sociedade civil.

i) Cooperativas - Todo o arcabouço jurídico fundamental das cooperativas pode ser abstraído da Lei n. 5.764/71, que regula a matéria.

Segundo o art. 3° do referido dispositivo, cooperativa é contrato celebrado por duas ou mais pessoas que se obrigam a contribuir com bens e ou serviços para o exercício de atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

(82 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Ou. cit., v. LI, p. 161 et Seq. REQUIÃO, Rubens. Curso. Ou. cit., v. li, p. 249 et Seq.) (83 REQUIÃO, Rubens. Curso. Ou. cit., v. II, p. 249)

Vemos, assim, que as cooperativas são associações, visto não terem objetivo de lucro, e, portanto, de natureza civil. Não obstante, a Lei usa o termo

"sociedades cooperativas", para designá-las. são constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades e associações por duas diferenças especificas:

1ª variabilidade do capital social, representado por quotas-partes. As

cooperativas podem se constituir sem limite de capital, ou, até mesmo, sem capital minimo,(84) diferentemente das demais sociedades e associações, que têm capital fixo. Ademais, as quotas podem ser integralizadas sucessivamente em forma de prestações periódicas, enquanto durar a cooperativa.(85) 2ª Singularidade de votos, independentemente do número de quotas. Isso quer dizer que cada associado terá somente um voto, ainda que tenha várias quotas.

O quorum de deliberações, também, será determinado com base nesse critério, ou seja, com base no número de associados, e não nas quotas que possuam.

São associações de pessoas, uma vez que as quotas não podem ser cedidas livremente a terceiros estranhos. Apesar disso, adotarão como nome denominação social, da qual constará a sigla "cooperativa", sendo-lhes vedado o emprego do vocábulo "banco" em sua denominação. A responsabilidade dos sócios será limitada ou ilimitada, conforme constar do estatuto social. Caso nada conste do estatuto, a responsabilidade será evidentemente ilimitada.

As cooperativas podem se constituir para uma série de atividades, dentre elas destacamos as de produção agrícola, de produção industrial, de trabalho, de beneficiamento de produtos, de compras em comum, de vendas em comum, de consumo, de abastecimento, de crédito, de seguros, de construção de casas populares, de editores e cultura intelectual e escolares.(86)

j) Sociedades de advogados - É sociedade em que dois ou mais advogados reúnem esforços e ou recursos, com vistas a oferecer seus serviços jurídicos ao público em geral. Encontra-se regulamentada no Estatuto da OAB, Lei n. 8.906 /94.

Apesar da personalidade jurídica da sociedade, a procuração dos clientes deve ser outorgada à pessoa dos sócios, apenas mencionando a sociedade.

É sociedade de pessoas, constituída intuitu personae. Tanto é que seus sócios não podem pertencer a outra sociedade congênere, o nome adotado será firma ou razão social e, como é lógico, as quotas só poderão ser cedidas a estranhos com a anuência dos demais sócios.

(84 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Ou. cit., v. XLIX, p. 454.) (85 Idem, p. 440/441.)

(86 Idem, p. 505 et Seq.)

Em sua constituição poderá eleger qualquer um dos tipos societários acima estudados, mas da firma social constará obrigatoriamente o nome de pelo menos um dos sócios.

A responsabilidade dos sócios pode ser limitada, ilimitada ou mista, conforme reze o contrato. Na (alta de estipulação contratual, será ilimitada. De qualquer jeito, será sempre ilimitada a responsabilidade dos sócios em relação a danos culpáveis, causados a clientes, no exercício profissional.

l1.14 Diferenças terminológicas

Terminado o estudo das sociedades, cumpre esclarecer, a título de recordação, a diferença que se faz entre alguns termos, muito freqüentemente misturados no linguajar quotidiano. São, a saber, sociedade, associação, empresa, firma, companhia e corporação.

Sociedade, como viemos de estudar, é reunião de duas ou mais pessoas que reúnem esforços e ou recursos para lograr fins comuns. É, como regra, pessoa jurídica, sujeito de direito, portanto.

Associação tem dois sentidos; lato e estrito. Em sentido lato, associação é sinônimo de agrupamento de pessoas. Em sentido estrito, todavia, é sociedade sem fins lucrativos, o que não significa, em absoluto, que estejam proibidas de ter lucros. Tão-somente, este não é seu objetivo, e se vier a dar lucros, estes não serão distribuídos entre os associados.

Empresa é palavra polissêmica. Possui, quando nada, quatro significados mais encontradiços. (l) É empregada no sentido de pessoa, sujeito de direitos.

Neste sentido, é o mesmo que sociedade ou associação. "A empresa tal concluiu negócios excelentes". (2) Também, é utilizada, enquanto empregador, sujeito de direitos. "A empresa tal dispensou seus empregados". (3) Pode ser usada com o significado de local, de fundo empresarial. "Vou à empresa todos os dias". (4) Em seu sentido mais técnico, contudo, empresa deve ser sinônimo de atividade, empreendimento, objeto de direito. "Tal sociedade exerce empresa bancária".

Firma, como vimos, é espécie de nome, o mesmo que razão. Todas as pessoas têm nome, isto é, firma. As pessoas naturais têm firma individual, ou razão individual: "José da silva". Já as pessoas jurídicas possuem firma social ou coletiva, ou razão social ou coletiva. A firma social se compõe do nome de um

ou mais sócios mais a sigla social, que pode ser "Ltda.", "& Cia.", "S/C" etc.

Companhia tem dois significados para o Direito. Num primeiro momento, companhia pode ser componente da sigla de alguns tipos de sociedades, como as de capital e indústria, em comandita simples, em nome coletivo, anônimas e por quotas de responsabilidade limitada. Mas, também, será utilizada como sinônimo de sociedade anônima. Assim, ao invés de dizer que o Banco Itaú é sociedade anônima, podemos dizer ser ele companhia.

Corporação pode ter o significado de pessoa jurídica colegiada, entidade incorporada. Daiser o mesmo que incorporação, neste sentido. Modernamente, os termos corporação e incorporação vêm sendo usados como sinônimos de sociedade anônima, talvez por força do Direito Americano.

12 CONTRATO DE PARCERIA RURAL

12.1 Definição

É contrato pelo qual uma pessoa cede prédio rústico a outra para que o cultive, ou entrega-lhe animais para que os pastoreie, trate e crie, partilhando os frutos ou lucros respectivos.

De importância crucial é salientar que a parceria rural foi reformulada e encontra-se regulada em legislação especial, qual seja, o Estatuto da Terra (ET), na Lei n. 4.947/66 e no Decreto n. 59.566/66.

Há, pois, duas espécies de contrato, a parceria agrícola e a pecuária, dependendo do objeto. Nada impede, todavia, que um único contrato reúna os dois objetos.

Historicamente, talvez, seja anterior à própria locação. Atualmente, sobrevive nos sistemas mais modernos, ora como contrato"autônomo, ora como modalidade de locação. No Brasil, é disposto na legislação e estudado pela doutrina como contrato agrário autônomo.

12.2 Caracteres jurídicos

Por suas características, é contrato:

- típico, por estar tipificado em lei;

- puro, pois não é fruto da fusão de outros contratos, como o leasing;

- consensual, de vez que vale qualquer que seja sua forma, considerando-se celebrado solo consgnsu, isto é, pelo simples consenso;

- bilateral, porque gera direitos e deveres para todas as partes envolvidas;

- oneroso, uma vez que à prestação de uma das partes corresponde contraprestação da outra;

- essencialmente aleatório, visto que seus resultados dependem de eventos futuros e incertos, como as condições climáticas, a boa saúde dos animais etc.;

- de execução futura, pois celebrado num momento e executado em outro momento, sucessivamente no tempo;

- individual, por obrigar apenas as partes, individualmente consideradas;

- negociável, visto que suas cláusulas podem, pelo menos em tese, ser negociadas;

- intuitu personae, de vez que se baseia em vínculo pessoal entre as partes. Em outras palavras, não se entregam terras ou animais a estranho, mas a pessoa em quem se deposita um mínimo de confiança.

12.3 Pontos comuns com outros contratos

Com o contrato de sociedade tem em comum a conjugação de esforços e ou recursos para a obtenção de fins comuns. Distancia-se, entretanto, por não ser pessoa jurídica e nem ser caracterizado pela afectio societatis, isto é, vontade de constituir sociedade.

Da locação assemelha-se pela cessão de uso de certo bem, cuja posse é transmitida ao parceiro-outorgado. Distancia-se por ser este uso restrito às finalidades contratuais e por não haver pagamento de aluguéis. O parceiro-outorgante, ou seja, o proprietário, participa dos lucros e riscos do empreendimento.

Foi devido a essa dupla semelhança que Lafayette classificou a parceria como contrato misto de locação e sociedade. Já nas fontes históricas, Gaio observava a proximidade da parceria com a sociedade, apesar da matéria ser disciplinada, juntamente com a locação. Entre nós, civilistas como Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua aliam a parceria à sociedade.(86)

Por lei, todavia, à parceria agrícola aliamse as regras da locação de prédios rústicos, e à parceria pecuária, as da sociedade.

12.4 Partes

Quanto às partes, aquele que entrega a terra ou os animais chama-se parceiro-outorgante, já o que recebe a terra para cultivo, ou os animais para trato, denomina-se parceiro-outorgado.

12.5 Espécies

a) Parceria agrícola - vejamos algumas regras específicas da parceria agrícola.

Primeiramente, é intransmissível por ato inter vivos ou causa mentis, por ser intuitu personae. Mas os herdeiros podem ultimar o contrato já estabelecido, assim como o parceiro-outorgado pode aliar terceiro a sua participação.

Em segundo lugar, continua contra terceiros adquirentes do prédio, mantendo-se a situação do parceiro-cultivador, e sub-rogando-se no adquirente os direitos do alienante.

(87 Digestum, Lib. XIX, Tit. II, 25, § 6. SERPA LOPES, M-M- Curso. Ou. cit., v.

IV, p. 601/602.)

(87 BEIIILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Ou. cit.)

Tal, entretanto, só ocorrerá se o contrato for por prazo determinado, contiver cláusula de proteção contra terceiros adquirentes e estiver registrado no cartório de títulos e documentos (art. 127, V da Lei de Registros Públicos).

Bernardo celebra com André contrato de parceria agrícola, sendo este o parceiro-cultivador e aquele o outorgante. se Bernardo, por exemplo, vender o imóvel, o comprador deverá respeitar o contrato de parceria, até o fim do prazo contratual, desde que o contrato tenha sido registrado e que contenha cláusula de proteção contra terceiros adquirentes. O mesmo ocorrerá em relação aos herdeiros, se Bernardo falecer.

Quanto ao prazo, se for determinado, deve ser respeitado. se for indeterminado, presume-se o da colheita, não podendo o parceiro-outorgante denunciar o contrato sem notificação prévia de seis meses.

São obrigações do outorgante, dentre outras, entregar o prédio em condições de cultivo, cabendo a ele os encargos, salvo disposição contrária, em ambos os casos.

As obrigações do parceiro-cultivador podem resumir-se em uma principal, qual seja, empregar toda sua diligência nos trabalhos agrícolas, procedendo como

determina a boa-fé.

Por ser o contrato aleatório, as partes não têm direito a retribuição certa.

Assim, repartirão lucros e perdas, conforme o combinado. Cabe, entretanto, direito a indenização à parte que sofrer prejuízo por culpa da outra.

b) Parceria pecuária - Analisemos, agora, as principais obrigações das partes no contrato de parceria pecuária.

Como principais obrigações do parceiro-outorgante, temos as seguintes: 1º entregar os animais ao parceiro, conforme o combinado; 2º substituir os que (orem evictos. Relembrando, evicção é a perda da coisa, por força de sentença judicial, em favor de quem tinha direito anterior sobre ela.

Suponhamos que Eônio tenha entregado cabeças de gado a Marcelo. suponhamos ainda que algumas delas tenham sido furtadas e que o verdadeiro dono as esteja reivindicando. Uma vez as ditas reses venham a ser restituídas a seu verdadeiro dono, caberá a Eônio substituí-las; 3º sofrer os prejuízos do fortuito, pois, afinal, res pent domino,1.e., a coisa perece para o dono. Em outras palavras, o dono deve ser o único a sofrer com o perecimento ou deterioração fortuitos da coisa, tendo direito, entretanto, de perceber sozinho os proveitos que se obtenham dos animais mortos.

Vejamos o mesmo exemplo anterior. supondo que algumas reses morram devido a picada de cobra, o prejuízo será todo de Eônio. Por outro lado, se for possível aproveitar a pele, todo o lucro daí advindo será de Eônio.

As obrigações do parceiro-outorgado, também chamado de tratador ou pensador, resumem-se em tratar e cuidar dos animais, consistindo essa obrigação no dever de alimentar, prestar assistência veterinária, dentre outros, tudo isso de seu próprio bolso, salvo ajuste em contrário.

Na parceria pecuária, assim como na agrícola, não há retribuição certa, uma vez que se trata de contrato aleatório. As crias dos animais, sua lã, peles, crinas, leite etc. deverão ser partilhados segundo o pactuado.

Por fim, nenhum dos contraentes pode dispor dos animais sem o consentimento do outro, salvo disposição contrária. A proibição se estende aos animais acrescidos ao rebanho original, como crias, por exemplo. A infração desse

preceito acarreta responsabilidade por perdas e danos, além da invalidade da venda dos animais ainda não partilhados.

13 CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE RENDA

13.1 Definição

É contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra capital, em dinheiro ou imóveis, obrigando-se esta a pagar renda periódica àquela ou a terceiro beneficiário.

É contrato muito comum, de fácil exemplificação. Se me dirijo a empresa de previdência privada e me filio a seu sistema de complementação de aposentadoria, estarei constituindo renda vitalícia a meu favor, só que a entrggc do capital se dará de forma parcelada. Por outros termos, durante trinta anos, entregarei à empresa mensalmente $10,00. Findos os trinta anos, deixarei de pagar, passando a receber dela, enquanto viver, renda mensal de mais ou menos $100,00.

O próprio INSS utiliza-se de contrato similar para pagar renda a seus aposentados.

13.2 Partes

Quem entrega o capital denomina-se instituidor da renda; quem recebe o capital e paga a renda é chamado rendeiro e, por fim, aquele a quem é paga a renda se chama beneficiário. Este será terceiro ou o próprio instituidor da renda.

O que ocorre é que o instituidor transfere a propriedade dos bens ao rendeiro, que passa a ser seu dono. Em contrapartida, deverá pagar renda a certo beneficiário, que pode ser o próprio instituidor. E só imaginarmos, ainda como exemplo, pessoa de idade que já não queira ou não possa mais administrar seus imóveis. Transfere-os, assim, a outra pessoa, o rendeiro, que se torna o novo proprietário, tendo apenas a obrigação de pagar renda ao antigo dono, até que este morra.

O contrato poderá ser gratuito. Haverá constituição de renda a titulo gratuito, quando instituidor e rendeiro (orem uma só pessoa. É o caso das pensões alimentícias e da renda paga como indenização em forma de prestações periódicas.

Tomemos, por exemplo, o caso de pessoa que, dirigindo descuidadamente atropele outra.

Supondo que o atropelado venha a ficar debilitado para o trabalho, o juiz poderá condenar o autor do acidente a pagar renda à vitima, enquanto durar sua debilidade.

13.3 Caracteres jurídicos

Quanto a suas características, a constituição de renda é contrato:

- típico, por estar tipificado em lei;

- puro, pois não é fruto da fusão de outros contratos, como o leasing;

- oneroso ou gratuito. Em seu tipo básico é oneroso, pois à prestação do instituidor da renda (transferir o capital), corresponde contraprestação do rendeiro, qual seja, pagar renda. será, entretanto, gratuito, quando instituidor e rendeiro (orem uma só pessoa, como mencionado supra;

- se oneroso, será bilateral, por possuírem instituidor e rendeiro direitos e deveres. se gratuito, será unilateral, porque rendeiro e instituidor serão a mesma pessoa, tendo, só ele, obrigações;

- pré-estimado, quando a renda consistir em número certo de prestações, por tempo fixo. Já se consistir em pagamento vitalício, o contrato será aleatório, simplesmente por não ter fim previsto;

- sendo oneroso, é contrato real, pois só se aperfeiçoa após a entrega do capital ao rendeiro. se este se constituir de imóveis, será necessária escritura pública e conseqüente inscrição no Registro de Imóveis. Mas se o contrato for gratuito, considera-se perfeito no momento em que a renda for instituída, não sendo preciso qualquer formalidade, anão ser que seja instituída judicialmente, quando então constará da sentença;

- de execução futura, pois celebrado num momento e executado em outro momento, sucessivamente, no tempo;

- individual, por obrigar apenas as partes, individualmente consideradas;

- negociável ser for daqueles contratos que admitem negociações recíprocas. Mas, será de adesão, se não admitir essas negociações, como nos contratos celebrados com sociedades de previdência privada;

- historicamente pode até ter sido contrato intuitu personae, mas hoje em dia é seguramente impessoal.

13.4 Sujeitos

Como vimos, tomam parte no contrato pelo menos duas pessoas, o rendeiro (devedor) e o constituinte ou instituidor, que pode ou não ser o beneficiário da renda. A renda pode ser instituída em benefício de uma ou várias pessoas, mas o(s) beneficiário(s) deve ser pessoa viva. se vier a falecer em trinta dias após a constituição, em virtude de moléstia que já possuía à época daquela, fica o contrato sem efeito. se (orem vários os credores beneficiários, subsiste em relação aos demais.

13.5 Prestações

O pagamento das prestações deve ser estipulado previamente, devendo efetuar-se no começo de cada período. Não havendo qualquer estipulação neste sentido, deverá ser feito dia por dia. Cumpre dizer, no entanto, que esta última situação é totalmente impossível na prática, embora prevista em lei. sempre, haverá estipulação a respeito de como e quando serão pagas as prestações, ainda que posteriormente à celebração do contrato.

Se o beneficiário falecer, os herdeiros poderão exigir o pagamento relativo ao período iniciado, até a morte. Em outras palavras, morrendo o beneficiário, cessa a obrigação de pagar renda, mas os herdeiros poderão exigir as prestações vencidas, enquanto era vivo o beneficiário e que, por alguma razão, não foram pagas.

Se o devedor antecipar o pagamento de uma, algumas ou todas as prestações, poderá repetir o indébito se o credor falecer, ou seja, poderá exigir de volta as que se referirem a período posterior à morte do beneficiário.

Havendo inadimplemento de prestações, o beneficiário poderá acionar o rendeiro para que lhe pague as prestações atrasadas e lhe garanta as futuras, sob pena de resolução contratual e ou aplicação da cláusula penal, se houver, sendo rescindido o contrato, os bens que se achem com o rendeiro serão restituídos ao

instituidor ou a seus herdeiros, se for morto, ou então conforme preveja o contrato, que pode destinar os bens ao próprio beneficiário, por exemplo.

Sendo mais de um beneficiário, supõe-se que receberão por igual.

Não haverá direito de acrescer entre os beneficiários. Em outros termos, morrendo um deles, sua parte não mais terá que ser paga, isto é, não se transfere aos sobrevivos a parte do que falecer. Mas, se forem marido e mulher, ao cônjuge supérstite acrescerá a parte do falecido. Isso se deve à regra vigente para a doação, disposta no art. 1.178, parágrafo único do Código Civil.

segundo este artigo, a doação feita a mais de um donatário entende-se distribuída por igual entre eles, salvo disposição contrária. sendo os donatários marido e mulher, morrendo um deles, ao outro caberá a doação por inteiro. No caso de constituição de renda, para que ocorra a hipótese, o contrato deverá ser gratuito.

Nada impede a que se constituam beneficiários sucessivos. Na falta de um, recebe o outro.

Na constituição de renda a titulo gratuito, o rendeiro pode determinar sua impenhorabilidade, que no caso das pensões alimentícias e montepios é legal.

Outrossim, poderá ser gravada com cláusula de incomunicabilidade, não integrando, pois, o patrimônio comum do casal.

13.6 Extinção do contrato

A constituição de renda se extingue em vários casos. Temporária que é, encerra-se pelo advento do termo final, que pode ser certo ou incerto, será certo, se estipulada a renda por prazo determinado e incerto, se a renda for vitalícia.

Poderá o contrato se subordinar a condição resolutiva, pagando-se a renda, até seu implemento. Assim, se ficar o pagamento da renda subordinado ao casamento do beneficiário, realizando-se este, extingue-se o contrato.

Também, a morte do beneficiário, se não houver beneficiário sucessivo, põe fim ao contrato. seus herdeiros, como vimos, só podem pleitear as prestações devidas e não pagas, enquanto era vivo o beneficiário.

A morte do rendeiro encerra a constituição de renda, se for instituída por vida, se

a renda se constituir sobre imóvel, vindo este a desaparecer, em virtude de enchentes, por exemplo, ou sendo desapropriado, extingue-se o contrato. Mas, sendo paga indenização de seguro pelo desaparecimento ou indenização pública pela desapropriação, o rendeiro continuará pagando a renda.

É concedida ao devedor da renda constituída sobre imóvel faculdade de quitar-se do compromisso mediante capital em espécie, isto é, em dinheiro, que assegure ao beneficiário renda equivalente. Tal faculdade se denomina direito de resgate.

Por fim, extingue-se o contrato pela confusão, caso rendeiro e beneficiário se tornem a mesma pessoa. É só imaginarmos que o rendeiro morra, deixando o beneficiário como herdeiro. Ora, os herdeiros do rendeiro devem continuar o pagamento da renda, principalmente, se for constituída sobre imóvel. Mas, no caso, o herdeiro é o próprio beneficiário. O casamento do rendeiro com o beneficiário, gerador de confusão patrimonial também põe fim à constituição de renda.

14 CONTRATO DE SEGURO

14.1 Definição

É contrato pelo qual uma das partes, o segurador, se obriga para com a outra, o segurado, mediante recebimento de prêmio, a indenizá-la, ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos futuros e incertos, mas previsíveis.

14.2 Caracteres jurídicos

Por sua natureza, o seguro é contrato:

- típico, por estar tipificado em lei;

- puro, pois não é fruto da fusão de outros contratos, como o leasing, por exemplo;

- oneroso ou comutativo, de vez que à prestação do segurado, corresponde contraprestação do segurador;

- bilateral, porque ambas as partes possuem direitos e deveres;

- essencialmente, aleatório, visto que a prestação do segurador é totalmente imprevisível, dependendo da ocorrência de fato futuro e incerto;

- formal, por se considerar celebrado somente após a entrega da apólice, que se segue a instrumento escrito de contrato;

- de execução futura, pois celebrado num momento e executado em outro momento. A execução futura será diferida ou sucessiva. Neste último caso, o prêmio é pago durante todo o transcorrer do contrato, como no seguro-saúde;

- individual, por obrigar, apenas as partes individualmente consideradas;

- tipicamente de adesão, uma vez que o segurador impõe todas as cláusulas ao segurado, que as aceita ou não, caso este em que o contrato não se realizará. Na verdade, o segurador oferece ao público contrato com cláusulas pré-aprovadas pelo órgão governamental competente, na hipótese a SUSEP - Superintendência

de Seguros Privados do Brasil, não tendo ele próprio muita flexibilidade para alterá-las em negociações com o segurado;

- impessoal, por não se fundar em qualquer vínculo personalíssimo entre as partes.

14.3 Requisitos subjetivos

Em relação ao segurador, somente as empresas autorizadas podem contratar. O

sistema é o de cartas-patentes, isto é, autorização, concedidas através de portaria do Ministro da Fazenda. A SUSEP é o órgão controlador. As sociedades seguradoras são anônimas, mas não se sujeitam à falência, nem podem pedir concordata. submetem-se a liquidação extrajudicial, regulada pelo Decreto-Lei n.

73/66, arts. 68 a 89.

Em relação ao segurado, é necessária a capacidade geral. O seguro pode ser contratado por representante com poderes especiais.

14.4 Requisitos objetivos

O objeto do seguro é bem jurídico sujeito a algum tipo de risco, que pode incidir em parte ou em todo o bem jurídico segurado. De qualquer forma, o objeto deve ser lícito. Considera-se ilícito o seguro por mais do que valha o bem segurado ou a pluralidade de seguros sobre o mesmo bem, à exceção do seguro de vida, que pode ser cumulativo.

14.5 Requisitos formais

O instrumento será sempre escrito para que obrigue as partes. O contrato será representado por apólice de seguro que deverá conter as condições gerais e as vantagens asseguradas; os riscos assumidos; o valor do bem; o prêmio; o termo inicial e final de sua vigência e o quadro de garantia aprovado pela SUSEP. A apólice pode ser simples, como no caso do contrato incidir sobre automóvel, ou flutuante, quando, por exemplo, se segure os empregados atuais e futuros de certa empresa, ou os passageiros de certo vôo regular, sejam quem (orem. O

contrato, em principio, só se perfaz com a entrega da apólice. Atualmente,

porém, já se admitem contratos sem apólice, como o seguro obrigatório de veículos, em que se procede à inscrição do seguro em livro próprio.

14.6 Obrigações do segurado

Sua mais importante obrigação é, sem dúvida, pagar o prêmio acertado, sob pena de resolução contratual, ou caducidade da apólice. A obrigação de pagar o prêmio é portável, ou seja, não é necessário constituir o segurado em mora. A simples (alta de pagamento fora do prazo, já é suficiente para constituir a mora.

Aplica-se, pois, o princípio dies interpetat pro bomine. O segurado não pode deixar de pagar o prêmio, sob a alegação de ter o risco diminuído ou deixado de existir.

No momento da celebração do contrato, é dever do segurado prestar informações exatas, sob pena de anulação por dolo.

Ainda, deverá o segurado abster-se de tudo quanto possa aumentar o risco, sob pena de perder o seguro.

Ocorrido o sinistro, comunicar-se-á o segurador, tão logo se fique sabendo.

A omissão do segurado poderá exonerar o segurador, em se provando que, se oportunamente avisado, ter-lhe-ía sido possível evitar ou diminuir o risco.

Neste último caso, a indenização será diminuída, proporcionalmente.

14.7 Obrigações do segurador

Em primeiro lugar, pagar em dinheiro o valor segurado, dentro dos limites da apólice. Mas o segurador não responde por vícios ocultos, nem por prejuízos além dos riscos cobertos.

Se recusar-se a receber o prêmio sob a alegação de que o risco aumentou ou sofreu alteração, tem o segurado o direito de consignar o pagamento.

Se expedir apólice sobre risco já passado, dolosamente, restituirá o prêmio em dobro.

É permitido, porém, recusar o pagamento do prêmio, se provar que o valor do

seguro é excessivo.

14.8 Acumulação de seguros

É a cobertura dos mesmos riscos, por inteiro, por vários seguradores. A conseqüência é a invalidade do contrato. O vício, entretanto, se considera leve.

Não há confundir, porém, seguro cumulativo com co-seguro, consistindo o último em assumirem dois ou mais seguradores a responsabilidade sobre um mesmo seguro direto, com a emissão de uma única apólice. Isso ocorre, às vezes obrigatoriamente, nos casos de seguros de alto valor, como o seguro de navios.

Dessarte, os vários seguradores dividiriam os prejuízos. Quem cuida da administração do co-seguro é o IRB - Instituto de Resseguros do Brasil.

14.9 Espécies de seguro

Na atualidade, praticamente, todo tipo de bem jurídico é segurável. A doutrina classifica os seguros de diversas maneiras, dependendo do tipo de risco ou de bem segurado. Assim temos seguros pessoais e de coisas materiais; seguros de ramos elementares e seguros de vida; seguros contra danos e seguros de vida; seguros individuais e seguros coletivos, e tantos mais quantos se queira imaginar.

15 JOGO E APOSTA

Estes dois contratos são tratados conjuntamente por todos os códigos modernos e pela doutrina, por causa do elemento comum que é o azar ou álea, fator sorte que se verifica no fato de os contratantes relegarem o pagamento de certa soma em dinheiro ou outros bens ao ganhador, conforme o resultado de evento fortuito. Em outras palavras, o resultado é imprevisível, não se podendo dizer de antemão quem ganhará, ainda que não dependa inteiramente da sorte.

15.1 Definições

Jogo é contrato pelo qual duas ou mais pessoas prometem-se mutuamente a pagar certa soma àquele que lograr resultado favorável em acontecimento incerto.

Aposta é contrato em que duas ou mais pessoas prometem-se pagar certa soma àquele cuja opinião prevalecer com respeito a acontecimento incerto.

Exemplo clássico é o dos caracóis de Tholl.(88)

Encontrando-se dois indivíduos em jardim, observam dois caracóis em cima de uma mesa, fechando disputa sobre qual deles chegaria primeiro ao outro lado. A hipótese é de aposta. Mas, caso contrário, ou seja, se os indivíduos em questão colocarem os caracóis sobre a mesa, disputando qual chegará em primeiro lugar ao outro lado, haverá jogo.

Resumindo, no jogo, os jogadores participam do processo, podendo, em certos momentos, influenciar o resultado. Na aposta, não há participação dos apostadores, não tendo eles a menor possibilidade de influenciar o resultado.

(88 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 322.) Devido ao fato de serem tratados como se fossem o mesmo contrato, passaremos doravante a utilizar o termo jogo, subentendido que tudo o que for dito também se aplica à aposta.

15.2 Espécies

Há jogos permitidos, proibidos e tolerados.

Os permitidos estão todos previstos em lei, como a loteria esportiva, a loto, as corridas de cavalos etc. Em relação a eles, não há dúvida, geram obrigação civil, de execução obrigatória. Quem perder, tem que pagar ao vencedor, sob pena de execução judicial.

Os proibidos, também eles, se tipificam em lei, são, a saber, o jogo do bicho e os jogos de azar, são jogos de azar aqueles que dependam exclusivamente ou principalmente da sorte, além das apostas sobre competições desportivas, à exceção das corridas de cavalo, desde que dentro dos hipódromos ou de outro local, em que sejam autorizadas. Consideram-se contravenções penais, tipificadas nos arts. 50 e 58 da Lei das Contravenções Penais.

Todos os demais são tolerados, sendo errônea a idéia de ser proibido o jogo no Brasil. Afora os jogos proibidos, o que a Lei das Contravenções Penais proíbe não é o jogo em si, mas sua exploração econômica. O que não se permite é explorar jogo alheio, como fazem os cassinos. O simples fato de se jogar, mesmo que a dinheiro, é tolerado.

15.3 Efeitos civis do jogo tolerado e proibido

Em primeiro lugar, as dívidas resultantes de jogo ou aposta não são exigíveis.

Trata-se de obrigação natural, dotada de débito, mas sem responsabilidade. Quase todos os sistemas jurídicos adotam o mesmo critério. Assim é na França, Itália, Argentina, Uruguai, Suíça.(89)

A razão de ser desse principio de inexigibilidade é a inutilidade social do jogo e da aposta.

A dívida paga não pode ser, porém, repetida. O princípio segue a regra geral da soltui retentio - retenção do pagamento - das obrigações naturais. Duas exceções ocorrem, todavia, se o jogo for tolerado. Aquele que procede com dolo a fim de ganhar o jogo, terá que restituir o que recebeu do perdedor. A segunda exceção diz respeito ao perdedor absoluta ou relativamente incapaz, que faz jus à restituição do que tenha pagado ao vencedor.

(89 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 322.) Do principio da não exigibilidade do pagamento podem se extrair algumas outras regras. Assim, a soma entregue a terceiro para ser paga ao ganhador não pode ser exigida. A inexigibilidade da divida de jogo atinge qualquer contrato que tenha

por objeto encobrir ou reconhecer a obrigação. Serão, pois, insubsistentes a confissão de dívida, a novação, o título de crédito, a fiança, a cláusula penal ou qualquer ônus real constituído para garantir o débito. Defeituosa, também, a locação ou a sociedade para fins de jogo. É, outrossim, inadmissível a invocação de crédito de jogo para compensar crédito civil.

A invalidade de divida de jogo não é, no entanto, oponível a terceiro de boa fé, como, por exemplo, o banco que paga título de perdente. É necessário, para se caracterizar o terceiro de boa-fé que seja completamente estranho ao jogo.

Da mesma forma, será inexigível o mútuo contraído no ato de jogar, para pagar dívida de jogo. se for, porém, contraído fora do ambiente de jogo, será válido.

Isto porque, fora do ambiente de jogo, o mutuante poderá alegar não saber que o empréstimo se destinava a jogo. Mas, provado que sabia, não poderá recobrar o que emprestou.(90)

16 CONTRATO DE FIANÇA

É espécie do gênero caução, garantia. É, juntamente com o aval, caução pessoal, fidejussória, em contraposição ao penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia, que são cauções reais.

16.1 Definição

É contrato por meio do qual uma pessoa se obriga para com o credor de outra, a satisfazer a obrigação, caso esta não a cumpra. A fiança pode ser convencional, legal ou judicial, sendo muito comum como pacto acessório aos contratos de locação e mútuo bancário.

Importante é destacar que a relação contratual que se estabelece será entre fiador e credor, ainda que seja o devedor quem apresente o fiador, e ainda que o devedor pague pela fiança.

16.2 Caracteres jurídicos

Por suas características, é contrato:

- típico, pois que tipificado em lei;

- puro, uma vez que não resulta da combinação de dois ou mais outros contratos; (90 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Ou. cit., v. III, p. 324.)

- formal, porque só se considera celebrada com a assinatura de instrumento escrito;

- gratuito, visto que à prestação do fiador não corresponde qualquer contraprestação por parte do credor. Como explicamos há pouco, a relação jurídica se estabelece entre fiador e credor, mesmo sendo o devedor quem apresente o fiador. Prova disso, é que o credor pode nomear fiador, até contra a vontade do devedor.

Tampouco descaracteriza a gratuidade do contrato, o fato de o fiador ser pago pelo devedor para prestar fiança. Mais uma vez repetimos, a relação jurídica é entre fiador e credor;

- unilateral, por gerar obrigações apenas para o fiador;

- aleatório, de vez que não se sabe, nem se e nem quando o fiador poderá vir a ser obrigado pela dívida, nem tampouco o montante a que poderá ser obrigado;

- de execução futura, pois se celebra num momento, executando-se em outro;

- individual, por obrigar somente aqueles individualmente envolvidos;

- negociável, porque, ao menos em tese, permite a negociação de cláusulas;

- essencialmente intuitu personae. Primeiramente, o fiador não aceita prestar fiança a qualquer um. Em segundo lugar, o credor por seu turno, não aceita qualquer fiador. Atualmente, com a instituição do seguro fiança, o contrato vem tomando feições impessoais;

- acessório, visto que só existe em função de outro contrato, ao qual serve de garantia.

16.3 Requisitos subjetivos

O fiador deve ter capacidade geral e contratual. Esta última refere-se à capacidade para alienar, com a devida vênia conjugal. Mas, na falta desta, a fiança não será defeituosa em seu todo. O patrimônio do casal, todavia, só

responde até a meação.

A Lei faz algumas restrições, ora proibindo, ora limitando a liberdade de prestar fiança.

São, portanto, proibidos de prestar fiança os agentes fiscais, tesoureiros, leiloeiros e autarquias.

Limita-se a capacidade no caso dos tutores e curadores, que não podem afiançar em nome de seus pupilos e curatelados. Os governadores não podem prestar fiança, sem autorização legislativa. As unidades militares, tampouco, podem afiançar oficiais e praças.

A fiança dada em mútuo para menor é passível de nulidade, por ser inválido o principal. Como sabemos, accessorium sequitur principale, ou seja, o acessório segue o principal.

16.4 Requisitos objetivos

O objeto será qualquer tipo de obrigação: de dar, fazer ou não fazer. Como contrato acessório, sua validade se sujeita à do principal. Exemplos seriam a dívida de jogo e o mútuo a menor.(91) A fiança geralmente é dada para cobrir obrigações atuais, mas nada impede que cubra dívidas futuras ou condicionais.

Pelo princípio da acessoriedade, ela pode cobrir parte de obrigação ou toda ela, mas nunca será superior, quando não será inválida, mas apenas reduzida.

Se for total, compreenderá os acessórios da divida garantida.

Assim, a fiança locatícia, quando total, garante não só os aluguéis, como a taxa de condomínio, o IPTU etc,

16.5 Requisitos formais

É contrato formal, devendo ser escrito, por instrumento público ou particular.

É contrato entre fiador e credor, não se misturando com a obrigação principal, assumida entre credor e devedor, da qual é apenas acessória, ainda que expressa como cláusula do contrato principal. Pode ser contratada até mesmo contra a vontade do devedor.

16.6 Regras especiais

O credor pode recusar o fiador, alegando ser pessoa inidônea, moralmente ou financeiramente, ou residente em outro município.

O fiador pode apresentar abonador de sua solvência. A este aplicam-se as regras da fiança, mas só será chamado, quando insolventes o devedor principal e o fiador.

Como contrato benéfico, não admite a fiança interpretação extensiva de coisa a coisa (de re ad rem), de pessoa a pessoa (de persona ad personam), nem de tempo a tempo (de tempere ad tempus).

Portanto, sendo parcial, não se pode exigir do fiador que garanta outra parte do contrato, se cobrir apenas os aluguéis, por exemplo, não se poderá exigir do fiador o pagamento do IPTU.

(91 Art. 1.259. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores, ou abonadores.

Art. 1.488. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. esta exceção não abrange o caso do art. 1259.

Art. 1502. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.259.) Se, ad exemplum, o credor for substituído por outra pessoa, suponhamos, por força de cessão de crédito, cessa a fiança, pois que não se a pode interpretar extensivamente de pessoa a pessoa.

Se concedida por prazo certo, vencido este, ainda que o contrato se renove, a fiança termina. Na fiança locatícia, porém, presume-se que vigore até a efetiva entrega das chaves, conforme o art. 39 da Lei n. 8.245/90. No mais, todas essas disposições podem ser revogadas por disposição contratual expressa.

16.7 Efeito

a) Nas relações entre fiador e credor - seu principal efeito é o chamado benefício de ordem, que torna a obrigação do fiador subsidiária à do devedor. Em outras palavras, o fiador só será acionado, se o devedor não possuir bens suficientes para pagar.

Mas para que possa usufruir do beneficio, uma vez acionado, o fiador deverá nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e suficientes para o adimplemento do débito.

Será recusado o benefício de ordem: (1) se precluso o direito do fiador de alegá-lo em sua defesa. O prazo é o da contestação; (2) se não nomear os bens acima referidos, ou se estes não se localizarem no mesmo município e ou não estiverem livres ou não forem suficientes; (3) se o fiador assumir a posição de principal pagador, por disposição expressa de vontade, quando será solidariamente responsável com o devedor; (4) se for decretada falência ou insolvência civil do devedor.

Na fiança comercial, a obrigação do fiador será sempre solidária. segundo o art.

258 do Código Comercial, será comercial a fiança, quando o afiançado for comerciante e a obrigação derivar de causa comercial.

Na co-fiança, isto é, quando houver dois ou mais fiadores, estes presumem-se solidários, podendo ser estipulado beneficio de divisão, hipótese em que a obrigação dos fiadores será fracionária em relação ao credor. Este poderá exigir de cada fiador somente a fração do débito, pelo qual se obrigou.

b) Nas relações entre fiador e devedor - O fiador que houver pago a dívida se sub-roga nos direitos do credor. Pode exigir do devedor o principal, acrescido de juros e correção monetária.

Mas não terá direito de regresso, (1) se por sua omissão, o devedor pagar a dívida novamente; (2) se a fiança houver sido prestada com ânimo de doação; (3) se a prestação não for devida, ou for superior à obrigação total; (4) se tiver pago sem ser demandado, na ignorância do devedor, que teria causa extintiva a opor ao pagamento. Assim, se o fiador paga, nestas condições, dívida que já estava prescrita, o prejuízo será todo seu.

O fiador tem o direito de promover o andamento da execução do credor contra o devedor, se estiver parada. E mais, na fiança por prazo certo, tem o direito de

exigir que o devedor satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança, passado o termo acertado.

A morte do fiador transmite suas obrigações aos herdeiros, até aquela data e intra vires hereditatis. Isso significa que os herdeiros serão responsáveis pela obrigação garantida, até a morte do fiador. supondo que, em contrato de locação de um ano, o fiador venha a falecer, ao final do primeiro semestre, seus herdeiros só serão obrigados a pagar as prestações vencidas nos primeiros seis meses e, assim mesmo, com o saldo da herança. Pelas prestações vencidas no segundo semestre, já não se responsabilizarão.

16.8 Extinção da fiança

A fiança pode se encerrar por todos os motivos que extinguem os contratos em geral, e por fatos específicos, atribuíveis, seja ao fiador, seja ao credor.

Por fato do fiador, o contrato se extingue, quando ele se exonerar da fiança por prazo indeterminado. Neste caso, porém, responderá pelas prestações vencidas, até a data da liberação.

Por fato do credor, a fiança deixará de existir se o credor conceder moratória expressa ao devedor, ou seja, se expressamente o credor conceder ao devedor adiamento do prazo para pagar. Também cessará a fiança se o credor impossibilitar o regresso do fiador contra o devedor. Por exemplo, se permitir que o dinado, corresponde obrigação do devedor de realizar prestação que pode ser dar, fazer ou não fazer algo. A essa obrigação de dar, fazer ou não fazer algo em proveito do credor, chamam obrigação propriamente dita ou creditícia.

Alguns a

a45 Nêmo turpitúdinem suam àllegdre opórtet/, ou seja, a ninguém é dado alegar sua própria torpeza (vileza, dolo, má-fé), em seu próprio beneficio.) chamam de pessoal mas, como já elucidado, obrigação pessoal tem outro sentido mais específico.

Visualizemos em dois quadros distintos as obrigações creditícias e as reais.

OBRIGAÇÕES CREDITÍCIAS

SUJEITO ATIVO SUJEITO PASSIVO

PESSOA CERTA PESSOA CERTA

CREDOR DEVEDOR

DIREITO A PRESTAÇÃO OBRIGAÇÃO DE REALIZAR PRESTAÇÃO

DIREITO CREDITÍCIO OBRIGAÇÃOCREDITÍCIA

OBRIGAÇÕES REAIS

SUJEITO ATIVO SUJEITOS PASSIVOS

PESSOA CERTA PESSOAS INCERTAS

TITULAR DE DIREITO SOBRE COISA

NÃO-TITULARES DE DIREITO

SOBRE COISA

DIREITO DE NÃO SER MOLESTADO DEVER DE NÃO MOLESTAR O

DIREITO DO TITULAR DIREITO REAL

OBRIGAÇÃO REAL

Além das obrigações reais e creditícias, vislumbra a doutrina obrigações propter rem.

Proper rem quer dizer "por causa de uma coisa".

São obrigações que surgem em função de direito real. Por exemplo, se sou dono de imóvel, terei a obrigação de pagar IPTU, que surge pelo simples fato de ser dono de imóvel. Ao direito real de propriedade corresponde a obrigação de pagar IPTU, obrigação proper rem. A obrigação de pagar taxa de condomínio, IPVA etc.

também entram neste rol. Observemos o quadro:

Como se pode ver, e esperamos tenha ficado claro, "quando a um direito real acede uma faculdade de reclamar prestação de uma pessoa determinada, surge

para esta a chamada obrigação propter rem".(46) São, ademais Capítulo X - FONTES DAS OBRIGAÇÕES CONTRATOS NÃO CONTRATOS TIPIFICADOS NO

CÓDIGO CIVIL

1 - Contratos de transporte

1.1 Definição

1.2 Partes

1.3 Objeto

1.4 Caracteres jurídicos

1.5 Requisitos de validade

1.6 Espécies

1.7 Obrigações do transportador

1.8 Obrigações do passageiro

1.9 Obrigações do destinatário

2 - Contrato de corretagem

2.1 Definição

2.2 Partes

2.3 Espécies

2.4 Caracteres jurídicos

2.5 Requisitos de validade

2.6 Obrigações do corretor

2.7 Obrigações do comitente

2.8 Extinção do contrato

3 - Contrato de Comissão

3.1 Definição

3.2 Partes

3.3 Caracteres jurídicos

3.4 Requisitos de validade

3.5 Obrigações das partes

4 - Contrato de agência e distribuição ou de representação comercial 4.1 Definição

4.2 Partes

4.3 Caracteres jurídicos

4.4 Requisitos de validade

4.5 Obrigações de representantes

4.6 Obrigações do preponente

4.7 Extinção do contrato

5 - Contratos de franquia

5.1 Definição

5.2 Partes

5.3 Caracteres jurídicos

5.4 Extinção do contrato

6 - Contrato de concessão Mercantil

6.1 Definição

6.2 Partes

6.3 Caracteres jurídicos

6.4 Requisitos de validade

6.5 Prazo

6.6 Direitos e deveres do concedente

6.7 Direitos e deveres do concessionário

6.8 Extinção do contrato

7 - Contrato de Fidúcia

7.1 Definição

7.2 Partes

7.3 Requisitos de validade

7.4 Prazo

7.5 Direitos e deveres do fiduciário

7.6 Extinção do contrato

8 - Conta corrente

8.1 Definição

8.2 Partes

8.3 Caracteres jurídicos

8.4 Requisitos de validade

8.5 Efeitos da conta corrente

8.6 Extinção

9 - Contratos bancários

9.1 Generalidades

9.2 Operações passivas

9.3 Operações ativas

9.4 Outras operações bancárias

10 - Contrato de capitalização

10.1 Definição

10.2 Partes

10.3 Tutela

10.4 Natureza jurídica

10.5 Relações com outros contratos

10.6 Caracteres jurídicos

10.7 Sociedades de capitalização

10.8 Título de capitalização

11 - Joint venture

12 - Arrendamento mercantil ou Leasing

12.1 Definição

12.2 Partes

12.3 Tutela legal

12.4 Caracteres jurídicos

12.5 Requisitos de validade

12.6 Modalidades

13 - Contrato de Know-how

13.1 Definição

13.2 Partes

13.3 Caracteres jurídicos

13.4 Natureza jurídica

13.5 Requisitos de validade

13.6 Obrigações das partes

13.7 Extinção do contrato

14 - Contrato de engeneering

15 - Contrato de hedging

16 - Contrato de faturização ou Factoring

16.1 Definição

16.2 Caracteres jurídicos

16.3 Requisitos de validade

16.4 Extinção do contrato

17 - Cartões de crédito

17.1 Definição

17.2 Caracteres jurídicos

17.3 Requisitos de validade

17.4 Espécies de cartão de crédito

17.5 Obrigações das partes

17.6 Extinção do contrato

18 - Shopping centers

18.1 Definição

18.2 Partes

18.3 Características do contrato de shopping center

19 - Contrato de consórcio

19.1 Definição

19.2 Tutela legal

19.3 Requisitos de validade

19.4 Efeitos

19.5 Outras espécies de consórcio

Capítulo X - FONTES DAS OBRIGAÇÕES: CONTRATOS NÃO TIPIFICADOS NO CÓDIGO CIVIL

1 CONTRATO DE TRANSPORTE

1.1 Definição

Transporte é, em poucas palavras, contrato pelo qual uma parte se obriga a levar coisas ou pessoas de um local a outro.

1.2 Partes

Aquele que recebe as coisas ou pessoas se denomina transportador. A pessoa transportada se denomina passageiro ou viajante e aquele que entrega as coisas para o transporte se chama expedidor.

Não é parte contratante o eventual destinatário das coisas transportadas, a não ser que seja ele o próprio expedidor.

1.3 Objeto

O transporte pode ser de pessoas ou coisas. Estas animadas ou inanimadas.

1.4 Caracteres jurídicos

Por suas características, o transporte é contrato:

- típico, pois que tipificado em várias leis esparsas;

- puro, uma vez que não resulta da combinação de dois ou mais outros contratos;

- consensual, porque se considera celebrado pelo simples acordo de vontades;

- oneroso ou gratuito, dependendo de o transportador cobrar ou não por seu serviço. É de se notar, porém, que se presume oneroso, uma vez que a ninguém é dado locupletar-se de atividade alheia. Assim, para que seja gratuito, é necessária cláusula expressa nesse sentido;

- se oneroso será bilateral, por gerar obrigações para ambas as partes. Mas, sendo gratuito, será unilateral, de vez que as obrigações serão todas do transportador;

- pré-estimado, uma vez que as prestações das partes são de antemão conhecidas;

- de execução futura, pois se celebra num momento, executando-se em outro;

- individual, por obrigar, somente, aqueles, individualmente, envolvidos;

- negociável, porque, ao menos em tese, permite a negociação de cláusulas;

- impessoal, pois que a pessoa das partes tem importância secundária. Em outras palavras, ao transportador pouco importa quem sejam os passageiros ou o expedidor, desde que pessoas idôneas. Tampouco ao expedidor ou ao passageiro interessa quem seja o transportador, desde que confiável. Não é como no contrato de fiança ou no de mandato, em que a pessoa das partes tem importância primordial.

1.5 Requisitos de validade

a) Requisitos subjetivos - Quanto às partes, requer-se a capacidade genérica para a vida civil. Por outros termos, basta ser maior de 21 anos ou emancipado.

Dependendo da modalidade de transporte, o transportador será concessionário ou permissionário de serviço público, devendo ter concessão ou permissão do Poder Público para conduzir pessoas ou coisas. É o caso dos ônibus, táxis e aviões.

b) Requisitos objetivos - sendo o transporte de coisas, estas deverão ser possíveis, tanto materialmente, quanto juridicamente.

Não se pode admitir transporte envolvendo mercadoria furtada ou contrabandeada.

Assim mesmo, se o transportador de nada sabia, terá direito a remuneração.

c) Requisitos formais - Quanto à forma, o transporte é contrato consensual.

Basta o acordo de vontades para que se considere celebrado. Está superada a idéia de que o transporte de coisas é real, considerando-se celebrado somente após a entrega da mercadoria.(1)

Tratando-se de transporte de passageiros, pode ser que se emita bilhete de passagem, mas nem sempre. Tal não aí conclui-se que:

a) extinta a principal, extingue-se a acessória; b) defeituosa a principal, defeituosa a acessória etc.

8.5 Quanto ao pagamento

Analisada a forma como se pagam, ou seja, como se cumprem ou se executam, as obrigações podem ser classificadas em várias categorias. Estudado o pagamento do ponto de vista subjetivo, temos obrigações fracionárias, conjuntas, solidárias, subsidiárias, disjuntivas e conexas.

Estudado o pagamento do ponto de vista objetivo, temos obrigações alternativas, facultativas, cumulativas, divisíveis, indivisíveis, fungíveis e infungíveis.

a) Quanto aos sujeitos que pagam - Aqui, podemos ter lado ativo e lado passivo, dependendo do ângulo enfocado. vejamos, então, como se classificam: Obrigações fracionárias ou parciais - Do lado passivo, há vários devedores, respondendo cada qual por parte da dívida. O credor só poderá exigir de cada devedor o montante pelo qual é responsável.

É o que ocorre nos grupos de consórcio. A administradora só pode exigir de cada um dos consorciados sua parcela.

Do lado ativo, há vários credores, cada um tendo direito a parte da dívida.

Cada credor só poderá exigir sua parte. O exemplo dos consórcios serve, bastando inverter-se a polaridade. Tomando a administradora como devedor, os vários consorciados só poderão exigir, cada um, a entrega do que lhe for devido, ou seja, de sua parcela.

Obrigações conjuntas ou unitárias, também denominadas obrigações de mão comum -

Do lado passivo, há vários devedores, respondendo todos, ao mesmo tempo, por toda a dívida. O credor só poderá acionar a todos, ao mesmo tempo.

Tal acontecerá se o devedor for condomínio. O credor terá que acionar todos os condôminos ao mesmo tempo, sendo estes representados pelo síndico. Na prática, usa-se dizer que a ação é contra o condomínio, querendo-se dizer que todos os condôminos indistintamente estão sendo acionados.

Do lado ativo, há vários credores, todos tendo o direito a receber toda a dívida ao mesmo tempo, em conjunto. Só poderão exigi-la em conjunto. O devedor só se libera, pagando a todos ao mesmo tempo. Na prática são pouco freqüentes, resultando sempre de convenção entre as partes.

Obrigações solidárias - Do lado passivo, fala-se em solidariedade passiva. Há vários devedores, respondendo cada um deles individualmente por toda a dívida.

O credor pode exigir de apenas um, de alguns ou de todos que paguem toda a dívida. Cada um responde pela dívida toda. Pagando um ou alguns dos devedores solidários, terão direito de regresso contra os demais, cobrando-lhes a parte que lhes cabia. vemos, assim, que a obrigação dos devedores, entre si, é fracionária. É o caso do cheque, pelo qual se obrigam solidariamente emitente e avalista.

Morrendo um dos devedores, seus herdeiros sucedem-lhe na dívida, dentro das forças da herança. Serão considerados, porém, como um só devedor, sendo sua obrigação conjunta. João e Manoel devem, solidariamente, a Pedro, $100,00. Se João morrer, deixando dois filhos, estes ocuparão o lugar de João, respondendo em conjunto. Em relação a Manoel, os dois, em conjunto, respondem solidariamente. Lembremo-nos, todavia, que os filhos de João só responderão com a herança que, eventualmente, tenham recebido do pai. Não terão que tirar do próprio bolso. Diz-se que respondem intra vires bereditatis, ou seja, dentro das forças, dos limites da herança.

Do lado ativo, fala-se em solidariedade ativa. Há vários credores, cada um deles tendo o direito de exigir toda a dívida. O que receber dividirá com os outros.

O devedor se desobriga pagando a qualquer um deles. Assim ocorre nas obrigações devidas aos condomínios. Pagando a qualquer um dos condôminos, o devedor se libera do vínculo.

As obrigações solidárias jamais se presumem, ocorrendo sempre em virtude de lei ou contrato.

Havendo impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o dever de ressarcir o credor pelo equivalente mas, por perdas e danos, responde só o culpado. Assim, por exemplo, se João e Manoel deviam um quadro a Pedro e, por culpa de João, o quadro vem a perecer, ambos os devedores respondem solidariamente pelo preço da obra mas, pelos prejuízos

devidos além do preço, somente João responderá.

Obrigações subsidiárias - Do lado passivo, há vários devedores sucessivos, um respondendo, caso o outro não o faça. O credor primeiro tem que acionar um deles, para depois acionar o outro. É o caso da fiança, em que o fiador, em princípio, só responde depois de acionado o devedor principal.

Do lado ativo, há vários credores sucessivos, um recebendo depois do outro.

Por exemplo contrato de seguro de vida em que sejam nomeados beneficiários sucessivos, um recebendo na falta do outro.

Obrigações disjuntivas - Só nos interessa o lado passivo. Há vários devedores que se obrigam, cada um deles, por toda a obrigação. O credor pode escolher qual deles fará o pagamento. Uma vez escolhido, os outros se desoneram, retirando-se por completo da relação. É o caso típico dos contratos administrativos precedidos de licitação, em que cada licitante se obriga por toda a obrigação nos termos da proposta que fez. Sendo escolhido um deles, os demais se desobrigam.

Obrigações conexas - Ainda aqui, só nos interessará o lado passivo, em que há vários devedores, tendo cada um deles obrigação de satisfazer ao credor prestação distinta, porém, conectada à dos demais e delas dependente pela mesma origem ou pelo mesmo objetivo.

O credor só poderá acionar um deles se acionar os demais.

Se contrato pintor e pedreiro para reformar minha casa, só poderei exigir a prestação do pintor depois de exigir a do pedreiro. Uma está vinculada à outra, apesar de serem individadas.

b) Quanto ao objeto do pagamento

Obrigações alternativas - Há dois ou mais objetos, que o credor ou o devedor irão escolher, conforme o que combinarem. Caso não combinem, a opção caberá ao devedor. Essas obrigações se caracterizam pela presença da conjunção "ou".

Tomemos, por exemplo, contrato em que o devedor pudesse escolher entre entregar carro ou seu equivalente em dinheiro.

A seu respeito há três regrinhas importantes:

1º o credor não pode ser obrigado a receber parte em um objeto e parte em outro; 2º se uma das duas prestações se tornar inexeqüível, subsiste a obrigação em relação à outra, caso a escolha coubesse ao devedor. "A" devia a "B" um cavalo ou um boi. A escolha cabia ao devedor "A". Se o cavalo morrer, subsiste a obrigação quanto ao boi.

Se a escolha coubesse ao credor, este poderia optar pela prestação subsistente ou pelo valor da outra, mais perdas e danos em qualquer caso, se houvesse culpa do devedor. No exemplo acima, cabendo a escolha ao credor "B" e vindo o cavalo a perecer por culpa de "A", "B" poderá optar pelo valor do cavalo acrescido de perdas e danos, ou pelo boi mais perdas e danos. As perdas e danos são devidas à culpa de "A". Inexistindo culpa, não há falar em perdas e danos. "B" deverá optar pelo boi, sem perdas e danos, uma vez que não houve culpa; 3º se todas as prestações se tornarem inexeqüíveis, por culpa do devedor, este será obrigado a pagar o valor da última que se impossibilitou, mais perdas e danos, caso coubesse a ele a escolha. No caso do cavalo e do boi, vindo os animais a perecer, primeiro o cavalo, depois o boi, por culpa de "A", se a ele cabia a escolha, deverá pagar a "B" o valor do boi mais perdas e danos.

Se a escolha cabia ao credor, este pode escolher de qual delas será indenizado, mais perdas e danos. Em outras palavras, sendo a escolha de "B", poderá ele escolher pelo valor de qual dos dois animais será indenizado, mais perdas e danos.

Não havendo culpa do devedor, extingue-se a obrigação, com restituição do preço, mais correção monetária, se for o caso.

Logicamente que, tanto a segunda, quanto a terceira regra referem-se à inexeqüibilidade das prestações anterior à escolha. Uma vez que a escolha seja feita, a obrigação deixa de ser alternativa e, vindo seu objeto a se tornar inexeqüível, não se aplicariam tais regras.

Obrigações facultativas - Há obrigação facultativa, quando o devedor tiver o direito de pagar coisa diversa da efetivamente representativa do objeto da prestação. Aqui existe no início uma única prestação determinada, que pode ser, todavia, substituída pelo devedor ou pelo credor. Diz-se que há um objeto in obligatione e dois in facultate solutionis.(54) Exemplo histórico ocorreu no

Brasil por volta de 1990, quando se proibiram consórcios de carros. As administradoras de consórcio, a fim de burlar a proibição, passaram a elaborar contratos cujo objeto consistia em motocicleta, tendo o consorciado a faculdade de fazê-la substituir por certo automóvel. O objeto da prestação contratual era apenas um, entregar motocicleta.

Facultativamente, porém, o credor, no caso o consorciado, poderia optar por carro no lugar da moto.

Obrigações cumulativas - São as que comportam diversas prestações somadas.

Caracterizam-se pela conjunção "e". Exemplo é contrato em que devedor entrega seu carro, seu telefone e soma em dinheiro por 100 bois.

Supondo que o carro venha a perecer, em virtude de fortuito, deverá entregar o telefone e o dinheiro, resolvendo-se a obrigação no respeitante ao carro. Se já houver recebido os bois, deverá restituir os equivalentes ao carro.

(54 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. III, p. 260. In obligàtione: no ceme da obrigação. In fàcultàte solutionis: na escolha que se pode fazer, quando do pagamento.)

Como vemos, credor nada perde. Aquilo que entregara pelo carro, ser-lhe-á restituído. Apenas o devedor perde. Perde o carro.

Logicamente, sendo o perecimento culpável, será feita a entrega do telefone e do dinheiro, acrescida de perdas e danos pelo carro. Essas perdas e danos podem se traduzir em juros, adicionados ao montante que o devedor porventura tenha que restituir ao credor pela perda do veículo.

Obrigações divisíveis - São aquelas cujo pagamento pode ser dividido em várias parcelas, sem que se descaracterize o objeto da prestação. Há dois casos que interessam a esse respeito.

1° Obrigação divisível com pluralidade de devedores: divide-se em tantas obrigações iguais e distintas, quantos os devedores. Os vários condôminos de um edifício têm a obrigação de pagar as despesas comuns, que serão divididas em tantas obrigações iguais e distintas, quantos sejam eles.

2° Obrigação divisível com pluralidade de credores: o devedor comum paga a

cada um dos credores parcela da dívida global. Cada credor só poderá exigir sua parcela. Assim é o caso da sociedade em relação aos sócios, no respeitante à distribuição de dividendos, ou seja, lucros. Se a sociedade deu lucros para serem divididos entre os sócios, a cada um será entregue sua parcela proporcionalmente a sua participação. Cada um só poderá exigir da sociedade sua parcela individual.

Como vimos, tanto se houver pluralidade de devedores quanto de credores, a obrigação será fracionária.

Obrigações indivisíveis - São aquelas cujo pagamento só pode ser efetuado de uma única vez, sob pena de se descaracterizar o objeto da prestação. Um carro, por exemplo, só pode ser entregue de uma só vez.

Aqui, também, há dois casos a estudar.

1° Obrigação indivisível com pluralidade de devedores: cada um dos devedores será obrigado pela dívida toda. Se "A" e "B" devem um carro a "C", este poderá exigir o pagamento de qualquer um dos dois, ou de ambos ao mesmo tempo.

2° Obrigação indivisível com pluralidade de credores: cada um poderá exigir a dívida inteira. O devedor se desonera, pagando a um ou a todos, conjuntamente.

Se apenas um receber, deverá entregar aos demais o equivalente em dinheiro do que seria sua parcela. Se "A" deve um carro a "B" e "C" significa que qualquer um destes poderá exigir o carro de "A". "A", por sua vez, se desobriga, pagando a qualquer um deles. Se o pagamento for feito somente a "C", este deverá entregar a "B" o equivalente em dinheiro referente a sua parte.

A obrigação indivisível, como pudemos ver, será solidária, se houver pluralidade de sujeitos.

Se a obrigação indivisível se resolver em perdas e danos, deixará de ser indivisível, uma vez que perdas e danos se pagam em dinheiro. O dinheiro, como se sabe, pode ser entregue de várias vezes. Havendo culpa dos devedores, as perdas serão divididas entre eles. Se só um for o culpado, só ele responderá por elas.

vejamos um exemplo. "A" e "B" devem um carro a "C". O carro se perde por culpa de ambos os devedores. vale dizer que ambos responderão junto a "C"

pelos prejuízos. Mas se a culpa tiver sido apenas de "B", dele sozinho será a responsabilidade pelas perdas e danos.

Obrigações fungíveis - São fungíveis as obrigações, quando o objeto, mesmo que infungível, não for de importância essencial para o credor. Suponhamos que uma pessoa negocie com construtora a troca de apartamento por quadro de pintor famoso. A construtora, para não perder o negócio, acaba por aceitar. Ora, o quadro é infungível, mas se vier a perecer, mesmo que por culpa do devedor, a construtora não poderá exigir perdas e danos, pois seu interesse não era o quadro em si, mas seu valor, que poderá ser substituído por dinheiro, transformando-se a troca em compra e venda. O objeto, no caso, é infungível, mas a obrigação é fungível.

Obrigações infungíveis - Nas obrigações infungíveis, o objeto, ainda que fungível, é o principal interesse do credor. Se compro de agricultor dez sacas de café, quero receber dez sacas de café e não de milho. Portanto, se o café vier a perecer, deverá ser substituído por café. Na impossibilidade da substituição, e havendo culpa do devedor pelo perecimento do objeto, caberá indenização por perdas e danos. Afinal, apesar de fungível o objeto, a obrigação era infungível.

9 EFEITO DESEJÁVEL DAS OBRIGAÇÕES: PAGAMENTO

Estudamos até o momento as obrigações em sua estrutura e diferentes classes. No presente ponto, passaremos ao estudo dos efeitos das obrigações.

As obrigações produzem efeitos diretos e indiretos.

Os diretos são o adimplemento, o inadimplemento e o atraso no adimplemento.

Os indiretos são os direitos conferidos pela Lei ao credor para obter ou o adimplemento preciso da obrigação ou o ressarcimento por perdas e danos ou os dois ao mesmo tempo.

vejamos os efeitos diretos das obrigações. O primeiro deles é o adimplemento. É

efeito desejável. Os outros dois, o inadimplemento e o atraso no adimplemento podem-se dizer indesejáveis.

9.1 Definição

Pagamento ou adimplemento é ato do devedor satisfazendo o direito do credor, pondo fim à obrigação. É o exato cumprimento de uma obrigação. Com isto, se quer dizer que o objeto da obrigação não pode ser substituído por outro, ainda que mais valioso, sem o consentimento do credor. Tecnicamente, o cumprimento exato da obrigação, ou adimplemento, recebe o nome de pagamento. Pagar significa, portanto, satisfazer o direito do credor, seja dando algum coisa, fazendo ou não fazendo algo. Desvinculemos da idéia de pagamento a de dar dinheiro. Dar dinheiro é apenas uma forma de pagamento.

9.2 Natureza jurídica

Quando se questiona a natureza jurídica jurídica de determinado instituto, o que se tem em mente é a inserção do instituto analisado em alguma das várias categorias do Direito. O objetivo é o de buscar sua regulamentação. Assim, se digo que a natureza jurídica da doação é a de contrato, estarei inserindo-a na categoria dos contratos, aplicando-lhe as regras do Direito Contratual.

Existem pelo menos sete importantes correntes que procuram definir a natureza do pagamento.

Segundo uma primeira, é considerado a consecução do objetivo da obrigação. A falha é considerar o pagamento apenas do ponto de vista econômico, função igualmente comum a todos os outros modos extintivos de uma obrigação. Indica, pois, sua função econômica e não sua natureza jurídica.

De acordo com segunda opinião, pagamento é a realização do conteúdo da obrigação. O defeito é o mesmo da primeira. Distingue o pagamento dos outros modos extintivos, mas não lhe determina a natureza jurídica.

A natureza do pagamento será, indubitavelmente, encontrada no mundo dos atos jurídicos. Resta apenas saber se seria negócio jurídico, ato devido ou ato jurídico em sentido estrito.

No parecer de Carnelutti,(55) é ato devido, uma vez que o devedor paga, não porque motivado a fazê-lo, como se encontrava ao celebrar o contrato. O devedor paga, somente porque deve pagar. Não busca com isso nenhum objetivo especial.

O objetivo que buscava já foi alcançado com o implemento da obrigação. Negócio jurídico seria a compra e venda, em que o comprador tem por finalidade

adquirir bem. Quando realiza pagamento, seu objetivo já foi cumprido. Paga tão-somente por ser dever seu. Pagamento é, portanto, ato devido.

(55 CAIUIELUTTI, Francesco. Estudios de derecbo procesàl. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, v. I, p. 507 et seq.) Para outros, pagamento é negócio jurídico. Ora, negócio jurídico é ato voluntário e lícito que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas. O pagamento tem por fim específico a extinção de relação jurídica, ainda que parcialmente, como na hipótese de pagamento em parcelas sucessivas, como aluguéis. Os atos devidos não têm finalidade alguma, não são movidos por vontade criadora, modificadora ou extintiva. São realizados por mera observância da norma, ou por mera conveniência. Não é o caso do pagamento. Este é negócio jurídico.

Outros entendem ser o pagamento ato jurídico em sentido estrito, uma vez que a vontade que o motiva não é tão intensa quanto nos negócios jurídicos.

Para outra corrente ainda, o pagamento seria simples fato jurídico.

Acontecimento que repercute na esfera do Direito, pondo fim a relação obrigacional.

Por fim, há quem considere o pagamento, ora fato, ora negócio jurídico, dependendo das circunstâncias em que seja feito. Tal é a opinião de Oertmann, (56) Lehman(57) e Eneccerus.(58)

Se o pagamento, simplesmente, puser fim à obrigação, terá a natureza de fato.

Mas se, pelo pagamento, houver transferência de domínio, do devedor ao credor, será negócio jurídico. Assim, na compra e venda, o pagamento realizado pelo comprador tem a natureza de simples fato, pois a tradição do preço põe fim à obrigação, nada se tendo mais em vista. Por outro lado, o pagamento realizado pelo vendedor tem a natureza de negócio jurídico, uma vez que o vendedor tem em vista, ao entregar a coisa, transferir seu direito de propriedade ao comprador. (59)

9.3 Condições de validade do pagamento

Para que o pagamento seja válido, é necessária a capacidade de fato que possuem os maiores de 21 anos e os emancipados. Os absolutamente incapazes

serão representados. Os relativamente incapazes serão assistidos.

Além da capacidade de fato, exige-se a capacidade negocial. Capacidade negocial é a satisfação de alguns requisitos extras, exigidos pela Lei em alguns casos específicos. Tratando-se de pagamento, o falido, por exemplo, não tem capacidade negocial para pagar. Conterão defeito grave os pagamentos que realizar fora do processo de falência. Se o defeito é grave, vale dizer que o ato pode ser anulado a qualquer instante, a pedido de qualquer interessado ou pelo juiz, de oficio.

Além de agente capaz, é condição do pagamento que o objeto seja possível, tanto materialmente, quanto juridicamente. Ademais, deve restringir-se ao pactuado.

Como vimos, não se pode obrigar o credor a receber coisa diferente da devida, nem o devedor a entregar coisa diversa da devida.

(56 Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições, v. II, p. 115.

(57 Idem, ibidem.)

(58 ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Derecbo civil. Buenos Aires: Bosch, 1948, t. 2, v.

I, p. 299.

(59 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., p. 114/115.

Por fim, o pagamento deve ser efetuado por forma adequada, conforme o combinado.

Não se pode, por exemplo, obrigar o credor a recebê-lo em cheque, se tal não foi previamente combinado.

9.4 Regras básicas

Estudar o pagamento é responder a várias questões importantes. São elas:

- Quem pode pagar?

- A quem pagar?

- Que pagar?

- Como provar o pagamento?

- Onde pagar?

- Quando pagar?

Respondidas estas perguntas, passaremos a estudar as formas especiais de pagamento.

a) Quem pode pagar? - O devedor, por si, por seu representante (legal, contratual ou preposto) ou por seus sucessores (inter vivos ou causa mentis).

Um terceiro interessado (fiador, por exemplo).

Um terceiro não interessado.

Pagamento efetuado pelo próximo devedor - O devedor é o principal interessado em executar a obrigação, podendo fazê-lo pessoalmente, ou por intermédio de representante. Pode representá-lo, se for incapaz, seu representante legal; sendo capaz, poderá ser representado por procurador ou por preposto, ambos agindo em seu nome. Se falecer, a dívida se transmite a seus herdeiros intra vires bereditatis,(60) ou seja, os herdeiros somente respondem pela obrigação com os bens da herança. Se esta não for suficiente, tanto pior para o credor. A sucessão hereditária é causa mentis. Há também outra espécie de sucessão, a inter vivos, quando um terceiro substitui o devedor, ocupando seu lugar.

Aqui cabe excepcionar as obrigações intuitu personae, que só se podem realizar pelo próprio devedor, que se as não adimplir pessoalmente, restarão as perdas e danos. O termo intuitu personae quer dizer em função da confiança entre as partes.

Obrigação intuitu personae seria, pois, aquela que só admite o pagamento pelo devedor. É o caso da encomenda de obra feita por editora a autor famoso. Só serve o pagamento, ou seja, a entrega da obra, pelo dito autor.

(60 Literalmente," dentro das forças da herança".) Da mesma forma que o

devedor tem a obrigação de pagar, o credor tem a obrigação de receber, seja do devedor, seja de terceiro. Caso contrário teremos a mora creditons, ou mora de receber. Aqui só cabe a distinção se o terceiro é interessado ou não, se faz o pagamento em seu próprio nome ou em nome do devedor.

Pagamento efetuado por terceiro interessado - Terceiro interessado é todo aquele que pode vir a ser obrigado a pagar, ou todo aquele que pode vir a se prejudicar, caso o devedor não pague. É o caso do fiador, do avalista etc.

Este pagamento não extingue a dívida, senão em face do credor. O devedor continua devendo, só que ao terceiro, por força da sub-rogação.

A sub-rogação tem o poder de transferir ao terceiro interessado que paga todos os privilégios do credor. Imaginemos, a título de ilustração, que o devedor esteja falido. Dentre seus devedores, encontra-se sua empregada doméstica, que terá preferência sobre todos os demais credores, quando do pagamento. Se terceiro interessado pagar à empregada, assumirá seu lugar na ordem de preferência. Será o primeiro a receber, por força da sub-rogação.

Por fim, nem o credor, nem o devedor podem se opor a pagamento de terceiro interessado, que, em última instância, dispõe do depósito judicial para realizá-

lo.

Pagamento efetuado por terceiro não interessado, em nome e por conta do devedor.

Este não é, de modo algum, parte na obrigação. Realiza o pagamento por mera liberalidade. Não se sub-roga nos direitos do credor, ficando a dívida totalmente extinta. Como não há sub-rogação, conclui-se que nem o credor, nem o devedor podem se opor ao pagamento, a não ser que o façam em conjunto.

Pagamento efetuado por terceiro não interessado, em seu próprio nome - Aqui, não há qualquer liberalidade. O terceiro está pagando em seu próprio nome. A Lei lhe nega a sub-rogação, mas lhe dá o direito de reembolso. Em outras palavras, o terceiro não substitui o credor em todos os seus direitos, ações, privilégios e garantias. Assim, se o credor originário tinha preferência na ordem de receber, como no caso da empregada, esta situação não se transfere ao terceiro não interessado, que será um dos últimos a receber. Terá tão-somente direito a ser reembolsado daquilo que dispendeu para efetuar o pagamento.

O devedor poderá opor-se ao pagamento, se alegar motivo justo.

b) A quem pagar? - O princípio geral é de que se deve pagar ao credor, a seus sucessores ou a quem os represente. Fora daí, quem paga mal, paga duas vezes, ou seja, quem pagar à pessoa errada, deverá pagar de novo à pessoa certa.

Pagamento ao credor - O credor é a pessoa a quem naturalmente se paga. Não é necessário que essa qualidade seja contemporânea ao nascimento do crédito.

Assim é que os herdeiros e cessionários também podem ser credores.

O pagamento também pode ser efetuado ao representante legal ou contratual do credor, desde que tenham poderes para receber e dar quitação.

O pródigo não é capaz para dar quitação, porque esta importa ato de liberalidade, excedente à mera administração.

Feito a pessoa absolutamente incapaz, o pagamento conterá defeito grave, podendo ser anulado. Se realizado a relativamente incapaz, o vício se considera leve mas, assim mesmo, o ato poderá ser anulado. Seria, entretanto, defeituoso o pagamento, mesmo que o incapaz ou o relativamente capaz não tenham tido qualquer prejuízo, antes pelo contrário, tenham com ele lucrado?

A resposta que nos parece mais adequada é a de Clóvis Beviláqua,(61) seguido por Serpa Lopes(62) neste caso, com base no princípio que proíbe o enriquecimento ilícito, o pagamento seria válido, provando o devedor que não houve prejuízo para o credor incapaz.

Outra questão que surge é quando o devedor age com erro escusável, não sabendo ser o credor incapaz. Neste caso, desde que prove o erro escusável, o pagamento será válido. O incapaz não poderá alegar que dolosamente ocultou sua incapacidade, pois nemo tulpitudinem suam allegare oportet, vale dizer, ninguém poderá alegar a própria torpeza.

A regra é que o devedor deverá pagar novamente, salvo se provar que a culpa foi do credor.

Casos de validade do pagamento feito a "não credor"

1° quando o credor der causa ao erro. O credor manda o devedor depositar o

pagamento em dinheiro na conta errada;

2° quando o credor ratificar o pagamento. A ratificação pode ser tácita ou expressa. O devedor paga à pessoa errada, e o credor confirma o pagamento, liberando o devedor. Se no recibo, o credor fizer a observação de que, mesmo tendo a dívida sido paga a outra pessoa, o devedor está liberado, a ratificação será expressa. Se, ao revés, o credor apenas der o recibo, liberando o devedor, sem entrar em detalhes, a ratificação será tácita;

3° quando o pagamento for proveitoso ao credor. Por exemplo, o devedor prova que, com o pagamento, realizou obrigação que o credor teria que realizar, ou prova que o terceiro a quem se pagou remeteu a importância ao credor. João paga a Manoel dívida que deveria pagar a Joaquim. Ficará liberado, se comprovar, por exemplo, que Joaquim remeteu o objeto do pagamento a João; 4° quando o pagamento for feito a credor putativo. Credor putativo é aquele que aos olhos do devedor parece ser o verdadeiro credor mas, na realidade, não é.

Aqui, aplica-se a teoria da aparência para proteger o devedor de boa-fé.

(61 BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil. Op. cit., v. 4, p. 93/94.) (62 SERPA LOPES, M-M- Curso. Op. cit., v. II, p. 170.172.) Ao credor verdadeiro cabe apenas ação de regresso contra o terceiro que recebeu indevidamente.

Suponhamos que "A" pague a homônimo de seu credor, através de depósito em conta, por exemplo. "A" não agiu de má-fé, sendo levado pelas farsas aparências.

Consequentemente, considera-se válido o pagamento. Ao verdadeiro credor caberá regressar contra seu homônimo, exigindo que lhe dê o que recebeu por engano; 5°

quando o pagamento for realizado a representante putativo do credor.

Representante putativo é o que, aos olhos do devedor parece representar o credor mas, na verdade, não é. A teoria que fundamenta a validade do pagamento é também a da aparência, e os requisitos são os mesmos, ou seja, a putatividade e a boa-fé do devedor. Em outras palavras, o pagamento considera-se válido, possuindo o credor direito de regresso contra seu representante putativo.

Vejamos um exemplo. João, durante anos representou a empresa "x" em certa

cidade do interior. vendia seus produtos e recebia pagamentos. Após esse tempo, a empresa cancelou o contrato de representação com João, sem comunicar o fato publicamente. Ninguém na cidade tomou conhecimento de que João não era mais representante da empresa "X". Assim sendo, pode-se dizer que João tornou-se representante putativo da empresa, ou seja, parecia representá-la, aos olhos de todos mas, em verdade, não era seu representante. Com base nisso e na teoria da aparência, que protege o devedor de boa-fé, se for realizado algum pagamento a João, será válido, tendo a empresa apenas o direito de exigir que João lhe entregue o que recebeu. Contra o devedor nada poderá fazer.

Impedimento legal do credor em receber - O credor pode ser impedido por lei de receber, em três casos:

1° quando seu devedor tiver seus bens arrecadados em processo de falência ou insolvência civil.(63)

Suponhamos que o devedor tenha entrado em processo de falência iniciado por um ou todos os demais credores de uma só vez. Se assim for, não poderá pagar a nenhum de seus credores fora do processo falimentar. Os credores não poderão aceitar qualquer pagamento feito extra processualmente;

2° quando houver terceiro, opondo-se ao pagamento, por exemplo, por ser também credor do devedor. No processo de falência, por exemplo, o falido não poderá realizar nenhum pagamento sem a anuência dos demais credores, que poderão se opor, se não forem consultados;

3° quando o credor tiver seu crédito penhorado por um de seus próprios credores.

João é credor de Joaquim, que, por sua vez, é credor de Gustavo. Joaquim não paga a João que o executa, penhorando seu crédito junto a Gustavo.

(63 A falência é restrita aos comerciantes, enquanto a insolvência civil, regulada no Código de Processo Civil, ocorre para os não comerciantes.) Dessa forma, Joaquim fica proibido de receber de Gustavo. Quanto a este, uma vez que seja intimado da penhora, se insistir em pagar a Joaquim, poderá vir a ser forçado a pagar novamente a João, tendo, depois, direito de regresso contra Joaquim.

c) Que pagar? - Em primeiro lugar, o objeto há de ser lícito. Normalmente, quando o pagamento importar transmissão da propriedade de um bem para o

credor, o devedor deverá ser seu legítimo dono, com poderes de alienação. No entretanto, não sendo dono o devedor, e sendo a coisa fungível, o credor de boa-fé não estará obrigado a restituí-la, senão a parte que ainda mantiver intacta em seu poder. Assim, se Pedro entregar a João, em pagamento, duas sacas de milho que não lhe pertenciam, estando João de boa-fé, não poderá ser obrigado a restituir o milho, a não ser que as sacas estejam intactas.

O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, mesmo que mais valiosa. Por outro lado, o devedor não pode ser compelido a pagar outra que não a devida, ainda que mais barata. Há duas exceções que dizem respeito às obrigações facultativas e ao perecimento da coisa por culpa do devedor, quando será substituída por dinheiro, a título de perdas e danos.

O pagamento não pode ser realizado por partes, ainda que o objeto da obrigação seja divisível. Excetuam-se os casos em que a Lei expressamente permite, ou que as partes assim o pactuem.

As dívidas em dinheiro serão pagas em moeda corrente do país, salvo nos contratos internacionais. Além disso, o pagamento pode ser efetuado com algum título representativo de dinheiro, como cheque, por exemplo. O credor, é lógico, não é obrigado a aceitar.

O pagamento por medida ou peso pode variar com o lugar, como ocorre com o alqueire. Assim, salvo disposição contrária, estabelece a Lei a presunção de terem querido as partes adotar a medida do lugar da execução. Se compro dez alqueires de terra em São Paulo, ainda que o negócio tenha sido fechado em Minas, a presunção, salvo estipulação contrária no contrato, é de que a medida será em alqueires paulistas, por ser São Paulo o lugar em que será o contrato executado.

Quanto às dívidas decorrentes de ato ilícito, a regra é que prevalecerá o valor mais favorável ao lesado. Assim, se uma pessoa, por exemplo, destrói moeda estrangeira de outra, terá que indenizá-la ao câmbio mais favorável.

d) Como provar o pagamento? - Prova-se o pagamento pela quitação.

Quitação é ato do credor, liberando o devedor. Se o credor a ela se recusar, o devedor tem dois remédios: ou reter o pagamento ou consigná-lo em juízo, valendo a sentença como quitação.

Quitação é palavra mal aplicada na prática, sendo muito utilizada no lugar de pagamento integral. Assim, se digo que vou quitar uma dívida, estou querendo dizer que irei pagá-la integralmente; pagar a última parcela, por exemplo. Mas, tecnicamente, quem quita é o credor e não o devedor. O devedor paga, salda ou liquida a dívida e o credor quita ou dá quitação.

Qual seria a natureza jurídica da quitação? Seria ela negócio jurídico ou ato devido?

Para responder a esta questão, devemos pesquisar os fatores que impulsionaram o credor ao ato. Teria ele sido motivado por vontade de criar, modificar ou extinguir a relação jurídica obrigacional, como ocorre, ao celebrarmos contrato?

Evidentemente, não. Ora, a relação obrigacional se extingue, ainda que parcialmente, pelo pagamento. A quitação é mero direito do devedor. Ao satisfazê-lo, nada obtém o credor além da satisfação deste direito. E o satisfaz por ordem legal, pura e simplesmente. A quitação, diante disso, é sem sombra de dúvida ato devido.

São requisitos da quitação:

1° designação do valor e da espécie da dívida quitada, ou mera referência a ele.

Exemplo seria: "recebi de 'B a importância referente ao pagamento de um carro que lhe vendi";

2° o nome do devedor ou quem por este pagou;

3° o tempo e lugar do pagamento;

4° a assinatura do credor ou de quem por ele receber.

Quanto à forma da quitação, existe problema um tanto quanto sensível. A questão gira toda em torno dos arts. 1.093 e 940 do CCB. O art. 940 lista os requisitos da quitação exigindo, pois, que seja ela escrita. já o art. 1.093 diz que a quitação se prova por qualquer meio. Como seria, então, a solução?

Duas hipóteses se destacam. Na primeira, a quitação teria forma livre, podendo provar-se até por testemunhas. De acordo com a segunda, o art. 1.093 estaria apenas se referindo à forma pública ou privada, sendo o recibo essencial à

quitação. Entendo ser mais lógica a primeira. Mesmo porque, a se admitir a segunda, correríamos risco de favorecer o enriquecimento ilícito.

De qualquer maneira, é bom e recomendável, para evitar problemas, que a quitação sempre se dê por recibo, que é seu instrumento.

Além do recibo, a quitação pode dar-se pela restituição do título. Uma nota promissória, por exemplo, que esteja em poder do credor. Se, porventura, o título se perder, o devedor pode reter o pagamento, até que o credor lhe dê declaração, inutilizando o título, se isto for possível. Se não for possível, como no caso de cheque ou promissória ao portador, o devedor terá que pagar e regressar contra o credor. Se dou a Manoel um cheque ao portador, para garantir certo pagamento (como é muito comum nos hotéis e hospitais), e o credor perde o cheque, caindo este nas mãos de terceiro de boa-fé, terei que pagá-lo, regressando contra o credor.

Há hipóteses de presunção de quitação. Passemos, então, a analisá-las.

A quitação se presume em quatro casos, a saber:

1° no pagamento consistente em quotas periódicas, a quitação da última presume a quitação das anteriores;

2° se a quitação se referir ao capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos;

3° a entrega do título ao devedor firma presunção de pagamento. Se o devedor receber o título e não pagar, nascerá para o credor o direito de acioná-lo, exigindo o pagamento. Este direito prescreve em 60 dias da entrega do título; 4°

destruição do título pelo credor, ou quando este o torne ilegível.

Finalmente, cabe responder a quem incumbem as despesas com a quitação.

Presumem-se por conta do devedor. Se o credor mudar de domicílio ou morrer, deixando herdeiros em lugar diferente, as despesas ficarão por conta do credor ou de seus herdeiros.

e) Onde pagar? - Há dois tipos de obrigação, as chamadas "quérables" e as

'jortables". "Quérables" ou quesíveis, do verbo latino "quaerere" (procurar), são obrigações pagas no domicílio do devedor. O credor deve "procurar" o devedor para receber. Esta é a regra geral.

"Portables" ou portáveis são as obrigações pagas no domicílio do credor. Isto só ocorrerá por força do contrato, das circunstâncias ou da Lei.

Em determinados tipos de obrigação, não há como o pagamento ser efetuado no domicílio do devedor. A obrigação do empregado doméstico é exemplo bastante esclarecedor.

Estudemos, agora, algumas regras especiais sobre o lugar do pagamento.

Em primeiro lugar, carece não confundir domicílio de pagamento com foro de eleição, que é a comarca eleita no contrato para que as partes acionem uma à outra, se houver necessidade.

Além disso, se após a convenção, o devedor mudar seu domicílio, ceder seu crédito para quem seja domiciliado em outro local, ou morrer, deixando herdeiros em diferentes lugares, a regra será a mesma: prevalecerá sempre o domicílio do devedor original. De qualquer forma, há quem entenda que, nesses casos, o novo devedor possa exigir que a dívida se pague em seu domicílio, desde que arque com os ônus da mudança.

Vejamos alguns exemplos. "A" devia a "B" um carro, tendo sido convencionado que o carro seria entregue no domicílio de "B". Ocorre que, antes da entrega, "B"

cedeu seu crédito, ou seja, o direito de receber o carro, a "C", que era domiciliado em outra cidade. A regra diz que "A" não será obrigado a levar o carro até "C", a não ser que este arque com as despesas. Em outras palavras, "C"

terá que buscar o carro na cidade em que "B" era domiciliado, a não ser que arque com as despesas decorrentes da mudança do local de pagamento.

Outro exemplo seria o de "A" que devia um carro a "B". Antes da tradição, "B"

morreu, deixando herdeiros em outra cidade. "A" não terá que entregar o carro na cidade dos herdeiros, a não ser que estes arquem com as despesas decorrentes da mudança do local de entrega.

O mesmo ocorrerá se "B" mudar seu domicílio para outra cidade. "A" não terá que entregar o carro no novo domicílio de "B", a não ser que este arque com as despesas decorrentes da mudança do local de entrega.

Por fim, o pagamento que consistir na tradição de imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar em que este se achar.

Em relação à tradição do imóvel, só pode ser mesmo entregue no local em que se achar.

Mas, no que tange às prestações relativas ao imóvel, as dúvidas aparecem.

Há quem entenda, nas pegadas de Lacerda de Almeida,(64) que o dispositivo se refere a quaisquer prestações, tanto as de dar (ex.: pagar aluguéis), como as de fazer (ex: reformar o imóvel).

Há quem entenda, como Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Serpa Lopes e Caio Mário, ser o princípio aplicável apenas às obrigações de fazer.(65) Resta, ainda, observar que, se no contrato forem designados dois ou mais lugares, caberá ao credor a escolha.

o Quando pagar? - No vencimento. Disso resultam dois princípios importantes: 1° o credor não pode exigir o pagamento antes do vencimento; 2° o devedor não pode forçar o credor a receber antes do vencimento.

Logicamente, a Lei abre exceções a ambos os princípios, algumas das quais, veremos mais adiante, quando estudarmos os contratos. Uma delas é a do art. 52,

§ 2° do Código do Consumidor. Segundo este dispositivo legal, sempre que a venda for a crédito, o consumidor terá o direito de liquidar antecipadamente o débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional de juros e demais acréscimos.

O tempo do pagamento pode ser expresso ou tácito.

Será expresso, quando o contrato ou a Lei determinarem prazo certo.

Será tácito, quando se presumir da própria natureza da obrigação.

(64 LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Obrigações. Op. cit., p.

127.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Op. cit., v. 1V, p. 108/109. CARVALHO SANTOS.

Código civil brasileiro interpretado. 9. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, t. 12, p. 283)

(65 SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 185. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 128.)

(Ad nutum de alguém ou ao nuto de alguém, em bom português, significa "de acordo com a vontade de alguém". Ad nutum do credor quer dizer "segundo a vontade exclusiva do credor".)

Não sendo nem expresso, nem tácito, o prazo será totalmente indeterminado, e aí a regra é de que o vencimento será ad nutum(66) do credor, ou seja, quando o credor quiser. Neste caso deverá interpelar o devedor, a fim de constituí-lo em mora. Esta interpelação poderá ser judicial ou extrajudicial. No caso de ser a interpelação particular e pessoal, aconselha-se, sempre, fazê-la por escrito. O

devedor assinará uma via juntamente com duas testemunhas, em vista do art. 135

do Código Civil.

As obrigações condicionais se cumprem no tempo do implemento da condição. Se prometo dar preferência a Pedro, quando for vender meu carro, deverei oferecer a ele em primeiro lugar, quando a condição se implementar, ou seja, quando decidir vender o automóvel.

Há casos em que o pagamento pode ser exigido antes do vencimento original. São eles:

a) insolvência, falência ou liquidação extrajudicial do devedor; b) cessação ou insuficiência das garantias oferecidas, como fiança, hipoteca, e outras, desde que o devedor não as queira renovar ou reforçar. Se, ao tomar empréstimo, apresentar fiador em garantia, morrendo este, deverei apresentar outro fiador ou outra garantia (hipoteca, penhor etc.), sob pena de ver a obrigação vencida antecipadamente.

9.5 Pagamentos especiais

a) Pagamento por consignação

Generalidades - Da mesma forma que o credor tem direito de receber, o devedor tem direito de pagar. Assim, da mesma forma que o credor pode forçar o devedor a pagar, também o devedor poderá forçar o credor a receber. Para isto, criou-se modalidade especial de pagamento por consignação, que consiste no depósito judicial ou extrajudicial da quantia ou coisa devida.

O objeto da consignação será sempre obrigação de dar. Não podem ser objeto obrigações de não fazer nem obrigações de fazer, a não ser que venham seguidas de obrigação de dar, como é o caso de escritor de obra encomendada. Se o escritor terminar o livro encomendado pela editora e esta se recusar a recebê-

lo, poderá aquele consignar a obra em juízo.

A consignação é também chamada de oferta real e há de consistir na entrega efetiva da rei debita, 1.e., da coisa devida, não servindo mera promessa ou declaração de que a coisa se acha à disposição do credor.

O procedimento consignatório poderá ser particular ou extrajudicial, tratando-se de obrigação de dar dinheiro. Segundo o art. 890 do Código de Processo Civil, sendo a obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro, sendo o caso, optar pelo depósito da quantia devida, em banco oficial, onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando o credor, por carta com aviso de recebimento, conferido o prazo de dez dias para que o credor se manifeste, se aceita ou não o depósito. Decorrido este prazo, sem manifestação de recusa, ficará liberado o devedor, podendo o credor levantar o depósito.

Para recusar o depósito, o credor deverá dirigir-se por escrito ao banco. Só aí, poderá o devedor ou o terceiro propor a ação de consignação em pagamento. O

prazo para a propositura será de trinta dias, contados da recusa, e o devedor deverá provar o depósito e a recusa do credor. Se a ação não for proposta nesse prazo, o depósito ficará sem valor, podendo ser levantado pelo devedor.

O procedimento consignatório será judicial nos demais casos.

O processo se abre com a propositura pelo devedor da ação de consignação em pagamento, também chamada de ação consignatória ou consignatária.

Na petição inicial, pede o devedor permissão para realizar o depósito da quantia ou da coisa devida, num prazo de cinco dias, contado do deferimento do pedido, a não ser que a quantia já esteja depositada em banco oficial, como explicado acima. Pede outrossim o devedor a citação do credor para que venha receber ou contestar o pedido.

Ao credor abrem-se três possibilidades:

1º receber, quando se extingue o processo;

2º contestar, quando será julgada a questão. Se o devedor for vitorioso, a própria sentença que condenar o credor a receber, já lhe servirá de quitação. Se o credor for vitorioso, o pagamento será efetuado conforme estatuir a sentença, valendo esta como título executivo. O processo de execução, se instaurado, correrá nos mesmos autos da consignação.

Se o credor alegar insuficiência do depósito, poderá levantar a quantia ou coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do devedor, prosseguindo o processo quanto à parte controvertida; 3º calar-se, quando será julgada a lide à revelia do credor silente.

Mas quando é que se dá a consignação em pagamento? Em outras palavras, quando o devedor poderá depositar o pagamento? As hipóteses de incidência são as seguintes:

1º recusa injusta do credor de receber ou dar quitação;

2º mora de receber;

3º quando for desconhecido o credor, ou estiver em lugar ignorado ou de difícil acesso;

4º quando ocorrer dúvida sobre quem seja o credor;

5º quando o objeto se tornar litigioso;

6º quando o credor for incapaz para receber;

7º quando se instaurar concurso de credores sobre os bens do credor, pois neste caso ficaria ele incapacitado para dar quitação.

Em síntese, como muito bem sintetizou o argentino, Alfredo Colmo, caberá recurso à consignação toda vez que o devedor não possa efetuar pagamento válido.

Requisitas subjetivos da consignação - O devedor deverá ser capaz de pagar e o credor capaz de receber.

Requisitas objetivos - O objeto do depósito há de ser líquido e certo. Se a coisa devida for indeterminada ou genérica, cabendo a escolha ao credor, deverá ele ser citado para fazer a escolha. Caso não a faça, incumbirá ao devedor fazê-

la, sendo a coisa, posteriormente, depositada. Se a escolha couber ao devedor, dispensa-se o procedimento inicial.

Os imóveis também podem ser objeto de consignação, depositando-se as chaves, a escritura etc.

Tempo certo para a consignação - Será o do vencimento, pois que antes dele o credor não é obrigado a receber. Não se admite a consignação do devedor em mora.

Lugar de propositura da ação - É o do foro do pagamento.

Levantamento do depósito pelo devedor - O devedor poderá levantar o depósito antes da contestação do credor, pagando todas as despesas. Mas a obrigação subsiste.

Depois de ter contestado, o credor poderá concordar com o levantamento.

Perderá, contudo, o direito sobre os co-devedores que não tiverem anuído.

Suponhamos que "A", "B" e "C" devam 5100,00 a "D". Imaginemos que, por uma razão qualquer, os devedores tenham consignado o pagamento. Depois de contestada a ação, "D" admitiu que "A" levantasse o depósito. Isso significa que "D" só terá direito de exigir o pagamento de "A". Contra "B" e "C" não terá mais direitos, a não ser que também eles tenham concordado com o levantamento efetuado por "A".

Após a sentença, o devedor não mais poderá levantar o depósito, se isto importar prejuízo para os co-devedores que, neste caso, ficarão desobrigados. Se "A"

levantar o depósito, com a anuência de "D", após a sentença que deu a este ganho de causa, perderá ele, "D", qualquer direito contra "B" e "C".

Como vimos, antes da aceitação ou da sentença, o levantamento importa renovação da obrigação. Após a sentença, para que a obrigação ressurja, será necessária disposição expressa nesse sentido no pedido de levantamento, que deverá ser assinado pelo devedor, credor, co-devedores e co-credores, ou por seus procuradores com poderes especiais.

Pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência - Mas e se o credor aceitar o depósito, pondo fim à ação? Segundo alguns, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios caberia ao devedor, uma vez que o credor não pode receber menos do que tem direito.

Ora, a tese não tem lógica, tendo em vista que, se o credor aceitou o depósito, significa que deu razão ao devedor. Aceitar o depósito seria, neste sentido, submissão, que não deixa de ser sucumbência. É a admissão da derrota. Todos sabem que o derrotado deve arcar com as custas processuais e com os honorários do advogado do vencedor.

Concluindo, caberá ao credor pagar as custas e honorários, se aceitar o depósito.

Contestado o depósito, o juiz deverá decidir quem tem razão, cabendo ao derrotado as custas e honorários.

b) Pagamento com subprogação

Definição - Sub-rogação é transferência da qualidade de credor para aquele que paga obrigação de outrem, ou empresta o necessário para isso.

Partes - Quem adquire a qualidade de credor, denomina-se sub-rogado ou sub-rogatário. Credor primitivo ou sub-rogante é o credor antigo, substituído.

Histórico - O Direito Romano não conhecia o instituto. Só mais tarde, admitiu que quem pagasse obrigação de terceiro, adquirisse o direito de ação contra o devedor.

O instituto da sub-rogação veio a ser desenvolvido pelos canonistas,(67) que inclusive criaram o termo, sendo finalmente adotado pelo antigo Direito Francês. (68)

Modalidades de sub-rogação

Legal - É a que decorre da Lei, independentemente da vontade das partes.

Aliás, ocorre mesmo contra a vontade do credor primitivo e do devedor.

Os casos são os seguintes:

a) em favor de credor que paga dívida do devedor comum, ao credor a quem competia direito de preferência. Assim, uma pessoa tinha vários credores. Um deles tinha direito de receber primeiro, por exemplo, credor com garantia real, como hipoteca. Se qualquer outro dos co-credores paga a este credor preferencial, sub-roga-se em seus direitos, por força de lei.

São requisitos deste caso:

- o sub-rogatário deve ser co-credor;

- o credor sub-rogante deve ter direito de preferência, legal ou convencional;

- o pagamento deve ser integral.

(67 Canonistas eram os juristas da Igteja, estudiosos dos cânones.

(68 BONNECASE, Julien. Elementos. Op. cit., p. 448. BALLE. Cours de droit civil.

Paris: Les Cours de Dtoit, 1951-52, p. 435 et seq.)

b) em favor do adquirente de imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário; c) em favor de terceiro interessado, que paga dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. É o caso do fiador, do avalista etc.; d) em favor do segurador que paga dano sofrido pelo segurado, contra o causador desse dano. Uma pessoa bate em meu carro, sendo sua a culpa. O seguro me indeniza e se sub-roga em meus direitos de receber do culpado; e) em favor de quem paga débito fiscal em nome do devedor; em favor de quem resgata título cambial de

terceiro, como quem paga nota promissória emitida por terceiro.

Convencional - É a que decorre de declaração de vontade, seja do credor, seja do devedor.

Os casos são dois, a saber:

a) quando o credor, recebendo pagamento de terceiro, lhe transfere todos os seus direitos. Assim, "A" recebe de "B" dívida que deveria ter sido paga por "C", transferindo a "B" todos os seus direitos contra "C". Na prática, isso pode se confundir com cessão de crédito. Havendo dúvida, o juiz deve se decidir pela cessão, aplicando as regras desta e não as da sub-rogação.

São requisitos desse caso a concorrência simultânea do pagamento e da transferência da qualidade creditória, que jamais poderá ser a postenori, sob pena de ser inoperante;

b) quando o terceiro empresta ao devedor a quantia necessária para o pagamento da obrigação, sob a condição de ficar investido nos direitos do credor.

O credor não tem qualquer direito de se opor.

São requisitos do caso (1) a simultaneidade do mútuo (empréstimo) e da subrogação e (2) a declaração expressa de que o mútuo implica sub-rogação, apesar de a Lei não exigir forma especial.

Desvantagens da sub-rogação - O sub-rogado adquire o crédito com todas as suas falhas e defeitos. Assim, se a dívida estiver prescrita, tanto pior para ele.

Suporta todas as exceções (defesas) que o devedor poderia opor contra o credor primitivo, por exemplo, de que a dívida era oriunda de obrigação natural, como dívida de jogo, sendo, portanto, inexigível.

Não tem direito a juros extras.

Está sujeito à mesma prescrição do crédito primitivo.

Não tem ação contra o sub-rogante, se o devedor se tornar insolvente, salvo disposição contrária. Mas o credor primitivo é responsável pela existência da dívida. Se esta não existir, e a sub-rogação tiver ocorrido com seu

consentimento, terá que restituir ao sub-rogatário o que dele recebeu. Em outras palavras, se o credor primitivo sabia que a dívida não mais existia (por ter sido paga, por exemplo) e, assim mesmo, aceitou o pagamento, terá que restitui-lo ao sub-rogado.

c) Imputação do pagamento

Definição - É a faculdade de escolher, dentre várias prestações de coisa fungível, devidas ao mesmo credor pelo mesmo devedor, qual dos débitos satisfazer. A título de exemplo, vejamos o caso em que uma pessoa deve à outra várias promissórias, sendo duas no valor de 5100, duas no valor de 5200, uma no valor de S140 etc. Se todas estiverem vencidas e o devedor entrar em acordo com o credor para pagar parceladamente, deverá ser especificado em cada pagamento, qual das promissórias está sendo paga.

Quem pode imputar o pagamento? - Presume-se, salvo disposição contrária, seja o devedor a imputar primeiramente. Se não o fizer, assistirá ao credor este direito. Se nenhum dos dois o fizer, a Lei resolverá o problema.

Imputação do devedor - Quando a pessoa é obrigada, simultaneamente, por mais de um débito da mesma natureza a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento. Tal faculdade é extensiva ao terceiro que paga, nos casos em que tenha o direito de fazê-lo. O credor por sua vez pode recusar a imputação na dívida ilíquida ou não vencida.

Assim, são requisitos da imputação do devedor:

a) a existência de diversos débitos; b) a identidade de sujeitos, que devem ser os mesmos, credor e devedor das várias dívidas; c) os débitos devem ser da mesma natureza, fungíveis, líquidos e vencidos.

Quanto aos débitos vincendos, ou seja, por vencer, antes era necessária autorização do credor, para que neles se imputasse o pagamento. Em outras palavras, se desejasse, das várias prestações de consórcio, pagar a atual e uma futura, quanto a esta, necessitaria da autorização do credor. Normalmente, o próprio contrato previa a hipótese. Com o advento do Código do Consumidor, a situação mudou.

Agora, é direito do devedor, pelo menos nas obrigações de dar dinheiro, em que haja financiamento ao consumo, adiantar quantas prestações lhe aprouver, tendo

descontados os juros; d) a prestação oferecida deve bastar ao pagamento de pelo menos algumas das dívidas, porque o credor, em princípio, não é obrigado a receber por partes.

Se o débito for de capital e juros, imputar-se-á o pagamento, primeiro nos juros vencidos, depois no capital, salvo disposição em contrário.

Imputação do credor - Dá-se quando o devedor não fizer a escolha, ou quando houver estipulação neste sentido. Não tendo exercido seu direito, o devedor não pode reclamar da imputação feita pelo credor.

Imputação legal - Ocorre quando nem o devedor, nem o credor houverem exercido seu direito de escolha.

Segundo se pode deduzir do texto legal,(69) a imputação obedecerá à seguinte ordem, sucessivamente:

1° dívidas líquidas e vencidas;

2° sendo todas líquidas e vencidas, serão escolhidas as mais onerosas; 3° havendo débitos em que vençam juros e outros em que não, imputa-se o pagamento nos primeiros;

4° se em todos vencerem juros, imputa-se nos que vençam juros mais altos; 5° as dívidas reforçadas por cláusula penal vêm em seguida; 6° se todas as dívidas forem exatamente iguais, imputar-se-á por igual em todas elas.

d) Dação em pagamento

Definição - Também chamada de datio pro soluto ou datio in solutum, ocorre quando o credor consente em receber coisa que não dinheiro, em substituição à coisa devida. Será sempre avençada após a constituição da obrigação, podendo ser antes ou depois de seu vencimento.

Espécies

1º datio rei pro pecunia (dação de coisa por dinheiro);

2º datio rei pro Te (dação de coisa por coisa).

O que não existe é a datio pecuniae pro Te (dação de dinheiro por coisa), que não seria dação em pagamento, mas indenização pela perda da coisa devida.

Requisitas

1° existência de uma dívida;

2° consentimento do credor;

3° entrega de coisa diversa da res debita;(70)

4° intenção de extinguir a obrigação, caso contrário teríamos doação.

(69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 152.(69) (70 Rei debita quer dizer "coisa devida".)

A coisa entregue não precisa ter o mesmo valor da res debita.

Pode ser mais cara ou mais barata. Sendo mais cara, o credor restituirá a diferença. Sendo mais barata, o credor poderá dar quitação parcial.

A coisa entregue pode ser móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea, um bem jurídico qualquer, uma coisa ou um direito, como o usufruto.

A coisa deverá ter existência atual. Se versar sobre coisa de existência futura, estaremos diante de novação objetiva e não de dação em pagamento. Se a dação se referir, por exemplo, a safra que ainda não foi colhida, a obrigação antiga se extingue, sendo substituída pela de entregar a safra, após a colheita. Essa substituição de obrigação velha por nova se denomina novação.

Uma vez que seja determinado o valor da coisa, a dação se equipara à compra e venda, regulando-se supletivamente por suas normas.

A evicção(71) da coisa recebida anula a quitação, restabelecendo-se na íntegra a relação anterior. Dessarte, se "A" entrega a "B" carro furtado, em pagamento de empréstimo, sendo este carro reclamado judicialmente por seu verdadeiro dono, e tendo "B" que restitui-lo, restabelecida será a obrigação original.

Datio pro soluto e datio pro solvendo - Datio pro soluto é a dação em pagamento que acabamos de ver. Datio pro solvendo é a assunção de nova obrigação para

garantir o pagamento da primeira. Uma pessoa, por exemplo, dá cheque em garantia de que pagará dívida. Aqui existem duas obrigações, uma é a original, a outra é a do cheque. Paga a original, a do cheque se extingue, e vice-versa.

9.6 Extinção das obrigações sem pagamento

Neste momento, iniciaremos o estudo dos modos extintivos das obrigações, sem que ocorra pagamento. Em outras palavras, a obrigação deixa de existir, sem que seja satisfeito o direito do credor. Os casos são de novação, compensação, transação, confusão, compromisso e remissão.

a) Novação

Definição - É a constituição de obrigação nova, em substituição a outra que fica extinta. Na novação o devedor exonera-se, sem cumprir a obrigação, enquanto o credor adquire um novo crédito em substituição ao antigo. A título de exemplo, suponhamos que "A" entregue a "B" sua conta de telefone para que este a pague.

Evicção, como vetemos adiante, é a perda da coisa, em virtude de sentença, em favor de alguém que possuía direito anterior sobre ela. Se compro carro roubado, pode ser que tenha que restitui-lo ao verdadeiro dono, por força de sentença judicial. A este processo de perda da coisa se chama evicção.

Sendo posteriormente reembolsado. Suponhamos, outrossim, que "B" pague a conta com cheque seu. Ao aceitar o cheque de "B", a companhia telefônica desonera "A", ocorrendo novação. Em outras palavras, o vinculo entre a companhia telefônica e

"A" deixa de existir, sendo novado, ou seja, substituído por um novo, entre a companhia e "B". Dessarte, caso o cheque esteja sem previsão de fundos, a companhia nada poderá fazer contra "A", visto que este já se exonerou.

Somente poderá executar o cheque de "B".

Daí a diferença entre novação e sub-rogação. Nesta, o vínculo original não se desfaz. Se o fiador pagar no lugar do devedor, nenhuma relação nova se criará. O

que ocorre é apenas a substituição do fiador no lugar do antigo credor, sucedendolhe em todos os direitos contra o devedor. Assim, se a obrigação estava garantida por uma hipoteca, por exemplo, esta se transfere ao credor sub-

rogatário, no caso, o fiador. Mas se a dívida já se achava prescrita, e o fiador incauto, assim mesmo a pagar, tanto pior para ele, por se lhe transferir a mesma dívida prescrita, ou seja, o vínculo antigo não se desfaz, sendo apenas transferido a novo titular.

O mesmo não sucede na novação. Nesta, o vínculo original se desfaz com todos os seus acessórios e garantias, como hipoteca, aval, condições, encargos etc., e com todos os seus defeitos, como a prescrição. Cria-se novo vínculo, totalmente independente do primeiro, salvo, é lógico, estipulação expressa das partes em contrário. voltemos ao exemplo de "A" e "B" com a conta telefônica. Havia originariamente vínculo entre a companhia telefônica e "A". Quando a companhia aceitou pagamento por meio de cheque de "B", tal vínculo se desfez, criando-se um novo, entre "B" e a companhia.

Requisitas de validade

1° Consentimento e capacidade, ou seja, as partes devem ser livres e capazes para decidirem se haverá ou não novação.

2° Existência da antiga obrigação, ainda que natural.

As obrigações portadoras de vício leve são passíveis de revalidação via novação, o que não ocorre em relação às portadoras de defeito grave, e com muita lógica.

Ora, se a obrigação é irremediavelmente defeituosa, nada há para ser novado. O

que ocorre não é novação, mas sim o surgimento de obrigação primeira, totalmente autônoma. Suponhamos que um menor impúbere, ou seja, absolutamente incapaz, celebre contrato sem estar devidamente representado por seus pais. O contrato conterá defeito grave, sendo anulável a qualquer momento. Bem, se depois de celebrado, o representante do incapaz confirmar o contrato, não se tratará de novação, pois é como se estivesse sendo celebrado novo contrato, sem que fosse levado em consideração o antigo. É como se o antigo nem houvesse existido.

Nada impede que obrigação condicional seja novada por pura e simples, ou vice-versa.

3° Concomitância e validade, ou seja, no mesmo momento em que se extinguir a antiga, há de nascer a nova, que deverá ser válida.

4° Animus novandi, que é a vontade de extinguir uma obrigação criando outra.

Havendo dúvida para o seu estabelecimento, os doutores apontam critério esclarecedor: é o da incompatibilidade. Haverá animus novandi e, conseqüentemente, novação, quando a segunda obrigação for incompatível com a primeira. Presume-se, pois, que a vontade das partes militou no sentido de extinguir a primeira. Se "A" deve Si.000,00 a "B" e, antes do vencimento, combinam que o pagamento será efetuado, não em dinheiro, mas com a entrega de um carro, é óbvia a presença do animus novandi, substituindo a obrigação antiga, de dar dinheiro, por uma nova, de dar um carro.

Espécies

Objetiva ou real - Dá-se quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a primeira. É o caso da "concordata civil", em que o devedor insolvente celebra judicialmente com seus credores acordo no sentido de suavizar seus débitos. Este acordo geral com os credores opera efeitos de novação, extinguindo todas as obrigações antigas.

Subjetiva - Pode ocorrer em duas hipóteses:

1ª Novação subjetiva ativa, que ocorre quando novo credor sucede ao antigo, extinguindo o vínculo primeiro. Neste caso, é necessária a anuência do credor, porque o vínculo se extingue em relação a ele, e também a anuência do devedor, devendo ser, no caso deste, motivada, pois para que se crie relação nova, é necessário que o sujeito passivo se obrigue. Como exemplo, podemos citar o caso em que João é credor de Manoel e devedor de Joaquim. As dívidas são equivalentes. Assim, João pede a Manoel que pague a Joaquim, ao invés de lhe pagar. Na relação João Manoel, o credor foi substituído: era João e passou a ser Joaquim.

A utilidade da novação subjetiva ativa é muito pequena, uma vez que, na prática, é muito mais comum a cessão de crédito, que estudaremos mais adiante.

Nesta, a obrigação não se extingue; não é substituída por outra, como na novação.

Na cessão, a obrigação persiste a mesma, como veremos.(72) 2ª Novação subjetiva passiva, que ocorre quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor. Não é necessária a anuência do devedor, mas é essencial

a anuência do credor, e a constituição de vínculo obrigacional novatório, sem o que haveria mera indicação de pessoa encarregada do pagamento, ou simples preposição. Pode ocorrer por delegação ou expromissão.

(72 VENOSA, Silvio de Salvo. Obrigações. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 217.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 4, p. 295.) Na delegação, o devedor originário (delegante) apresenta novo devedor (delegado), que ocupa seu lugar perante o credor (delegatário). A delegação só gera novação se o credor delegatário concordar em liberar o devedor delegante, aceitando o novo devedor (delegado) e pondo fim ao débito do devedor delegante.

Em outras palavras, só haverá novação se estiver presente no credor delegatário o animus novandi. Quando o credor delegatário aceitar o novo devedor (delegado), sem abrir mão de seus direitos contra o devedor delegante, não haverá novação, e se o devedor delegado não pagar, o credor delegatário poderá exigir o pagamento do devedor delegante. A delegação sem novação é chamada de delegação imperfeita, sendo simples assunção de débito.

Vejamos um exemplo: João deve 5100,00 a Manoel. Joaquim deve 5100,00 a João.

João pede a Joaquim que ocupe seu lugar, tornando-se devedor de Manoel. Na relação João - Manoel, houve mudança de devedor, que era João e passou a ser Joaquim. Manoel, o credor delegatário, deve concordar com a troca de devedores e liberar, definitivamente, João, seu devedor originário (delegante).

Assim, teremos delegação com novação. Caso não libere João em definitivo, conservando contra ele o direito de cobrar a dívida, se Joaquim não o fizer, não terá ocorrido novação, pois que está ausente o animus novandi. Terá havido delegação imperfeita, ou seja, sem novação.

Na expromissão, o devedor é literalmente expulso da relação por um terceiro que se propõe a ocupar seu lugar. João deve a Manoel 5100,00. Joaquim, pai de João, se apresenta, espontaneamente, a Manoel e propõe assumir a dívida do filho, desde que Manoel lhe dê quitação. Manoel, sabendo ser Joaquim homem rico e bom pagador, aceita a proposta e libera João, dando-lhe quitação. Extingue-se a relação entre João e Manoel, e surge uma nova entre Joaquim e Manoel. Muda o devedor. O credor continua o mesmo.

Subjetivo-objetiva - Quando há substituição do credor ou do devedor e do objeto.

É o caso de "A" que paga conta telefônica sua com cheque de "B". Se o cheque for aceito e estiver sem fundos, a companhia telefônica não poderá cobrar de "A", mas apenas de "B", por força da novação. Ocorreu a substituição do devedor, "A"

por "B", e do objeto da prestação, que, anteriormente, era a de pagar conta telefônica e se transformou na de pagar cheque sem fundos.

Efeitos - Extingue automaticamente a obrigação antiga, liberando o devedor daquele vínculo.

Põe fim aos acessórios e garantias da dívida. Assim, se a dívida antiga era garantida por hipoteca, ocorrendo a novação, a hipoteca se extingue.

Sendo objetiva a novação, uma vez que pereça o objeto da nova, o credor não poderá perseguir o da antiga. Se Joaquim deve a Manoel $1.000,00, e, antes do vencimento, acertam que o dinheiro será substituído pela entrega de uma safra, vindo esta a se destruir por geada, Manoel não poderá exigir o pagamento do antigo objeto, ou seja, dos 51.000,00.

No caso da subjetiva, a insolvência do novo devedor não dá ao credor regresso contra o antigo. Citemos o mesmo exemplo da expromissão, visto acima. Na expromissão, o devedor é literalmente expulso da relação por um terceiro que se propõe a ocupar seu lugar. João deve a Manoel $100,00. Joaquim, pai de João, se apresenta, espontaneamente, a Manoel e propõe assumir a dívida do filho, desde que Manoel lhe dê quitação. Manoel, sabendo ser Joaquim homem rico e bom pagador, aceita a proposta e libera João, dando-lhe quitação. Extingue-se a relação entre João e Manoel, e surge uma nova entre Joaquim e Manoel.

Muda o devedor. O credor continua o mesmo. Se Joaquim não pagar, Manoel não poderá cobrar a dívida de João.

b) Compensação

Definição - Dá-se compensação, quando se extinguir a obrigação pelo fato de duas ou mais pessoas serem reciprocamente credoras. Se "A" deve a "B" 100, e "B"

também deve a "A" 100, significa que nada se devem.

A compensação normalmente é oposta como exceção (defesa) processual.

Se "A" propõe contra "B" ação, cobrando-lhe o cumprimento de obrigação, "B" se defende, compensando o que deve com o que lhe é devido.

Requisitas

1° Personalidade, ou seja, um procurador não pode opor crédito da pessoa que representa para compensar débito seu. Mas o marido, casado em regime de comunhão de bens pode opor crédito da mulher para compensar os seus próprios.

Assim também, o fiador pode opor seus créditos para compensar os do afiançado.

2° Fungibilidade das prestações, isto é, as prestações devidas reciprocamente entre as partes devem ser fungíveis. Dessarte, se "A" deve a "B" um carro, e "B"

deve a "A" uma casa, os débitos não serão compensáveis, a não ser que ambos entrem em acordo, quando, então, teremos compensação, via transação. As prestações devem poder substituir-se uma pela outra por serem da mesma espécie e qualidade. A quantidade não necessita ser a mesma. Se a dívida de um for maior que a do outro, o da dívida menor deverá pagar a diferença, a isto se chamando compensação parcial.

3° Exigibilidade, ou seja, as dívidas devem ser exigíveis, não se podendo, por exemplo, compensar débito com dívida prescrita.

4° vencimento. Também não se admite a compensação de dívida atual com dívida futura. Todas devem estar vencidas. Mais uma vez devemos insistir no fato de que a compensação é exceção processual, imposta a uma das partes pela outra, como defesa. E é neste sentido que uma delas não pode forçar a outra a compensar dívida vencida com dívida futura. Caso, porém, entrem em acordo, estaremos diante de compensação convencional, obtida por transação. Tratando-se de acordo, quase tudo é possível.

5° Liquidez, isto é, as dívidas compensáveis devem ter valor, pelo menos, determinável.

Não caberá compensação, ou seja, as partes não poderão se defender por este meio nos seguintes casos:

1° Quando uma das partes renunciar à compensação de forma expressa, ou tácita.

Será tácita a renúncia, quando uma delas, espontaneamente, efetuar o pagamento à outra.

2° Quando uma das dívidas originar-se de comodato, depósito ou alimentos, a não ser que a outra tenha a mesma causa. Assim, se "A" deve alimentos a "B", e "B"

deve, por exemplo, uma quantia que tomara emprestada junto a "A", este não poderá compensar os alimentos devidos, alegando ser credor de "B" pela quantia emprestada. O mesmo se pode dizer em relação ao comodato: "A" deve $100,00 a "B"

e lhe empresta seu carro. Não poderá deixar de pagar os $100,00, alegando que

"B" ficou com seu carro emprestado. No depósito, o raciocínio é o mesmo: "A"

deve $100,00 a "B" e lhe entrega seu carro para guardar. "B" não poderá deixar de restituir o carro, alegando que "A" não lhe pagou o que devia.

3° O mesmo se dá com as obrigações provenientes de ato ilícito. Quem se tornou devedor por efeito de ato ilícito seu, e por tal for condenado, não pode dizer a seu credor: "não lhe pago porque sou seu credor por outro título".(73)

"A" deve a "B" SI.000,00. Se "B" bater o carro de "A", não poderá compensar o valor da indenização pelos danos, com o crédito que tem a receber. A compensação só ocorrerá, se "A" concordar.

4° Idêntica regra se aplica, se uma das prestações recair sobre coisa impenhorável. É o caso dos salários. Assim, o empregador não poderá deixar de pagar o salário devido, alegando compensação por crédito junto ao empregado.

Apenas quando da resolução do contrato de trabalho, admite-se compensação, desde que o crédito do empregador seja também de natureza trabalhista,(74) como, por exemplo, adiantamento de salário. Neste caso, o empregador poderá

descontar das verbas rescisórias devidas ao empregado valor que não ultrapassará um mês de remuneração.&75)

5° Não se dará compensação com o fisco, a não ser nos casos previstos pela legislação tributária.

(73 A palavra título tem, muitas vezes, o significado de "causa". O titulo de uma divida, ou seja, a causa de uma divida (causa dependi) pode ser, assim, um contrato, um ato ilícito, uma promessa de recompensa etc.

(74 Enunciado n. 18 do Tribunal Superior do Trabalho.)

(75 Art. 477, § 5° da CLT.)

6° Quando a compensação prejudicar direitos de terceiros, qualquer que seja o motivo.

Espécies Legal - Quando emanar da Lei, como direito do executado por dívida compensável. Como dissemos acima, esta é a regra. A compensação é o direito garantido por lei ao devedor executado por dívida compensável.

Convencional - O que se usa chamar compensação convencional são os casos analisados acima em que, apesar de não admitida em lei, as partes decidem realizá-la. É a compensação via transação.

c) Transação

Definição - Transação é o mesmo que acordo. É negócio jurídico bilateral em que credor e devedor, por meio de concessões recíprocas, põem fim a uma obrigação.

Características

1º Consenso. É essencial o acordo de vontades entre credor e devedor, sem o que não há transação.

2º Extinção ou prevenção do litígio. A transação serve para por fim a processo judicial em que o credor esteja executando o devedor, ou para evitar esse processo.

3º Reciprocidade das concessões, que devem partir de ambos os lados. Se só o credor ceder, haverá renúncia. Se só o devedor ceder, haverá submissão, não transação.

4º Indivisibilidade, ou seja, a transação não pode ser separada em partes.

Dessarte, sendo uma de suas cláusulas defeituosa, defeituosa será toda a transação.

Natureza jurídica - É, segundo a doutrina dominante, negócio jurídico bilateral, sendo, portanto, de natureza contratual.

Requisitas Subjetivos - Os sujeitos, ativo e passivo, devem ser absolutamente capazes, principalmente para alienar seus bens. O pródigo, por exemplo, não é capaz para transacionar sem a anuência de seu curador, exatamente por faltar-lhe a capacidade para alienar seu patrimônio. Da mesma forma, o procurador não poderá transacionar com direitos de quem representa, a não ser que a procuração contenha poderes específicos para tanto.

Objetivos - Só podem ser objeto de transação os direitos de caráter patrimonial, de caráter privado. Dessa forma, o pátrio poder jamais poderá ser objeto de transação. Primeiro, por ser direito subjetivo de ordem pública e em segundo lugar por não ser direito de cunho patrimonial.

Formais - A transação é negócio jurídico formal, devendo sempre ser escrita. Se para o ato sobre o qual versar, exigir a Lei a forma pública, como, por exemplo, os negócios imobiliários de alienação, como a compra e venda, também a transação se fará por forma pública. Caso contrário, poderá ser por escrito particular.

Se formulada em audiência judicial, dar-se-á por termo nos autos. Em outras palavras, será ditada durante a audiência ao escrevente e assinada pelas partes e seus advogados.

Efeitos - O principal efeito da transação é pôr fim à obrigação. O pagamento se realizará, não da forma original, mas conforme os termos do acordo firmado entre as partes. Esse acordo produz efeito de coisa julgada, a ela se assemelhando, ou seja, a seu respeito não mais se discutirá. Por outros termos, a transação gera novação.

Mas nem sempre isso ocorrerá. Se estiver ausente o animus novandi, a transação não porá fim à obrigação anterior. vejamos exemplo: "A" deve a "B" S100,00. No dia do pagamento, não tendo como pagar, "A" pediu a "B" um desconto de 510,00 e um adiamento de quinze dias. vencidos os quinze dias e não paga a obrigação, "B"

não poderá ressuscitar a dívida de 5100,00, por força da novação. Mas, se, quando da transação, ficar combinado que, caso não fossem pagos os 590,00, "A"

voltaria a dever os 5100,00, novação não ocorrerá, restando intacta a dívida antiga.

d) Confusão

Definição - Confusão é fato que leva credor e devedor a se confundirem em uma só pessoa, ou em um só patrimônio, extinguindo, pois, a obrigação. Realmente, se morrendo o credor, tornar-se o devedor seu único herdeiro, haverá confusão.

Caso análogo é o dos cônjuges que antes do casamento eram credor e devedor, criando a confusão com a comunicação dos patrimônios, após as núpcias. Nesta hipótese, como é óbvio, a confusão será apenas patrimonial.

Requisitas

1Ůnidade da relação patrimonial. Para que haja confusão, o devedor deve tornar-se credor de si mesmo, em relação ao mesmo crédito, à mesma obrigação.

2° Reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor.

3Ůnidade dos patrimônios, ou seja, o patrimônio do credor deve se integrar de fato ao patrimônio do devedor.

Espécies

Total - Será total a confusão quando a obrigação se extinguir por inteiro. É o caso do devedor que se torna herdeiro do credor, sendo seu quinhão na herança suficiente para saldar seu débito.

Parcial - Ocorre quando a obrigação não se extingue de todo. Se o quinhão da

herança não for suficiente para saldar todo o débito, o devedor continuará obrigado, no que faltar, junto aos demais herdeiros.

Efeitos - O principal efeito da confusão é o de liberar o devedor do pagamento da obrigação, seja total ou parcialmente.

A confusão se dá na relação principal, mas como o acessório segue o principal, todas as relações acessórias, como a fiança, o aval etc., também se extinguem.

No entanto, a confusão entre fiador e credor, não extingue a relação principal, operando seus efeitos apenas em relação à fiança. Se o credor morrer, deixando como herdeiro o fiador, o devedor continuará devendo.

Se a confusão ocorrer na pessoa de um dos devedores solidários, somente sua parte fica extinta, restando a situação dos demais co-devedores inalterada. Por exemplo, "A" e "B" devem um carro a "C". "C" morre, deixando como herdeiro "B".

"A" continuará devendo sua parte a "B".

O mesmo ocorre na solidariedade ativa. A confusão extingue a obrigação somente no que concernir ao credor sobre o qual recair. Os demais co-credores não serão prejudicados. "A" deve um carro a "B" e "C". "C" morte, deixando "A" como herdeiro. "A" continuará devendo a parte de "B".

Invalidade - Sendo defeituoso o fato gerador da confusão, defeituosa será a confusão. Se o testamento que nomeava o devedor herdeiro do credor for anulado, cessará a confusão, restabelecendo-se a relação obrigacional entre o devedor e os herdeiros do credor.

e) Compromisso

Definição - Compromisso arbitral é convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados.(76)

(76 CÉSAR FIUZA. Teoria geral dá arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pàssim.)

Como vemos, o compromisso afasta o litígio da esfera do judiciário, remetendo-

o para a esfera privada. Põe fim à obrigação antiga por força da novação. Por outros termos, a sentença arbitral, sendo válida, substitui a antiga obrigação.(77)

Espécies

Endoprocessual - Quando ocorrer em pleno andamento de processo judicial. Neste caso, o processo se extingue, iniciando-se a instância arbitral. João e Manoel, em litígio judicial, resolvem deixar a esfera judicial, nomeando árbitro para resolver o conflito. Isso poderá ocorrer por estar o processo demorando muito, por exemplo.

Extraprocessual - Quando acontecer para se prevenir a remessa do litígio ao Judiciário, desde o início atribuindo-se a decisão a árbitro particular.

Requisitas de validade

Subjetivos - Capacidade geral e ad causam. Em outras palavras, as partes devem ser capazes não só para a vida civil em geral, mas também para postular em juízo.

Objetivos - O objeto da controvérsia deve ser de cunho patrimonial, sendo individado no instrumento do compromisso.

Formais - Será sempre por escrito público ou particular, devendo constar em seu instrumento a qualificação das partes e dos árbitros e a qualificação do objeto do litígio. Aqui devemos fazer a diferença entre compromisso e cláusula compromissória. Esta não passa de um pacto preliminar em que as partes se comprometem a, havendo necessidade, celebrarem o compromisso no futuro.

Assim, para que a cláusula compromissória se torne em compromisso é obrigatória sua formalização futura.

Na opinião generalizada, a cláusula arbitral não admitia execução específica.

vale dizer que, celebrada a cláusula, nada obrigava as partes a cumpri-la, isto é, nada obrigava as partes a celebrar, no futuro, compromisso arbitral. Trata-se de obrigação de fazer, não sendo, pois, possível constranger alguém a cumpri-la.

O máximo que se poderia conceber era a aplicação da cláusula penal, se houvesse, ou a resolução em perdas e danos. A questão sempre foi, contudo,

controversa. Na opinião de juristas de monta,(78) à qual já me perfilhava, a cláusula compromissória é contrato preliminar, exeqüível como qualquer outro de sua espécie.

(77 BEIUIARD, Alfred. L'àrbitràge volontài NGELIs, Dante. EI juicio arbitral.

Montevideo: Martin Bianchi Altuna, 1956, p. 12. BARTOLAI, Edson Cosac. Do juízo àrbitràl. RP, 31, p. 9. BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. Juízo arbitral. RT, 547, 1981, p. 254. CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 93 et seq.)

(78 CELSO BARBI FILHO. Execução especifica de cláusula arbitral. Atualidades Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pàssim. CARMONA, Carlos Alberto.

Arbitragem e processo. São Paulo:

Malheiros, 1998, p. 107 et seq.)

Ademais, uma coisa é obrigar alguém a escrever um livro, ou pintar um quadro; outra bem diferente, é obrigar alguém a celebrar contrato, cujo objeto não seja a prestação de atividade. Aliás, outro não poderia ser o entendimento, diante do art. 639 do Código de Processo Civil. Atualmente, a controvérsia cessou, diante da Lei n. 9.307/96, que, expressamente, admite a execução específica da cláusula arbitral, ou seja, caso as partes não queiram celebrar o compromisso, apesar da existência da cláusula compromissória, a parte intetessada poderá acionar a parte desistente, a fim de forçá-la a celebrar o compromisso, judicialmente.

O compromisso acha-se, sem sombra de dúvida, inteiramente regulado em nosso Direito na Lei n. 9.307/96. Na prática não é infelizmente aplicado. Não é costume que se tenha impregnado em nossa cultura. A regra é que esperemos tudo do Estado, pai e protetor de todos. Assim, cabe só ao Estado resolver nossos conflitos. Por nós mesmos, jamais.(79)

Não obstante, nos contratos internacionais do comércio, a arbitragem é largamente utilizada.(80)

E hoje em dia as funções do Estado vêm sendo repensadas, principalmente com o advento do néo-liberalismo.(81)

o Remissão

Definição - Remissão é o mesmo que perdão. Ocorre quando o credor absolve o devedor do pagamento da obrigação e este não se opõe.

Natureza jurídica - Tradicionalmente, vem-se entendendo a remissão como ato jurídico bilatetal, por ser imprescindível a anuência, ainda que tácita, do devedor. Ninguém pode ser obrigado a aceitar o perdão. Há, todavia, quem advogue tese contrária,(82) considerando-a ato jurídico unilateral, independente, pois, de qualquer manifestação do devedor.

Realmente, ninguém pode ser obrigado a aceitar perdão, ainda que as razões sejam de foro íntimo. O pagamento é também direito do devedor. Mas a simples recusa não desfaz o ato de perdão. Em outras palavras, a manifestação de vontade no sentido de perdoar é íntima, interna. Independe, pois, de ato do devedor.

Depende somente do credor. A aceitação do devedor apenas concretiza o perdão já existente. Tão-somente o materializa. É pela aceitação que a remissão produz efeitos na esfera patrimonial do devedor. Sem ela, o perdão existe, só que não produzirá efeitos patrimoniais para o devedor.

(79 CÉSAR FIUZA. Teoria geral da arbitragem. Op. cit., 217-219.) (80 DAVID, René. L'àrbitràge dàns le commerce intemàtionàl. Paris: Econômica, 1982, p. 38. IAZEFF, V-A- zàkon v sovetskoj torgovle. Moskva: luriditcheskaia Literatuta, 1987, st. 52.)

(81 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio dá subsidiariedade: conceito e evolução. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995, pàssim.)

(82 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições.)

Assiste, assim, razão à corrente contrária à tradicional.

Espécies

Total - Quando toda a prestação obrigacional for perdoada, ficando o devedor absolutamente liberado.

Parcial - Se apenas parte da obrigação for perdoada. Pode ocorrer, outrossim, que o credor libere somente os acessórios, como a hipoteca, por exemplo.

Nesse caso, a relação principal fica inalterada, extinguindo-se só a hipoteca que lhe era acessória.

Expressa - Quando verbal ou escrita. Atente-se que, para os atos cuja forma seja escrita por exigência legal, a remissão deverá se dar por escrito.

Tácita - Quando o credor praticar atos que presumam remissão. Exemplo disto é a restituição espontânea do títul• da dívida, como a nota promissória.

Lógico que a mera restituição é tão-somente presunção de remissão. Para que esta se configure é necessária a ocorrência do elemento psíquico, o animus liberandi, ou vontade de perdoar.

9.7 Pagamento indevido

Ocorre pagamento indevido sempre que o devedor, por engano, pagar a quem não seja credor.

Daí decorrem duas regras gerais:

1ª Quem paga mal, paga duas vezes. Em outras palavras, se pagar à pessoa errada, devo pagar novamente à pessoa certa.

2ª Quem paga mal, tem direito a repetir o indébito,(83) ou seja, se pago à pessoa errada, devo pagar novamente à pessoa certa, mas fico com o direito de recobrar o que paguei por engano à pessoa errada. Caso contrário estaria ocorrendo enriquecimento ilícito.

Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido é todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica. Assim, se "A" paga a "B"

o que deveria pagar a "C", e "B" não restitui o que lhe foi dado por engano, teremos enriquecimento ilícito de sua parte.

Mas o pagamento indevido não é a única espécie de enriquecimento ilícito.

(83 Repetir o indébito é expressão arcaica, que significa pedir de volta (repetir) o indevido (indébito).

Outras causas há, como, por exemplo, o pagamento de dívidas sem a devida correção monetária. Se "A" toma 5100 emprestados e tempos depois paga os mesmos 5100, sem a devida atualização monetária, estará se enriquecendo ilicitamente, a não ser que se tenha pactuado o não reajustamento.

Os requisitos do enriquecimento sem causa são três:

1° Diminuição patrimonial do lesado.

2° Aumento patrimonial do beneficiado sem causa jurídica que o justifique.

3° Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro.

Apesar de a doutrina ter bem definidos os parâmetros do enriquecimento indevido, tal não ocorre com o Código Civil, que o não normatizou de forma sistemática.

Talvez devido a sua tradição romanista, uma vez que o Direito Romano não traçou suas bases normativas por inteiro.

De qualquer forma, o repúdio ao enriquecimento sem causa é princípio geral do Direito.

Voltando ao pagamento indevido, estudemos seus requisitos.

São requisitos do pagamento indevido e, portanto, da repetição (1) a realização de um pagamento, (2) a inexistência da relação obrigacional entre o devedor e a pessoa que recebeu por engano e (3) o erro da parte de quem pagou indevidamente.

Nem sempre, porém, o pagamento indevido poderá ser repetido.

Vejamos os casos em que isso pode ocorrer.

Primeiramente, não caberá repetição do indébito se o devedor pagar à pessoa errada, e esta, imaginando estar sendo paga por outra obrigação, inutiliza o título

da dívida (rasga a nota promissória, por exemplo), ou deixa prescrever a ação contra seu devedor, ou abre mão de garantias (fiança, hipoteca etc.) que asseguravam seu crédito. Neste caso, o devedor que pagou mal não poderá exigir a restituição, mas terá direito de cobrar do devedor da pessoa a quem pagou por engano.

Supondo que "A", por engano pague a "B" o que deveria ter pago a "C". "B" não terá que restituir o pagamento se rasgar a nota promissória que representava seu crédito junto a "D", imaginando que o depósito feito em sua conta foi realizado por "D", que lhe devia quantia igual à depositada por "A".

Em segundo lugar, é insuscetível de repetição o pagamento efetuado com fins ilícitos ou imorais. Assim, não tem direito à repetição o homem que paga à meretriz pelo uso de seu corpo, como também não o tem o cônjuge adúltero que suborna o outro para não acusá-lo de adultério.(84)

Mas se apenas o acipiente(85) age desonestamente, haverá direito à repetição por parte de quem paga.

(84 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XXVI, p. 152.) (85 Acipiente é o que aceita.)

Dessarte, se dou dinheiro a servidor público para que realize ato que deveria realizar gratuitamente, farei jus à repetição.

Enfim, quem paga obrigação natural, como as dívidas prescritas ou dívidas de jogo, também não terá direito à repetitio indebiti.

Resta falar, ainda, do pagamento indevido por ter sido entregue ao credor quantia ou coisa, além da que tinha direito. Haverá pagamento indevido, não obstante o devedor tê-lo efetuado à pessoa certa. Trata-se, na hipótese, de pagamento que extrapola ao devido. Caberá, indiscutivelmente, repetição do indébito, sendo restituído o excedente.

No mais, a respeito de pagamento indevido já falamos ao responder à pergunta "a quem pagar?".

l0 EFEITO INDESEJÁVEL DAS OBRIGAÇÕES: MORA

Mora é atraso culpável no cumprimento de obrigação, seja por parte do devedor,

em pagar, seja por parte do credor, em receber.

vemos, portanto, que a mora pode ser do devedor, quando se denomina mora soivendi, ou do credor, quando se denomina mora accipiendi. Estudemos detidamente cada uma delas.

10.1 Mora do devedor

a) Definição - Dá-se mora solvendi, quando o devedor injustificadamente não realizar o pagamento no momento oportuno.

b) Requisitos - Para que se caracterize a mora do devedor concorrem quatro fatores:

1° Exigibilidade, liquidez e certeza A dívida deve ser exigível, líquida e certa. Em outras palavras, a dívida deve estar vencida, pois só a partir do vencimento tornar-se-á exigível. Ademais deve ser líquida, ou seja, o montante da prestação deve ser conhecido, determinado. Deve ser certa, de causa indiscutível.

2° Culpa ou dolo do devedor, porque se justificável o atraso, não há falar em mora.

3° Possibilidade e utilidade do pagamento tardio, pois se este não mais tiver cabida, ou não mais interessar ao credor, não haverá mora, mas sim, inadimplemento. Podemos imaginar um exemplo em que o transportador de certa carga atrase a entrega por negligência sua, tornando-se impossível embarcá-la no navio, que só zarpará novamente muito tempo depois. Ora, neste caso, não mais interessa ao credor a entrega da mercadoria, incorrendo o transportador em inadimplemento e não em mora. Outro exemplo de fácil compreensão seria o da salgadeira que atrasa a entrega de salgados para uma festa, só os levando no dia seguinte. A hipótese não é de mora, pois que não interessam mais os salgados após a festa. Trata-se de verdadeiro inadimplemento.

4° Constituição em mora é fato que caracteriza o atraso do devedor, podendo ser ato do credor, quando teremos mora ex persona, ou pode advir da própria natureza da obrigação, quando teremos mora ex Te. Ocorre mora ex persona nas obrigações sem termo certo de vencimento.

Neste caso, para que se constitua, será necessária interpelação do devedor, por

meio de notificação ou por meio de protesto, dependendo do caso. Seus efeitos são ex nunc, isto é, só se produzem a partir da interpelação. Por exemplo, se João empresta 5100,00 a Manoel, sem data de vencimento, a obrigação só vencerá no dia em que João cobrar de Manoel. Em outras palavras, João terá que cobrar a dívida, para que, a partir daí, possam correr os juros de mora.

Também será ex persona nas obrigações quesíveis, pois estas só são pagas mediante interpelação do credor ao devedor. É o caso dos cartões de crédito que, embora vençam em dia certo, só se pagam a partir do recebimento da fatura, salvo estipulação em contrário.

A mora ex Te vem do próprio mandamento da Lei, com base na natureza da obrigação ou das circunstâncias. Assim, nas obrigações negativas, o devedor será constituído em mora desde o dia em que realizar o ato do qual se deveria ter abstido.

Nas obrigações provenientes de atos ilícitos, considera-se o devedor em mora, desde o momento em que o cometa.

Nas obrigações portáveis com termo certo de vencimento, dá-se mora com a simples falta do pagamento na tata oportuna. É o princípio dies interperiat pro bomine, ou seja, o dia interpela pelo homem. Em outras palavras, não é necessária nenhuma atitude do credor para que se constitua em mora o devedor. O próprio não pagamento no dia determinado já é o bastante para a caracterização da mora.

Esta modalidade de mora ex Te pode denominar-se mora ex tempore.

c) Efeitos - São efeitos da mora soivendi a efetivação do pagamento e a indenização por perdas e danos, advindos do atraso. O devedor, portanto, além de ter que efetuar o pagamento, ainda terá que reparar todos os prejuízos causados ao credor pelo atraso. Tal indenização pode vir sob a forma de juros de mora, de pena previamente fixada no contrato ou de cálculo posterior dos danos.

10.2 Mora do credor

a) Definição - Dá-se mora accipiendi, quando o credor, injustificadamente, se retardar em receber o pagamento da obrigação.

b) Requisitos - São basicamente os mesmos da mora do devedor. A obrigação

deve estar vencida, deve ser exigível, líquida e certa e o atraso do credor em receber deve ser culposo, devendo ser constituído em mora. Aplicam-se aqui as mesmas regras estudadas acima, com as devidas e sim

Capítulo XI - FONTES DAS OBRIGAÇÕES: DECLARAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE

1 - Promessa de recompensa

2 - Títulos ao portador

2.1 definição

2.2 Características

2.3 Classificação

Capítulo XI

FONTES DAS OBRIGAÇÕES: DECLARAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE

A vontade declarada nos moldes da lei tem como principal efeito obrigar o emitente. Assim é que fonte de obrigações são os contratos, enquanto declarações bilaterais; e as declarações unilaterais de vontade.

O Código Civil tratou do assunto, prevendo duas espécies de declaração unilateral de vontade: a promessa de recompensa e os títulos ao portador.

l PROMESSA DE RECOMPENSA

Quando alguém, por anúncio público, oferece recompensa a quem desempenhe certa tarefa, está obrigado a pagá-la, quer o candidato haja procedido com o intuito de disputa ou não.

A vontade deve ser pública, difundida por qualquer veículo: TV, rádio, jornais, revistas, praça pública etc. O importante é que seja divulgada de modo a atingir o público alvo.

É declaração sul generis,(1) endereçada a qualquer pessoa disposta a cumprir a tarefa.

A partir do momento em que se torne pública, a declaração obriga, a não ser se revogada publicamente, in tempere.(2)

A revogação se considera em tempo, se feita antes do cumprimento da tarefa.

A obrigação resultante é a de pagar o prêmio, de acordo com as normas estabelecidas pela declaração ou, em sua falta, ao que primeiro se apresentar.

Sendo simultânea a apresentação, o prêmio será, ou repartido - se fungível, ou sorteado - se infungível.

Nos concursos públicos ou particulares que se abrem com promessa de contraprestação àqueles que obtiverem resultado mínimo, os candidatos aderem a suas cláusulas, não podendo insurgir-se contra o resultado, a não ser que consigam provar dolo ou inobservância de norma interna. Evidentemente que o candidato, sempre, poderá combater cláusulas ou decisões ilícitas ou abusivas, proferidas pela banca ou comissão.

(1 in generis significa "único em seu gênero".) (2 In tempere significa "em (em tempo hábil".) 2 TÍTULOS AO PORTADOR

2.1 Definição

São espécie do gênero título de crédito. Título de crédito é todo "documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado".(3) É declaração unilateral de vontade, consistente em realizar o agente emissão volitiva materializada em instrumento, e ser obrigado a prestação determinada, independentemente de qualquer ato de aceitação de outra pessoa. O título de crédito vale por si e produz efeito obrigatório desde o momento em que é posto em circulação. Exemplos é o que mais há: passagem aérea, bilhete de cinema, ticket restaurante, talão de estacionamento, além do cheque, nota promissória, duplicata etc.

2.2 Características

São, basicamente, duas, como bem aponta vivante em sua definição: a literalidade e a autonomia.

Por literalidade, devemos entender que o título vale pelo que nele esteja escrito. Assim, nada se pode exigir que esteja além ou aquém do que estiver escrito.

Se emito nota promissória de 5100,00 pagáveis em um ano, na data de vencimento, o credor só poderá exigir os $100,00. É lógico que, havendo mora,

serão os $100,00 acrescidos de correção monetária e juros. Este acréscimo não descaracteriza a literalidade do título.

A segunda característica é a autonomia. Isso significa que a obrigação do devedor e de seus co-obrigados é solidária, autônoma uma em relação à outra. se avalizo cheque, serei solidariamente responsável com o emitente. Minha obrigação é autônoma, ou seja, vale por si mesma.

Caso seja executado pelo credor, não poderei alegar que o emitente deveria ter sido acionado antes de mim.

2.3 Classificação

a) Quanto à natureza do direito incorporado no título - Por este referencial serão os títulos abstratos ou causais.

Título abstrato é aquele que se desvincula de sua causa de origem.

(3 VIVANTE, Cesare. Tratado de direito mercantil)

Normalmente, todo título é emitido em virtude de negócio jurídico, a que se dá o nome de relação fundamental. Ora, quando se emite cheque em pagamento de compra, temos que a compra e venda é a relação fundamental que deu origem ao título, é sua causa debendi. Mas, uma vez emitido o cheque, desprende-se de sua origem, ou seja, passa a não ter nada mais a ver com a compra e venda. Isso porque pode circular, passar de mão em mão, até ser descontado no banco. A pessoa que o desconta, pode nem ser mais o vendedor. Nessa hipótese, mesmo se a compra e venda for anulada, o cheque deverá ser pago.

Já os títulos causais não se desligam da relação fundamental que lhes deu origem. Encontram-se sempre a ela vinculados. É o caso da passagem aérea que está indelevelmente ligada ao contrato de transporte que lhe deu causa.

b) Quanto à forma como circulam - Os títulos de crédito podem circular de mão em mão, até serem adimplidos. Posso comprar bilhete de cinema e passá-lo às mãos de outra pessoa que, por sua vez, o entregará a outra, até que alguém resolva ver o filme. Da mesma maneira um cheque, uma nota promissória etc. Mas cada título pode ser emitido de forma diferente, e para cada uma dessas formas, haverá um modo diferente de circulação. Assim é que há títulos nominativos, endossáveis e ao portador.

Nominativo é o título, cujo destinatário é identificado. Uma passagem aérea é exemplo típico. O nome do destinatário, ou seja, do passageiro, consta do bilhete. será transferido por cessão de crédito, salvo se contiver cláusula proibitiva.

A transferência depende de notificação ao devedor, no caso a companhia aérea, a fim de que emita novo bilhete em nome do cessionário. O cedente, a partir deste momento, não terá mais qualquer responsabilidade pela solvabilidade do devedor.

Dessarte, se a companhia cancelar o vôo e não reembolsar os passageiros, tanto pior para o cessionário. Este nada poderá exigir do cedente.

Nos títulos endossáveis, também, denominados títulos à ordem, o credor é da mesma forma nomeado, sendo-lhe facultado efetuar a transferência mediante simples endosso, não sendo, pois, necessárias as formalidades de uma cessão de crédito habitual, que importaria notificação ao devedor etc. Para que se efetive o endosso, basta que o endossante assine no verso do título, indicando ou não o nome do endossatário, isto é, da pessoa a quem esteja endossando. se o indicar, o endosso será em preto; se não o fizer, o endosso será em branco.

Diferença fundamental entre o endosso e a cessão de crédito habitual é que, nesta, o cedente só é responsável pela realidade do título e não por sua solvência, como vimos no exemplo dado acima da passagem aérea. Já o endossante responde tanto pela realidade, quanto pela solvência do devedor, salvo, neste último caso, se expressamente se desonerar. se endosso cheque, serei solidariamente responsável com o emitente. Estando o cheque sem fundos, o credor poderá acionar a mim ou ao emitente, indistintamente.

Terceira categoria é a dos títulos ao portador, em que não consta o nome do titular. É dirigido a credor anônimo, qual seja, qualquer um que o apresente para pagamento. são talvez impropriamente considerados declaração unilateral de vontade, uma vez que se desconhece a pessoa a favor de quem foram emitidos. É

lógico que foram emitidos a favor de alguém, como fruto de negócio jurídico.

Acontece que isso não interessa. Importa sim, que foram emitidos para ser pagos a qualquer pessoa que os detenha. Daí serem considerados declaração unilateral de vontade, como a promessa de recompensa.

Para se transferir título ao portador, basta entregá-lo à pessoa a quem se o queira transferir. Este processo denomina-se tradição manual - traditio mantts.

São características dos títulos ao portador:

1º são transferíveis pela simples traditio mantts;

2º o emitente se libera pagando a qualquer detentor;

3º o devedor do título não pode opor outra defesa a quem lhe reclama o pagamento que não a ineficácia do próprio título, ou alguma exceção pessoal que tenha contra o detentor. Por exemplo, pode alegar que o detentor o coagiu a emitir o título ou, então, pode alegar que o detentor lhe furtou o título. Caberá a ele, emitente, o ônus da prova, tanto da ineficácia do título, quanto da exceção pessoal contra o titular;

4º o devedor só é obrigado a pagar mediante a apresentação do título.

Se o título ao portador foi extraviado ou foi destruído, seu titular deverá propor ação de anulação e substituição de títulos ao portador, regulada no Código de Processo Civil, arts. 907 a 913.

O título ao portador será inválido nos seguintes casos:

1° pelos defeitos graves dos negócios jurídicos, isto é, objeto ilícito, forma inadequada, sujeito incapaz. Os defeitos leves não podem ser opostos aos títulos de crédito ao portador, uma vez que entrem em circulação, ou seja, uma vez que saiam das mãos do primeiro titular. Exemplificando teríamos que, se uma pessoa coage outra a emitir cheque, passando-o, logo em seguida, a terceiro, este terá direito a receber a quantia, não se admitindo a alegação de coação. Afinal, o terceiro não coagiu ninguém e, ademais, o cheque é título abstrato, que se desvincula da causa debendi;

2° falsidade do título ou da assinatura do emitente;

3° títulos que tenham por objetivo ser moeda. Não é o caso do cheque, que é apenas uma ordem de pagamento, não tendo qualquer pretensão de ser moeda corrente, tanto que pode ser recusado.

Exceção, como já explicamos, é meio de defesa, consistente, não em negar o

direito do autor da demanda, mas em apresentar rato que impeça o exercício desse direito.

Capítulo XII - FONTES DAS OBRIGAÇÕES: ATOS ILÍCITOS

1 - Generalidades e definição

2 - elementos do ato ilícito

2.1 Análise dos elementos do ato ilícito civil

2.2 Ação indenizatória

3 - Responsabilidade por fato de outrem

4 - Responsabilidade por fato de coisa

5 - Teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade

6 - Responsabilidade Civil da Administração Pública

6.1 Definição

6.2 Evolução histórica

6.3 Fundamento doutrinário

6.4 Conseqüências

6.5 Disposições legais: artigo 37, § 6º da Constituição Federal 7 - Diferenças entre ato ilícito civil, penal e administrativo FONTES DAS OBRIGAÇÕES: ATOS ILÍCITOS

1 GENERALIDADES E DEFINIÇÃO

Tratamos, nos capítulos precedentes, das obrigações oriundas de declarações bilaterais de vontade, ou seja, dos contratos; das obrigações oriundas de declarações unilaterais de vontade, quando estudamos as promessas unilaterais e os títulos ao portador. Por fim, resta analisar os atos ilícitos, enquanto fontes de obrigações. Fontes porque geram para seu autor a obriçação de indenizar a vitima.

A responsabilidade deles advinda é chamada responsabilidade civil stricto sensu.

A responsabilidade civil admite duas espécies, a contratual e a extracontratual.

A contratual é aquela oriunda dos contratos. A parte contratante que lesa a outra, é obrigada a reparar os prejuízos. A extracontratual tem origem nos atos ilícitos, sendo chamada de stricto sensu, para diferenciá-la da responwabilidade civil lato sensu, que engloba a contratual e a extracontratual. vejamos o quadro abaixo:

Responsabilidade Civil Responsabilidade Oriunda dos Contratos (Lato Sensu) Contratual Por Declarações Unilaterais de Vontade

Responsabilidade Por Atos

Ilícitos (Também chamada

Extracontratual Aquiliana,

Extracontratual, Ou

Simplesmente Civil)

A responsabilidade civil por atos ilícitos é chamada aquiliana em razão da Lex Aquília, que foi a primeira lei que regulamentou de maneira sistemática a responsabilidade civil delitual. A Lex Aquília era na verdade plebiscito votado por proposição de um tribuno da plebe, de nome Aquilius, mais ou menos, em fins do século III a.C. É lei de circunstência, provocada pelos plebeus q}e, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas propriedades.(1)

Antes da Lex Aquília imperava o regime da Lei das XII Tábuas, que continha regras isoladas.

(1 WARNKONIG, I. Institutiones iuris romani privati. Op. cit., 278.) Mas que é ato ilícito para o Direito Civil?

Seria ato antijurídico? Ora, ato antijurídico é aquele contrário ao Direito. A antijuridicidade pode ser pura e simples e, em assim sendo, pode não trazer qualquer conseqüência para o Direito Civil, como avançar sinal de trânsito, sem maiores conseqüências. vemos, pois, que para que o ato seja ilícito(o Direito

Civil exige algo mais que a antijuridicidade. Ele exige a existência do dano, do prejuízo, seja ele material ou moral.

Mas, clém da antijuridicidade e do dano, o Direito Civil exige algo mais, pois se o ato lesivo foi resultado de caso fortuito, não há falar em ilicitude civil.

Temos, dessarte, que além da antijuridicidade e do dano, é requisito essencial a culpa ou o dolo do agente.

Podemos, assim, conceituar ato ilícito como sendo toda ação ou omissão antijurídica, culpável e lesiva.

2 ELEMENTOS DO ATO ILÍCITO

Por elementos do ato ilícito, devemos entender aqueles elementos essenciais, sem o que não haverá delito civil. São eles, a saber, a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e o nexo causal, que estudaremos mais abaixo.

Deve-se ter em mente, porém, que, faltando qualquer um desses elementos, não haverá ato ilícito na esfera civil, não cabendo qualquer reparação. Sendo assim, não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito e no estrito cumprimento de dever legal. Tampouco, constituem atos ilícitos aqueles ocorridos em virtude de caso fortuito ou força maior.

Na verdade, a doutrina tende a não fazer distinção prática entre força maior e caso fortuito. Legalmente são tratados como equivalentes. Mas há diferença ontológica entre eles.

Como bem define De Plácido e Silva, em seu vocabulário Jurídico,

"caso fortuito é, no sentido exato de sua derivação (acaso, imprevisão, acidente), o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem, quando vem, para que seja evitado.

O caso de força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas que não se pode, igualmente, evitar, visto que é mais forte que a vontade ou ação do homem.

Assim, ambos se caracterizam pela irresistibilidade. E se distinguem pela previsibilidade ou imprevisibilidade".

Vejamos um exemplo de cada. Se estou dirigindo e tenho um ataque cardíaco, vindo a bater o carro, estarei diante de caso fortuito. O fato é irresistível e imprevisível. Está excluída a ilicitude.

Se vejo uma pessoa passando mal na rua e paro o carro para prestar socorro, em seguida, partindo em disparada, acima do limite de velocidade, avançando sinais luminosos etc., e vindo a bater o carro, estarei diante de força maior. O fato é irresistível, tendo sido previsto, quando me dispus a prestar o socorro. De qualquer forma, está excluída a ilicitude.

2.1 Análise dos elementos do ato ilícito civil

a) Antijuridicidade - Antijuridicidade é a contrariedade ao Direito. Não à norma jurídica em si, mas aos objetivos maiores do Direito, como a tranquilidade, a ordem, a segurança, a paz, a Justiça etc. Sempre que alguma ação ou omissão humana atentar contra esses objetivos, haverá ato antijurídico.

b) Culpabilidade - A culpabilidade envolve o conceito de culpa e de dolo.

Não obstante, a doutrina civilistica refere-se, na maioria das vezes, só à culpa, subentendendo-se o dolo. Não são, todavia, a mesma coisa para o Direito Civil, apesar de as conseqüências serem as mesmas, ou seja, indenização. só quando se tratar de responsabilidade contratual é que varia um pouco, pois nos contratos unilaterais, responde por culpa ou dolo, aquele a quem o contrato aproveita, como o donatário, por exemplo; e apenas por dolo, aquele a quem o contrato não aproveita, como é o caso do doador.(2)

A diferença entre culpa e dolo, sem entrar em meandros distintivos, reside em que dolo é ação ou omissão voluntária, e culpa é ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita. O art.159 do Código Civil não fala em imperícia, mas ela está implícita.

Negligência é a falta de cuidado, de atenção. É o indivíduo que não cuida de seu carro, nem reparando que os pneus estão carecas.

Imprudência é assunção de risco desnecessário. É o avanço de sinal luminoso em hora imprópria, sem condições de segurança.

Imperícia é a falha técnica de quem, em tese, possui a habilidade necessária.

É o médico que aplica a técnica errada. É o motorista que, ao arrancar com o carro em aclive, deixa-o descer para trás. Acrescente-se que só o técnico comete imperícia. se sei dirigir e perco o controle do automóvel, estarei agindo com imperícia.

Mas se não sei dirigir e, mesmo assim, saio com o carro, perdendo o controle, estarei agindo com imprudência.

(2 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit., passim.)

Tendo em vista a intensidade da culpa, pode ser ela apreciada em três graus, grave, leve e levíssima. Haverá culpa grave, quando o grau exigido de atenção ou de habilidade for mínimo. Será leve a culpa, sendo médio o grau demandado de atenção ou de habilidade.

Por outro lado, a culpa será levíssima, se o grau necessário de atenção ou de habilidade for muito elevado.

Quanto à imprudência, a culpa será grave se o risco assumido for alto.

Será leve, se médio o risco assumido. E será levíssima, se for mínimo o risco assumido.

Para o Direito Civil, como regra, não importa o grau de culpa, a não ser em casos muito específicos, como na culpa concorrente e na responsabilidade contratual. Nesta, a culpa levíssima pode não suscitar indenização.(3) A culpa, dependendo das circunstâncias em que ocorra, pode se classificar em culpa in committendo, in omittendo, in vigiando, in custodiendo e in engendo.

In committendo é a culpa que ocorre em virtude de ação, atuação positiva.

Como exemplo, podemos citar o ato de avançar sinal luminoso. Já se a culpa se der por omissão, por conduta negativa, teremos culpa in omittendo. Exemplo seria a enfermeira se esquecer de dar remédio ao paciente.

Será in vigiando a culpa, se for fruto de falha no dever de vigiar. Tal é a culpa dos pais pelos atos dos filhos em sua guarda. O dever, nesse caso, se refere a vigiar pessoas. Se referir-se a vigiar coisas, como animais, por exemplo, a culpa será in custodiendo, configurando-se por falha no dever de guardar, custodiar. Essa é a culpa do detentor do animal, pelos danos que este venha a provocar.

A culpa in engendo é aquela que resulta da má escolha. Quando se escolhe mal uma pessoa para desempenhar certa tarefa, resultando danos, a responsabilidade é daquele que escolheu mal. É o caso do patrão, que responde pelos danos causados por seus empregados em serviço.

Haverá, outrossim, culpa no controle, quando provada imperícia no manuseio e controle de coisas perigosas, como tratores, trens, bondes, aviões, navios etc.

Há quem diga haver nessas hipóteses responsabilidade por fato de coisa. Mas na verdade o dano não foi provocado pela coisa, mas pelo homem que não soube manejá-la. Haveria responsabilidade por fato de coisa se ela própria causasse o dano, sem interferência direta do homem. São os casos de animais que atacam pessoas, ou de veículos estacionados que, em virtude de fatores não humanos, deslizam rua abaixo, vindo a causar danos.

(3 GOMES. Orlando)

Normalmente, a incumbência de provar a culpa cabe à vítima do delito. Há hipóteses, entretanto, em que se faz inversão do ônus da prova, havendo culpa presumida. Nessas hipóteses, a vítima não terá que provar a culpa do autor do ilícito. Este é que deverá provar sua inocência. Os casos são raros, mas importantíssimos. Mais abaixo, veremos alguns.

Na maior parte das vezes, apenas o autor do delito age com culpa, mas pode dar-se caso em que também a conduta da vítima seja culposa. Teremos, então, culpa recíproca ou concorrente. Se avanço o sinal de pedestres, sendo atropelado por carro, que trafegava em velocidade acima da permitida, haverá culpa recíproca.

A conduta de ambos é culpável. Aqui interessa, sem sombra de dúvida, a intensidade ou grau da culpa. Os danos serão distribuídos proporcionalmente ao grau da conduta culpável.

c) Dano

Definição - Dano é diminuição ou subtração de um bem jurídico. Lesão de interesse. Deve ser contra a vontade do prejudicado. Espécies de dano - Pode ser positivo ou negativo. Será positivo ou emergente, quando caracterizada, objetivamente, lesão, subtração ou diminuição patrimonial, já materializada.

Será negativo, também chamado de lucros cessantes, quando a diminuição ou

lesão patrimonial for futura.

Exemplificando as duas espécies, poderíamos citar acidente sofrido por motorista de táxi. Os danos no veículo e em sua pessoa são positivos. Já os danos consistentes nos lucros, que deixará de obter, enquanto estiver convalescendo, ou enquanto seu carro estiver no conserto, serão negativos.

O dano pode ser material ou patrimonial e ainda pessoal, este físico ou moral.

Patrimonial é o dano de que resultem prejuízos materiais, de fácil avaliação em dinheiro. Na esfera do dano pessoal, haverá danos físicos e morais. O dano moral consiste em constrangimento que alguém experimenta, em conseqüência de lesão a direito personalíssimo, como a honra, a boa fama etc., ilicitamente produzida por outrem. Aqui não se fala em indenização, mas em compensação. Se dúvida havia em relação ao dano moral e sua compensabilidade, a Constituição sanou-a, ao admitir, expressamente, no art. 5°, v, a indenização por danos morais.

O difícil é calculá-la.

Por fim, o dano será direto, quando resultar do fato como sua conseqüência imediata. E indireto, quando decorrer de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo, diretamente suportado. De regra, somente se indenizam os danos diretos. vejamos exemplo: Roberto atropela Joana, que morre no hospital, devido a infecção hospitalar. A morte é dano indireto da conduta de Roberto, que por ela não responderá.

Liquidação dos danos - Liquidação é processo pelo qual se apura o valor dos danos a serem pagos pelo devedor. Pode ser legal, convencional ou judicial.

A liquidação legal opera-se, quando a própria Lei determina a prestação indenizatória.

Assim, temos várias situações, previstas nos arts. 1.537 e seguintes do Código Civil. vejamos cada uma.

1º Homicídio - Em caso de homicídio, deverão ser indenizadas as despesas com o tratamento, funeral, luto e alimentos a quem o defunto os devia. A indenização por filho menor é calculada como se trabalhasse dos 12 aos 25 anos, pois após este período pressupõe-se que formaria sua própria família.

Se o defunto era arrimo de família, ou sustentava alguém, a esta pessoa será constituída pensão, até os 65 anos de vida do morto. Se já tivesse mais de 65

anos, a idade se estende a 80 anos.

Se a beneficiária da pensão se casar, cessará o dever de se lha pagar.

Se o beneficiário for menor, ser-lhe-á paga pensão, até os 65 anos do defunto, de qualquer forma, somente até o beneficiário se tornar independente, financeiramente.

Observe-se que todas essas idades acima referidas são mera construção da jurisprudência. Em outras palavras, não estão definidas em lei.

2º Lesão simples - Tratando-se de lesões corporais simples, serão indenizadas as despesas com tratamento mais lucros cessantes.

3º Lesão com deformidade permanente e aparente - Se da lesão corporal resultar deformidade permanente e aparente, a indenização se calculará pela pena cominada à lesão simples em dobro. Jurisprudencialmente, tem-se decidido por arbitramento, por serem as multas irrisórias.(4)

4º Lesão com deformidade permanente em mulher casadoura - Deve ser instituido dote, ou seja, capital, com base nas posses do ofensor, nas circunstâncias do ofendido e na gravidade do defeito. A questão é discutida diante do principio constitucional que iguala homens e mulheres. Será que só a mulher casadoura teria direito a indenização por deformidade permanente? Na realidade, pouco importa se a vitima é homem ou mulher, casadoura ou não. Havendo danos, com deformidade permanente, caberá indenização por danos físicos e compensação por danos morais. É óbvio que, sendo a pessoa solteira, pouco importa se homem ou mulher, a deformidade dificulta o casamento, o que agravaria a extensão dos danos e sua conseqüente reparação.

(4 GOMES, Orlando. Obrigações. Op. cit. 385 /386.)

5º Agravo à honra de mulher virgem solteira - Segundo a Lei, a mulher terá direito a dote com base nas posses do ofensor, nas circunstâncias da ofendida e na gravidade do agravo. Estaria revogado o dispositivo? Ainda que se entenda que sim, a indenização caberia, de qualquer forma, por danos morais, não por ser a mulher virgem e solteira.

6º Agravo à honra por defloramento - A reparação será em forma de dote ou casamento.

7º Lesão com redução da capacidade laborativa - Se a ofensa gerar defeito que implique redução da capacidade de trabalho, o ressarcimento incluirá pensão correspondente a essa diminuição. Na hipótese de o dano chegar a impedir o exercício profissional, o lesado fará jus à inclusão de soma equivalente à importância do trabalho.

Nos dizeres de Clóvis Beviláqua,(5)

"Se a lesão corporal tem conseqüências permanentes que anulem ou diminuam a capacidade laboral, será dada compensação, e esta melhormente se obterá por meio de pensão vitalícia".

Ao lesado incumbe a prova de seus rendimentos. Com base neles será calculada a indenização. Se impossível quantificar a renda da vítima, a fixação da pensão será feita com base no salário mínimo e em sua posição social.

A perda total ou parcial da visão, assim como a perda ou limitação dos órgãos de locomoção, braços e mãos ensejam o pagamento de auxilio-acidente por parte da Previdência Social.

8~ Usurpação ou esbulho do alheio - No caso dado, a indenização consistirá na restituição do objeto, acrescida do valor das deteriorações. Se o objeto não mais existir, deverá ser indenizado seu valor corrente mais o valor afetivo, que não pode ser superior ao corrente.

9º Lesão da liberdade e boa-fama - O Juiz, levando em conta as circunstâncias, deverá calcular os prejuízos sobrevindos. O mesmo se dá para os casos de crimes de violência sexual ou ultraje ao pudor.

Estas são apenas algumas hipóteses que o legislador decidiu enfocar. Mas, em princípio, todo tipo de prejuízo é indenizável.

A segunda espécie de liquidação é a convencional, que se efetiva por composição amigável.

Entretanto, caso as partes não se entendam, recorrem ao judiciário por meio de ação indenizatória, ou outra adequada. Se necessário o Juiz nomeará perito para

liquidar os danos, não ficando obrigado, porém, a seguir as conclusões do laudo.

(5 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Op. cit. 325.)

Quando a liquidação é legal, o trabalho dos peritos e do Juiz é mais fácil, pois já têm os elementos constitutivos da prestação. Se a liquidação é puramente judicial, a tarefa do Juiz e dos peritos é mais complexa, e a liquidação vai se basear muito na extensão dos prejuízos, situação econômica e social do ofensor e ofendido, nas circunstâncias do caso e no grau da culpa, tendo-se sempre em mente que a indenização não se destina a enriquecer ninguéo.

Formas de reparação - A reparação dos danos pode dar-se de três formas. Em primeiro lugar, pela reposição natural do objeto danificado. Se danifico veículo alheio de forma irreparável, entrego outro veículo, mais ou menos da mesma marca, ano, quilometragem e valor.

A segunda forma de reparação é pela reposição natural, acrescida de indenização, normalmente, por lucros cessantes. Ou seja, além de dar outro carro, pago pelos lucros que a vítima deixou de auferir por ter ficado sem o automóvel.

Finalmente, a reparação pode ser apenas por indenização. Bato o veículo, que é consertado às minhas custas.

A indenização, em si, pode ser pelo sistema de pagamento de capital, de renda ou por sistema misto. Assim, no exemplo da batida de carros dado logo acima, a indenização foi pelo pagamento de capital, isto é, de certa quantia em dinheiro à vítima, para que mandasse reparar os estragos.

O sistema de pagamento de renda é muito comum, quando a vítima fica algum tempo sem trabalhar hipótese em que o autor do dano lhe paga certa venda, periodicamente.

O sistema misto envolve a constituição de renda, por meio de certo capital, que é aplicado e do qual é extraída a renda. Este sistema é mais freqüente, tratando-se de lesões físicas permanentes que impeçam atividades laborais.

d) Nexo causal - Nexo causal é relação de causa e efeito entre a conduta culpável do agente e o dano por ela provocado. O dano deve ser fruto da conduta reprovável do agente. Não havendo essa relação, não se pode falar em ato ilícito.

2.2 Ação indenizatória

A indenização por danos oriundos de ato ilícito é cobrada na chamada ação indenizatória, também chamada reparatória ou ressarcitória.

O sujeito ativo capaz para propô-la é, em primeiro lugar, o prejudicado. Se já for morto, poderão propor a ação seus herdeiros. Também têm capacidade todos aqueles que eram por ele alimentados. Outrossim, podem propor e ação indenizatória seus representantes legais ou procurador, com poderes para |anto.

Por fim, caso especial é(o do empregador0que tem capacidade processual para demandar, exigindo a reparação de prejuízo que sofra em decorrência de dano causado ao empregado.

O sujeito passivo, ou seja, a pessoa contra quem se proporá a demanda, será o autor do delito. Se for absolutamente incapaz, serão acionados seus representantes legais. Se for relativamente capaz, é solidariamente responsável junto com seus representantes legais. Se estiver morto, seus herdeiros responderão dentro das forças da herança. Além destes, pode-se acionar os co-obrigados pelo dano, como o participe de um crime.

O ônus da prova cabe ao autor da ação, que deverá provaz a autoria, a culpabilidade, o dano e seu valor e o nexo causal entre conduta culpável e dano.

Em alguns casos, cabe ao réu provar sua"inocência, quando teremos culpa presumida, com a conseqüente inversão do ônus da prova.

Extingue-se a ação pela renúncia, transação e pela prescrição, que será vintenária.

Quanto aos juros e correção incidentes sobre a verba indenizatória, tem-se que correm a partir da citação ou do dano, variando a jurisprudência. O Código Civil diz que os juros de mora correm a partir da citação para as obrigações ilíquidas, no que é confirmado pela súmula 163 do STF. Se o fato for criminoso, os juros contam-se do eventus damni.(6)

Mas e a correção? Como fica? Entendo que em regime de inflação "galopante", como ocorre amiúde no Brasil, não há como não retrotrair a correção monetária até a data do eventus damni, a não ser que não haja necessidade, como nas dívidas de valor. Por outros termos, se o autor do delito deve o valor de um

carro, responderá por este valor, sobre o qual não incidirá correção monetária, por não ser necessário.

3 RESPONSABILIDADE POR FATO DE OUTREM

Como regra, somos responsáveis somente por nossas atitudes.

Mas há momentos em que um indivíduo pode responder por danos provocados pela conduta de outra pessoa. Isso ocorrerá, sempre que faltarmos com o dever de bem vigiar ou escolher. São hipóteses de culpa in viguando e in engendo, respectivamente.

Os casos de culpa in viguando são três, senão vejamos:

1° os pais respondem pelos filhos menores de 16 anos, sob seu poder e companhia.

Assim, se o filho estiver em colégio interno, a responsabilidade será do colégio. Entre 16 e 21 anos, o menor tem responsabilidade própria e se possuir patrimônio seu, pode vir a responder sozinho. Os pais têm, apesar disso, responsabilidade solidária, o que vale dizer que, não obstante possuir o filho patrimônio próprio, os pais podem vir a responder por seus atos. (6 Eventus damni significa "ocorrência do dano".)

É, pois, diferente a responsabilidade que têm por seus filhos menores de 16

anos, quando será todo seu o dever de indenizar; 2° o tutor ou curador respondem pelos pupilos ou curatelados, sob seu poder e companhia. Possuem direito de regresso, quando cessar a tutela ou curatela, a não ser que seja ascendente do tutelado ou curatelado. No caso dos loucos, o curador responde, ainda que não tenha tido culpa;

3° as pessoas jurídicas ou naturais que exerçam empresa hoteleira, de hospedaria, casa ou estabelecimento em que se albergue por dinheiro, mesmo para fins educativos, respondem por seus hóspedes, moradores e educandos. Em relação aos hotéis, pensões, pousadas e assemelhados, sua responsabilidade se resume aos danos causados pelos hóspedes dentro do estabelecimento. De qualquer jeito, terão, é evidente, direito de regresso contra o causador dos danos.

Haverá culpa in engendo ou, conforme o caso, in viguando, por parte do empregador, pessoa física ou jurídica, que responde pelos danos causados por seus empregados e prepostos, no exercício de suas funções. Também aqui haverá direito de regresso contra o empregado.

Finalmente, aquele que, gratuitamente, participar nos produtos de crime, praticado por outrem, responderá pelos danos, até a quantia com que se haja beneficiado. Assim, se aceito, como presente, jóias roubadas de joalheria, responderei pelos danos causados à loja, até o montante com que me haja beneficiado, além de responder criminalmente, se for o caso.

Em todos esses casos, seja in viguando ou in engendo, a culpa será sempre presumida. Por outros termos, a culpa in viguando dos pais se presume. Eles é que deverão provar que vigiaram bem seus filhos, não lhes podendo ser exigida conduta diversa da que tiveram. Apesar da boa vigilância, o filho, anda assim, praticou o delito. É muito difícil essa prova, diga-se de passagem. Mas se, por exemplo, o pai, acionado pelo delito do filho, provar que a guarda do menor era da mãe, dela será toda a responsabilidade.

4 RESPONSABILIDADE POR FATO DE COISA

Fala-se em culpa in custodiendo ou culpa pelo dever de guarda, de custódia de coisas sob a responsabilidade de alguém que causem dano a outrem por culpa de quem as guarda. A título de exemplo, imaginemos carro que, por si só, se desloca em estacionamento, vindo a colidir com veículo estacionado por perto. A pessoa física ou jurídica, responsável pelo estacionamento, responderá pelos danos causados ao veículo abalroado.

Na mesma responsabilidade incorre o detentor de animal pelo dano por este causado. Neste caso, presume-se a culpa da pessoa, que só se exime da indenização, se provar que guardava e vigiava o animal com o devido cuidado; que o animal foi provocado por outrem; que houve imprudência do ofendido ou que o fato resultou de caso fortuito, ou de força maior.

Em verdade, falar-se em responsabilidade por fato de coisa diferente de animal, ou seja, por fato de coisa inanimada é um tanto estranho, visto que as coisas inanimadas não agem por si próprias. Dessarte, é sempre possível dizer que por trás do fato da coisa, está a culpa ou o dolo da pessoa.

5 TEORIAS SUBJETIVA E OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Por que somos responsáveis pelos danos que causamos? Por que temos que repará-

los?

Existem duas teorias que procuram explicar a razão de ser da responsabilidade civil. A primeira é a teoria subjetiva, aplicada como regra, pelo art. 159 do Código Civil. Subjetiva, porque parte do elemento subjetivo, culpabilidade, para fundamentar o dever de reparar. Assim, só seria responsável pela reparação do dano aquele cuja conduta se provasse culpável. Não havendo culpa ou dolo, não há falar em indenização. Na ação reparatória, devem restar provados pela vítima a autoria, a culpabilidade, o dano e o nexo causal.

A segunda teoria tem como fundamento, não o elemento subjetivo,

culpabilidade, mas o elemento objetivo, dano. Daí se denominar teoria objetiva. Para ela, basta haver dano, para que sobrevenha o dever de reparar. Explica-se esta teoria pelo alto risco de determinadas atividades e pela impossibilidade prática de se provar a culpabilidade, em certas circunstâncias. E aplicada, excepcionalmente, em virtude de disposição expressa de lei. Se ao caso aplicar-se a teoria objetiva, basta à vitima provar a autoria e o dano, para lograr êxito na ação reparatória. O suposto autor do dano só se exime da indenização, se provar que a culpa foi exclusiva da vítima. Do contrário, mesmo em caso fortuito, ou de força maior, deverá indenizar a vítima.

A teoria objetiva é utilizada apenas em poucas situações. As principais são: 1ª ruína de edifícios. vindo edificação a ruir, ainda que por força de caso fortuito, seu dono deverá indenizar todos os danos causados; 2ª coisas caídas ou lançadas de prédio. Sempre que um objeto cair ou for lançado de imóvel, o dono deste responderá pelos danos, ainda que se prove o fortuito.

Tratando-se de condomínio, todos os condôminos responderão, dividindo os prejuízos. Sendo identificada a unidade de onde veio a coisa, o condomínio terá assegurado direito de regresso contra ela;

3ª acidentes de trabalho. A Previdência Social deverá indenizar os danos sofridos pelo trabalhador no exercício de suas funções, anão ser que comprove ter sido dele a culpa;

4ª do erro de empregado de farmácia. O farmacêutico responde objetivamente por todos os danos causados a terceiros por seus empregados; 5ª acidentes com aeronaves, trens e bondes. Os donos de aeronaves, trens e bondes são responsáveis pelos danos que estes causem, ainda que provado o caso fortuito. Assim, se uma aeronave cai em virtude de raio que tenha incendiado suas turbinas, a companhia aérea deverá reparar todos os danos causados; 6ª o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. A responsabilidade recairá sobre o comerciante, se o produtor, o construtor, o fabricante ou o importador não puderem ser identificados; se o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador; e se os produtos perecíveis não forem bem

conservados.

Do mesmo modo, o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Mas a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Em outras palavras, cuidando-se de profissionais liberais, como médicos e advogados, aplica-se a teoria subjetiva;

7ª acidentes nucleares. Havendo acidente nuclear, os responsáveis pela guarda do material radioativo deverão indenizar todos os danos ocorridos, ainda que se prove caso fortuito;

8ª por fim, aquele que agir em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, apesar de não praticar ato ilícito, deverá reparar todos os danos sofridos por terceiros. Se para salvar alguém, for necessário arrombar uma porta, o dono da porta, desde que nada tenha a ver com o fato, deverá ser indenizado.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 Definição

É a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes públicos ou prestadores de serviços públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.(7) (7 VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Responsabilidade civil do estado. Belo Horizonte: O Alferes, 17/1988. FAMA, Edimur Ferreira de. Cttrso de direito administrativo positivo. Belo Horizonte:

Del Rey, 1997, 310.)

6.2 Evolução histórica

Partiu-se da irresponsabilidade para a responsabilidade subjetiva, até a responsabilidade objetiva. A irresponsabilidade fundamentou-se na regra inglesa da infalibilidade real

- Tbe king can do no wrong."O Estado estava muito ligado à pessoa do rei, que

era entronado, em última instância, por Deus. Assim, a irresponsabilidade dominou os Estados absolutistas. Só deixou de existir, porém, neste século. Para se ter uma idéia, só desapareceu em 1946 nos Estados Unidos e em 1947 na Inglaterra, apesar de serem ambos Estados de Direito, aliás, pilares da democracia moderna.

A teoria subjetiva vem, por sua vez, perdendo terreno, por não se coadunar muito bem com o tipo de relação entre a Administração e o cidadão, em que se verifica a supremacia daquela.

A teoria objetiva é a que melhor se ajusta a este tipo de relação, em que, de um lado temos o cidadão, totalmente despido de autoridade e de prerrogativas públicas e, do outro, temos a Administração, com todo seu poder e privilégios públicos.

No Brasil, a teoria objetiva é aplicada desde a Constituição Federal de 1946, até a qual tendo vigorado a teoria subjetiva, preconizada no art. IS do Código Civil.

6.3 Fundamento doutrinário

A aplicação da teoria objetiva se baseia na teoria do risco administrativo.

Tal teoria pressupõe risco que a atividade pública gera para os administrados e a possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, não suportados pelos demais. Ou seja, no desempenho de uma atividade que em principio será benéfica a toda a comunidade, o Estado causa danos a determinada pessoa. Não seria justo que apenas ela suportasse o dano, sendo que todos se beneficiarão. Para compensar, pois, esta desigualdade individual, criada pela própria atividade pública, todos os membros da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, via erário público.

Vemos, portanto, que a teoria objetiva se funda no risco e na solidariedade social.

6.4 Conseqüências

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo causado à vitima pela Administrição. Basta o dano. A vitime tem que provar só o dano e a autoria, para ter direito à indenização.

6.= Disposições legais: art. 37, §(6Q da Constitui÷ão Federal

"As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa".

Interpretando o dispositivo constitucional, temos que:

1º só cabe indenização pelos danos causados por agentes. Por aqueles causados por terceiros (multidões etc.) e por danos advindos de fatos naturais, a indenização se baseará na teoria subjetiva, ou seja, deverá ser provada a culpa da Administração Pública;

2º o Estado só poderá regzessar contra seu agente se provar ter ele agido com culpa. Segundo Hely Lopes, na ação que move o particular contra o Estado, não deverka ser necessário que este denunciasse seu agente da lide para ter direito de regresso, como preceitua o art. 70, III do Código de Processo Civil;(8) 3º por agente deve entender-se todo aquele que exerça função para pessoas jurídicas típicas, a qualquer título que seja;

4º dentre as pessoas de Direito Privado se incluem as concessionárias e permissionárias de serviço público. As autorizatárias não se incluem, por não serem agentes públicos, segundo Hely Lopes.(9)

É o caso dos motoristas de taxi. A Constituição Federal neste ponto deixa margem a dupla interpretação, pois fala em pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado. o que quer dizer com as de Direito Privado? Quis dizer as pessoas naturais e jurídicas de Direito Privado, ou apenas as jurídicas?

Entendo que, neste ponto, a interpretação deve ser favorável aos administrados, incluindo-se, portanto, as pessoas naturais. Desta forma, estará prevalecendo o interesse público e não o privado de meia dúzia de prestadores de serviço.

Assim, um permissionário ou concessionário pessoa natural do que é raríssimo, pois o mais comum é que sejam pessoas jurídicas) tem responsabilidade dobrada em troca dos benesses que lhe foram conferidos.

De qualquer forma, na prática forense a culpa sempre é examinada, porque o dever de indenizar cessa, se o Estado provar que a culpa foi exclusiva da vítima.

Se a vítima teve culpa parcial, haverá abatimento no montante indenizatório.

(8 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Qp. cit., p. 412.)
(9 Idem, p. 71.)

7 DIFERENÇAS ENTRE ATO ILÍCITO CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVO

A distinção entre delito civil e penal faz-se sentir em várias esferas. Em sua definição já são diferentes. Por ato ilícito civil, devemos entender toda ação ou omissão antijurídica, culpável e lesiva. Presentes, pois, a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e, é lógico, o nexo de causalidade, que se presume na própria definição. Por ato ilícito penal, ao revés, devemos entender toda ação ou omissão antijurídica, típica e culpável.

Delito civil e penal acham-se, portanto, próximos porque em ambos encontram-se presentes antijuridicidade e culpabilidade; distinguem-se porque o ilícito penal deve ser tipificado em lei, nem sempre sendo necessária produção efetiva de dano. Devemos nos lembrar de que em Direito Penal a tentativa também se considera delito.

Mas há outras diferenças específicas. Partindo da tipicidade, elemento essencial ao ilícito penal, temos que, em relação a este, haverá número certo de condutas consideradas ilícitas. o número de delitos na esfera penal é fechado numerus clausus. Já considerando-se a desnecessidade de tipificação específica da conduta ilícita no Direito Civil, conclui-se que seu número é aberto -

numerus clausus. Vale dizer que toda conduta, que se amolde ao art. 159, será considerada ato ilícito civil.

Outra diferença concerne à sanção. No Direito Civil, a sanção se faz pela reparação dos danos. No Direito Penal é imposta pena, que pode ser restritiva de liberdade, de direitos, podendo ser ainda pecuniária.

Finalmente, a obrigação civil de reparar passa aos herdeiros do autor do dano, enquanto que a pena é pessoal, não indo além da pessoa do réu.

Como a maioria dos delitos penais também se ajusta à categoria de delito civil, é importante analisarmos as conseqüências do processo penal na jurisdição cível.

Segundo norma expressa no Código de Processo Penal, arôs. 63 e seguintes, a sentença condenatória no crime faz coisa julgada no cível. Em outras palavras, sendo o indivíduo julgado culpado pelo juízo criminal, nada mais restará ao juízo cível que executar a sentença criminal, calculando a indenização devida.

Isto ocorrerá mesmo que o réu não seja punido. Basta que seja considerado culpado.

A sentença absolutória, entretanto, só faz coisa julgada, quando provada a inexistência do fato ou a inocência cabal do réu. Daí se conclui que, sendo o réu absolvido pelo juízo criminal, nada impede que se instaure ou que se dê continuidade à ação indenizatória perante o juízo cível, a não ser nesses dois casos, isto é, provada a inexistência do fato ou a inocência cabal do réu.

Outra questão é a do ilícito administrativo, comumente denominado

"infração administrativa".(10)

Segundo Hely Lopes Meirelles, infrações administrativas são "atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivas à coletividade, como previstas na norma legal".(10) (10 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações e sanções adminisvrativas. São Paulo: RT, 1985, passim.)

(11 MEIRELLES, Hel{ Lopes. Direito administrativo brasileiro. Qp. cit., F. 117.) Assim, vemos que o ilícito administrativo é todo ato

antijurídico,$culpável e típico. A toda infração administrativa, corresponderá uma sanção, consistente em multa. Tal é o estakionamento proibydo. Quem estaciona em local proibido, não comete delito penal, uma vez que estacionar em local proibido não é crime nem contravenção. Não comete ilícito civil pis que não houve dano. Comete, isso sim, ilícito administrativo, pelo que será multado.

Por fim, cabe explicar que as três esferas são independentes. Se avanço sinal luminoso, atropelando transeunte, responderei nas três esferas delituais, sendo processado autonomamente em cada uma delas. Serei obrigado a indenizar a vítima, na esfera cível; serei punido criminalmente, na esfera penal e serei multado, na esfera administrativa.

Capítulo XIII - LIQUIDAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: CONCURSO

1 - Generalidades

2 - Processo

3 - Concordata Civil

4 - Saldo devedor da execução

5 - Extinção das obrigações

LIQUIDAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES: CONCURSO DE CREDORES

1 GENERALIDADES

Se o devedor for insolvente, a execução será coletiva, envolvendo todos os credores. Tal processo se chama concurso universal de credores. Encontra-se regulado nos arts. 748 e seguintes do Código de Processo Civil, recebendo o nome de execução por quantia certa contra devedor insolvente. Além das disposições do CPC, aplicam-se, no que não lhes forem contrárias, as regras pertinentes do Código Civil.

A insolvência pode ser real ou presumida. A real caracteriza-se pela existência de passivo maior que ativo. A presumida ocorre na ausência de bens para a penhora e por causa de atos de insolvência, tais como impontualidade, ausência furtiva, fraude contra credores etc.

2 PROCESSO

O concurso universal é processado em várias etapas, que passamos a estudar.

1º requerimento da insolvência por qualquer credor ou pelo próprio devedor lauto-insolvência); 2º l0 dias para embargos, a partir da citação e não da juntada aos autos do mandado citatório cumprido; 3º não havendo defesa, ou se havendo, não for efetuado depósito, será decretada a insolvência, com o vencimento antecipado de todas as obrigações do devedor; 4º na própria sentença será nomeado síndico, chamado administrador da massa, pois que o devedor perde a administração de seus bens; 5º é expedido edital convocando os credores para, em prazo de 20 dias, habilitarem seus créditos. Tanto o edital quanto a organização da lista de credores serão providenciados pelo escrivão e não pelo síndico-administrador; 6º são julgados os créditos; 7~ é aprovado o quadro geral de credores; 8~ os bens penhorados serão vendidos em praça (imóveis) ou leilão imóveis), e seu produto rateado entre os credores na ordem de preferência legal.

A ordem de preferência legal dá-se de acordo com o Código Civil, arts. 1.554 e seguintes, e de acordo com outras leis, como o Código Tributário Nacional, o Estatuto da OAB etc.

Existem sete tipos de crédito segundo a ordem de preferência: 1° créditos trabalhistas; 2° créditos fiscais - primeiro recebe a Fazenda Federal, depois a Estadual e só depois a Municipal; 3° créditos da massa, como custas judiciais, honorários de perito etc.; 4° créditos reais - primeiro recebem os credores hipotecários, depois os pignoratícios, depois os anticréticos; 5° Créditos com privilégio especial. Para se saber quem detém privilégio especial, basta reportar-se ao art. 1.566 do Código Civil. Assim, têm privilégio especial:

a) sobre coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; b) sobre coisa salvada, o credor por despesas de salvamento. A Lei n. 7.203/84 dispõe sobre o salvamento de embarcações, coisas ou bens em perigo no mar, portos, rios, ou lagos, dizendo que gozam de privilégio especial sobre a embarcação, coisa ou bem em perigo, tendo preferência mesmo sobre os créditos reais; c) sobre coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; d) sobre prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas ou quaisquer outras construções, o credor de materiais,

dinheiro, ou serviços para sua edificação, reconstrução ou melhoramento. Há quem entenda que a emissão de duplicata nova a dívida, extinguindo o privilégio. Há quem entenda que não. Havia uma lei (4.068/62), instituindo expressamente que a emissão de duplicatas não excluía o privilégio, nem produzia novação. Esta lei foi revogada no atinente à duplicata, mas, uma vez que a norma era meramente interpretativa da disposição do Código Civil, pode-se considerar que o entendimento permanece; e) sobre frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; (sobre alfaias (enfeites, adornos, jóias) e utensis (também, utênseis ou utensílios) de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueres, quanto às prestações do ano corrente e anterior. Aqui é de se observar que o privilégio só se aplica aos bens penhoráveis; g) sobre os exemplares de obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato de edição; h) sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com seu trabalho, e principalmente a quaisquer outros créditos, o trabalhador agrícola, quanto à dívida de seus salários; 1) sobre o objeto do mandato, o advogado por seus honorários.

O privilégio especial só compreende os bens sujeitos expressamente ao pagamento do crédito que ele favorece.

6° Créditos com privilégio geral. Têm privilégio geral, nesta ordem: a) o crédito por despesas de seu funeral, feito sem pompa, segundo a condição do finado e o costume do lugar; b) o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivo e dos filhos do devedor falecido, se forem moderadas; c) o crédito por despesas com a doença, de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; d) o crédito pelos gastos necessários à mantença do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; os privilégios gerais compreendem todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

7° Créditos quirografários - consideram-se quirografários todos créditos representados por documentos, tais como cheques sem fundo, notas promissórias, confissões de dívida etc.

Havendo vários credores com crédito da mesma classe sobre uma mesma coisa, o valor desta será rateado entre eles.

3 CONCORDATA CIVIL

O Código de Processo Civil trata do assunto no art. 783, não dando nenhum nome especial ao instituto. o nome concordata civil vem sendo adotado pela doutrina, na falta de outro.

Após a aprovação do quadro geral de credores, elaborado dentro do processo de execução, poderá o devedor fazer proposta de pagamento aos credores. ouvidos estes, e se não houver oposição de nenhum deles, o juiz aprovará a proposta por sentença. A concordância dos credores pode ser expressa ou tácita.

A concordata civil não existe, nem na forma preventiva, nem na forma suspensiva.

A proposta homologada não suspende o processo de execução, mas extingue-o com julgamento de mérito. Produz-se, assim, diferentemente da concordata comercial, novação das obrigações, substituindo-as pela sentença homologatória do acordo com os credores. Em outras palavras, o descumprimento da concordata civil não reabre o processo de execução anterior já extinto, mas obriga os credores a intentar nova execução com base na sentença que homologou a proposta.

4 SALDO DEVEDOR DA EXECUÇÃO

Se após a venda de todos os bens, ficar algum credor sem ser pago, o devedor continuará devendo, para isso respondendo com todos os bens penhoráveis que venha a adquirir.

5 EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

A prescrição das obrigações, suspensa com o concurso, recomeça com o trânsito em julgado da sentença que encerrar o processo de execução, correndo por cinco anos. Após esse prazo, o devedor poderá requerer ao juiz que declare extintas suas obrigações por sentença.

Os credores poderão opor-se ao pedido, em trinta dias a partir da publicação do edital, alegando que o prazo de cinco anos ainda não se esgotou, ou que o devedor adquiriu bens penhoráveis, nesse período.

CAPÍTULO XIV - DIREITO DAS COISAS: INTRODUÇÃO - DIREITO E PROPRIEDADE

1. Introdução ao estudo do Direito das Coisas;

2. Direito real de propriedade

2.1 Definição

2.2 História, sociologia e política do direito de propriedade 2.3 Fundamento jurídico da propriedade

2.4 Elementos da propriedade

2.5 Classificação

2.6 Extensão do direito de propriedade

2.7 Restrições ao direito da propriedade

2.8 Proteção específica da propriedade

2.9 Domínio público

2.10 Aquisição da propriedade

2.11 Propriedade imóvel

2.12 Propriedade móvel

2.13 Condomínio

2.14 Propriedade resolúvel

2.15 Perda da propriedade móvel e imóvel

Capítulo XIV

DIREITO DAS COISAS: INTRODUÇÃO.

DIREITO DE PROPRIEDADE

1 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO DAS COISAS

O Direito das Coisas é ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral.

Se, por um lado, o Direito das Obrigações cuida das relações de crédito, entre devedor e credor, o Direito das Coisas tem por objeto esse outro tipo de relações, que acabamos de descrever acima.

Para entendermos melhor a questão, devemos partir de compreensão clara de direitos reais e obrigacionais.

Nas relações jurídicas obrigacionais há, de um lado, devedor e, do outro, credor. Entre eles, prestação devida pelo devedor ao credor. Ao dever de realizar a prestação corresponde o direito de exigi-la. Esse direito denomina-se direito obrigacional, pessoal ou creditício.

Nas relações jurídicas reais, o quadro é totalmente diferente. Em primeiro lugar, há uma pessoa e um bem. A pessoa é titular do bem. Mas para que uma pessoa possa considerar-se titular de um bem, é necessário que existam outras pessoas, que não detenham qualquer direito sobre esse bem. Em outras palavras e exemplificando, só posso me considerar dono de um bem, em face de outras pessoas que não são donas desse bem. Se morasse numa ilha deserta, não seria dono de nada. Se digo que uma coisa é minha, é porque não é dos outros. Se não houvesse outros, não faria qualquer sentido dizer que a coisa é minha.

Assim, conclui-se que as relações jurídicas reais estabelecem-se entre o titular de direito sobre um bem e os não-titulares de direito sobre esse bem.

Confrontam-se, portanto, titular e não-titulares. Só há titular, por haver não-titulares. Só se pode falar, por exemplo, em dono, em confronto com "não donos".

Quem seriam esses não-titulares? Ora, são todos aqueles que não possuem qualquer direito sobre o bem enfocado. E toda a sociedade em geral, composta de pessoas indeterminadas.

Da oposição entre titular e não-titulares, surgem direitos e deveres. Os deveres, também chamados obrigações reais, traduzem-se na abstenção de qualquer ato prejudicial ao direito do titular. São deveres de respeito ao direito do titular. Correspondendo a esses deveres, há os direitos do titular, direitos sobre o bem,

sobre a coisa, daí seu nome, direitos reais.

Podemos dizer, pois, que o Direito das Obrigações tutela os direitos creditícios, e o Direito das Coisas, os direitos reais.(1) Mas a diferença apontada entre esses dois ramos do Direito Civil está longe de ser pacífica. Na verdade, tudo começa com a concepção histórica de direitos subjetivos absolutos e relativos.

Os direitos absolutos seriam reais, por conferirem poder imediato de um titular sobre uma coisa. Os direitos relativos, por sua vez, seriam creditícios, pois que dirigidos contra pessoa determinada, ou seja, o devedor. Na concepção antiga, ambos teriam como objeto uma coisa. Tratando-se de direitos reais, a relação entre a coisa e o titular seria direta. Mas tratando-se de direitos obrigacionais, entre a coisa e o titular, haveria um terceiro, o devedor. Daí serem direitos relativos. Essa distinção foi na realidade evolução do Direito Romano que, em seus primórdios, só admitia direitos absolutos.(2) Devemos agora prosseguir nossos estudos, analisando as várias teorias que procuraram distinguir os direitos reais dos obrigacionais.

Segundo a teoria clássica ou realista que, mais ou menos, expusemos supra, a diferença está relacionada com o poder do titular sobre uma coisa, e o poder de exigir que alguém faça, dê ou não faça algo. Os direitos reais seriam o poder imediato sobre uma coisa; os obrigacionais, o poder de exigir que se dê, faça ou não se faça algo.

Dessa forma, os direitos reais e obrigacionais se distinguiriam, de acordo com vários referenciais. (3)

a) Quanto aos elementos constitutivos - Nos reais, há dois elementos, quais sejam, sujeito e objeto; nos obrigacionais, três: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto.

b) Quanto às vantagens - Os direitos reais detêm poder de seqüela. Isso significa que seguem a coisa, aonde quer que ela vá. Se tenho um carro e o empresto, continuo sendo seu dono, apesar de não possuí-lo mais em meu poder direto. Tal se deve à seqüela, ou seja, o poder do direito real de propriedade de seguir a coisa. Os direitos obrigacionais, a seu turno, não possuem nenhuma vantagem.

(1) Como é sabido, o adjetivo "real" tem, em português, quatro significados distintos. Indica (1)0 que diz respeito a rei; (2) aquilo que é verdaderio, que corresponde à realidade; (3) nome de moeda e, por fim, (4) o que é relativo a

coisa, em latim, res. E neste último sentido que se emprega o termo "real".

Dessarte, direito real quer dizer direito relativo a uma coisa, "direito coisal', se assim nos fosse permitido expressar-nos.

(2) TALAMANCA, Mano. Istituzioni di diritto romano. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990, p. 67 et seq.

(3) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 30/33.

SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 17/22.

c) Quanto à sanção - Os direitos reais são oponíveis erga omnes, isto é, contra todos. Como vimos, se sou dono de uma casa, é porque os outros não o são.

Assim, posso confrontar, opor meu direito de propriedade contra todos os demais.

Opor no sentido de exigir que todos os demais respeitem meu direito.

Já os direitos obrigacionais se opõem contra pessoa certa, o devedor. Se tenho crédito a receber, só posso exigi-lo do devedor. De mais ninguém.

d) Quanto aos modos extintivos - Os direitos reais, como regra, não têm prazo para se extinguir. Podem ser, até mesmo, perpétuos. Os direitos obrigacionais são por natureza temporários. Duram até o pagamento.

e) Quanto aos modos de aquisição - Os direitos reais têm modos peculiares de aquisição, o que não ocorre com os direitos obrigacionais. A propriedade, por exemplo, se adquire pela transcrição ou tradição, pela acessão e pelo usucapião.

Os direitos de crédito se adquirem pela ocorrência de fato, que pode ser negócio jurídico como contrato, ou ato ilícito, por exemplo, acidente automobilístico.

f) Quanto à posse - Uma coisa pode ser possuída, por ser a posse elemento externo. Já um direito obrigacional não pode.

g) Quanto aos caracteres gerais - Os direitos reais têm, cada um, suas próprias características. Os direitos de crédito serão sempre iguais, seja sua origem o contrato ou o delito.

Os efeitos dos direitos reais são expressamente regulados em lei. Mas os dos direitos de crédito nem sempre, uma vez que podem ser fruto de convenção.

Os direitos reais adquirem-se de uma só vez. Os de crédito podem ser adquiridos em prestações.

Os direitos reais são estáveis, por serem adquiridos desde logo. Os de crédito constituem apenas título, para adquirir-se o direito no futuro.

Continuando, quatro teorias dissidentes da clássica reúnem-se em grupo que se pode denominar grupo das teorias personalistas. Mas por que teorias personalistas?

Vimos que a teoria clássica entende que os direitos reais têm origem em relação jurídica entre um titular e um bem. As terias personalistas negam a possibilidade de que existam relações deste tipo. Só pode haver relações jurídicas entre pessoas. (4) Portanto, relação jurídica real é a que se estabelece entre titular e não titulares. Explica-se, assim, a razão do nome

"teorias personalistas", por serem elas as que explicam as relações entre pessoas.

(4) KANT, Immanuel. The science of right. Op. cit., p. 403 et seq.

A estrutura de uma relação jurídica real se compõe de sujeitos, ativo e passivo, titular e não-titulares, respectivamente; de objeto, que será um bem; e do vínculo jurídico que liga titular a não-titulares, em virtude do qual surgem direitos reais e obrigações reais. As teorias personalistas se diferenciam basicamente por enxergarem a distinção entre direitos reais e obrigacionais, ora em função do sujeito passivo, ora em função do objeto, ora em função do vínculo.

Como veremos todas estão corretas.

A primeira delas é de Windscheid, Roguin e Planiol. (5) Para eles é tudo a mesma coisa, pois tanto os direitos reais, quanto os de crédito decorrem de relações obrigacionais entre pessoas. A diferença encontra-se apenas no sujeito passivo que, nos direitos reais é universal, toda a sociedade, todos os não-titulares e, nos direitos de crédito, uma ou várias pessoas determinadas, o ou os devedores.

A segunda teoria personalista atribui-se a Michas e Quéru. De acordo com eles, a

diferença existe mas, basicamente, não é em função do sujeito passivo e sim, em função do objeto. Os direitos reais teriam como objeto um bem. Os direitos creditícios, uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

A terceira é de Démogue (6), que nega importância a qualquer dessas diferenças, pois que só existem direitos fortes (reais) e fracos (creditórios). A diferença mais importante residiria na intensidade do vínculo jurídico e não nos sujeitos ou no objeto.

Por fim, a teoria de Thon e Scloíman afirma que a diferença é que os direitos de crédito são subjetivos, ao passo que os direitos reais não o são. O direito que uma pessoa tem de não ter suas coisas violadas (erga omnes) não é direito subjetivo, mas necessidade social, protegida por lei. A distinção que se procura fazer é artificial. Na verdade, os direitos reais são processo técnico de que se utiliza o Direito Positivo, ao instituir restrições à conduta humana em benefício de determinadas pessoas (7).

A terceira teoria, que se destaca da clássica e das personalistas, é a teoria da instituição, de Hauriou (8). Diferencia os direitos obrigacionais dos reais, em que estes teriam sua fonte, não nas relações pessoais entre os indivíduos, mas na própria instituição social. Antes, os direitos pertenciam a todos os grupos sociais e o indivíduo nada representava. Esses grupos se organizaram no Estado.

O Estado, por sua vez, não podia zelar por todos os interesses individuais.

Assim a própria coletividade organizada, institucionalizada, criou seus mecanismos jurídicos de defesa dos direitos dos indivíduos sobre suas coisas.

Daí surgiram os direitos reais.

(5) WINDSCHEID, Bennando. Diritto dellepandette. Op. cit., v. II, p. 1-8.

ROGUIN, Ernest. La science juridique pure. Op. cít., p. 199 et seq. PLANIOL, Manccl. Traité élémentaire. Op. cit., t. II, p. 55 et seq.

(6) DEMQGUE, René. Traitédes obligations eu général. Op. cit., v. 1, t. 1, p. 5

et seq.

(7) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. II, p. 31.

(8) HAURIQU, André. Dro it constitutionnel etinstitutionspolitiques. Op. cit., p. 12, 138 et seq.

Concluindo, temos que os anticlássicos criticam os clássicos no seguinte: 1º não é possível que direito reflita-se diretamente sobre coisa, pois direito pressupõe contato entre pessoas;

2º a teoria clássica contém noção individualista e anti-social; 3º a teoria clássica é entrave a classificação científica dos direitos.

Em suma, os clássicos defendiam a separação dos direitos reais e obrigacionais em duas estruturas diferentes. O direitos reais seriam fruto de relação jurídica entre titular e coisa. Para os anticlássicos, no entanto, a estrutura essencial era a mesma, ou seja, sujeito ativo e passivo, ligados por vínculo jurídico, e um objeto. Enquanto nas relações obrigacionais, o sujeito ativo é o credor, o sujeito passivo, o devedor e o objeto, uma prestação de um ao outro, nas relações reais, o sujeito ativo é o titular, o passivo, os não-titulares e o objeto, um bem, sobre o qual incidem os direitos do titular.

As outras diferenças apontadas pelos clássicos não seriam para eles estruturais.

E como se uma costela se diferenciasse do fêmur, não por pertencerem a estruturas diferentes.

Observemos o quadro abaixo, para clarearmos as idéias.

CLÁSSICOS -

RELAÇÃO CREDITÍCIA

CREDOR = DEVEDOR

RELAÇÃO REAL

TÍTULAR - BEM

ANTICLÁSSICOS PERSONALISTAS

ESTRUTURA BÁSICA PARA AMBAS AS RELAÇÕES

SUJEITO ATIVO = VÍNCULO = SUJEITO PASSIVO - OBJETO

DESDOBRAMENTOS DA ESTRUTURA BÁSICA

RELAÇÃO CREDITÍCIA

CREDOR = DEVEDOR - PRESTAÇÃO

RELAÇÃO REAL -

BEM

Gangi, jurista italiano, enumerou algumas importantes diferenças práticas entre os direitos reais e de crédito (9). A primeira seria que os direitos de crédito são oponíveis contra uma pessoa determinada, enquanto os reais o são erga omnes, isto é, contra todos os não-titulares.

A segunda diferença seria que alguns direitos reais são passíveis de aquisição por usucapião, ao passo que os obrigacionais, nunca.

(9) SERPA LOPES, M.M. Curso. Op. cit., v. II, p. 22.

Por fim, os direitos creditórios se extinguem com seu exercício, os reais, não.

A essas três, acrescentaria o poder de seqüela, inerente aos direitos reais. Se um indivíduo toma empréstimo bancário, oferecendo sua casa em garantia, o banco adquire direito real de hipoteca sobre a casa. Posteriormente, se o indivíduo vender a casa e não pagar ao banco, este tomará o imóvel das mãos de quem quer que o haja comprado. Isso em virtude da seqüela. O direito real de hipoteca segue a casa, aonde ela for. Aliás, o substantivo "seqüela" tem origem no verbo

"seguir".

De tudo o que se disse, podemos destacar dois elementos importantes na caracterização dos direitos reais, que os tornam distintos dos direitos obrigacionais. São eles a oponibilidade erga omnes e a seqüela. Em outros termos os direitos reais são oponíveis a todos os não-titulares e detêm o poder de seguir a coisa, aonde quer que ela vá.

Como vimos acima, umas das peculiaridades dos direitos reais é o fato de serem

em número determinado, o que não ocorre com os direitos obrigacionais. Diz-se, portanto, que os direitos reais são em numerus clausus, ao passo que os obrigacionais são em riumerus apertus.(10) Quais seriam, então, os direitos reais admitidos no Direito Brasileiro?

De início, há o direito real sobre coisas próprias, denominado propriedade. Em seguida, há grande grupo de direitos reais, não sobre coisas próprias, mas sobre coisas alheias. Este grupo se subdivide em três outros subgrupos, senão vejamos: 1º direitos reais de uso e fruição: enfiteuse, servidões, usufruto, uso, habitação e renda constituída sobre imóvel;

2º direitos reais de garantia: penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia;

3º direitos reais de aquisição: promessa irretratável de venda de imóvel e retrovenda.

Além desses doze, fala-se também da posse, enquanto direito real. Mas como veremos, a questão é controversa. Seria mesmo a posse direito real?

2 DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

2.1 Definição

No grande universo dos direitos reais, propriedade ou domínio pode ser definida como o direito que uma pessoa tem de exercer o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação sobre determinado bem. É, como bem explica Peter Bãhr, a forma mais extensa de dominação efetiva de um bem.(11)

(10) Numerus clausus e numerus apertus significam, nespectivamente número fechado e aberto.

Na verdade, dizer que propriedade é direito de usar, fruir, dispor e reivindicar é prender-se à definição analítica do Direito Romano. Dada a dificuldade de se formular definição sintética de propriedade, como fez Peter Bãhr de maneira imprecisa, decidiram-se os juristas romanos por definição analítica, explicitando todos os elementos do domínio. Para se chegar a esta definição, partiram os romanos da seguinte pergunta: quando é que se diz ser um indivíduo dono de uma coisa?

Se vejo uma pessoa morando numa casa, digo ser essa pessoa dona da casa. Pelo menos é a primeira impressão. Se vejo uma pessoa colocando papéis numa pasta, serei levado à convicção de que essa pessoa é dona da pasta. Se vejo uma pessoa escrevendo com uma caneta, direi ser essa pessoa dona da caneta. Ora o ato de morar numa casa, colocar papéis numa pasta, escrever com uma caneta são atos de uso, de utilização. Daí dizer-se que, em princípio, o uso leva à idéia de propriedade, uma vez que o dono usa.

Mas não só o fato de usar pode induzir à idéia de domínio, propriedade. Se vejo um indivíduo cobrando aluguéis de outro, suporei ser esse indivíduo o dono do objeto alugado. Se vejo um indivíduo colhendo frutas num quintal, chegarei àmesma conclusão. Tanto o ato de receber aluguéis, quanto o ato de colher frutas são atos de fruição ou gozo. Sendo a fruição ato de domínio, pois que o dono frui, concluímos que quem colhe frutas e recebe aluguéis é dono.

Se vejo uma pessoa emprestando um livro a outra, serei levado à conclusão de ser ela dona do livro. Se vejo uma pessoa vendendo um imóvel, concluirei que o

vendedor é o dono. Se vejo uma pessoa jogando fora um caderno, a conclusão será óbvia: ela é dona do caderno. Emprestar, vender e jogar fora são atos de disposição. Em princípio, só ao dono são permitidos os atos de disposição.

Por fim, se vejo um indivíduo despejando outro de imóvel alugado; se vejo um indivíduo exigindo que lhe restituam objeto furtado; se vejo indivíduo expulsando invasores de suas terras, a conclusão só poderá ser uma: esse indivíduo édono do imóvel, do objeto furtado e das terras invadidas. O ato de despejar inquilino, exigir a restituição de coisa furtada e expulsar invasores é, em sentido amplo, ato de reivindicação, típico de quem é dono.

Se em todas essas circunstâncias, dizemos que a pessoa é dona do bem usado, fruído, disposto ou reivindicado, podemos dizer, e de fato disseram os romanos e seus herdeiros culturais, que propriedade é direito de usar, fruir, dispor e reivindicar.

A indagação que restaria responder é a seguinte: só o dono usa, frui, dispõe e reivindica? Não. Não só o dono, mas principalmente o dono.

(11) BAHR, Peter. Grundzüge. Op. cit., 5. 349. "Das Eigentum ist die umfassendste Form der dinglichen Zuordnung einer Sache".

O objeto do direito real de propriedade há de ser bem econômico, com expressão patrimonial, seja corpóreo ou incorpóreo. Bens jurídicos, como a vida, a liberdade e a honra, salvo melhor juízo, não se enquadrariam nesse rol.

O homem, para a satisfação de suas necessidades, se apropria de certos bens, exercendo sobre eles domínio. A este domínio se chama propriedade, direito subjetivo, assegurado pelo Ordenamento Jurídico.

Em sentido mais específico e objetivo, porém, propriedade é a própria coisa, objeto do domínio. Daí se falar em propriedade urbana ou rural, como sinônimo de imóvel ou prédio urbano ou rural(12).

2.2 História, sociologia e política do direito de propriedade As origens do instituto jurídico da propriedade, cientificamente sistematizado, se prendem ao Direito Romano, que o definia como ius utendi,fruendi etabutendi, ou seja, direito de usar, fruir e dispor, em tradução livre. Mística, ligada a rituais religiosos, a propriedade do solo, por exemplo, só podia ser adquirida por cidadãos romanos, e em solo romano. As razões se devem ao culto religioso dos

mortos.

Cada família cultuava seus próprios deuses, chamados "lares" ou manes(13). Nada mais eram que seus antepassados. Os romanos não acreditavam em céu. Os mortos continuavam vivendo, mas no mesmo território que haviam ocupado enquanto vivos.

Daí a importância das terras familiares, solo sagrado em que se enterravam os ancestrais e se lhes prestava culto. Estando vinculada a esses sentimentos, era lógico que só se concebesse a propriedade em solo romano.(14) Com a evolução dos tempos, todavia, a propriedade perdeu seu caráter místico, o que veio a favorecer o expansionismo romano. Passou-se a admiti-la fora dos muros da cidade. Mais adiante, foi estendido o direito a todos os habitantes do Império, independentemente de sua origem.(15)

A invasão bárbara, que culminou com a queda do Império Romano do Ocidente, causou tal instabilidade, que os pequenos proprietários se viram forçados a entregar suas terras aos grandes senhores, em troca de proteção. Tornavam- se, assim, vassalos, vinculados eternamente aos grandes feudos. Podiam, entretanto, continuar fruindo da terra, o que já era melhor que nada.

(12) LAFAYFTTE Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Garnier, 1877, v. 1, p. 74.

(13) O termo manes é oriundo do verbo "manto, -te", que significa permanecer.

Deuses manes eram aqueles que permaneciam; eram os deuses domésticos, os antepassados falecidos.

(14) COULANGES, Fustel. A cidade antiga. Op. cit., passim.

(15) COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Op. cm., p. 10 ce seq. ARIÉS, Philippe ce ai. História da vida privada. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p.

153 et seq. WEBER, Max. História agrária romana. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 179 ce seq. ENGELS, Fiedtich. Der Ursprung der Familie, des Privatcigentums und des Staacs. Berlin: Dietz Verlag, 1983, 5. 141 ec seq.

CHRISTOL, Michel et NONY, Daniel. Romc cc sou Empire: Dts origines aux

invasions barba res. Paris: Hachette, 1990, p. 105 et seq.

Não obstante, o desenvolvimento do comércio e das cidades põe fim a esse estado de coisas. Surge a burguesia que, ávida por riquezas e poder, incentiva o nascimento da monarquia absoluta e do Estado Nacional. Inicia-se a democratização do direito de propriedade.

Se, por um lado, a monarquia absoluta deve a força de sua origem à burguesia, por outro lado, como que lhe virou as costas. O Estado absoluto tornou-se verdadeiro entrave ao desenvolvimento do capitalismo, com sua estrutura rígida e obsoleta. As estruturas econômicas se transformavam rápido demais para que a sociedade política as absorvesse. Surgiu, então, toda uma gama de pensadores revoltados com o sistema. Foram os iluministas e liberalistas. Tudo isso culminou com três grandes revoluções: a Revolução Gloriosa, na Inglaterra; a Revolução Americana pela independência; e a mais importante de todas, a Revolução Francesa(16).

Atualmente, o direito de propriedade tem-se entendido vinculado a sua função social. Se um indivíduo pode dizer-se dono de algo, é porque os outros indivíduos não o são. O direito de propriedade existe em função das outras pessoas. Ninguém é dono de nada, a não ser que viva em sociedade. E é a essa sociedade que se deve render tributos.

Dessarte, o direito de propriedade não pode ser exercido em detrimento da sociedade, contra as aspirações sociais. Com isso, limitou-se o gozo absoluto da pessoa sobre a coisa, que não só fica impedida de usá-la em malefício dos demais, como fica obrigada a usá-la de acordo com as demandas do grupo social.

Logicamente, há todo um arcabouço doutrinário-filosófico para dar apoio à noção moderna de propriedade. Fundamentam-na, dentre outros, o solidarismo de Duguit, o espiritualismo dos neotomistas, e ainda que indiretamente, o marxismo(17).

2.3 Fundamento jurídico da propriedade

Do ponto de vista histórico, sociológico e político, acabamos de, em breves linhas, explicar os fundamentos da propriedade. Mas e juridicamente, quais seriam seus alicerces? Como se explicaria?

(16) HUBERMAN, Leo. Man's wordly goods. Op. cit., p. 58 et seq. MARX, Karl. Das Kapitai. Berlin: Dietz

• Venlag, 1986, S. 161 ctseq. HOOVER, Calvin B. The economy, liberty and the Stace. NewYork:The Twentieth Century Fund, 1959, p. 20/31.

(17) KOZLOFF, V.A. et ai. Teoria gosudarstva i prava. 2. ed., Leningnad: LGU, 1987, st. 46 ce seq.

GRATSIANSKIJ. P.S. ce aí. Istoria policitcheskikh i pravovykh utchenij. 2. izd.

Moskva: Iuriditcheskaia Literatura, 1988, st. 422 ec seq. HUBERMAN, Leo. Man's wordíygoods. Op. cic., p. 164 ce scq. SIEVERS, Allan. Revolução, evolução e a ordem económica. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p 51/54. HOOVER, Calvin B. The Economy. Op. cic., p. 235 ecseq. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op.

cit., v. IV, p. 68.

Há, na verdade, quatro teorias mais famosas que procuram delinear a base jurídico-teórica do direito real de propriedade. Vejamos rapidamente cada uma delas.

a) Teoria da ocupação - O direito de propriedade teria embasamento na própria ocupação das coisas pelo homem, a fim de satisfazer suas necessidades.(18) b) Teoria da Lei - Segundo Montesquieu (19) e Hobbes (20), a propriedade é a instituição de Direito Positivo. Existe porque a Lei a criou e lhe garante continuidade.

Será mesmo verdade? Teria mesmo a Lei criado o instituto da propriedade? Não o teria a Lei somente regulamentado?

c) Teoria da especificação - O direito de propriedade só se pode entender como fruto do trabalho. É a concepção de von Ihering, dos economistas e socialistas (21).

Planiol tece ferrenha crítica, asseverando ser falsa a tese, contendo o gérmen da negação do direito de propriedade (22). Falsa porque o trabalho deve ter por recompensa o salário, o bem-estar e não a própria coisa produzida, ou sobre a qual se trabalha. Contém em si a negação da propriedade por estimular a

espoliação. O arrendatário que trabalha a terra teria muito mais direito do que o dono. O empregado, muito mais que o patrão, e assim por diante.

d) Teoria da natureza humana - O direito de propriedade tem por fundamento a própria natureza humana. E natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. E se tem por origem a natureza do homem, é perfeitamente legítimo o direito de propriedade. O próprios países socialistas o reconhecem e protegem, desde que seu objeto sejam bens de uso particular, como carros, utensílios domésticos, o imóvel residencial etc. Mas quando tentaram privar as pessoas da propriedade dos meios de produção, contrariando a natureza humana, e mesmo negando-a, todos sabemos o que resultou.

(18) PLANIOL, Marcel. Cours élémentaire. Op. cit., v. 1, p. 736.

(19) MONTESQUIEU, Charles de. The spirit of laws. Great Books of the Western World. Chicago: Univensity oE Chicago, 1952, p. 221.

'[.1 the public good consists in every one's having bis ptoperty, which was given him by the civil laws, invariably preserved".

Tradução livre: "[...] o bem público consiste em que cada um tenha sua propriedade, que lhe foi conferida pelo Direito Positivo, invariavelmente preservada'.

(20) HOBBES, Thomas. Leviatã. Op. cit., p. 151.

"Visto portanto que a introdução da propriedade é um efeito do Estado, 1...] e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano".

(21) VON IHERJNG, Rudolf. A luta pelo direito. Op. cit., passim. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 3, p. 83/84.

22 PLANIOL, Marcel. Cours élémentaire. Op. cit., v. 1, p. 737.

2.4 Elementos da propriedade

No primeiro ponto deste capítulo, procuramos formular definição de propriedade, como sendo o direito que uma pessoa tem de exercer o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação sobre determinado bem.

A partir desta definição, de seu bojo mesmo, podemos extrair os elementos caracterizadores do direito real de propriedade.

Como se percebe desde logo, a propriedade é direito que se desdobra em quatro outros direitos: o de usar, de fruir, dispor e reivindicar.

Estudemos cada um deles.

a) Direito de usar (ius utendi) - É a faculdade que tem o titular de colocar o bem a seu serviço, desde que não cause danos a terceiros e nem infrinja a Lei.

b) Direito de fruir ou gozar (iusfruendi) - Fruir ou gozar é obter todas as vantagens que a coisa proporcione. Pode conter em si o direito de usar.

Normalmente, quem frui, usa. Mas nem sempre. Quem aluga imóvel a terceiros apenas frui, ou seja, recebe aluguéis, mas não usa; quem usa é o inquilino.

c) Direito de dispor (ius abutendi) - Por ter sua origem no verbo latino abutere, durante muito tempo, foi concebido como direito de abusar. Mas o próprio Direito Romano não admitia o abuso, limitando o direito de propriedade.

Tampouco traduz a idéia de destruir, uma vez que nem sempre o Direito o admite.

A melhor idéia seria mesmo a de dispor. Dispor é, a seu turno, comumente usado no sentido de desfazer-se, seja pela venda, doação, abandono, renúncia, destruição etc. Contudo, o verbo tem sentido muito mais amplo. Dispor significa, na verdade, dar aplicação, dar emprego, finalidade, destino. Assim é que, se sou locatário de imóvel para fins residenciais, não posso explorar comércio nele, por não ter o direito de dispor livremente do imóvel. O dono, todavia, pode nele residir ou explorar comércio, como queira. Em poucas palavras, o dono pode dispor do bem como lhe apeteça, respeitados os limites da Lei.

Dispor é, assim, vender, doar, trocar, emprestar, alugar etc.

d) Direito de reivindicar - É o direito de reclamar a coisa de quem injustamente a possua.

Modernamente, há tendência no sentido de se acrescentar quarto elemento

constitutivo do direito de propriedade. É a função social, ínsita à própria idéia de domínio. Segundo os publicistas, não se pode admitir a propriedade desvinculada da coletividade, à qual deverá servir. Propriedade maléfica não édireito. E anti-direito.

Nas palavras de Karl Renner, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito; aquela, à própria estrutura do direito(23).

José Afonso da Silva assevera que a disposição do art. 50, XXIII (24) da Constituição basta para que toda forma de propriedade seja permeada intrinsecamente do princípio da função social (25).

O Código Civil Peruano de 1984 já faz menção expressa à função social da propriedade, ao defini-la no art. 923.

"Artículo 923. La propiedad es ei poder jurídico que permite usar, disfrutar., disponery reivindicar de un bien. Debe ejercerse en armonía con ei interés socialy dentro de los limites de la ley".

Arnaldo Süssekind lembra bem que "numa de suas notáveis conferências sobre a socialização do Direito, lembrou o insigne Léon Duguit que a concepção moderna da liberdade não mais corresponde 'ao direito de fazer tudo que não cause dano a outrem e, portanto, a fortiori, ao direito de não fazer nada. Todo homem tem uma função social a cumprir e, por conseqüência, tem o dever social de desempenhá-

la. O proprietário, ou melhor, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de proprietário são protegidos'. E conclui: 'a intervenção dos governantes é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino'. A nova ordem jurídica atingia, como se infere, os postulados básicos do sistema civil - liberdade individual, inviolabilidade do direito de propriedade, invulnerabilidade do contrato e responsabilidade subjetiva. Como registrou Alvino Lima, 'procurando resguardar interesses coletivos, na verdade se defendem os direitos de cada um na comunhão social; procurando restringir os direitos subjetivos amparados na igualdade formal, que é o apanágio dos mais fortes, no sentido de se defender a verdadeira igualdade, a

concepção socializadora do Direito faz obra do mais nobre e elevado individualismo" (26).

2.5 Classificação

O direito de propriedade, conforme sua extensão e força, pode classificar-se em três categorias, a saber propriedade plena, limitada e nua.

(23) RENNER, Kar. Gli istituci dcl diritto privato ela loro funzione socíale.

Apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed., São Paulo: RT, 1990, p. 249.

(24) Art.5 O, XXIII da Constituição Federal "A propriedade acenderã sua função social".

(25) SILVA, José Afonso. Curso. Op. cit., p. 249.

(26) SUSSEKIND, Arnaldo ce aI. Instituições de Direito do Trabalho. 12. cd., São Paulo: Ltt, 1991, p. 133/134.

Será plena ou alodial a propriedade, quando todos os seus elementos estiverem reunidos nas mãos de seu titular. Se um indivíduo é dono de fazenda, dela se utilizando, tirando dela o fruto de seu sustento, podendo dela dispor como bem entender e defendê-la contra todos, pode-se dizer que exerce sobre ela direito de propriedade plena.

Na definição do Código Civil, haverá propriedade limitada, quando alguns de seus elementos acharem-se nas mãos de outra pessoa que detenha direito real sobre a coisa, ou quando for resolúvel o direito.

Imaginemos que, no mesmo exemplo anterior, o dono resolva, em garantia a empréstimo bancário, hipotecar a fazenda. Nesse momento, o banco passará a ser titular de direito real sobre as terras, sendo-lhe assegurado reivindicá-las, caso a dívida não seja paga. Vale dizer que a fazenda está sujeita a ônus real de hipoteca sendo, pois, limitado o direito do dono.

Outro exemplo esclarecedor seria o do proprietário que tivesse seu direito limitado por condição resolutiva. Suponhamos que uma pessoa doe à outra automóvel, até que esta se case quando, então, o dito carro, retornaria às mãos do

doador. Convoladas as núpcias, o direito de propriedade do donatário se resolveria, ou se extinguiria retornando ao doador. A hipótese é de propriedade resolúvel e, portanto, limitada.

Por fim, a nua propriedade. É propriedade limitada, uma vez que o proprietário exerce apenas alguns daqueles direitos e, assim mesmo, de forma muito tênue. O

proprietário tem direito apenas à substância da coisa. Quem tem apenas a nua propriedade não pode exercer os dois principais direitos de dono, quais sejam, usar e fruir. Pode-se dizer, portanto, que nua propriedade é aquela despida desses dois atributos: uso e fruição.

Analisemos o usufruto, a fim de clarear nossas idéias.

Uma pessoa morre, deixando em testamento todos os seus bens para "A", reservando, porém, a "B", seu usufruto. Temos, aqui, o proprietário "A" e o usufrutuário 'B". De todos os elementos do direito de propriedade, "A" detém apenas alguns. Os direitos de usar e fruir são do usufrutuário; o direito de dispor é de "A", mas praticamente só em tese. Não pode, por exemplo, alugar os bens. Pode doá-los, mas o donatário deverá respeitar o usufruto de "B". Pode vendê-los. O comprador, também ele, há de respeitar o usufruto. Quanto ao direito de reivindicar, "A" poderá exercê-lo, mas para "B". Se algum desses bens for, e.g., abduzido, "A" poderá reivindicá-lo das mãos do ladrão, devendo, em seguida, entregá-lo a "B". Concluindo, pode-se afirmar estar o direito de "A"

como que despido de seus elementos, principalmente do uso e da fruição, tendo ele direito tão somente à essência à substância da coisa, daí falar-se em nua propriedade (27).

(27) LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Op. dc., v. 1, p. 76.

2.6 Extensão do direito de propriedade

Ao estudarmos a extensão do direito de propriedade, devemos ter em mente quase que só os bens imóveis. Quanto aos bens móveis, podemos resumir a questão, dizendo que o direito é limitado a seu uso proveitoso, que não prejudique terceiros, nem a sociedade como um todo.

No tocante aos imóveis, já o Direito Romano considerava que os poderes do (28) domtnus se estendiam infinitamente ao subsolo e ao espaço aéreo: usque ad

caelos, usque ad inferos. De caelis usque ad inferos(29) .

O Direito Alemão pressupõe a projeção vertical limitada aos interesses do dono quanto à utilização do imóvel. Realmente é o que se lê no texto legal:

"~9O5.[Begrenzung des Eigentums] Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich aufden Raum über der Oberflache und aufden Erdkõrper unter der Oberfiãche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbietert, die in solcher Hõhe oder Tiefe vorgenommen werden, dafi er an der Ausschlieflung kein Interesse hat"(30) .

Nosso Direito se filiou ao germânico, instituindo a extensão do direito de propriedade ao espaço aéreo e ao subsolo, em toda altura e profundidade úteis a seu exercício. É vedado ao proprietário opor-se a trabalhos que se empreendam até onde não exista interesse de impedi-los. Acrescente-se que o art. 526 do Código Civil nada mais fez que traduzir o § 905 do BGB.

Modernamente, tem-se entendido que o dono do solo não o é do subsolo e espaço aéreo. Teria apenas o direito de usá-los conforme seu interesse e de impedir que a utilização alheia lhe perturbe o domínio.

2.7 Restrições ao direito de propriedade

O direito real de propriedade sempre sofreu restrições. Dizer que em Roma era absoluto e ilimitado indica, quando nada, pouco conhecimento da sociedade romana. Na Roma Antiga dos primeiros tempos, e me refiro à época denominada Período da Realeza, de 753 a.C. a 510 a.C., a propriedade do solo, por exemplo, sofria duas das mais sérias restrições: eta inalienável e indivisível. As razões, como

já dissemos, eram religiosas. O prédio familiar se ligava ao culto dos antepassados, que nele se enterravam e permaneciam.

(28) Dono, senhor.

(29) Até aos céus, até aos infernos. Dos céus até aos infernos.

(30) Tradução livre

§ 905. [Limitação da propriedade] O direito do proprietário de um prédio

estende-se ao espaço sobre a superfície e aos recursos sob a superfície. O

proprietário não pode, todavia, opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a tal altura ou profundidade, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

Ademais, todos os direitos de vizinhança que hoje figuram nas legislações mais modernas se prendem ao sistema romano do Digesto. Outras restrições, como o usucapião e as servidões prediais, também tiveram origem no antigo Direito de Roma.

Atualmente, pode distinguir-se duas ordens de restrições, as legais e as voluntárias.

Legais são as impostas por lei, dentre elas os direitos de vizinhança; o usucapião; as restrições de Direito Agrário; as servidões legais; a proteção especial pelo Poder Público a documentos, obras e locais de valor histórico artístico e cultural, monumentos e paisagens naturais notáveis, por meio de tombamento e desapropriação; as limitações ao espaço aéreo e ao subsolo; as restrições ao uso do solo urbano; e outras mais.

As restrições legais procuram proteger os direitos "do outro", dentro do espírito de que o exercício do direito de propriedade não deverá prejudicar terceiros. Mas não é só esse o intuito do legislador, que busca promover a função social da propriedade, em prol do interesse público.

Por restrições voluntárias, deve entender-se aquelas impostas pelo próprio titular do direito de propriedade. As restrições voluntárias dizem respeito àinalienabilidade, à impenhorabilidade e à incomunicabilidade.

Antes de mais nada, cabe esclarecer que comumente tais restrições aplicam-se a bens imóveis, não obstante poderem aplicar-se também aos móveis não pereciveis, como linhas telefônicas, ações etc.

Por força da inalienabilidade ou inalterabilidade (31), fica o bem protegido do próprio titular que o não poderá alienar, seja por tempo determinado ou vitaliciamente. Alienar é tornar alheio, vendendo, doando, trocando etc. Não é restrição absoluta, podendo ser levantada pelo juiz, com sub-rogação em outro bem. Em outras palavras, se o dono quiser alienar o bem, poderá fazê-lo, desde que requeira ao juiz competente, que lhe examinará as razões, transferindo a restrição a outro bem do alienante. Para trocar casa inalienável por apartamento,

deve pedir-se autorização ao Juiz, e este só a concederá se o apartamento ou outro bem do alienante ficar alienável.

Resta acrescentar que a inalienabilidade não se estende aos frutos. O

apartamento é inalienável, mas os aluguéis que dele o dono receba não o são.

A impenhorabilidade tem por escopo proteger o bem dos credores do titular, que não o poderão executar por dívidas. Diferentemente da inalienabilidade, a impenhorabilidade estende-se aos frutos.

(31) Inalterabilidade é o mesmo que inalienabilidade. Seu radical é a palavra latina alter que sígnica "outro".

Pela incomunicabilidade, o bem fica protegido do cônjuge do titular. No casamento em comunhão universal de bens, todos os bens adquiridos pelos cônjuges, salvo algumas exceções, se comunicam, ou seja, passam a integrar o patrimônio comum do casal. Isso não ocorre com os bens incomunicáveis, que só pertencerão a um dos cônjuges. Se uma pessoa deixa sua herança gravada com cláusula de incomunicabilidade, somente seu filho herdará, em nada participando o consorte deste. Logicamente, a incomunicabilidade estende-se aos frutos.

Por determinação do art. 649, 1 do Código de Processo Civil, os bens inalienáveis são impenhoráveis. Discute-se, porém, se a inalienabilidade também importaria incomunicabilidade. A questão já se encontra sumulada, tendo o Supremo Tribunal Federal optado por resposta afirmativa. Por outros termos, segundo a Súmula 49 do Supremo, a inalienabilidade implica incomunicabilidade.

As cláusulas voluntárias de restrição à propriedade concretizam-se em dois momentos. Primeiro, na instituição de bem de família que, como já estudamos, é o imóvel reservado pelo casal para residência da família, tornando-se inalienável e impenhorável. Segundo, nas doações e testamentos. Tanto o doador, quanto o testador podem gravar os bens que estejam transmitindo com qualquer uma dessas cláusulas. No entanto, o gravame não será admitido, se a transferência da propriedade for a título oneroso, como na compra e venda e na troca.

Por fim, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade só adquirem eficácia, principalmente contra terceiros, depois

de inscritas no Registro Público.

Outra restrição que se faz ao domínio é a resolubilidade.

Propriedade resolúvel é a que não se mostra em caráter permanente, tendo sua extinção pré-determinada, independentemente da vontade do dono. Implementando-se o fato resolutivo, a coisa retorna às mãos do antigo dono, ou transfere-se para as mãos de terceiro, que passará a ser seu dono. E o que ocorre, por exemplo, na retrovenda, em que o vendedor de imóvel se reserva o direito de recomprá-lo, no período máximo de três anos, restituindo ao comprador o preço mais despesas.

Também será resolúvel a propriedade do fiduciário, no fideicomisso. Aqui, a propriedade é transmitida a uma pessoa, o fiduciário, ficando ela obrigada a transferi-la a terceiro, findo determinado prazo, ou quando de sua morte.

2.8 Proteção específica da propriedade

A proteção ao direito de propriedade se exerce pela ação reivindicatória.

Somente o dono poderá propô-la, devendo fazer a prova do domínio e descrever detalhadamente o bem reivindicando. Outrossim, deverá provar que a pessoa de quem reivindica, possui a coisa injustamente, posto que de boa-fé ou em nome de outrem.

2.9 Domínio público

No estudo que acabamos de empreender acerca das restrições ao direito de propriedade, bem caberia falar sobre domínio público. Reputamos, porém, mais didático envidar esforços específicos no sentido de elucidar o tema, tendo em vista sua importância especial.

Domínio público, em sentido amplo, é o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce, seja sobre bens de seu patrimônio, denominados bens públicos; seja sobre bens do patrimônio particular, denominados bens particulares de interesse público; seja ainda sobre coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral.

O domínio público se exterioriza em poderes de soberania, exercidos sobre todas as coisas de interesse público, e no direito de propriedade da Administração

sobre os bens públicos.

Ao conjunto de poderes de soberania dá-se o nome de domínio eminente. E o poder político pelo qual o Estado submete a sua vontade todas as coisas que se achem em seu território. Seus limites se fixam em lei. Em nome do domínio eminente, são estabelecidos limites ao uso da propriedade, servidões administrativas, desapropriação, medidas de polícia e o regime jurídico especial de certos bens particulares de interesse público.

Ao direito de propriedade da Administração Pública sobre seus bens, chama-se domínio patrimonial. Estão sujeitos a este domínio todos os bens públicos, que são, como vimos em Capítulo precedente, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público.

O domínio patrimonial está sujeito a regime administrativo especial, não se lhe aplicando as normas que regem a propriedade privada, a não ser supletivamente.

Orienta-se o domínio patrimonial por quatro princípios basilares, a saber, a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração.

A regra geral é que a Administração Pública não pode alienar seus bens. Tal só ocorrerá excepcionalmente, na dependência de lei que autorize a transação.

Pelo fato de serem inalienáveis, os bens públicos são também inadquiríveis, enquanto durar a ínalienabilidade. Dessarte, não serão afetados pela "prescrição aquisitiva" ou usucapião.

Nas execuções contra as pessoas de Direito Público não se admite penhora de bens. A regra deduz-se do próprio texto constitucional, art. 100.

Além disso, os bens públicos não podem ser gravados com ônus reais de garantia, como hipoteca ou penhor.

Falamos, até o presente, sobre domínio público em sentido lato. Em sentido estrito, domínio público é o conjunto de bens públicos. Sobre eles já fizemos estudo detalhado no Capítulo V. Não obstante, existem algumas regras especiais sobre espaço aéreo, terras públicas, subsolo e águas. Vejamos algumas, dividindo nossa análise em tópicos.

a) Bens da União e dos Estados - De início, indicam os arts. 20 e 26 da

Constituição Federal os bens da União e dos Estados, respectivamente.

"Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II -

as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26,11;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-

históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[..]

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II - as

áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não compreendidas entre as da União".

b) Terras rurais e terrenos urbanos - A jurisdição sobre terras rurais é da União, através do INCRA, e sobre terrenos urbanos ou urbanizáveis, é dos Municípios. O Município pode transformar terras rurais em urbanas, desde que atenda os requisitos do art. 32 do Código Tributário Nacional. Para a fixação do perímetro urbano, não depende de aquiescência da União, bastando que satisfaça os requisitos legais, promulgue lei local e comunique ao INCRA e aos registros imobiliários, para as competentes averbações.

c) Terras devolutas - São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelo respectivo proprietário, que será sempre entidade estatal, isto é, a União, o Distrito Federal, os Estados ou os Municípios.

Como regra, pertencem aos Estados, que podem passá-las aos Municípios. São, todavia, da União as declaradas por lei indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais.

d) Plataforma continental - É o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes às costas até uma profundidade de 200 metros.

É patrimônio da União.

e) Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios - São porções do território nacional necessárias ao sustento das populações indígenas. São da União sendo a posse e o usufruto dos silvícolas.

f) Terrenos de marinha - "São todos aqueles que, banhados por águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, se estendam até a distância de 33 metros para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio " (32) Pertencem à União e sua utilização depende de autorização federal. Tratando-se de áreas urbanas ou urbanizáveis, ficam sujeitas a regulamentação municipal.

g) Terrenos acrescidos - São aqueles que se formam com terra carreada pela corrente por processo chamado aluvião. Se a terra acrescida às margens do rio se incorporar de forma repentina, o processo se denominará avulsão.

Sobre terras acrescidas, falaremos mais adiante.

h) Terrenos reservados - São faixas de terras marginais a lagos, rios e outros canais públicos, na largura de quinze metros, oneradas com servidão de trânsito para facilitar a realização de obras para exploração de recursos hídricos e outras riquezas, além de seu policiamento e fiscalização.

A propriedade do solo seria do dono das terras ribeirinhas, possuindo a Administração somente o direito de realizar as tais obras e policiar as margens.

A regra aplica-se, porém, aos lagos e rios estaduais. Quanto aos lagos e rios federais, suas margens já pertencem ao domínio da União. O problema se torna complexo, quando tentamos fixar o tamanho das margens que incorporariam o patrimônio público. Por analogia, o tamanho seria também de quinze metros, contados da margem para o interior do terreno. A Constituição mesma não diz nada a respeito. Acontece que o Código de Águas, como acabamos de constatar, reservava este espaço das terras marginais para o uso do Poder Público. Sobre elas a Administração possuía servidão de trânsito. Deduz-se, pois, que o direito real de servidão tenha se transformado em direito real de propriedade, por força da norma constitucional (33).

(32) Aviso Imperial de 12 de julho de 1833. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Op. cit., p. 454.

i) Faixa de fronteira - E a extensão de terras de 150 quilômetros de largura, paralela à linha divisória do território nacional. O domínio é eminente, necessitando-se de autorização do Estado para alienações e construções na área.

j) Vias e logradouros públicos - Pertencem à entidade administrativa que os houver construído, seja União, Distrito Federal, Estados ou Municípios.

Podem constituir bens de uso comum, como ruas e praças, ou bens de uso especial, como estradas de ferro.

l) Águas públicas - As águas públicas podem ser internas ou externas, conforme banhem exclusivamente o território nacional ou o contornem.

No regime da Constituição do 1988, todas as águas são públicas, à exceção das represas artificiais, que podem ser particulares. Seu uso é que pode ser comum ou particular.

Águas de uso comum são os rios, o mar, as te presas públicas e os lagos situados

em terras públicas de uso comum.

De uso particular são os lagos, nascentes e cursos d'água situados em terras particulares.

m) Mar territorial - É a faixa de 200 milhas marítimas que banha nossas costas.

E bem público de uso comum, inclusive para a passagem inocente de navios estrangeiros.

Para além do mar territorial, geralmente 12 milhas até o alto mar, encontram-se as águas contíguas, sobre as quais o Estado pode exercer certos atos de fiscalização, polícia sanitária etc.

O alto mar é a extensão além das águas contíguas, considerando-se res nullius (34).

n) Recursos naturais - Os recursos hidro-minerais pertencem à União, sendo explorados no sistema de autorização e concessão, tendo o proprietário do solo direito de participação no resultado da lavra.

A matéria se acha regulada no art. 176 da Carta Federal e no Código de Mineração.

(33) MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Op. cit., p.

455/457.

(34) Res nullíus - res núllius - ou coisa de nenhum (homem), isto é, coisa de ninguém.

No concernente ao petróleo, porém, as regras são outras.

Toda jazida de petróleo e gás pertence à União, sendo seu o monopólio de exploração. As mesmas normas se aplicam aos minérios nucleares.

o) Espaço aéreo - A matéria é objeto de vários tratados internacionais, sendo o mais importante a Convenção de Chicago, de 1944. Nela se consagrou o princípio de que todo país é soberano sobre seu espaço aéreo.

No Brasil o tema é regulado pelo Código de Aeronáutica, no qual se reafirma a soberania brasileira sobre o espaço aéreo acima de nosso território e mar territorial.

p) Florestas - A competência para legislar sobre florestas é da União, do Distrito Federal ou dos Estados, dependendo de onde se situe. Mas a competência para preservar será também dos Municípios.

Podem ser constituídas reservas em terras públicas ou particulares, por desapropriação. Não se confundem estas reservas com as áreas, por lei, consideradas de preservação permanente, como encostas, faixas marginais aos cursos d'água, contornos das nascentes etc.

Instituem-se reservas, não só de florestas, como de qualquer sítio indispensável à preservação ambiental. Esta visa à preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do impulso predatório das nações.

A preservação se exerce em três níveis, quais sejam o controle da poluição, a preservação dos recursos hidro-minerais e a restauração de elementos destruidos, por meio de reflorestamento, por exemplo.

q) Fauna - A Lei n. 5.197/67 incorporou a fauna, ninhos, abrigos e criadouros naturais ao patrimônio da União. Mas a competência para legislar é, não só dela, mas também dos Estados e do Distrito Federal. Quando se trata de preservação, o Município também será competente para legislar.

A caça profissional e conseqüente comércio são proibidos. A caça amadorística é regulamentada no tempo e no espaço. Por outras palavras, seus limites são fixados, dependendo da região e da época.

O comércio vindo de criadouros particulares está sujeito a registro, e o transporte de animais de um Estado a outro só se permite mediante guia de trânsito.

Várias das infrações às normas de caça e pesca são tipificadas como delitos ecológicos, punidos na forma da Lei.

2.10 Aquisição da propriedade

Aquisição da propriedade é a incorporação do direito real em um titular. Para

que se efetive, é mister que preencha certos requisitos subjetivos, objetivos e formais.

A pessoa que adquire deve ser capaz para tanto. Os menores de 16 anos não o são, sem o consentimento de seus pais ou tutor. Idêntica a situação dos loucos e demais absolutamente incapazes.

Por outro lado, a pessoa que aliena deve ser capaz para tanto. Os administradores de coisas alheias, por exemplo, não as podem alienar sem poderes especiais.

O objeto do direito deve ser bem passível de aquisição e de alienação. Bens públicos não preenchem a condição, aliás como todo bem fora do comercio.

Por fim, a transmissão da propriedade há de ser feita segundo forma adequada. Os bens imóveis, v.g., são adquiridos, de ordinário, pela inscrição da escritura pública de compra e venda, doação etc. no Cartório de Registro de Imóveis.

Havendo contrato, deverá ser escrito e por instrumento público, pois que não se registram contratos verbais. Já os bens móveis, de modo geral, adquirem-se pela simples tradição manual, podendo o contrato que porventura a anteceder realizar-se até de forma tácita.

A aquisição, dependendo do ângulo de enfoque admite várias categorias. Assim, poderá ser originária ou derivada, a título universal ou singular, inter vivos ou causa mortis.

Do ponto de vista da coisa que se está adquirindo, será originária a aquisição, quando o bem estiver sendo adquirido pela primeira vez. Não há memória de quem tenha sido seu dono, se é que já tenha havido algum. Nessa classe encaixam-se todos os frutos naturais, civis e industriais, os produtos, as res nullius ou coisas de ninguém, dentre outros.

Do ponto de vista dos titulares do direito de propriedade, aquisição originária é aquela que ocorre quando o adquirente não possuir nenhuma relação com o antigo dono, se houver um. Em outras palavras, podem enquadrar-se nessa classe, não só os frutos naturais, industriais e civis, os produtos etc. mas, também, as coisas que já possuam dono. Nesta última hipótese, embora a coisa já pertença a alguém, torna-se de outra pessoa, não por lhe ter sido alienada, mas por outro fato qualquer, como o usucapião (35).

A doutrina diverge entre esses dois parâmetros para determinar se a aquisição é ou não originária. A questão é relevante, porque, de acordo com o primeiro parâmetro, o usucapião não seria forma originária; pelo segundo, porém, o usucapião seria forma originária de aquisição da propriedade. A opção entre uma ou outra corrente pode implicar conseqüências práticas importantes, que veremos mais adiante.

Será derivada a aquisição, quando houver transmissão da propriedade de um titular a outro.

(35) MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Op. Cit., v. XI, p. 106/107.

Aquisição a título singular é a aquisição de um ou mais bens determinados especificados. Será a título universal, quando seu objeto for patrimônio não individuado, englobando todos os bens que o compõem. Na sucessão hereditária, podemos detectar as duas espécies de aquisição. Os legatários adquirem a título singular, porque em testamento lhes é deixado um ou mais bens especificados. Os herdeiros, a seu turno, adquirem a título universal, uma vez que se tornam donos da herança, enquanto patrimônio não individuado. Recebem, não bens previa-mente determinados, mas percentuais de um todo. Daí ser necessário o processo de inventário, a fim de se individuar os bens da herança, que depois serão partilhados entre os herdeiros.

Por aquisição inter vivos devemos entender aquela que ocorre entre pessoas vivas. Tanto adquirente quanto alienante acham-se vivos. Melhor dizendo, a aquisição inter vivos não tem como pressuposto a morte de ninguém.

Já a aquisição causa mortis pressupõe a morte do dono, para que o direito de propriedade se transfira ao novo titular. E o que acontece na sucessão hereditária, em que herdeiros e legatários adquirem causa mortis.(36) A seguir estudaremos as modalidades de aquisição, tanto da propriedade imóvel, quanto da propriedade móvel.

2.11 Propriedade imóvel

a) Aquisição da propriedade imóvel - Os bens imóveis se adquirem de quatro modos. O primeiro deles é a transcrição, modo ordinário de aquisição. Os outros, extraordinários, são a sucessão hereditária, a acessão e o usucapião. Falemos de cada um.

Transcrição - Dissemos anteriormente que a compra e venda, a doação ou a troca não produzem por si mesmas o efeito de transmitir a propriedade do alienante para o adquirente. Os contratos de alienação geram apenas direitos obrigacionais, de crédito. Não criam direitos reais. Pelo contrato, o adquirente éapenas credor do alienante. Para que ocorra a aquisição, ou seja, para que nasça para o adquirente o direito real de propriedade, é necessário ato complementar, que no caso dos bens móveis, é a tradição ou entrega da coisa. Só aí o adquirente passa a ser dono. Tratando-se de imóveis, para que se processe a aquisição, o título aquisitivo, ou seja, o documento que materializa a alienação, como a escritura (contrato) de compra e venda, deverá ser inscrito no Registro Imobiliário. A partir deste momento, o adquirente torna-se proprietário; antes não.

(36) Causa mortis, neste contexto, significa por causa da morte. A preposição por subentende-se da palavra causa, que está declinada no ablativo singular.

Assim era na Roma antiga. O simples contrato de compra e venda não era bastante para que se operasse a adquisitio. No período clássico, que se estende do século II a.C. até o século III d.C., o ato pelo qual se transmitia a propriedade denominava-se mancipatio. Dessa maneira, comprador e vendedor, celebrado que fosse o contrato de compra e venda, reuniam-se perante cinco testemunhas (37), procedendo à pesagem simbólica do preço do imóvel. Utilizavam para tanto balança e pesos, manuseados pelo libripens. Eis por que dizer-se que a transmissão do domínio se fazia per aes et libram, isto é, por pesos e balança (38).

O outro modo de aquisição deste período era a cessio in iure ou in jure cessio, como se usa mais comumente dizer. In jure cessio significa cessão em juízo e era a reivindicação simbólica do bem, objeto da aquisição, perante magistrado. O

adquirente reivindicava o bem como se já lhe pertencesse, e o alienante se calava. Ora, qui tacet consentire videtur. Quem se cala, consente. E, assim, o reivindicante tornava-se dono do bem. Na verdade, tudo não passava de ato simulado, em que o alienante fingia estar abandonando o bem em favor do adquirente que o reivindicava. Logo que a in ture cessio foi criada, o magistrado na certa desconhecia a simulação. Mas com o passar dos anos, a in jure cessio tornou-se meio habitual de transferência da propriedade, e o próprio magistrado, sabendo da simulação, já tomava parte no teatro. O que as partes desejavam de fato era a participação de magistrado no negócio, a fim de imprimir-lhe

publicidade e autenticidade(39).

No período pós-clássico, o Direito Justinianeu, no século VI de nossa era, unificou as várias espécies de propriedade, determinando que a tradição seria o único modo de aquisição. Sendo assim, após a alienação, o alienante entregava o imóvel ao adquirente. Esta entrega podia dar-se de várias maneiras.

O alienante levava o adquirente ao imóvel e percorria com ele toda sua extensão, todo o território do prédio(40). Era a tradição pelo ingresso e percurso -glebas circunzambulare.

Por outro modo, o alienante podia entregar as chaves do imóvel ao adquirente.

Havia, na verdade, tradição simbólica.

Outro caso de tradição simbólica ocorria, quando o alienante conduzia o adquirente até um lugar alto, um morro, por exemplo, e de lá lhe mostrava os limites do terreno. A este modo denominava-se traditio longa manu, ou tradição por mão longa.

A tradição podia ser, todavia, mais do que simbólica. Podia ser fictícia.

Suponhamos que o adquirente já detivesse o imóvel em suas mãos como locatário.

Não seria, pois, necessária a entrega efetiva, nem mesmo a simbólica das chaves.

(37) WARNKONIG, LA. Institutiones. Op. cit., p. 85.

(38) CRETELLAJUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Op. cit., p. 203/204.

(39) MARKY, Thomas. Curso Elensentarde Direito Romano. 4. cd., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80/81.

(40) Recordando, na linguagem técnico-jurídica, "prédio" é sinônimo de bem imóvel, seja construído ou não. "Edifício" é sinônimo de edificação, construção, seja um palácio ou um casebre, de um ou mais andares.

Mesmo assim, falava-se em tradição. Era a traditio brevi manu, ou tradição por mão curta, que nada mais era do que a vontade de transferir a propriedade a

quem já detinha o imóvel em sua posse(41).

O Direito Francês, avesso a todo esse formalismo, dispensou qualquer ato posterior à compra e venda, à doação, ou à troca. O contrato era, de per se, suficiente para transmitir o direito de propriedade. O adquirente, de acordo com o Direito Francês, torna-se dono, quando da mera celebração do contrato de alienação, que gera direito real de propriedade para o adquirente. Este não será mero credor do alienante, mas titular de direito real sobre o imóvel. Apesar disso, é necessário inscrever o ato translativo de domínio, i. e., o contrato de compra e venda, doação etc. no Registro de Imóveis. Mas a transcrição serve tão somente para dar publicidade à transmissão, é mais um meio de prova seguro da propriedade, que já foi transferida pelo contrato (42).

Os alemães, fiéis à tradição romana, mantiveram a necessidade de ato complementar ao contrato. Inovaram, porém. A aquisição não se perfaz pela nsancipatio ou pela in jure cessio, nem tampouco pela tradição, mas pela transcrição do título aquisitivo no Registro de Imóveis. Só nesse momento, surge o direito real de propriedade para o adquirente que, até então, era apenas credor do alienante. De fato a traditio é meio falho para se transferir a propriedade de bens imóveis. Confirma-nos Lafayette:

"[...] a tradição é por sua natureza e pela falta de autenticidade, insuficiente para comunicar ao ato da transferência do domínio a firmeza e a notoriedade que lhe são mister. Assim que sob seu regime exclusivo acontecia que um mesmo prédio podia ser secretamente alienado por seu proprietário a duas ou mais pessoas: um dos adquirentes vinha a ser inevitavelmente vítima de fraude.

Para por cobro a resultados tais, de sobejo demonstrados por dolorosa experiência, e para dar à propriedade territorial a segurança e a estabilidade que de si mesma requer e que vivamente solicitavam os desenvolvimentos e as necessidades da vida moderna, o gênio inventivo do legislador criou um novo modo de transferência do domínio e de seus direitos elementares: - a transcrição do título de aquisição em registros públicos" (43).

(41) MARKY,Thomas. Curso Elementar. Op. cit., p. 80/81. MACKELDEY, F.Manuel deDroitRomain. 3. cd., Bruxelles: Société Typographique Belge, 1846, p. 143/144.

(42) PLANIOL, Marcel. Cours élémentaíre. Op. cit., v. 11, p. 823 cc seq.

(43) LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 118-120.

O Direito Brasileiro seguiu o alemão, exigindo a transcrição como ato complementar à alienação. Se analisarmos a compra e venda mais detidamente, a questão se esclarecerá. Uma pessoa decide comprar imóvel, suponhamos um apartamento. O contrato deverá ser celebrado por instrumento público. Assim, ambos, comprador e vendedor, comparecem ao cartório, onde se realizará o contrato. O oficial inscreve a vontade das partes em livro especial, o qual é em seguida assinado por todos. Do livro se extrai certidão, denominada escritura pública. Esta nada mais é do que o instrumento que deu corpo fisico ao contrato de compra e venda. Como podemos perceber, o contrato de compra e venda gerou título aquisitivo, ou seja, documento que prova que o imóvel foi alienado. Este título é a escritura. Inobstante todo esse processo, o adquirente só será considerado dono do imóvel, no momento em que a escritura for transcrita no Cartório de Registro de Imoveis. Tornar-se-á dono, quando o oficial do Registro Imobiliário anotar no livro adequado o nome do novo titular do imóvel.

Aparentemente o sistema brasileiro é idêntico ao alemão. No entanto, existe diferença fundamental entre eles. Sempre dentro da linha romana, que considerava a mancipatio e a in jure cessio atos jurídicos abstratos,44 também para o Direito Alemão, a transcrição será ato jurídico abstrato. Para nosso Direito, porém,é ato jurídico causal.

Apenas a título de recordação, ato jurídico abstrato é aquele que se desvincula da causa que lhe deu origem. Dessa maneira, a partir da transcrição, o registro se desvinculará da compra e venda, sua causa originária. A nulidade da compra e venda, por exemplo, não afeta o registro. Este constitui, portanto, presunção absoluta de propriedade, não admitindo prova em contrário.4S Seria dificil conceber tal sistema, não fossem as precauções tomadas antes de se efetuar o registro. Assim é que precede à transcrição processo judicial para se verificar ter a alienação ocorrido de forma perfeita.

O ato jurídico causal, por outro lado, não se desliga da causa que lhe gerou.

Realmente, posto que efetuado, o registro estará sempre vinculado ao negócio que lhe deu causa. No exemplo da compra e venda, uma vez anulada, anula-se o registro. Este constitui presunção relativa da propriedade, admitindo, portanto, prova em contrário.

Sucessão hereditária - Segundo nosso Direito, os herdeiros se tornam donos da herança, no exato momento em que o antigo dono morre. Ainda que não saibam, já são proprietários. A morte do autor da herança tem, pois, o poder de operar, por si só, a transferência da propriedade, independentemente da transcrição.

(44) MARKY, Thomas. Curso Elementar. Op. cit., p. 80/8 1.

(45) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 92. BAHR, Peter. Grundzüge. Op. cit., S.346 etseq.

Acontece que os herdeiros adquirem a propriedade de patrimônio universal, indiviso. São considerados, num primeiro momento, condôminos dos bens herdados.

É preciso, assim, inventariar os bens, a fim de partilhá-los. Realizada a partilha, é expedido formal, que será, enfim, transcrito no Registro de Imóveis.

Só depois da transcrição do formal de partilha no Registro Imobiliário, é que cada herdeiro adquire a propriedade individual dos imóveis da herança, deixando de ser condômino.

Acessão - Acessão é ato de aceder, de acrescentar, de ajuntar. No Direito Romano, acessão era modo originário de adquirir a propriedade de tudo aquilo que se incorporasse de forma definitiva ao imóvel. Neste rol, as plantações e edificações.

A doutrina posterior diverge, porém, acerca da natureza jurídica da acessão.

Seria ela realmente modo de aquisição da propriedade?

Para uns, se ria ampliação do direito de propriedade, que se estenderia aos acréscimos. Para outros, seria prescrição aquisitiva instantânea, diferente do usucapião, que é prescrição de longo tempo.

O Direito brasileiro manteve-se uníssono ao Direito Romano. Acessão é modo originário de aquisição da propriedade.

Os romanos vislumbraram três espécies de acessão: a de imóvel a imóvel, a de móvel a imóvel e a de móvel a móvel. Seguiu-os nosso Código Civil.

No momento, interessa-nos somente o estudo das duas primeiras espécies, a saber, acessão de imóvel a imóvel e acessão de móvel a imóvel.

Acessão de imóvel a imóvel - Ocorre sempre que um bem, considerado imóvel, ajuntar-se definitivamente a outro imóvel, de maneira que um seja principal e o outro acessório. São quatro as espécies de acessão de imóvel a imóvel: a formação de ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono de álveo.

1ª Formação de ilhas - Segundo o Código Civil, sempre que uma ilha se formar em águas particulares, se incorporará à propriedade do dono do terreno por onde passem. Assim, passando um rio por um terreno, no momento em que nele surgir uma ilha, o dono do imóvel se tornará dono da ilha. Se o rio ou lago forem marco divisório entre dois terrenos, o respectivo dono de cada um dos prédios adquirirá a propriedade da parte da ilha que estiver na parte das águas que lhe pertencer.

Este o sistema do Código Civil. Mas em face da Constituição de 1988, os cursos d'água naturais, assim como lagos e represas públicas pertencem ou à União ou aos Estados. Não existem mais águas particulares, a não ser as represas construídas pelo dono da terra. Dessa maneira, pode-se concluir sem sombra de dúvida, que as ilhas que se formarem em rios, lagos e represas públicas passarão a integrar, não a propriedade do dono do imóvel, mas a propriedade da União ou do Estado-Membro. Só as ilhas que surgirem em represas particulares considerar-se-ão propriedade do dono das terras circunvizinhas.

De qualquer jeito, o dono do imóvel terá o direito de uso e fruição sobre a ilha, podendo, inclusive, impedir o assédio de terceiros, dentre eles a própria Administração Pública, que não poderá usar a ilha, a não ser em nome do interesse público.

Outro será o regime das ilhas de grande porte, nas quais possam-se construir casas e ruas. Exemplo seriam as ilhas de Paquetá, Niterói e outras. Pertencem ao Município ou ao Estado-Membro. Seu solo será dividido em lotes de propriedade privada.

Aliás, o próprio texto constitucional ressalva que se mantêm no domínio dos Estados, Municípios e particulares as ilhas que já lhes pertencessem. Tal já se confirma pela jurisprudência dos tribunais superiores(46).

2ª Aluvião - É o depósito paulatino de materiais às margens dos rios. As

margens, com isso, aumentam de tamanho, adquirindo o dono das terras ribeirinhas a propriedade do acréscimo, por aluvião.

Como estudamos acima, pertencem ao domínio público da União as margens dos rios e lagos federais, na extensão de quinze metros. Isso, entretanto, em nada modifica as disposições do Código Civil, senão vejamos.

Ora, o acréscimo das terras aluviais não faz com que aumente o terreno reservado da Administração Pública, que continuará dona dos mesmos exatos quinze metros. O

aumento será do proprietário ribeirinho, uma vez que os quinze metros da União se afastam de seu interior. Se por aluvião adicionarem-se, por exemplo, três metros de terreno, o proprietário ribeirinho adquirirá, não os três metros aluviais, mas os três metros de terra adicionada pelo afastamento dos limites do terreno reservado.

No entanto, esta é apenas minha opinião, sem estudo mais aprofundado do terna. A verdade, contudo, é que a matéria carece de sistematização doutrinária e legal.

De qualquer modo, o dono do imóvel ribeirinho poderá usar e fruir das margens, impedindo mesmo o acesso de terceiros e o uso indevido pela própria União.

Quanto aos rios estaduais e lagos, continuam em vigor o Código Civil e o Código de Aguas. As terras aluviais se incorporam à propriedade do dono do prédio marginal. Isto porque o art. 20 da Constituição Federal nada menciona a respeito das margens dos rios e lagos estaduais.

3ª Avulsão - Avulsão é o depósito repentino, abrupto de materiais às margens dos rios e lagos. Dá-se, quando em virtude de algum fato natural, como abalos sísmicos, uma porção de terra se deslocar de um terreno, aderindo-se de maneira definitiva às margens de outro terreno.

(46) TR da 3ª Região apelação cível número 0317653, DOE, 2O/8/90, p. 97. TR da 4ª Região, agravo de instrumento n. 0415578. DJ, 29/4/92, p. 10663.

Segundo o Código Civil, o proprietário ribeirinho se torna dono do acréscimo, por avulsão. Ao dono do prédio desfalcado concede a Lei o direito de, em um ano, reivindicar as terras perdidas, se for possível retorná-las. Sendo possível, o dono do prédio acrescido poderá optar entre deixar que se as removam, ou

indenizar o proprietário desfalcado.

Mais uma vez, as disposições do art. 20, III da Carta Federal devem ser relembradas. Procedem aqui as mesmas observações que fizemos a respeito da aluvião.

4ª Abandono de álveo - Álveo é leito de rio. Com o abandono permanente, a quem pertencerá o leito seco?

A resposta é simples. Aos proprietários ribeirinhos, que o dividirão proporcionalmente.

O álveo de um rio pode ser abandonado por várias razões. Vejamos as principais.

Se o abandono ocorrer por ter o rio secado definitivamente, os donos das terras marginais adquirem a propriedade do leito seco, pura e simplesmente.

Se o abandono ocorrer por ter o rio se desviado naturalmente, os proprietários marginais adquirem a propriedade do álveo seco, nada devendo aos donos das terras por onde o rio estabelecer novo curso.

Se o abandono ocorrer por ter o rio se desviado artificialmente, por interesse público, os proprietários dos imóveis por onde for estabelecido o novo curso deverão ser indenizados; e os proprietários ribeirinhos adquirirão a propriedade do leito abandonado.

Não havendo interesse público, o rio, evidentemente, não poderá ser desviado, a não ser que exista prévio consentimento dos donos das terras por onde haja de correr, e das terras por onde deixe de correr.

Acessão de móvel a imóvel - Haverá acessão de móvel a imóvel sempre que se incorporarem ao solo, de forma permanente, construções e plantações. Atentemos para o fato de que sementes e mudas de plantas, bem como materiais de construção são bens móveis, antes de se fixarem no terreno.

São, portanto, acessões imobiliárias todas as edificações e plantas que se agregarem ao solo artificialmente. Passarão a pertencer ao proprietário do terreno, que é o bem principal.

Mas e se quem construir ou plantar não for o dono da terra? Como ficaria sua

situação?

A resposta dependerá da boa-fé ou da má-fé de que estiver imbuído. Dessas acessões imobiliárias cuidam os arts. 545 a 549 do Código Civil.

Se alguém plantar, semear ou construir em terreno alheio perderá em favor do proprietário as plantas, sementes e construções, mas fará jus a indenização, se houver obrado de boa-fé. Se de má-fé, a nada terá direito, podendo ser obrigado a desfazer o que houver feito, além de indenizar todo e qualquer prejuízo.

Outra é a situação das benfeitorias que, como já vimos, não se devem confundir com as acessões imobiliárias. A solução a seu respeito nos é dada pelos arts.

516 e seguintes do Código Civil.

Segundo o art. 516 do Código Civil, o possuidor de boa-fé terá direito àindenização das benfeitorias necessárias e úteis, podendo reter o imóvel até que seja ressarcido. Em outras palavras, poderá recusar-se a restituir o imóvel ao dono, até receber a indenização. Quanto às benfeitorias voluptuárias, ou bem será indenizado ou bem as levantará. Vale dizer que, se não for ressarcido, poderá retirar as benfeitorias voluptuárias, desde que não cause danos ao imóvel.

Vejamos alguns exemplos. Uma pessoa toma um imóvel emprestado, reconstituindo o sistema hidráulico que possuía pontos de vazamento. Trata-se de benfeitoria necessária e o comodatário fará jus a indenização, podendo reter o imóvel até recebê-la.

Se ao invés de reformar o sistema hidráulico, houvesse o comodatário instalado grades nas janelas para evitar assaltos, teríamos benfeitorias úteis, sendo a solução idêntica. Em outras palavras, o comodatário faria jus a indenização, tendo direito de retenção.

Mas, se houvesse mandado mudar a porta da frente por outra mais decorativa, só teria direito a indenização, caso tivesse sido autorizado pelo dono. Se não autorizado, teria direito de retirar a porta, voltando com a antiga para o lugar, desde que tal mudança não trouxesse qualquer prejuízo. Isso tudo porque, no caso, cuida-se de benfeitoria voluptuária.

Do possuidor de má-fé cuida o art. 517. Terá direito de indenização somente das benfeitorias necessárias. Mas não terá direito de retenção. No tangente às

benfeitorias úteis e voluptuárias, não possuirá qualquer direito, nem mesmo o de levantá-las.

Exemplos teríamos vários. Suponhamos o seguinte caso: João tomou emprestada a casa de Pedro. Condenado judicialmente a restituí-la, não o fez. No momento em que descumpriu a sentença judicial, tornou-se possuidor de má-fé. Mesmo assim, se mandar consertar o encanamento apodrecido, mesmo depois da ordem de restituição, terá direito de ser indenizado, por se tratar de benfeitoria necessária. De qualquer forma, não terá direito de retenção. Em outros termos não poderá reter o imóvel até receber a indenização.

Se ao invés de consertar o encanamento, João tivesse mandado instalar grades nas janelas ou trocado a porta de entrada por outra mais decorativa, a nada faria jus, por se tratar de benfeitorias úteis e voluptuárias, respectivamente.

Vimos, pois, que benfeitorias e acessões imobiliárias recebem tratamento distinto, embora semelhante.

Na tentativa de dar contornos mais modernos ao instituto da acessão, os juristas contemporâneos propuseram nova classificação. Ao invés de se falar em acessão de imóvel a imóvel, de móvel a imóvel e de móvel a móvel, fala-se em acessão natural, industrial e mista.

Acessão natural é a que ocorre exclusivamente por forças naturais. Nessa categoria se pode enquadrar, em princípio, a formação de ilhas, a aluvião, a avulsão e o abandono espontâneo de álveo.

Será industrial ou artificial a acessão, quando realizar-se por intermédio de engenhos humanos. Tal seriam as edificações.

Mista é a acessão que se concretiza pela conjugação do esforço humano com forças naturais como, a prior-i, seria o caso das plantações e do abandono artificial de álveo.

Usucapião - Etimologicamente, usucapião quer dizer "aquisição pelo uso". Em latim, usucapio é palavra composta, em que usu significa literalmente "pelo uso", e capio significa captura, tomada, ou, em tradução mais livre, aquisição.

Pelo fato de a palavra, em latim, ser do gênero feminino, admite-se também em vernáculo poder dizer-se a usucapião. Este emprego é, todavia, antigo e pedante.

Usucapião é, pois, tipo extraordinário de aquisição da propriedade. Funda-se em posse prolongada, que transforma situação de fato em situação de Direito.

Sua justificativa baseia-se em duas teorias predominantes. Para a primeira teoria, denominada subjetiva, encontra-se no intuito de eliminar a incerteza em relações jurídicas fundamentais e tão relevantes, como a propriedade. O domínio das coisas não pode ser incerto - ne rerum domínio in incerto essent. Para uma segunda teoria, chamada de objetiva, o usucapião só se legitima se o analisarmos sob a ótica da função social da propriedade: dono é quem explora o imóvel; é quem o torna útil à sociedade (47). Ainda na opinião de terceiro grupo, o usucapião seria espécie de pena para a negligência do verdadeiro dono, que abandona a coisa.

Emprega-se, com certa freqüência, o termo "prescrição aquisitiva corno sinônimo de usucapião. Na verdade, é impróprio o uso, traduzindo alguma má compreensão do Direito Romano. A expressão foi amplamente utilizada no passado (48). Na atualidade, contudo, não é do gosto da melhor doutrina(49).

A prescrição era para os romanos instituto totalmente diferente do usucapião.

Enquanto este era meio de aquisição da propriedade, aquela era meio de defesa do réu na ação reivindicatória. Suponhamos que uma pessoa se encontrasse há muitos anos em determinado imóvel. Depois de todo esse tempo, o dono intenta contra ela ação reivindicatória, reclamando a propriedade do terreno para si. O possuidor, então, se defendia, alegando que o direito do dono de

reivindicar o imóvel já estava prescrito. Daí falavam os romanos, com muita propriedade, em prescrição (50).

(47) MARKY, Thomas. Curso Elementar, Op. cit., p. 82 CC seq. LAFAYE1ITE

Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 167 et seq.

(48) LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 165.

(49) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit. v. IV, p. 103.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. çit., v. XI, p. 117.

(50) CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. Op. dc., p. 214.

NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Op. cit., v. II, p. 92.

De origem grega, havia duas espécies de prescrição da ação reivindicatória, a prescrição de longo tempo e a de longuíssimo tempo: praescriptio longi temporis e praescrzptio longissimí temporis (51).

Para que se pudesse alegar a prescrição de longo tempo, exigia-se posse mansa e ininterrupta, por 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes. Além disso, exigia-se também o justo título e a boa-fé. Logo que foi criada, no século II d.C., o simples suscitar a prescrição de longo tempo não tornava o possuidor dono do imóvel. Apenas o garantia contra o verdadeiro dono. Para que adquirisse o domínio, era necessário que intentasse ação de usucapião(52).

A prescrição de longuíssimo tempo, criada à época de Constantino no século III d.C., também servia como exceção, ou seja, defesa processual para aquele que possuísse imóvel como seu, por 40 anos, independentemente de justo título e de boa-fé. Teodósio, no século V d.C., reduziu o prazo para 30 anos. De qualquer forma, o possuidor que suscitasse a praescriptio longissimi temporis para se defender contra a ação reivindicatória do verdadeiro dono, não adquiria a propriedade do imóvel. Para que a adquirisse, seria necessário o usucapião.

No Brasil, a sistemática é analógica. A ação reivindicatória prescreve em dez anos, entre presentes, e em quinze, entre ausentes. Se decorrido este prazo, o dono reivindicar o imóvel, o possuidor poderá defender-se, suscitando a seu favor a prescrição do direito de ação do autor. Aí pode falar-se realmente em prescrição, não aquisitiva, mas prescrição normal do direito de ação. Mesmo por quê, ao alegar a prescrição, o réu apenas se protege contra o autor, mas não se torna dono do imóvel. É preciso o usucapião.

Pode ocorrer, entre tanto, de o direito de propor a ação reivindicatória não estar prescrito, mas já haver decorrido o prazo para a aquisição por usucapião.

Imaginemos uma pessoa morando em imóvel urbano inferior a 250 m2, há oito anos.

Uma vez que o dono do imóvel intente ação reivindicatória, o possuidor não poderá se defender, alegando a prescrição, mas poderá requerer o usucapião.

Vemos, assim, que não é de boa técnica o emprego da expressão "prescrição aquisitiva" com o significado de usucapião(54).

Na Roma deJustiniano, século VI d.C., fez-se reforma nos prazos e exigências do usucapião. Assim, a praescriptio longi temporis se transformou em modo de aquisição da propriedade, aplicável apenas aos imóveis. Exigia-se boa-fé, justo título e posse mansa e ininterrupta, por 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes.

(51) TALAMANCA, Mano. Istituzioni di diritto romano. Op. çit., p. 427 cc seq.

(52) Idem, p. 428.

(53) NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Op. cit., v. II, p. 92/93.

(54) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit. v. IV, p. 102/103.

A praescriptio longissimi tem poris também tornou-se modo de aquisição da propriedade, pelo decurso do prazo de 30 anos, independentemente de justo título. Era, todavia, exigida a boa-fé (55).

Nesta época, falava-se em usucapio apenas em relação aos bens móveis, exigidos o decurso do prazo de 3 anos, o justo título e a boa-fé.

O Direito Brasileiro trouxe algumas inovações.

Em primeiro lugar, a prescrição do direito à ação reivindicatória poderá ser alegada somente como defesa processual, não sendo modo de aquisição da propriedade, como no Direito Justinianeu. Daí, repetimos, a impropriedade do termo prescrição aquisitiva" com o significado de usucapião. Só este transforma o possuidor em proprietário.

O usucapião, por sua vez, refere-se tanto a bens imóveis, quanto a bens móveis, podendo ser requerido em ação autônoma, ou como defesa na ação reivindicatória.

Tratando-se de usucapião de bens imóveis, subdivide-se em três categorias distintas: usucapião ordinário, extraordinário e especial ou constitucional.

Vejamos cada uma delas.

Usucapião ordinário - Ordinário ou comum porque exige como pré-requisitos a posse, o justo título e a boa-fé, da mesma forma que no Direito Romano se

exigia, de regra. Pode-se dizer que o usucapião ordinário visa proteger aqueles que supostamente hajam adquirido o imóvel, mas possuem título aquisitivo defeituoso, não se tornando, assim, donos. Por exemplo, Joaquim adquire imóvel de Gustavo, celebrando contrato de promessa de compra e venda, sem que, contudo, a esposa de Gustavo assinasse. Pago o preço, e antes da celebração do contrato definitivo (por escritura pública), Gustavo vem a falecer. Seus herdeiros e sua viúva se negam a concluir o negócio, mas deixam Joaquim na posse mansa e pacífica do imóvel. Passado o prazo necessário, Joaquim adquire o imóvel por usucapião.

A posse há de ser ad usucapionem, isto é, tem que ser pacífica, ininterrupta e com convicção de dono. A pessoa deve possuir o imóvel como seu, com a intenção e convicção de dono. Assim, por exemplo, o locatário, o comodatário e o depositário jamais teriam direito ao usucapião, exatamente por faltar-lhes a intenção de dono ou animus domini. No exemplo dado acima, Joaquim, de fato, comprou o imóvel. Tem até contrato de promessa de compra e venda assinado. Já pagou o preço. Joaquim tem plena convicção de que, de fato, é dono do imóvel.

(55) NOBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Op. cit., v. II, p. 92/93. TALAMANCA, Mano. Istituzionídi diritto romano. Op. cit., p. 427 et seq.

Justo título é toda causa que seria, em tese, hábil para transferir a propriedade, mas não o faz por defeito, que pode ser:

a) não ser o transmitente dono;

b) não ter poderes para alienar a coisa;

c) outro vício que o torne passível de anulação.

Se documento, o justo título deve ser válido, ou seja, passado com as formalidades externas substanciais; certo e real, i.e., determinado e verdadeiro, não suposto, putativo; e deve ser, a priori, transcrito no registro.

Mas não só documentos se consideram justo título, como veremos abaixo.

Constituem justo título:

a) a escritura pública ou particular de doação;

b) o instrumento público de constituição de dote;

c) o legado, servindo como documento o testamento;

d) a sucessão testamentária, servindo como documento o testamento; e a sucessão legítima, que dispensa documento, uma vez que a propriedade se transmite aos herdeiros legítimos com a abertura da sucessão, ou seja, com a morte do autor da herança. A sucessão servirá como título, ou seja, como causa justa, toda vez que uma pessoa possuir coisa de herança, de que erroneamente se julgava herdeiro(56);

e) a escritura pública ou particular de compra e venda;

f) a escritura particular ou pública de promessa de compra e venda; g) a escritura pública ou particular de transferência na dação em pagamento; h) a escritura pública ou particular de permuta ou transação; i) as sentenças nos juízos divisórios, a arrematação nas praças e a adjudicação.

Em relação ao registro desses títulos, a doutrina e jurisprudência se dividem, formando verdadeiro emaranhado a carecer solução urgente de Direito Positivo.

Caio Mário, Pontes de Miranda e Lafayette (57) consideram que os títulos só necessitam de registro, para valer contra a hipoteca constituída no imóvel. Ou seja, mesmo sem o registro, são hábeis para o usucapião, porém o credor hipotecário mantém seu direito, ao passo que se o título houvesse sido registrado, com a declaração do usucapião, o credor perderia a hipoteca.

(56) LAFAYETTE Rodrigues Peneira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 185.

(57) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cít., v. IV, p. 112.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XI, p. 139.

LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 86.

Clóvis Beviláqua e Sá Pereira consideram o registro dispensável apenas nos casos de legado, sucessão hereditária e sentenças nos juízos divisórios, arrematação e adjudicação (58).

Serpa Lopes e Lacerda de Almeida julgam dispensável o registro somente nas

hipóteses de legado e sucessão hereditária (59)..

As divergências não param por aí. A jurisprudência longe de adotar uma ou outra escola, uniformizando-se, cada vez adentra mais a discussão.

E não se discute apenas a respeito do registro. O debate envolve outra questão importante, qual seja, seriam os escritos particulares justo título?

Há julgados que consideram a promessa de compra e venda, o instrumento particular de doação, permuta, dação em pagamento e transação títulos justos, desde que registrados. Há os que dispensam o registro. Há também os que não os consideram justo título, independentemente de registro. O mesmo em relação ao recibo de compra e venda.

Em outras palavras, o problema não tem solução unânime, dependendo do entendimento do juiz e do tribunal.

A adotar um desses pareceres, ficaríamos ao lado de Caio Mário Pontes de Miranda e Lafayette. Ora, não há o menor sentido em se exigir o registro do título aquisitivo, a não ser para lhe conferir publicidade e validade contra terceiros.

Por outro lado, não se consideram justo título as convenções não translatícias de domínio, tais como contratos de comodato, locação etc.; documentos nulos como, por exemplo, escritura sem assinatura do transmitente; e todo ato proibido por lei, como contrato de pai que vende a filho sem autorização dos demais filhos, testamenteiro que compra bens da testamentaria, juiz e escrivão que arrematam bens em praça, tutor que aliena bens do pupilo sem autorização judicial etc.

Boa-fé é a crença do possuidor de que legitimamente lhe pertence a coisa de que tem posse. Essa crença é sempre resultado de erro de fato. O erro que procede da ignorância do vício ou do obstáculo que impede a transferência do domínio.

A boa-fé deve estar presente em todo o decurso da posse. Se começou de boa-fé, mas se tornou de má-fé, fica destruída a pretensão aquisitiva por via de usucapião ordinário.

O prazo é de 10 anos entre presentes e 15 anos entre ausentes. Presentes são os que moram no mesmo município, e ausentes os que moram em municípios

diferentes.

Usucapião extraordinário - Tem como antecedente histórico a praescriptio longissimi temporis. Realmente, os únicos requisitos que se pressupõem para se adquirir por usucapião extraordinário são a posse ad usucapionem e o prazo de 20

anos.

(58) BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. 4. cd., Rio de Janeiro: Forense, 1956, 10 v., p. 113. SÁ PEREIRA, Vingilio de. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva.

Instituições. Op. cit., v. IV, p. 112.

(59) SERPA LOPES, MM. Curso. Op. cit., v. VI, p. 122. LACERDA DE ALMEIDA. Apud I~EREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 112.

Diferentemente do Direito Justinianeu, o Direito Brasileiro dispensa a boa-fé.

Assim, até mesmo o posseiro, imbuído de má-fé desde o início, terá direito a requerer o usucapião extraordinário (60).

Usucapião especial - Também chamado de constitucional por ser previsto na Constituição Federal, arts. 183 e 191, funda-se eminentemente no princípio da função social da propriedade. Divide-se em urbano e rural.

Para o usucapião urbano exige-se a posse ad usucapionem, por prazo de cinco anos. Além disso, o imóvel deve ser utilizado para moradia do requerente ou de sua família, não podendo eles ser proprietários de outro imóvel, seja urbano ou rural.

Por fim, não se poderá exercer o mesmo direito duas vezes. Imaginando-se que certa pessoa, após adquirir imóvel por usucapião especial, venha a vendê-lo, apossando-se de outro, não poderá requerer o usucapião deste último.

O usucapião rural ou pro labore pressupõe os seguintes requisitos: a) posse ad usucapionem;

b) imóvel rural de no máximo cinqüenta hectares;

c) ser o imóvel explorado para o sustento da família, servindo-lhe de moradia d) não ser o requerente proprietário de outro imóvel, seja urbano ou rural.

O prazo será também de cinco anos.

Como se observa, são dispensados tanto o justo título quanto a boa-fé.

Se a área usucapienda for maior que 250 m2, na hipótese de imóvel urbano, ou maior que 50 ha, na hipótese de imóvel rural, o interessado poderá requerer o usucapião apenas da área fixada em lei, esperando, quanto à área remanescente e, se for o caso, o decurso do prazo para o usucapião ordinário ou extraordinário.

Exemplificando, se um indivíduo possui como seu sítio de 200 ha, poderá requerer o usucapião de apenas 50 ha. Quanto aos 150 ha remanescentes, terá que esperar o prazo para reivindicá-los por usucapião ordinário ou extraordinário. Isso se o verdadeiro dono das terras não se apossar desses 150 ha.

O usucapião pro labore já era previsto na Lei n. 6.969/81. O que fez a Constituição foi aumentar a área de 25 ha, prevista na referida Lei, para 50 ha.

Algumas observações se fazem necessárias quanto ao usucapião em geral.

Primeiramente, é permitida a acessão da posse. Acessão da posse ou accessto possessionis é a soma da posse de pessoas distintas. "A" apossou-se de imóvel, nele permanecendo por 10 anos e abandonando-o em seguida. Saindo "A", entrou

"B", que permaneceu por 7 anos ininterruptos, deixando-o ao final. Por fim, "C"

sucede a B", residindo no imóvel por três anos. "C" poderá requerer o usucapião extraordinário, somando à sua a posse de "A" e de "B". Isto, desde que a posse dos três seja ad usucapionem e desde que um tenha entrado logo após a saída do outro.

(60) MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XI, p.

136/137.

Construamos outro exemplo. "A" apossou-se de imóvel, nele permanecendo por dez anos. Ao sair, alugou-o para "B" durante 7 anos. Tendo "B" abandonado o imóvel, ocupou-o "C" por período de três anos. Pergunta-se: pode "C" somar àsua a posse de "A" e de "B"?

A resposta para alguns é negativa, por entenderem que a posse de "B" não era ad usucapionem, por não ter ele possuído com intenção de dono, mas sim como locatário. "C" não poderia tampouco somar sua posse à de "A", porque neste caso não seria ela ininterrupta, como se exige. Haveria um lapso de sete anos entre a posse de "A" e de "C". A tese se baseia em que a posse ad usucapioneni se funda na teoria subjetivista de Savigny, que estudaremos mais adiante. E segundo esta teoria, não existe posse indireta (61).

Na verdade, jurisprudencialmente, tem-se visto decisões em sentido contrário, levando em conta que, quando alugou para "B", "A" continuou na posse indireta do imóvel. Assim, "C" estaria somando à sua somente a posse de "A", que durante os dez primeiros anos foi direta, e nos 7 anos seguintes foi indireta. Esta opinião nos parece mas coerente com os anseios da Justiça.

Próxima à acessão é a sucessão na posse, ou successio possessionis. Com ela, porém, não se confunde. Na sucessão, ocorre a substituição do antigo possuidor por um novo, em razão de direitos hereditários. Tal se dá, quando o herdeiro sucede o morto em todos os seus bens. Continuando o herdeiro na posse do imóvel, poderá somar ao seu o tempo do falecido, não por acessão, mas por sucessão. A diferença ganha importância prática, se a sucessão for anulada, vindo o novo possuidor a não ser mais considerado herdeiro. Ora, se apossou-se do imóvel devido à condição de herdeiro, da qual foi destituído, não poderá somar à sua a posse do defunto. Nem por sucessão, uma vez que ela não existiu; nem tampouco por acessão, pois que tomou posse do imóvel na falsa condição de herdeiro (62).

Nesta hipótese, o falso herdeiro só tem mesmo a sua posse com que contar.

A segunda observação diz respeito aos bens públicos em geral, que jamais serão objeto de usucapião.

Em terceiro lugar, o prazo do usucapião pode ser suspenso ou interrompido pelas mesmas causas que estudamos em capítulo anterior, ao tratarmos da prescrição.

(61) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 26.

(62) PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XI, p. 129 e 132 cv. XV, p. 107/108.

Por fim a sentença que reconhece o usucapião tem natureza meramente declamatória. Vale dizer que o Juiz apenas reconhece e declara ter havido aquisição por usucapião. Não é a sentença que torna o requerente proprietário do imóvel. Ela tão-somente declara a existência deste direito(63).

Prolatada que seja a sentença, deverá ser transcrita no Registro de Imóveis, a fim de dar ao ato publicidade e garantia contra terceiros.

A ação de usucapião encontra-se regulada no Capítulo VII dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil, arts. 941 a 945.

O interessado requererá a citação da pessoa em cujo nome o imóvel estiver registrado, dos vizinhos confinantes e de todos os demais, ainda que pessoas incertas, que tenham porventura interesse na causa. A citação destes últimos se fará por edital.

Serão outrossim cientificados por carta os representantes da Fazenda Pública da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal e do Município, para que manifestem, se for o caso, interesse na causa.

O procedimento da ação será, ordinário, intervindo em todos os atos o representante do Ministério Público.

Uma última questão deve ser resolvida. O usucapião seria forma de aquisição originária ou derivada?

O tema reveste importância prática, quando da cobrança do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Se o usucapião for considerado forma de aquisição derivada, incide o imposto, uma vez que terá havido transmissão do direito de propriedade de um titular a outro. Ao revés, se for considerado modo de aquisição originária, não haverá incidência do imposto, pois que o direito de propriedade não se transmitiu de um titular a outro.

Para Lafayette, é forma originária de aquisição. Segundo o mestre, "o modo de adquirir é originário, quando o domínio adquirido começa a existir com o ato, de que diretamente resulta, sem relação de causalidade com o estado jurídico de coisas anteriores. (64)

Na lição de Pontes de Miranda, o usucapião é modo originário de aquisição.

Explica seu ponto de vista, dizendo que só será derivada a aquisição, quando se estiver adquirindo de alguém, o que definitivamente não ocorre no usucapião.

Pouco interessa que a coisa já fosse objeto de domínio. O que importa é que não há relação jurídica de transmissão de propriedade entre o antigo e o novo titular. O título de usucapião não tem autor, ou seja, não foi produzido pela vontade de alguém que desejava transferir seu direito de dono para outrem (65).

(63) PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações. Op. cit., t. II, passim.

(64) LAFAYETTE Rodnigues Pereira. Direito das Coisas. Op. cit., v. 1, p. 91.

(65) MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado. Op. cit., v. XI, p. 117.

No mesmo sentido, ensina Marco Aurélio Viana, asseverando que é modo originário por nascer a titularidade "sem vinculação com o passado, inexistindo relação entre o adquirente e o precedente sujeito de direito".66 Da mesma opinião é Orlando Gomes(67).

Outra era a posição do Direito Romano, segundo o testemunho de Vandick da Nóbrega e Cretella Júnior.

Vandick da Nóbrega explica ser o usucapião forma derivada de aquisição da propriedade. No Direito Romano, a aquisição reputava-se derivada, quando a coisa adquirida já pertencesse a outra pessoa. Distinguiam-se duas classes de aquisição derivada: a voluntária e a involuntária. A voluntária ocorria, quando havia transferência de um a outro titular, por força da vontade do antigo.

Involuntária era a aquisição derivada, se decorresse, não da vontade do antigo titular, mas de outro fato, como o usucapião(68).

Cretella Júnior, nos mesmos passos de Vandick da Nóbrega, demonstra ser o usucapião modo derivado de aquisição. Para os romanos, era derivada a aquisição que fizesse surgir o direito de propriedade sobre coisa que antes era propriedade de alguém. Destaca, porém, que o usucapião era modo derivado de aquisição necessária ou involuntária, de vez que exigia-se apenas a manifestação de vontade do adquirente. Não era fruto de acordo de vontades entre o antigo e o novo dono(69).

Seguindo os traços do Direito Romano, Caio Mário advoga a tese de que o usucapião é forma derivada de aquisição, uma vez que a coisa usucapida era objeto do direito de propriedade de outra pessoa. Esta, apesar de involuntariamente, perde o direito em favor de novo titular. Havendo, assim, um titular antigo e outro novo, não se pode falar em aquisição originária, visto que esta é aquisição de coisa que jamais esteve sobre o domínio de ninguém.

Como se pode constatar, a doutrina é farta de opiniões. A meu ver, contudo, devemos optar pelo parecer de Caio Mário, senão vejamos.

A questão é simples. A divisão entre modos derivados e originários de aquisição nos veio do Direito Romano. Naquela época, a idéia era de que a relação jurídica real se estabelecia entre titular e coisa. Com base nisso, não poderiam mesmo conceber o usucapião como modo originário de aquisição. O ponto de vista de que partiam era puramente objetivo. Se a coisa já tivesse dono, a aquisição seria derivada, mesmo não havendo transmissão voluntária da propriedade.

(66) VIANA, Manco Aurélio 5. Curso de Direito Civil. Belo Horizonte: Dcl Rey, 1993, v. 3, p. 127.

(67) GOMES, Orlando. Direitos Reais. 5. cd., Rio deJaneiro: Forense, 1978, p.

203.

(68) NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Op. cit., v. II, p. 70.

(69) CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Op. cit., p. 199/200.

(70) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 104.

Não obstante, mesmo se partirmos da premissa moderna de que as relações jurídicas reais se estabelecem, não entre titular e coisa, mas entre titular e não titulares, a conclusão de que o usucapião é modo derivado de aquisição se confirma. Ora, ainda quando o ocupante da coisa a possua à revelia do dono, haverá entre eles relação jurídica. Este como titular, aquele como não-titular.

E não é se não por força desta relação, que o dono poderá reivindicar a coisa do possuidor. E por força desta relação que o usucapião se concretiza. Se a coisa não tivesse um dono antigo, não se poderia falar em usucapião. Por outras palavras, se não houvesse relação alguma entre o possuidor (não-titular do direito de propriedade) e o dono (titular do direito de propriedade), não haveria qualquer usucapião. Assim, se a aquisição por usucapião pressupõe relação jurídica preexistente, será forma derivada, e não originaria.

Outra seria a hipótese de imóvel abandonado, situação de difícil ocorrência. O

abandono é ato material, pelo qual o dono deixa o imóvel com o ânimo de se desfazer dele. Neste caso, haveria perda da propriedade, quedando o imóvel sem proprietário. O prédio se reputa coisa vaga, devendo ser obedecido procedimento específico, que examinaremos mais abaixo, ao tratarmos das hipóteses de perda da propriedade.

Finalizando, o usucapião não é forma de aquisição somente do direito real de propriedade. Adquirem-se também outros direitos reais por via de usucapião.

Exemplos seriam as servidões e o usufruto.

b) Propriedade territorial rural - A propriedade territorial rural é, hoje em dia, objeto de estudo do Direito Agrário, que veremos em breves linhas.

Introdução histórica ao Direito Agrário - Direito Agrário é "conjunto sistemático de normas jurídicas que visam a disciplinar as relações do homem com a terra, tendo em vista o progresso social e econômico do rurícola e o enriquecimento da comunidade"(71).

Já entre os hebreus, gregos e romanos havia normas de Direito Agrário. Moisés distribuiu a Terra Prometida. Em 61 a.C., editou-se em Roma a Lex Iulia Agraria Campania, que mandava distribuir terras da Campânia a cidadãos pobres e veteranos de guerra, com três filhos pelo menos. A lei acabou por beneficiar 20.000 famílias.

A Idade Média era precipuamente rurícola, organizando-se a sociedade quase que só em torno da terra.(72)

A Revolução Francesa deu à propriedade rural o mesmo tratamento que dispensou à urbana. Apesar disso, logo após a promulgação do Código Civil de 1804, foi editado o Código Rural Francês, reestruturando a propriedade do solo rústico.

(71) ÂNGELA SILVA. Direito agrsírio (notas de aula). Op. cit., p. 15.

(72) HUBERMAN, Leo. Man's wordlygoods. Op. cit., passim.

Modernamente, o Direito Agrário busca sistematização e autonomia, sendo importante ramo do Direito, com normas de caráter público e privado. Importante no mundo, mais importante ainda no Brasil.

O gérmen do Direito Agrário Brasileiro encontra-se já no regime das sesmarias implantado para a ocupação de terras abandonadas em Portugal, pelas Ordenações Afonsinas de 1446. No Brasil, o sistema foi implantado em 1512 pelas Ordenações Manuelinas. O regime perdurou até 1822, amparado pelas Ordenações Filipinas de 1603, que revogou as anteriores.

De 1822 a 1850, não havia qualquer lei agrária regulamentando a questão das terras devolutas.

Em 1850, a Lei n. 601 e o Decreto n. 1.318 disciplinaram a questão. A Constituição de 1891 transferiu as terras devolutas aos Estados e instituiu outras normas agrárias, tais como a competência dos Estados para a cobrança de tributos, a transmissão da propriedade e assim por diante.

De 1889 a 1930, a estrutura fundiária permaneceu a mesma, ou seja, imensa massa camponesa, composta de minifundiários e sem-terras, e uns poucos aristocratas rurais. Houve, entretanto, várias tentativas de elaboração de um código rural.

Em 1946, a Constituição Federal contemplou a hipótese de desapropriação por interesse social, além dos casos de necessidade ou utilidade pública, programando a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

De 1946 a 1964, vários foram os avanços e tentativas quando, finalmente, em 1964, promulgou-se o Estatuto da Terra, que vigora até nossos dias, acompanhado de farta legislação complementar.

Estatuto da Terra - É a lei fundamental do Direito Agrário Brasileiro, visando imprimir critérios mais realistas à intervenção do Estado na propriedade rural privada e no aproveitamento das terras públicas. Seus objetivos precípuos são a produtividade e a justiça social, com a promoção do ser humano.

Diante do quadro caótico da distribuição de nossas terras, o Estatuto da Terra preconiza dois métodos de readequação, a saber, a colonização, para terras públicas, e a reforma agrária, para as privadas. Esta constitui instrumento secundário, que só se utiliza, quando o particular se omite no dever de fazer a terra cumprir sua função social. E providência extrema.

O Estatuto da Terra preserva a propriedade privada rural, fortalecendo a empresa rural, que deve suceder ao latifúndio, e a propriedade familiar, que deve suceder ao minifúndio. Quando a terra não se amoldar a esses parâmetros, o Poder Público interferirá mediante desapropriação por interesse social para reforma agrária, redistribuindo as terras ou aglutinando-as, no caso de minifúndios.

Além da colonização e da reforma agrária, o Estatuto possui outros instrumentos para fomentar a produtividade e a justiça social. São eles o zoneamento do país, atendendo a peculiaridades regionais, com vista a política regionalizada; o cadastramento dos imóveis rurais; a tributação da terra; a regulamentação do uso temporário do solo, em caso de arrendamento e parceria rural; o cooperativismo; a assistência técnica e creditícia; o seguro agrícola; a implementação de infra-estrutura em termos de estradas, eletricidade, telefonia etc.

Fundamento do Direito Agrário - É a função social da terra o pilar mestre do

Direito Agrário. Esse princípio não é tão velho, tendo nascido das discussões introduzidas por von Ihering a respeito da posse. Esse jurista mudou a concepção de Direito Subjetivo, introduzindo as idéias de interesse e de fim. O Direito Subjetivo não deveria ser meio para lograr interesses particulares, mas para alcançar fins superiores, como os familiares e sociais. Ademais, von Jhering relacionou a propriedade da terra ao trabalho, considerando este fundamento daquela (73).

Karl Marx negava o direito de propriedade sobre a terra, que jamais seria útil, se privada(74). Duguit preserva-a, quebrantando o direito absoluto do dono, e destacando na propriedade, não direito subjetivo, mas o destino social a ser realizado pelo detentor de riquezas, que deverá tornar a propriedade benéfica à sociedade (75).

Josserand (76) também contribuiu com suas idéias sobre a relatividade dos direitos subjetivos e sobre o abuso de direito.

Hauriou, com a teoria institucionalista, contribui, lançando a idéia de propriedade-função ou propriedade-obrigação(77).

Atualmente, quase todos os ordenamentos jurídicos acatam a concepção da propriedade vinculada a sua função social, de vez que, pelo menos teoricamente, a todo direito corresponde obrigação correlata.

Princípios do Direito Agrário Brasileiro - Nosso Direito Agrário tem em sua estrutura basilar oito princípios que norteiam todas as suas normas. São os seguintes:

1º princípio do aumento do índice de produtividade;

2º princípio da privatização das terras, segundo o qual as terras públicas devem ser privatizadas, na medida do possível e do publicamente desejável; (73) VON IHERJNG, Rudolf. A luta pelo direito. Op. cit., passim.

(74) MARX, Kanl. Das Kapital. Berlin: Dietz Vcnlag, 1986, v. III,S. 131.

"Die Moral von der Geschichte, die man auch durch sonstige Betrachtung derAgrikulturgewinnen kann, ist die, dafl das kaptalistische System einer rationellen Agrikultur widerstrebt oder díe rationelle Agrikultur unvertrãglich ist mit dem kapitalistischen System [...]".

Tradução livre: "A moral da história, que também se pode adquirir por observação mais aprofundada da agricultura, é que o sistema capitalista resiste a uma agricultura nacional, ou, por outros termos, uma agricultura nacional é incompatível com o sistema capitalista".

(75) DUGUIT, Léon. Manuel de droit constitutionnel. 2. éd., Paris: Fontemoing & Cie., 1911, p. 10 etseq.

(76) JOSSERAND, Louis. Coursdedroit civil positrffrançais. 3. éd., Paris: RecueilSiney, l938,p. 118 etseq.

(77) HAURIOU, André. Droit constitutionnel et institutions politiques. Op. cit., p. 131 et seq.

3º princípio da proteção à propriedade familiar, com o intuito de evitar o êxodo rural;

4º princípio do dimensionamento eficaz das áreas exploráveis, criando-se, a partir de então, o módulo rural e a fração mínima de parcelamento; 5º

princípio do estimulo às cooperativas rurais;

6º princípio do fortalecimento da empresa agrária;

7º princípio da justiça social, que procura dar iguais oportunidades a todos, na busca do bem estar social;

8º princípio da proteção às terras indígenas.

Imóvel rural - A definição de imóvel rural foi construída com base em sua destinação e não em sua localização. Será rural todo imóvel que se destine à exploração agropastoril, não importando onde se situe.

Da definição extraímos alguns elementos, quais sejam, o prédio deverá ser rústico, isto é, não construído. A área há de ser contínua. A destinação, por fim, seta agropastoril.

Propriedade familiar - É o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social, bem como o econômico, com área

máxima delimitada por região e tipo de cultura.

O Estatuto da Terra contém instrumentos, que objetivam proteger a propriedade familiar, evitando sua pulverização e subutilização.

Cabe acrescentar ainda que a propriedade familiar pode ser eventualmente trabalhada com o auxílio de terceiros.

Empresa rural - É o empreendimento de pessoa fisica ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, segundo parâmetros fixados em lei.

Latifúndio - É a grande propriedade rural, caracterizando-se pela inexploração ou exploração inadequada, contendo elementos ruinosos para o país.

Será latifúndio por extensão, quando exceder às dimensões máximas fixadas para a empresa rural.

Será latifúndio por falta de exploração, quando, inferior ao tamanho máximo, for inexplorado ou explorado inadequadamente.

Minfúndio - É imóvel rural de área tão pequena que não permita exploração adequada.

Módulo rural ou fiscal - O Direito Romano, ao tratar do ager limitatus, fez brotar a idéia de módulo rural. O modus agri era a parcela de terras destinada ao agricultor individual de cada centúria do ager limitatus (78). A concepção evoluiu, sendo o módulo rural modernamente tomado como a dimensão ideal mínima para imóvel rural. Suas medidas dependerão do lugar em que se situe. Serve como parâmetro para definir a propriedade familiar, a empresa rural e o latifúndio por extensão. Este deverá ser maior que seiscentos módulos rurais; essa deverá ser exercida em mais de um e menos de seiscentos módulos; e aquela será de um ou mais módulos rurais, conforme a região.

Fração mínima deparcelamento - É o tamanho mínimo do imóvel rural, abaixo do que não se admitirá fracionamento. A fração mínima é de um módulo rural.

De tudo o que foi dito, pode extrair-se conclusão estarrecedora.

O interior do Brasil, se comparado aos países desenvolvidos, está literalmente

"jogado às moscas". Basta observar-se a situação de penúria da enorme maioria das cidades provincianas, para se deduzir que toda a riqueza do país se concentra nos grandes centros, visando fomentar a indústria.

Devido à regra geral de miséria e atraso absoluto do campo, muito se fala em reforma agrária, redistribuição de terras, e outras coisas mais. Promessas não faltam, principalmente na corrida por votos. Com base nisso, fica o leigo a imaginar que nos careçam leis adequadas para dar algum alento e conforto ao rurícola. Esta é exatamente a conclusão estarrecedora que se extrai do breve estudo que acabamos de encerrar: o Brasil possui legislação, se não perfeita, pelo menos suficiente para começar a resolver o problema. Mas, infelizmente, nada se faz de concreto. Definitivamente, não há vontade política, nem mesmo da chamada "esquerda", que deveria ser a primeira a se levantar pelo campesino, de maneira realmente eficaz, por intermédio de seus deputados, prefeitos e governadores. Ao invés disso, ficam a defender as estatais, os cartórios e o clientelismo. E enquanto isso, que "apodreça" nosso interior.

d) Direitos de vizinhança - A Lei, visando contribuir para a paz social, impõe normas de conduta entre vizinhos. Tais normas procuram atingir situações como o mau uso da propriedade, as árvores limítrofes, a passagem forçada, a demarcação de fronteiras, o direito de construir e o direito de tapagem. São, na verdade, situações de conflito, detectadas há séculos atrás pelos romanos e que até nossos dias geram controvérsias entre vizinhos.

A seguir abordaremos, em linhas gerais, o princípios basilares do Direito Brasileiro sobre o tema.

Mau uso da propriedade - Por mau uso da propriedade entende-se aquele uso nocivo e anormal, que põe em risco a saúde, a segurança e o sossego dos vizinhos.

(78) WEBER, Mas. História agrária romana. Op. cit., p. 23.

Exemplos são festas noturnas, barulhos exagerados, exalação de fumaça, fuligem ou gases tóxicos, poluição da água, criação de animais que exalem mau cheiro e concentrem enxames de moscas etc.

Assim, o ocupante de imóvel, seja proprietário ou mero possuidor, tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar-lhe ou, aos seus, o sossego, a saúde ou a segurança.

Fazendo breve incursão no Direito Penal, observamos que também este ramo do Direito cuida de proteger o sossego alheio, de forma clara orientando a boa convivência entre vizinhos.

Assim, temos que constituem contravenção penal perturbar o trabalho ou o sossego alheios com gritaria ou algazarra; exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; provocando ou não impedindo barulho produzido por animal de que tenha a guarda. A pena prescrita neste artigo (42 da Lei de Contravenções Penais) é de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa.

Além do art. 42, há também o art. 30, que cuida do perigo de desabamento, e o art. 38, abordando a emissão de fumaça, vapor ou gás.

O Código Civil trata o tema de modo genérico. O que interessa é a perturbação à saúde, segurança ou tranqüilidade. Ocorrendo que seja, pode a vítima acionar o vizinho.

Penalmente, a ação é pública incondicionada. Civilmente, duas ações podem ser propostas, a saber, a cominatória, para impedir o vizinho de continuar o uso nocivo. O Código de Processo Civil não lhe dá este nome, regulando-a no art.

275, II, j. Recebe a denominação doutrinária de ação cominatória, devido à multa cominada, para cada dia em que o mau uso persista. A multa diz-se também astreinte, por influência do Direito Francês.

Além da cominatória, é também cabível ação indenizatória para ressarcimento dos prejuízos causados.

Na esfera administrativa, são aplicadas multas e, tratando-se de estabelecimento empresarial, pode-se determinar seja fechado. Isso dependerá, entretanto, de legislação administrativa, em regra, municipal. É nela que se estabelecem horários para a produção de barulho razoável, limites em volumes de decibéis etc., o que, definitivamente, não importa para o Direito Civil e Penal.

Árvores limítrofes - Em relação às árvores, há três hipóteses.

1ª Quando a árvore encontrar-se exatamente na linha divisória entre as duas propriedades. Neste caso teremos condomínio sobre a árvore. Isso significa que

os vizinhos devem partilhar igualmente as despesas, os cuidados, os frutos e a madeira caso a árvore venha a ser cortada.

2ª A segunda hipótese diz respeito à árvore frutífera que, plantada no terreno de um vizinho, estenda seus ramos por sobre o terreno do outro. Enquanto pendentes, os frutos são do dono da árvore, e somente ele pode colhê-los.

Desprendendo-se, porém, ficam pertencendo ao proprietário do solo em que caírem.

Não élicito, contudo, provocar a queda, sacudindo os ramos.

Os frutos caídos em terreno público, como ruas e rios, são do dono da árvore, com emendo furto quem os colher(79).

O Direito Romano permitia ao dono da árvore entrar no terreno vizinho para colher os frutos, dia sim, dia não, protegendo-o pelo interdictum de glande legenda. Em nosso Direito, a colheita dos frutos se dá segundo a conveniência do dono da árvore, desde que não perturbe o vizinho.

3ª A terceira hipótese que se apresenta é aquela da árvore cujos ramos e ou raízes transponham a linha divisória, causando dano ou incômodo ao vizinho. O

dono do terreno invadido pela copa e ou raízes pode cortá-los no plano vertical da divisa e, se o proprietário da planta quiser evitá-lo, deverá ele mesmo realizar a poda, mantendo a árvore dentro de suas divisas, assim pelos ramos, como pelas raízes.

O corte independe da prova do prejuízo.

A ação do Direito Romano se chamava actio de arboribus succisis, sendo estabelecida uma medida para o corte. Tal não ocorre, porém, no Direito pátrio.

Por fim, acrescente-se que o corte dos ramos e raízes só pode ser exercitado pelo dono do imóvel, jamais pelo mero possuidor, como o inquilino ou comodatário, a não ser que ajam em nome do dono. Ademais, há de ser respeitada a legislação ambiental, que regulamenta e impõe limitações ao corte e poda de árvores.

Passagem forçada - O Código Civil em seu art. 559 abre preceito que assegura ao dono de terreno urbano ou rural, que se achar encravado em outro, sem saída

para via pública, fonte ou porto, o direito de reclamar ao vizinho que lhe ceda passagem, fixando-se esta judicialmente, caso os vizinhos não cheguem a consenso.

Fala-se em saída pela via pública, fonte ou porto. Deve-se entender para via pública, fonte ou porto.

Segundo a jurisprudência dominante, o encravamento deve ser total. A doutrina se divide. Washington de Barros entende que basta o encravamento parcial, que torne a saída extremamente onerosa(80).

O dono do prédio serviente tem direito a indenização cabal pelos incômodos a que se sujeita.

O encravamento deve ser natural e não forçado. Por exemplo, venda da parte que dava acesso à via pública. Neste caso, o prédio dominante só poderá exigir saída daquele a quem vendeu.

(79) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 3, p. 141.

(80) Idem, p. 143

Águas - A utilização e escoamento das águas pelos vizinhos encontram-se regulados no Código de Águas, Decreto n. 24.634/34. Algumas regras do Código Civil foram, porém, mantidas.

Assim, o proprietário de um terreno não poderá impedir o fluxo normal das águas para o prédio vizinho, da mesma forma que o vizinho não poderá impedir a passagem natural das águas por seu terreno, inundando o prédio fronteiriço.

Todos têm o direito de usar as águas que passem naturalmente por seu imóvel.

Se o escoamento das águas não for natural, mas devido a obras realizadas pelo vizinho, o dono do prédio por onde escoem poderá exigir seu desvio ou indenização por todos os prejuízos sofridos.

Por fim, é permitida a passagem de águas captadas para irrigação pelo terreno dos vizinhos, mediante prévia indenização.

Demarcação de prédios - O art. 569 do Código Civil assegura a todo proprietário

a faculdade de obrigar seu vizinho a proceder com ele à demarcação de seus terrenos, estabelecendo por onde deve passar a linha divisória.

Caso os vizinhos não cheguem a acordo, podem propor ação chamada "demarcatória"

quando, então, o Juiz nomeará perito topógrafo e dois arbitradores que medirão a área e a dividirão. Realizada a perícia, o Juiz julgará, tendo em vista a opinião do perito, dos arbitradores e das partes, após o que ficará judicialmente demarcada a fronteira e o tamanho dos prédios. A ação demarcatória é procedimento especial, regulado nos arts. 946 e seguintes do Código de Processo Civil.

Direito de construir - O proprietário tem o direito de construir o que bem entenda em seu terreno, observados os regulamentos administrativos que subordinam as edificações a exigências técnicas, sanitárias e estéticas, e observado o respeito ao direito dos vizinhos que não deve ser violado pelas edificações.

Por outro lado, tanto o Poder Público, quanto os vizinhos podem embargar as obras, uma vez desrespeitados aqueles princípios. O Poder Público embarga por sua própria força. Já os vizinhos terão que recorrer ao Poder Judiciário.

As ações cabíveis dependem da situação. Se a obra ainda não tiver começado, pode ser intentada ação de dano infecto, a fim de se impedir o dano ainda não produzido, não feito (infecto). Se a obra estiver em andamento, caberá ação de nunciação de obra nova, segundo os arts. 934 e seguintes do Código de Processo.

Se a obra já estiver concluída, a ação será a demolitória.

Importante é observar que todo proprietário é obrigado a permitir que o vizinho, mediante aviso prévio, entre em seu terreno e dele se utilize temporariamente, quando seja indispensável à limpeza ou reparação, construção ou reconstrução de sua casa, bem como limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços ou fontes. Em qualquer caso, caberá indenização pelos danos causados (art. 587, CCB).

Direito de tapagem - Cabe ao proprietário do prédio urbano ou rural promover-lhe a tapagem mediante muro, cerca, parede ou vala, ou por qualquer meio que não ofenda as disposições administrativas nem cause danos aos vizinhos, que são obrigados a concorrer para as despesas de sua realização e conservação.

2.12 Propriedade móvel

a) Aquisição da propriedade móvel - Assim como a aquisição da propriedade imóvel, também a da propriedade dos bens móveis se opera por um meio comum, ordinário e por meios extraordinários.

O modo ordinário de aquisição da propriedade móvel é a tradição. Modos extraordinários são, a priori, a sucessão hereditária, a ocupação, a especificação, a confusão, a comistão, a adjunção e o usucapião. A priori, porque também estudaremos a invenção, a descoberta de tesouro, a caça e a pesca.

Tradição - O Direito Brasileiro resolveu manter a sistemática romana quanto aos bens móveis. Diferentemente do Direito Francês, para o qual o próprio contrato de alienação é meio bastante para se transferir a propriedade, para nosso Direito, o domínio dos bens móveis só se transfere pela tradição. Assim, não basta o contrato de compra e venda, de doação etc. para que o adquirente se torne dono da coisa. E necessário ato posterior ao contrato, ou seja, ao acordo de vontades para que ocorra a transmissão da propriedade.

Celebrado que seja o contrato, o comprador, donatário etc. tornam-se detentores de direito de crédito contra o alienante. Esse direito só se transforma em direito real de propriedade pela traditio rei ou tradição da coisa.

Nas palavras de Caio Mário, tradição é "ato de entrega da coisa ao adquirente, transformando a declaração translatícia de vontade em direito real"(81).

A tradição pode ocorrer de três formas diferentes. Em relação a essas formas haverá tradição real, simbólica ou fictícia.

Real será a tradição, quando ocorrer entrega efetiva do bem, que passa das mãos do alienante às do adquirente. Quando compro cigarros em um bar, opera-se tradição real. Os cigarros são de fato entregues pelo vendedor.

Tradição simbólica é a entrega, não da coisa adquirida em si, mas de algo que a simbolize como, por exemplo, as chaves de um carro.

(81) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 126.

Por fim, a tradição será fictícia ou ficta se não ocorrer qualquer entrega real.

Nada é entregue ao adquirente, que assim mesmo torna-se dono da coisa alienada.

Como não poderia adquirir o domínio sem que houvesse tradição, diz-se que esta é fictícia. Duas são as hipóteses de tradição ficta.

Num primeiro caso, o adquirente já possuía a coisa em seu poder, não sendo preciso entregar-lhe o que já estava com ele. "A" alugou seu carro a "B".

Durante a locação resolveu vender o veículo, que acabou sendo comprado por "B"

mesmo. Ora, "B" só adquirirá a propriedade do automóvel, após a tradição. Mas como é que "A" pode entregar a "B" algo que já está com ele? No entanto, tem que haver tradição, caso contrário "B" não se tornará dono do carro. Sendo assim, a tradição será fictícia, imaginária. É a traditio brevi manu, ou tradição por mão curta do Direito Romano, que nada mais é que a vontade do alienante de entregar a coisa ao adquirente. Pela simples vontade, a coisa já se reputa entregue.

O segundo caso de tradição fictícia é o constituto possessório, do qual trataremos mais abaixo.

Não obstante a aquisição da propriedade realizar-se pela tradição, existem bens móveis, para os quais a Lei exige também o registro. É o caso dos automóveis, navios e aviões. O adquirente só se torna dono perante terceiros, depois da transcrição do título aquisitivo no órgão competente de registro. Para os automóveis, o órgão será o DETRAN; para os navios, a Capitania dos Portos; e para os aviões, o Departamento de Aviação Civil (DAC). Atente-se para o fato de que a aquisição opera-se pela tradição. A transcrição serve apenas para dar publicidade e validade contra terceiros. Sem o registro, a transferência da propriedade será ato jurídico ineficaz, ou seja, válido entre as partes e inválido perante terceiros, para quem o ziono será aquele em cujo nome a coisa estiver registrada.

Sucessão hereditária - Não temos aqui qualquer intenção de repetir o que já jissemos anteriormente sobre a sucessão hereditária de bens imóveis. Inobstante, por questões didáticas, resumiremos os principais traços do instituto.

Segundo nosso sistema, os herdeiros se tornam donos da herança, no exato

.iiomento em que o antigo dono morre. Ainda que não saibam, já são proprietárias. A morte tem, pois, o poder de transferir, por si só, a propriedade, independentemente de qualquer ato complementar Os herdeiros, como supradito, adquirem a propriedade de patrimônio iniversal, indiviso. São considerados, num primeiro momento, condôminos dos bens herdados.

E preciso, assim, inventariar os bens, a fim de partilhá-los. Realizada a partilha, é expedido formal. No caso dos imóveis, os herdeiros só lhes adquirem a propriedade individual, após a transcrição do formal de partilha. Tratando-se, porém, de bens móveis, não há evidentemente necessidade de registro. Os herdeiros adquirem-lhes a propriedade individual pela tradição, se já não estiverem em sua posse.

Ocupação - Ocupação é a aquisição da propriedade das coisas sem dono. Os romanos a definiam com exatidão. Segundo Gaio "quod enim nullius est., id ratione naturali occupanti conceditur"(82).

Coisas sem dono são todos os bens que nunca tiveram dono, ou a cuja propriedade o dono renunciou. Os primeiros denominam-se res nullius, ou coisas de ninguém; os segundos, res derelictae ou coisas abandonadas ou renunciadas(83).

Para que uma coisa se considere abandonada, basta que seu dono a deixe. Mas para a renúncia é necessário que o dono tenha emitido vontade no sentido de renunciar ao direito de propriedade. O simples fato de uma coisa ser encontrada na rua, não significa que tenha sido abandonada ou renunciada. Pode tratar-se de resperdita(84), ou coisa perdida, objeto de invenção.

Invenção - Vizinha da ocupação, mas diferente dela, é a invenção.

Invenção é ato de se encontrar coisa vaga. A palavra é derivada do latim invenire (achar, encontrar, descobrir), e a pessoa que acha recebe o nome de inventor.

Tem-se dito ser a invenção espécie de ocupação. Não é verdade, porém.

Vimos que ocupação é assenhoramento de coisa sem dono, ou por ser de ninguém, como as conchas de uma praia (res nullius), ou por ter sido abandonada (res derelicta). A invenção, a seu turno, é o fato de se encontrar coisa vaga, qualquer que seja ela, sem dono ou perdida. Em relação às coisas sem dono, quem as encontre, pode delas se ocupar, adquirindo-lhes a

propriedade. Mas quem encontra coisa perdida, dela não se pode assenhorar, como se fosse coisa sem dono. Deverá restitui-la ao proprietário. Conclui-se, pois, que a invenção não é modo de aquisição da propriedade, apesar de assim parecer tratá-la o Código Civil. O inventor de coisa perdida deverá restitui-la ao dono. Não o encontrando, teta que observar certo procedimento legal, que culmina com a venda da coisa em leilão.

Quando achamos uma coisa, como saber se foi perdida ou abandonada? As vezes é fácil, às vezes não. Com base nisso, o Código de Processo Civil, nos arts. 1.170

a 1.176, instituiu procedimento específico a ser observado com relação às coisas que denomina vagas, isto é, sem dono ou perdidas. O mesmo procedimento será observado quanto às coisas deixadas em hotéis, casas de depósito, oficinas e congêneres, após um mês da data em que deveriam ter sido buscadas. Como saber se o dono as esqueceu ou renunciou a elas? E impossível, dependendo da situação.

(82) Digestum, Lib. XLI, Tit. 1, 3

Tradução Livre

"Aquilo que de fato é de ninguém, será concedido ao ocupante por Direito Natural".

(83) Res nullius, como já tivemos oportunidade de dizer, significa coisa ou coisas dc nenhum (homem). Coisa ou coisas de ninguém. Pronuncia-se /res núlius/.

Res derelicta quer dizer coisa abandonada. No plural teremos res derelictae, que se pronuncia /nes denelíctc/.

(84) Res perdíta significa coisa pendida. Pronuncia-se /rcs péndita/. No plural, teremos res perditae / rei pénditc/.

O que deve ser feito é o seguinte:

1º inventor deverá restituir a coisa ao verdadeiro dono, tudo fazendo para encontrá-lo;

2º não logrando êxito em restitui-la, levará a coisa à autoridade policial, que deverá lavrar auto descrevendo a coisa e seu inventor, e remeter tanto uma quanto outro ao Juiz competente;

3º o Juiz mandará citar o dono, se for pessoa conhecida. Caso contrário, mandará publicar dois editais na Imprensa Oficial, com intervalo de dez dias entre um e outro;

4º comparecendo o dono, ser-lhe-á entregue a coisa, pagando-se recompensa ao inventor e ou as despesas que efetuou;

5º não comparecendo o dono, o Juiz mandará vender a coisa em leilão. Do preço obtido com a venda, serão deduzidos as despesas, as custas, a recompensa e ou prejuízos do inventor;

6º se o inventor provar que a coisa foi abandonada, poderá requerer sua adjudicação. Adjudicação é ato judicial pelo qual o juiz declara que a propriedade de certa coisa transferiu-se de uma pessoa a outra.

Bem, provado o abandono, a coisa se considerará res derelicta, podendo o inventor dela se ocupar. Vê-se claramente que o inventor não adquire a propriedade da coisa por invenção, mas por ocupação, referendada pela adjudicação.

Posto isso, fica no ar uma indagação: seria válida cláusula que permite a certos prestadores de serviços, tais como oficinas, lavanderias, sapatarias etc. vender as coisas não reclamadas dentro de certo prazo, a fim de se ressarcirem por despesas não pagas?

Em princípio, em face do Código de Processo, a resposta seria negativa. Há, todavia, quem entenda pela afirmativa, sob o argumento de que ao deixar a coisa na oficina, o dono estaria tacitamente aderindo a mandato imposto pelo prestador de serviços, por força do qual se conferem poderes de alienação. A cláusula poderia também ser entendida como dação em pagamento previamente estipulada, como obrigação facultativa. Por outras palavras, ao invés de ser em dinheiro, o pagamento seria efetuado por meio da própria coisa.

Não pode prevalecer qualquer das teses. Na verdade, a Lei confere direito de retenção a esses prestadores de serviços, até o pagamento das despesas. Ora, direito de retenção não implica permissão para comisso, i.e., não confere poderes

para que se possa vender a coisa. E não vale a escusa de ter o próprio dono concordado com a cláusula, ao deixar a coisa na oficina, lavanderia etc., pois que se trata de cláusula imposta por adesão. Uma tal cláusula, expressamente contrária à Lei, no sentido de que permite ao prestador do serviço adotar atitude contrária ao procedimento legal, jamais poderia ser imposta por adesão. Teria que resultar de livre disposição entre as partes, o que, mesmo assim, seria discutível, dado o caráter imperativo do procedimento do Código de Processo Civil.

Não é outra a posição de Caio Mário, que só admite que o prestador de serviços possa vender a coisa em virtude de mandato expresso, conferido pelo proprietário, outorgando poderes inequívocos de alienação. Nega, portanto, validade à cláusula. Em suas próprias palavras, o que não é lícito é forçar no proprietário uma intenção de abandonar, e converter a coisa, que o interessado tem a intenção de conservar, numa res derelicta pelo fato de haver excedido um prazo determinado no cupão de sua identificação, ou em tabuleta na loja, como limite de validade de seu direito de dono"(85).

Sendo assim, sou pela resposta negativa. Essa cláusula não teria valor. O

prestador de serviços deverá obedecer o procedimento prescrito no Código de Processo Civil.

Tesouro - Tesouro é todo depósito antigo de moedas ou coisas preciosas, enterrado ou oculto, de cujo dono já não haja mais memória. As situações podem ser as mais variadas.

Em primeiro lugar, achado o depósito, se alguém provar ser seu proprietário, deixará de ser considerado tesouro.

Se quem encontrar o tesouro for o dono do terreno, a ele pertencerá por inteiro.

Se quem encontrar for empregado do dono do prédio, mandado em busca de tesouro, este, uma vez achado, pertencerá ao dono do prédio.

Se for encontrado por alguém, empregado ou não, casualmente, será dividido por igual entre o descobridor e o dono do prédio.

Se o achador for pessoa não autorizada pelo dono do prédio, a este pertencerá por inteiro o tesouro.

Discute-se na doutrina se a descoberta de tesouro seria espécie do gênero ocupação. E totalmente descabido o debate. Ocupação é forma de aquisição da propriedade de coisa sem dono, seja por que nunca o teve, seja porque abandonada. No caso do tesouro, ocorre tão somente ocultamento. Havia dono. Sua lembrança é que se perdeu. O dono apenas o escondeu. Não renunciou a ele, nem o abandonou.

A aquisição da propriedade do tesouro explica-se, assim, por dois modos dependendo do ângulo de enfoque. Em relação ao dono do prédio, a aquisição será por acessão de móvel a imóvel. O tesouro, afinal, incorporou-se definitivamente ao imóvel.

(85) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 119.

Quanto ao descobridor, se não for o dono do prédio, a aquisição da propriedade do tesouro reputa-se recompensa legal por ter restituído à sociedade algo que dela se subtraíra (86).

Caça - Ao cuidar da caça, o Código Civil estabelece que, observados os regulamentos administrativos, poderá ela exercer-se em terras públicas e particulares, com autorização do dono.

Ao caçador pertence o produto da caça. A ele também pertence o animal que haja ferido, ainda que capturado por outra pessoa. Se o animal ferido se acoitar em terras alheias, o dono destas deverá permitir a entrada do caçador, ou lhe entregar o animal.

Aquele que caçar em imóvel alheio, sem permissão do dono, perderá para ele o produto da caçada.

No regime do Código Civil os animais silvestres reputavam-se coisa de ninguém (res nullius). Dai, a aquisição da propriedade do produto da caça dava-se por ocupação.

Não obstante, em face da Lei n. 5.197/67, Código de Caça, os animais silvestres não são mais coisa de ninguém. Integram o domínio público, sendo propriedade da Administração Pública. Sendo assim, uma vez que a caça seja empreendida dentro dos limites da Lei, o caçador torna-se dono dos animais que capturar, não por ocupação, mas por concessão legal.

Outra é a situação dos animais domésticos. Não serão objeto de caça, se fugidos, o dono andar-lhes à procura. Neste caso, encontrando-os o caçador, deverá entregá-los ao dono.

Pesca - Quanto à pesca, aplicam-se-lhe exatamente as disposições genéricas referentes à caça, guardadas as devidas peculiaridades. Contudo, atente-se para o fato de que a matéria regula-se pelo Decreto-Lei n. 22 1/67, denominado Código de Pesca.

Especflcação - Especificação, grosso modo, é processo pelo qual se transforma gênero em espécie. Madeira em estátua; aço em automóveis; leite em iogurte; tintas e tela em pintura etc.

Estatui o Código Civil que aquele que, trabalhando matéria-prima, obtiver espécie nova, desta será dono, se a matéria lhe pertencia.

Se a matéria-prima não era do especificador, abrem-se várias hipóteses.

A matéria-prima era em parte do especificador. Neste caso, será ela revertida à forma anterior. Não sendo possível a reversão, o prejudicado será indenizado.

(86) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. IV, p. 123.

A materia-prima pertencia a outra pessoa. Se o especiticador agiu de boa-té, e não for possível a reversão à forma anterior, se má seu o produto da especificação, desde que indenize o dono da matéria. No entanto, se agiu de má-

fé, e não for possível a reversão à forma anterior, a coisa especificada pertencerá ao dono da matéria, a não ser que o valor da mão-de-obra seja consideravelmente superior ao da matéria-prima.

Suponhamos que um escultor famoso, sabendo ser de outrem um bloco de mármore, utilize-o, ainda assim, para esculpir estátua. É lógico que a estátua vale muito mais que o bloco de mármore, principalmente se o escultor for realmente famoso.

Nesta hipótese, a estátua pertencerá ao escultor, mesmo tendo agido de má-fé. O

dono do mármore, como é óbvio, será indenizado.

Confusão, comistão e adjunção - Confusão é a fusão de coisas diversas em uma só substância líquida homogênea. Por exemplo, álcool e gasolina.

Comistão ou mistura é a fusão de coisas diversas em uma só substância sólida homogênea. Por exemplo, cimento e areia.

Tanto num, quanto noutro caso, se as espécies fundidas pertenciam à mesma pessoa, não haverá problema algum. A substância nova lhe pertencerá. Mas, se ao revés, pertenciam a donos diferentes, a substância nova será dividida entre eles, proporcionalmente ao valor de cada uma das espécies confundidas ou misturadas.

Sendo vários os donos, e a confusão ou comistão for fruto da má-fé de um deles, os outros poderão ficar com a substância nova, pagando a porção que não for sua, ou renunciar a ela, recebendo indenização integral.

Adjunção é a acessão de uma coisa à outra, sendo uma delas principal e a outra acessória. Haverá adjunção da tinta à parede, à tela, ao automóvel etc. A tinta é o acessório, e a parede, a tela ou o automóvel são o principal.

Adjunção é espécie de acessão artificial, podendo ser de móvel a imóvel, como no caso da tinta em relação à parede; ou de móvel a móvel, nos demais casos exemplificados.

Só a título de recordação, acessão é a incorporação definitiva de uma coisa à outra, sendo uma delas principal e a outra acessória. A acessão será de móvel a imóvel; de imóvel a imóvel; e de móvel a móvel. Segundo outro ponto de vista, a acessão pode ser natural, artificial ou mista. Mas isto já estudamos na aquisição da propriedade imóvel.

De qualquer forma, sendo as coisas juntadas do mesmo dono, pertencerá a ele o produto da adjunção. Sendo pessoas diferentes os donos das coisa ajuntadas, o dono do principal adquire a propriedade do todo que sofreu a adjunção, desde que não seja possível a reversão ao estado anterior. Assim, se uma pessoa usa tinta de outrem para pintar seu carro, adquirirá a propriedade da tinta. Obviamente, deverá indenizar o dono da tinta.

Se da confusão, comistão ou adjunção resultar espécie nova, a questão será tratada segundo as normas da especificação. Tal é o caso de tintas incorporadas a tela, formando uma pintura.

Usucapião - Dos contornos teóricos do usucapião já cuidamos supra, ao estudar os modos de aquisição da propriedade imóvel. Resta somente identificar os casos de usucapião de bens móveis, ressaltando suas peculiaridades.

O usucapião sobre bens móveis se divide em duas situações distintas. Em ambas, cumpre observar, desde logo, exige-se posse ad usucapionem. Em outros termos, a posse deverá ser mansa, ininterrupta e com intenção de dono, ou seja, com animus domini.

No primeiro caso, usucapião ordinário ou por tempo breve, além da posse pelo prazo de três anos, exige-se justo título e boa-fé. No segundo caso, usucapião extraordinário ou por longo tempo, basta a posse pelo período de cinco anos, independentemente de justo título e de boa-fé.

Se inocentemente compro carro furtado, poderei requerer-lhe o usucapião em três anos. Da mesma forma, poderei também me defender de qualquer ação do verdadeiro dono por via do usucapião, passado o lapso de três anos. Isso porque minha posse era ad usucapionem, possuía justo título (contrato de compra e venda do veículo), e comprara o carro de boa-fé, ou seja, não sabia que era roubado.

Ao revés, se sabia que o carro fora furtado, só poderei requerer o usucapião depois de transcorridos cinco anos, pois que me falta boa-fé.

Pergunta-se: pode o ladrão usucapir?

Tanto o que rouba quanto o que furta podem usucapir. O Direito Brasileiro, diferentemente de outros sistemas jurídicos, como o francês, não faz restrições às coisas furtadas ou roubadas - resfurtivae e res vi possessae, respectivamente. Como fica, então, a norma penal que obriga o ladrão a restituir a coisa? Entende-se que, decorrido o prazo de usucapião, a coisa será do ladrão e não mais do antigo dono. Aquele sofrerá, todavia, outra espécie de pena, além da prisão; é a pena de perdimento de bens, em favor do antigo dono (87).

b) Propriedade intelectual

Definição - Propriedade intelectual é o direito de propriedade sobre obra literária, artística ou científica, produto da engenhosidade e espírito humanos.

Natureza jurídica - Para uns, como Proudhon e Manzini(88), as obras do espírito

humano não podem ser objeto do direito de propriedade. Pertencem a todos. Não podem ser monopolizadas.

(87) MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit.,v. XV, p. 104

(88) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 3, p. 242/243.

Para outros, as obras do intelecto e arte são bens móveis, objeto de direito - o direito do autor. Mas qual a natureza desse direito?

Na opinião de Gierke, os direitos autorais são direito da personalidade, de vez que a obra é parte integrante da esfera da personalidade (89).

Na tese de Kohler são direito de propriedade imaterial, denominada por Escarra e Dabin propriedade intelectual (90).

Para outros, o direito do autor não é direito, mas privilégio de exploração da obra (91).

Outros ainda advogam que é direito sui generis. Não se trata de direito de propriedade, sendo simbiose entre direitos morais e patrimoniais (92).

No Direito Positivo Brasileiro, venceu a tese de que a obra é bem móvel, objeto de direito intelectual, a saber, o direito do autor. Via de conseqüência, por terem como objeto bens móveis, os direitos aurorais, também eles, reputam-se bens móveis.

Tutela legal - Atualmente, vigora no Brasil a Lei n. 9.610/98, que imprimiu nova feição ao instituto, achando-se, pois, derrogados o Código Civil e a Lei n.

5.988/73.

Direitos patrimoniais do autor - Os direitos patrimoniais do autor são aqueles com conteúdo econômico e dizem respeito à utilização, fruição e disposição da obra, bem como à autorização a terceiros do uso, fruição e disposição.

Qualquer forma de utilização da obra depende de autorização do autor. Assim, a ninguém será permitido, sem autorização do autor, editar, traduzir, adaptar ou incluir em fonograma ou película cinematográfica, nem, muito menos, comunicar a obra ao público, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou

processo.

Sobre as cartas pessoais, o art. 34 da Lei n. 9.610/98 proíbe sua divulgação pública sem permissão do remetente. Poderá, entretanto, ser juntada aos autos de processo como meio de prova.

Por fim, observação importantíssima é a de que os direitos patrimoniais do autor não se comunicam, salvo disposição contrária no pacto antenupcial. Assim, mesmo sendo casados em regime de comunhão universal de bens, os direitos patrimoniais do marido ou da mulher não integram o patrimônio comum do casal.

Direitos morais do autor - Por direitos morais devemos entender aqueles ligados à própria personalidade do autor, não possuindo conteúdo substancialmente econômico, embora possam ser convertidos em dinheiro, para efeitos de indenização, caso sejam desrespeitados.

(89) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 3, p. 242/243.

(90) ESCARRA,Jean. Princípes de droit commercial. Paris: Recueil Sircy, 1934. p.

599 etseq.

(91) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cii., v. 3, p. 243.

(92) Idem, ibidem.

São direitos morais do autor, dentre outros, o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; o de ter seu nome figurando como autor da obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, impedindo modificações; o de modificar a obra e o de retirá-la de circulação, mesmo que a tenha autorizado.

Cumpre acrescentar que os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis.

Ademais, os direitos de reivindicar a paternidade da obra, de exigir a indicação do nome do autor, de conservá-la inédita e de assegurar sua integridade transmitem-se aos herdeiros do autor, após sua morte.

Duração dos direitos patrimoniais do autor - Em relação ao autor, duram por toda

sua vida, sejam os direitos morais ou patrimoniais.

Entretanto, morrendo o autor, seus direitos patrimoniais se transmitem a seus sucessores. Abrem-se, a saber, duas hipóteses. Na primeira, o autor deixa testamento, transmitindo seus direitos a pessoa determinada. O caso é de legado, e o legatário gozará desses direitos por setenta anos. Se, ainda em testamento, o autor deixar seus direitos aurorais para seus herdeiros, sem designar pessoa determinada, os herdeiros, na partilha, deverão conferir os direitos a um ou mais dentre eles, que deles gozarão por setenta anos.

Na segunda hipótese, o autor morre sem deixar testamento. Serão chamados à sucessão, primeiro os descendentes, que herdam os direitos autorais por setenta anos. Não havendo descendentes (filhos, netos, bisnetos etc.), serão chamados à sucessão nos direitos autorais os ascendentes (pais, avós, bisavós etc.). Os ascendentes poderão fruir desses direitos durante setenta anos. Na falta de ascendentes, será chamado à sucessão o cônjuge ou companheiro viúvo, que herda os direitos autorais, também, por setenta anos. Não havendo cônjuge ou companheiro viúvo, herdam os colaterais até o 40 grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos etc.), por setenta anos. Inexistindo colaterais até o 40 grau, os direitos autorais caem no domínio público.

Pertencem, pois, ao domínio público os direitos aurorais cujo prazo de proteção já se tenha expirado. Como vimos, o prazo será de setenta anos para os legatários e herdeiros.

Também pertencem ao domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado nenhum dos sucessores supracitados, bem como as de autor desconhecido.

Quanto a estas, a pessoa que a publique poderá fruir dos direitos patrimoniais do autor.

Limitações aos direitos autorais - Trata-se aqui dos casos que não se consideram ofensa aos direitos do autor. São eles:

Reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e a publicação de onde foram transcritos.

Reprodução em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões

públicas de qualquer natureza.

Reprodução de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

Reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita em braille ou outro procedimento especial para esses destinatários.

Reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. E evidente que, quando o legislador exige que a reprodução seja feita pelo copista, não está vedando a que este entregue a obra para xerocopiar. A pessoa que explora máquina reprográfica pode reproduzir as obras que lhe são entregues por seus fregueses, sem que com isso esteja atentando contra os direitos patrimoniais do autor.

Interpretar de outra forma, além de configurar leitura antolhada e literal da Lei, seria exigir que cada um de nós possuísse máquina xerox, o que transcenderia as raias do absurdo, além de inviabilizar toda e qualquer atividade acadêmico-científica.

Citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

Apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou.

Utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam sua utilização.

Representação teatral e execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo, em qualquer caso, intuito de lucro.

Utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova

judiciária ou administrativa.

Reproduzir, em quaisquer obras, pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Parafrasear ou parodiar obra preexistente, desde que não se esteja, com isso, reproduzindo a obra originária nem lhe desacreditando.

Por fim, as obras situadas em logradouros públicos, como estátuas, por exemplo, podem ser livremente representadas, por meio de pinturas, desenhos, fotografias ou quaisquer processos audiovisuais.

Registro da obras intelectuais - Quanto ao registro, continua em vigor a Lei n.

5.988/73, art. 17, §~ Y' e 20, daí dizer-se que foi derrogada, embora todas suas demais disposições tenham sido revogadas. As obras intelectuais serão registradas, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na Escola de Belas Artes desta mesma universidade no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Não sendo, por sua natureza, registrável em nenhum desses órgãos, será inscrita no Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais.

Cessão dos direitos autorais - Os direitos patrimoniais do autor podem ser cedidos a terceiros, total ou parcialmente, pelo autor ou por seus sucessores, pessoalmente ou por mandatário com poderes especiais.

A cessão será sempre escrita, presumindo-se onerosa. Para ser gratuita, deverá haver menção expressa no contrato.

O prazo da cessão poderá ser determinado ou indeterminado como, por exemplo, na cessão subordinada a condição resolutiva. O autor ou seus sucessores cedem os direitos autorais, até que se cumpra certa condição. Pode ser ainda o caso de cessão por número determinado de edições. Em todos esses casos, o prazo e indeterminado, ou seja, não o contrato não teria termo final certo. Ocorre que, para evitar transtornos, estabelece a Lei n. 9.610/98 que, caso o prazo não seja

determinado no contrato, considera-se de cinco anos.

Finalmente, para valer contra terceiros a cessão deverá ser averbada à margem do registro a que nos referimos acima.

Violação aos direitos autorais - Atenta aos direitos do autor todo aquele que divulga sua obra sem a devida autorização, reproduz, plagia etc. Considera-se contrafação a reprodução não autorizada.

O autor poderá, diante da divulgação, plágio ou contrafação, impedir que continuem ou se concretizem e exigir indenização por perdas e danos.

A ação civil por ofensa aos direitos patrimoniais do autor prescreve em cinco anos da data em que se deu a ofensa.

Propriedade intelectual na informática - A propriedade intelectual na informática é objeto da Lei n. 9.609/98.

Na verdade, pouco se tem para falar a respeito. A própria Lei n. 9.609/98 remete à Lei n. 9.610/98, a regulamentação da matéria. Assim, o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o mesmo conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais, com as devidas ressalvas da Lei n. 9.609/98.

2.13 Condomínio

a) Definição - Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertencer a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes. Em outras palavras, todos os condôminos têm igualmente a propriedade da coisa por inteiro, sendo assegurada a cada um deles uma cota ou fração ideal.

b) Natureza jurídica - Muito se tem discutido acerca da natureza jurídica do condomínio. O problema central gira em torno do exclusivismo do direito de propriedade. Como se explicaria, pois, o condomínio ou co-propriedade em face desse atributo?

A teoria da propriedade integral ou total, talvez a mais aceita entre nós, explica que os vários condôminos exercem, cada qual, um único direito de propriedade sobre a coisa comum. O direito é um só, exercendo-se por cada um dos

condôminos indistintamente. O exercício de cada um se limita pelo exercício dos demais.93 Essa é a teoria adotada pelo Código Civil.

Outra teoria, a das propriedades plúrimas parciais, é menos aceita. Segundo seus defensores, o condomínio consiste em vários direitos de propriedade sobre frações ideais da coisa comum.

De acordo com terceira teoria, o condomínio seria verdadeira pessoa jurídica colegiada, sendo os condôminos seus associados.

Para Lino Salis,94 há um só direito exercido fracionadamente. Difere da teoria da propriedade integral, em que o direito é um só, mas é exercido em conjunto por todos os condôminos.

Por fim, há quem entenda ser o condomínio modalidade especial de propriedade, com natureza sui generis. Em outras palavras, condomínio é condomínio. De nada adianta tentarmos explicá-lo sob a ótica do direito de propriedade comum.

c) Classificação - Tendo em vista sua origem, o condomínio pode ser convencional ou acidental.

Convencional é aquele que nasce do contrato em que duas ou mais pessoas adquirem ou colocam uma coisa em comum para delas usar e fruir. Diz-se acidental, incidente ou eventual, quando não resulta de acordo de vontades como, por exemplo, o resultante da sucessão hereditária, em que os herdeiros serão condôminos da herança, até que seja feita a partilha.

Quanto à abrangência, o condomínio será universal, quando disser respeito a toda a coisa; e particular, quando incidir apenas sobre algumas partes, como no condomínio de edifícios de apartamentos.

(93) SCIALOJA. Archi vio giuridico. Padova: Cedam, 1932-1936, 30/184.

(94) SALIS, Lino. La consunione. Padova: Antonio Milani, 1936, p. XXV.

Por fim, no tocante a seu modo de exercer, o condomínio será pro diviso ou pro indiviso. Será pro diviso, caso ocorra em relação a coisas divididas. Suponhamos que várias pessoas adquiram fazenda, cada qual se assenhorando de pedaço delimitado. Enquanto não for feita a divisão oficial das terras, com o devido registro em cartório, haverá condomínio pro diviso. No momento em que se

proceder àpartilha oficial, com a inscrição no Registro, deverá ser respeitada, em última instância, a divisão original. Mas se, ao contrário, nenhum dos comunheiros houver se assenhorado de porção das terras, todos concentrando-se na sede da fazenda, e de lá exercendo seu direito comum, teremos condomínio pro indiviso.

d) Direitos dos condôminos - Cada condômino pode usar livremente a coisa, conforme seu destino, não se lhe permitindo, contudo, excluir os demais condôminos. Daí ser inconcebível a idéia de usucapião entre condôminos pro indiviso, por maior que seja a excelência de seus defensores.9~ Ademais como podemos adquirir por usucapião coisa que já nos pertence? O que se admite é o usucapião no condomínio pro diviso. Um dos condôminos usa a sua parte e a de outro condômino adquirindo-a, no devido tempo, por usucapião. No condomínio pro diviso, como visto, cada um dos condôminos é senhor de sua parte, individualmente.

Cada condômino pode alienar sua quota-parte, respeitado o direito de preferência dos demais comunheiros. Se a coisa for indivisível, deverá ter o consentimento dos demais, sob pena de ser a venda anulada, quando da partilha da coisa comum, caso sua quota-parte não coincida com a que vendeu.

A venda da parte ideal indivisa a terceiros estranhos é resolúvel, uma vez que qualquer um dos demais condôminos preteridos pode reclamar a coisa para si. Na verdade, o condômino que deseje vender sua cota parte deverá, primeiro, oferecer aos demais; se ninguém se manifestar no prazo dado, aí sim, poderá oferecer a terceiros estranhos. Se assim não proceder e a venda se realizar sem que se dê a devida preferência aos outros condôminos, qualquer um deles poderá anular o negócio, depositando em juízo o preço, no prazo decadencial de seis meses.

Sendo muitos os condôminos a quem caberá o direito de preferência?

Primeiro vem aquele que tiver benfeitorias de maior valor. Na falta de benfeitorias, ou se todos as tiverem por igual, preferirá o de maior quinhão. Se tudo coincidir, a preferência será daquele que agir primeiro contra o terceiro adquirente.

Os condôminos poderão gravar, por exemplo, com hipoteca, sua quota-parte, mesmo sendo a coisa indivisível(96). Mas se a garantia objetivar a totalidade,

deverá ter a anuência dos demais.

(95) VIANA, Marco Aurélio 5. Curso. Op. cit., v. 3, p. 134.

(96) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cit., v. 3, p. 211.

Cada condômino tem a faculdade de reivindicar de terceiro a coisa toda, independentemente da anuência ou concorrência dos demais.

Qualquer condômino pode defender sua posse contra terceiros.

e) Deveres dos condôminos - Cada condômino deve concorrer para as despesas comuns na proporção de sua cota.

Cada co-proprietário responde aos outros pelos danos que causar à coisa por culpa ou dolo.

Nenhum dos co-proprietários poderá alterar a coisa comum sem o consentimento dos demais.

A nenhum condômino é lícito, sem prévia autorização dos outros, dar posse, uso ou gozo da propriedade comum a terceiros estranhos.

f) Ação de divisão - Há casos em que o condomínio é forçado e, portanto, indivisível por natureza, como os muros e cercas que dividem terrenos vizinhos.

Há casos em que o será por força de lei, como os edifícios de apartamentos. A não ser que todos concordem, o condomínio jamais se extinguirá. Mas tratando-se de coisa divisível, como os imóveis rurais, por exemplo, cada um dos condôminos poderá exigir a divisão da coisa comum, por meio da ação de divisão. Esse direito éde exercício perpétuo, nunca caducando.

A divisão será amigável ou judicial. Se judicial, regular-se-á pelos arts. 967 a 981 do Código de Processo Civil.

Segundo o Código de Processo, o condômino que requerer a divisão deverá apresentar seu título de domínio e qualificar os demais condôminos, que serão devidamente citados a comparecer em juízo, apresentando seu título de domínio em dez dias. Feitas as citações será nomeado técnico agrimensor, dois arbitradores e os assistentes técnicos das partes, dando-se início às medições.

Terminados os trabalhos de medição, será desenhada planta com os respectivos quinhões de cada comunheiro. As partes terão dez dias para se pronunciar. Findo este prazo e feitas as devidas correções, o escrivão lavrará o auto de divisão, seguido de folha de pagamento para cada condômino. Assinado o auto pelo Juiz, agrimensor e arbitradores, será proferida sentença homologatória da divisão.

Tratando-se de coisa divisível, deixada em testamento ou doada em condomínio, este não poderá perdurar por mais de cinco anos. Findo este prazo, os condôminos poderão desfazer o condomínio, ou prorrogá-lo por mais cinco anos.

Mas e se a coisa comum for indivisível, como uma casa ou um carro? Neste caso, segundo o art. 632 do Código Civil, a coisa será conferida a um dos condôminos, indenizando-se os demais. Isso deverá ser fruto de acordo, porém. Não havendo acordo, a coisa será vendida. À compra terão preferência os condôminos aos estranhos. Se mais de um condômino se interessar, terá preferência o que possuir benfeitorias de maior valor. Se todos as possuírem por igual, terá preferência o de maior quinhão. Se tudo coincidir, a coisa terá mesmo que ser vendida a terceiros estranhos. A venda será amigável ou judicial. Neste último caso, regula-se pelos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil.

g) Casos especiais de condomínio

Tapagem ou separação de terrenos - Os proprietários de terrenos vizinhos são condôminos de paredes e muros, cercas ou valas, levantados ou abertos na linha divisória.

Como condôminos, devem arcar com as despesas em conjunto. Tanto as despesas com a construção, quanto as com a conservação. Se um deles se recusar, o outro poderá forçá-lo judicialmente.

Compáscuo - É a utilização em conjunto de pastagens por proprietários diversos de gado. Em outras palavras, vários proprietários de gado dividem as mesmas pastagens.

Como se pode ver, não se trata propriamente de condomínio. O compáscuo pode ser fruto de contrato entre os vários pecuaristas, quando se regulará por cláusulas próprias, aplicando-se-lhe subsidiariamente as normas do condomínio. Se em terras públicas, regular-se-á pela postura municipal atinente.

As origens do compáscuo em terras públicas ligam-se aos loca relicta, ou locais

largados, que ficavam sob o poder dos magistrados,97 que podiam conferi-los à comunidade como pasto comum (pascua publica), ou a certos particulares, proprietários de fundos agrários confinantes (ager compascuus)(98).

Condomínio por unidades independentes

Definição - É condomínio em edifícios de apartamentos, salas, lojas e garagens.

Atualmente, ocorre também com muita freqüência em loteamentos fechados de casas.

Natureza jurídica - Muito se tem falado acerca da natureza jurídica dessa espécie de condomínio, não se chegando infelizmente a nenhum consenso.

Todo o problema advém do fato de coexistirem dois direitos de propriedade, um individual (sobre a loja, a casa, o apartamento etc.), o outro coletivo (sobre as partes comuns). Como se explicar esse fenômeno com as ferramentas tradicionais do Direito?

(97) Altos funcionários da Administração Pública na Roma antiga.

(98) WEBER, Mas. História Agrária Romana. Op. cit., p. 50.

(99) PEREIRA,Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporação es. 3. cd., Rio dcJancino: Forense, 1976, p. 80. PLANIOL, Marcel. Traité élémeneaire. Op. cit., v. 1, p. 801.

Para uns, como Domenico Simonceli, Planiol e Manoel Cavalcante(99), todos inspirados no Direito Alemão, trata-se de verdadeiro direito de superfície.

Superfície é o direito real perpétuo de usar e fruir de tudo aquilo que esteja sobre a superfície de terreno alheio, mediante o pagamento de renda anual ao proprietário do terreno. Assim, teríamos no caso dos edifícios de apartamentos, salas etc. um ou mais proprietários do terreno, que seriam aqueles donos dos andares térreos, sendo que os demais, dos andares superiores, teriam apenas direito de superfície sobre os cômodos e partes comuns. Diante da sistemática de nosso Direito, a tes absurda. Ademais, a figura do direito real de superfície não está prevista em no5 ordenamento jurídico.

Para outros, como Ferrini, Demolombe(100) e Hébraud(101), cuida-se de teimo

real de servidão. Servidão é o direito real de usar prédio alheio, com passagem forçada que estudamos acima. Haveria, portanto, um ou mais prietários do solo, que seriam os donos das unidades térreas e, os demais, d andares superiores, que teriam direito perpétuo de servidão sobre o solo partes comuns. Tampouco convence esta tese. Aliás, tanto a tese do direito superfície, quanto a tese do direito de servidão caem por terra em face dos condomínios fechados de casas.

Do Direito Americano(102) vem-nos a teoria da pessoa jurídica colegiada. Para eles, o condomínio por unidades independentes é associação do tipo cooperativo, que constrói e permanece proprietária do edifício. Não podemos deixar de aplaudir o espírito prático americano, que obteve solução tão simples e definitiva para o problema, mas nada científica, infelizmente. O fato de condôminos constituírem pessoa jurídica colegiada não explica a natureza condominio em si.

No Brasil, fala-se em doutrina de quase-pessoas ou entes despersonalizado uma vez que o condomínio por unidades independentes é tratado como se fosse pessoa jurídica, apesar de o não ser. Daí que, quando se intenta ação judicial, diz-estar acionando o condomínio. Na verdade, não é bem o condomínio que aciona, mas os condôminos, representados pelo síndico.

Há quem diga ser esse tipo de condomínio, propriedade exclusiva dos titulares das unidades autônomas, em sistema de limitações e interferências ao direito de co-propriedade(103).

Léon Hennebicq, jurista belga, entende ser o condomínio por unidade autônomas verdadeira universalidade de bens(104). Seus traços característicos são unidade patrimonial e a indivisibilidade perpétua. Este patrimônio se transformaria em pessoa jurídica, uma vez constituído regularmente.

(100) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cit., p.

80.

(101) HEBRAUD, P. La copropriété par appartements Paris: Révuc Trimestniclle de Droit Civil, 1938, p. 2

(102) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cit., p.

81.

(103) Idem, p. 82.

(104) Idem, p. 82/83.

Na opinião do argentino, Virgílio Reffino Pereyra(105), não há qualquer condomínio. Cada proprietário tem o domínio exclusivo sobre sua unidade, nada mais se podendo afirmar além disto. Mas e as partes comuns, como corredores, playground etc., a quem pertenceriam? A pergunta fica sem resposta convincente.

Para Jair Lms(106), as partes autônomas pertenceriam a cada um dos condôminos individualmente. As partes comuns, entretanto, pertenceriam não aos condôminos, mas ao condomínio, enquanto pessoa jurídica. A tese faria sentido, caso nosso Direito a acolhesse. Tal não ocorre, porém.

Vários autores de escol, dentre eles Salvam, Lafaille, Lassaga, Castán(107), Beviláqua e outros enxergam nessa espécie de condomínio um misto de propriedade individual e coletiva(108).

Na verdade, como bem ressalta Caio Mário, fonte primeira de inspiração, o condomínio por unidades independentes é instituto novo, criação dos tempos modernos. Caracteriza-se pela combinação da propriedade individual das unidades independentes e da propriedade coletiva das partes comuns. Atenta para o fato de que combinação não é o mesmo que mistura. Na combinação, dois elementos se conjugam, formando substância nova, assim como o aço, proveniente da combinação do ferro e do manganês. Da combinação da propriedade individual com a co-propriedade das áreas comuns, cria-se, portanto, um novo instituto jurídico denominado condomínio por unidades autônomas (109). É como acentua Orlando Gomes: não é propriedade comum, nem condomínio, mas as duas coisas ao mesmo tempo(110).

Em resumo, haverá propriedade individual de cada unidade, seja sala, apartamento, loja, garagem, casa etc. e propriedade em condomínio do solo e partes comuns, tais como paredes, fundações, saguão de entrada, corredores, portas etc. O solo e as partes comuns são divididas em frações ideais,

pertencentes a cada um dos condôminos.

Tutela legal - O condomínio por unidades autônomas é regulado externamente pela Lei n. 4.591/64, e internamente pela Convenção de Condomínio, elaborada e aprovada pela Assembléia Geral dos Condôminos e inscrita no Registro Imobiliário.

(105) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cit., p.

83.

(106) idem, p. 88.

(107) LASSAGA e CASTÁN. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cit., p. 83/84.

(108) SALVAT, Raymundo M. Tratado de derecho civil argentino. 4. cd., Buenos Ames: Tipografica, 1951, v. II (dercehos rcales), p. 206. LAFAILLE, Hécton.

Derecho civil. Buenos Ames: Edian, 1943, t. III, p. 43/44.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Op. cii., p. 211 etseq.

(109) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cii., passim.

(110) GOMES, Orlando. Direitos reais. Op. cit., p. 238.

Constituição do condomínio - Três atos devem ser levados em conta na constituição do condomínio por unidades independentes: o ato de instituição, a convenção de condomínio e o regimento interno, também denominado regulamento.

O ato de instituição é o ato inicial, pelo qual se constitui o condomínio, por assim dizer. Segundo a Lei n. 4.59 1/64, será inter vivos ou causa mortis (por testamento). Em ambos os casos com inscrição obrigatória no Registro Imobiliário. Deverá individualizar cada unidade independente, identificando-a e discriminando-a das demais. Deverá outrossim individualizar a fração ideal do terreno, correspondente a cada unidade.

Se o edifício estiver por construir, realizará o ato de instituição o incorporador, pessoa que se propõe a construir as unidades para venda.

Estando já construído o edifício, incumbirá ao dono ou donos do prédio edificado a realização do ato institucional. É o caso do dono de terreno que resolve edificá-lo para a venda posterior das unidades. Se vários forem os donos do terreno, haverá condomínio ordinário entre eles, o qual se transformará em

condomínio por unidades autônomas, após o ato de instituição e venda das unidades.

A convenção de condomínio é documento escrito, no qual se prevêem os direitos e deveres dos condôminos. Também chamada de estatuto, ou pacto constitutivo, regula toda a vida do condomínio (111).

Para Sílvio Rodrigues, a convenção é negócio jurídico plurilateral, distanciando-se dos contratos em geral, em que obriga a todos os condôminos atuais e futuros, e ainda aos eventuais ocupantes das unidades, como locatários e comodatários. Os contratos, ao revés, como regra só obrigam as partes contratantes, chegando no máximo a seus herdeiros(102).

Caio Mário sustenta posição mais detalhista, considerando a convenção ato-regra, definido este como declaração de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar comportamento individual. A convenção para ele é, ao lado da Lei, fonte formal de Direito (103).

De qualquer forma, deverá ser aprovada pelo voto de pelo menos dois terços (2/3) das unidades independentes, sendo a seguir inscrita no Registro Imobiliário.

Seu conteúdo deverá apontar:

a) a discriminação das partes de propriedade exclusiva, e as de condomínio, com especificação das diferentes áreas;

b) o destino das diferentes partes;

c) o modo de usar as coisas e serviços comuns;

(111) RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. V, p. 212.

(112) Idem, ibidem.

(113) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cit., p.

130.

d) encargos, forma e proporções das contribuições dos condôminos para as despesas de custeio e para as extraordinárias;

e) o modo de escolher o síndico e o conselho consultivo; f) as atribuições do síndico, que não estejam previstas em lei; g) a definição da natureza gratuita ou remunerada de suas funções; h) o modo e prazo de convocação das assembléias gerais de condôminos; i) o quorum para os diversos tipos de votações;

j) a forma de contribuição para a constituição de fundo de reserva; 1) a forma e o quorum para as alterações da convenção, que será de dois terços (2/3), no silêncio da convenção;

m) a forma e o quorum para a aprovação do regulamento interno.

O regulamento ou regimento interno complementa a convenção, contendo normas minuciosas sobre o uso das coisas comuns. As vezes, pode ocorrer de o regulamento incorporar-se à convenção, formando com ela documento único. Isto não é, porém, aconselhável, a fim de se evitarem confusões.

Deverá ser aprovado em assembléia, pelo voto da maioria simples, ou seja, de metade mais um dos presentes, salvo outro quorum qualificado na convenção.

Elementos do condomínio por unidades independentes - O condomínio por unidades independentes possui, como já abordado, unidades autônomas e áreas comuns.

Cada unidade autônoma deve estar separada das outras; deve possuir saída para a via pública, seja direta ou indiretamente, passando-se pelas áreas comuns; deve ter correspondência com fração ideal do terreno e partes comuns; e deve ter designação especial, numérica ou alfabética.

A unidade autônoma existe como qualquer propriedade comum, sendo seu titular proprietário exclusivo no exercício do direito de usar, fruir, dispor e reivindicar. Não necessita da autorização dos demais condôminos para aliená-la ou gravá-la de ônus real, como hipoteca ou usufruto.

Para efeitos tributários, cada unidade será considerada prédio isolado, contribuindo seu respectivo dono, diretamente, com os tributos federais, estaduais e municipais.

As unidades autônomas sofrem limitações e restrições. As primeiras decorrem da Lei, referindo-se essencialmente aos direitos de vizinhança já estudados. A Lei n. 4.59 1/64 acrescenta mais uma limitação, qual seja, a de que os comunheiros não poderão dar à sua unidade destinação diversa da finalidade do edifício.

Assim, não se pode utilizar apartamento como escritório, se o edifício for estritamente residencial.

As restrições resultam da convenção e do regulamento, sendo aprovadas por dois terços (2/3) das unidades independentes.

A violação de qualquer das limitações ou restrições pode ser punida coM multa, desde que prevista na convenção. Poderá ser intentada, independentemente da multa prevista na convenção, ação cominatória, com o fito de se impedir que o condômino faça o errado, ou desfaça o que fez errado. Além da ação cominatória, são também cabíveis as ações de nunciação de obra nova, de dano infecto e demolitória, todas já estudadas anteriormente, quando tratamos dos direitos de vizinhança.

O outro elemento do condomínio por unidades independentes são as áreas comuns.

Reputam-se tais o terreno, as fundações, as paredes externas, o teto da cobertura, as áreas de circulação etc. Quanto a estas áreas, haverá condomínio ordinário, à exceção de que são insuscetíveis de divisão e de alienação.

Cada condômino será proprietário de parte dessas áreas por meio de fração ideal, calculada já no ato de instituição, pelo valor de cada unidade.

A utilização das partes comuns pelos condôminos obedece a dois critérios: não deve causar danos aos demais, nem impedir a utilização pelos demais.

A utilização das áreas comuns com exclusividade por um ou mais condôminos, bem como a modificação por um ou mais condôminos da fachada, por exemplo pela instalação de placas ou qualquer outra coisa que quebre a harmonia,

dependem da aprovação da unanimidade dos condôminos (114).

Obrigações dos condôminos - As obrigações dos condôminos já foram discutidas acima de forma assistemática. Organizando-as em bloco, pode-se dizer destacarem-se oito principais obrigações.

1ª a zelar pela coisa comum;

2ª indenizar os prejuízos causados à coisa comum, em virtude de culpa ou dolo; 3ª não alterar a forma externa da fachada 4ª não decorar as partes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto da edificação; 5ª utilizar sua unidade conforme a finalidade do edifício; 6ª não perturbar o uso das partes comuns pelos outros condôminos; 7ª não atentar contra a saúde, o sossego ou a segurança dos demais, usando nocivamente sua unidade.

Quanto às obrigações de números três a sete, temos que o transgressor ficará sujeito ao pagamento de multa prevista na convenção, ou no regulamento do condomínio, além de ser compelido a desfazer a obra ou abster-se da prática do ato, cabendo ao síndico, com autorização judicial, mandar desmanchá-la, à custa do transgressor, se este não a desfizer no prazo que lhe for estipulado.

(114) RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Op. cit., v. V, p. 222. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e incorporações. Op. cii., p. 154.

Por fim, a oitava obrigação diz respeito às despesas comuns que deverão ser rateadas entre os condôminos na proporção da fração ideal de cada um. O não pagamento importa, no máximo, juros de mora de 1% ao mês e multa de 20% sobre o débito, segundo o art. 12, § 30 da Lei n. 4.59 1/64.

Administração do condomínio - O órgão máximo de deliberação do condomínio é a Assembléia Geral de Condôminos, que será convocada para deliberar conforme a convenção ou regimento interno. Coloquialmente denominada "reunião de condomínio", nada existe acima da Assembléia, que dispõe de poderes quase que absolutos.

Os condôminos são representados pelo síndico, a quem incumbe representar ativa e passivamente o condomínio, em juízo ou fora dele, e praticar todos os atos de defesa dos interesses comuns nos limites de suas atribuições. O condomínio, no regime brasileiro, não tem personalidade jurídica. O síndico

representa, pois, os condôminos. Ao se intentar ação contra determinado condomínio, seria tecnicamente correto afirmar que a ação está sendo proposta contra os condôminos do edifício "X", na pessoa de seu síndico. A ação não poderia ser proposta contra o condomínio como se costuma dizer, por não ser ele pessoa jurídica.

Apesar disso, na prática, o uso da expressão condomínio, significando "todo o conjunto de condôminos", ficou tão comum, que acabou por ser consagrada no próprio Código de Processo Civil, art. 12, X.

O síndico pode ser pessoa estranha ao condomínio. Também poderá ele delegar suas funções a outro condômino ou a estranhos, tudo conforme o que decidir a Assembléia Geral.

Finalmente, a Assembléia Geral pode eleger Conselho Consultivo, composto por três condôminos para assessorar o síndico.

2.14 Incorporações

Incorporação é atividade exercida com o intuito de promover e realizar construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Na incorporação imobiliária a figura principal é a do incorporador.

Incorporador é quem gerencia a incorporação. Pode ser pessoa física ou jurídica, comerciante ou não. Pode ser ele próprio o construtor, ou pode contratar a construção por empreitada ou administração. De qualquer forma, incumbe a ele gerenciar a venda das frações ideais do terreno para construção de unidades autônomas em regime de condomínio. A venda pode ser feita antes ou durante a construção.

Só pode ser incorporador o dono do terreno; o promitente-comprador do terreno; pessoa a quem o incorporador tenha cedido seu direito de incorporação, ou seja, o cessionário do direito; o promitente-cessionário; o construtor e o corretor.

A venda das unidades autônomas só pode ter início após os procedimentos notariais de registro.

O incorporador poderá fixar prazo de carência, trânsito o qual, se não

preenchidos os requisitos por ele estabelecidos, poderá desistir da incorporação. Como exemplo, podemos citar o incorporador que inicie a venda das unidades, antes de começar a construção, impondo como condição para começar a construir a venda de número mínimo de unidades. Se o número não for alcançado, restituirá o dinheiro àqueles que hajam adquirido as primeiras unidades, desistindo do empreendimento.

2.15 Propriedade resolúvel

Como vimos, o direito real de propriedade é, em princípio, perpétuo. Em outras palavras, só termina se o dono desejar, quando poderá alienar a coisa, abandoná-

la, renunciar ao direito etc. Morrendo o dono, o direito se transmite imediatamente a seus herdeiros.

Existe, entretanto, a possibilidade de o direito de propriedade já nascer destinado a terminar. Isto ocorre em duas hipóteses, previstas nos arts. 647 e 648 do Código Civil.

O art. 647 tipifica a hipótese do direito de propriedade subordinado a condição resolutiva ou a termo final. Implementando-se a condição ou advindo o termo, resolve-se o domínio. Vejamos alguns exemplos.

No pacto de melhor comprador, que já estudamos no contrato de compra e venda, a venda ficará distratada, se no prazo de um ano, aparecer quem dê mais pelo imóvel. O pacto subordina a condição resolutiva a compra e venda, e conseqüentemente o direito de propriedade adquirido pelo comprador.

Outro exemplo é a retrovenda, em que o vendedor de imóvel se reserva o direito de recomprá-lo no prazo máximo de três anos, restituindo ao comprador o preço mais despesas. Trata-se de condição resolutiva simplesmente potestativa, uma vez que subordina a compra e venda à vontade relativa do vendedor.

O fideicomisso é outra modalidade, em que uma pessoa, o fideicomitente, transfere a propriedade de um bem a outra, o fideicomissário, ficando este com a obrigação de transmitir a propriedade do bem a terceiro, o fiduciário, decorrido certo prazo. O fideicomissário será dono do bem apenas durante o prazo de duração do fideicomisso. O termo final poderá ser certo, quando o prazo será determinado: por exemplo, dez anos, ou vinte anos. Mas poderá o termo final ser incerto, como no caso do fideicomisso vitalício, em que o fiduciário só adquirirá

a propriedade do bem, após a morte do fideicomissario.

Outro caso de propriedade resolúvel ocorre quando da venda de imóvel, sem se respeitar o direito de preferência do locatário ou do condômino. Estes poderão desfazer a venda, depositando o preço pago pelo comprador. Observa-se, pois, que depositado o preço, o direito de propriedade do comprador se resolve. Trata-se na hipótese de condição resolutiva simplesmente potestativa.

Por fim, a alienação fiduciária é também exemplo de propriedade resolúvel. O

devedor, em garantia de pagamento, aliena determinado bem ao credor, que se torna seu dono, até o pagamento integral da dívida. Adimplida a obrigação, o credor transfere a propriedade do bem de volta ao devedor. Vemos que o direito de propriedade do credor fiduciário se resolve com o advento do termo, ou seja, quando do vencimento da obrigação. E o que ocorre nos consórcios de veículos.

A segunda hipótese de propriedade resolúvel está prevista no art. 648 do Código Civil. A propriedade se resolve por fato posterior e estranho ao título aquisitivo. É o caso da doação que pode ser revogada por ingratidão.

Muito se tem discutido a respeito da natureza jurídica da propriedade resolúvel, tendo surgido duas teses principais.

A primeira, defendida por Lafayette(115) e Orlando Gomes(116), vê na propriedade resolúvel modalidade especial de domínio.

A segunda, preconizada por Lacerda de Almeida(117) e Sá Pereira, apesar de mais sofisticada, não convence muito. Segundo eles, a propriedade resolúvel é condomínio entre o dono atual e o eventual, condomínio este subordinado a condição ou a termo final.

De qualquer forma, a restituição da coisa faz-se como se o dono tivesse sido sempre o atual, desconsiderando-se todo o período em que a coisa esteve sob o domínio do dono anterior. Assim, opera efeitos ex tunc, anulando todos os atos praticados pelo antigo dono, tais como alienações, hipoteca, penhor etc. Em outras palavras, se o antigo dono, no caso da retrovenda, por exemplo, houver hipotecado o imóvel, efetuado o retrato, a hipoteca perderá seu valor.

No entanto, se a resolução da propriedade se der por fato posterior e estranho ao título aquisitivo, como no caso da doação revogada por ingratidão, os efeitos se

produzirão ex nunc, valendo todos os atos praticados pelo donatário. Se a coisa não puder ser restituída, por ter sido vendida, por exemplo, o doador fará jus a indenização. Mas a venda realizada pelo donatário não será desfeita.

Em relação aos frutos, tanto no caso do art. 647, quanto no caso do art. 648, pertencerão à pessoa cuja propriedade se resolveu, isto é, ao antigo dono.

(115) LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das coisas. Op. cii., v. 1. p. 80.

(116) GOMES, Orlando. Direitos reais. Op. cit., p. 222.

(117) LACERDA DE ALMEIDA. Apud MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cii., v. 3, p. 237. SÁ PEREIRA. Apud MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cít., v. 3, p. 237 e RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Op. cit., v. 5, p. 232.

2.16 Perda da propriedade móvel e imóvel

Sete são os modos de perda da propriedade, tanto móvel quanto imóvel.

O primeiro deles é a alienação. Por ela o titular do direito de propriedade o transfere a outro. Haverá um alienante ou transmitente e um adquirente. Tal é o caso da compra e venda, da doação etc.

A renúncia e o abandono são modos de perda do domínio que muito se aproximam. No entanto, são diferentes. Na renúncia, o titular abre mão de seu direito de forma expressa, por ato de vontade liberatório. Já o abandono caracteriza-se por ato normalmente tácito de desdenho ao direito de propriedade. Assim uma pessoa pode abandonar, sem renunciar. É o que ocorre quando objetos são largados em oficinas de reparo, por não ter o dono dinheiro para pagar o conserto. Nestes casos, haverá abandono, não renúncia, o que não significa que o dono da oficina poderá se ocupar da coisa abandonada. Deverá seguir o procedimento do Código de Processo Civil, estabelecido para a hipótese, como já estudamos anteriormente. A recíproca é verdadeira. Pode haver renúncia sem abandono, quando, por exemplo, herdeiro abre mão de seu quinhão hereditário. O abandono, no mais das vezes, importa certo desdém, certo desleixo com a propriedade, podendo ser tácito ou expresso. A renúncia não necessariamente significa desdém, desleixo e será sempre expressa. Corno vimos, um não está obrigatoriamente ligado ao outro. Nos dizeres de Biondi, o abandono é ato material, ao passo que a renúncia é ato voluntário.(118)

Para que se caracterize o abandono são necessários dois elementos, um objetivo, o outro subjetivo. O primeiro é a derrelição da coisa, ou o ato de abandonar em si, do ponto de vista material. O segundo é o animus dereliquendi, ou vontade de não mais ter a coisa.

Para a renúncia, não é necessária a derrelição, mas é essencial declaração expressa de vontade, no sentido de renunciar ao direito sobre a coisa.

Hipótese controversa é a do abandono de imóveis. A situação é tão rara que há autores que nem a admitem(119). Admitindo-a, porém, como nos casos apontados por Washington de Barros, em que o dono abandona o imóvel por não conseguir pagar os impostos, ou por estar ele gravado de ônus reais muito pesados, como ficaria a propriedade do imóvel?

Ora, imóvel abandonado é coisa sem dono. Não poderia ser objeto de usucapião, uma vez que este exige o confronto entre titular e não-titular, como examinamos acima. Seria, em te se, objeto de ocupação, modo de aquisição da propriedade das coisas sem dono. Ocorre, todavia, que a solução de Direito Positivo é outra.

(118) BIONDI. Istituzioni. Apud GIORDANO, Mário Curtis. Direito romano. Op.

cii., p.lOl.

(119) FADDA e BENSA. Diritto de/Is pandeeee. Windschcid (Note dei tradutori). v.

V, 1/859.

Pelo disposto no art. 589, § 20 do Código Civil, o imóvel abandonado será arrecadado como bem vago, passando às mãos do Estado-Membro ou do Distrito Federal, dependendo de onde se localize. De acordo com a nova redação do artigo em epígrafe, o dono terá o prazo, contado do abandono, de dez anos sendo o imóvel urbano, e de três anos, sendo rural, para se arrepender e requerer o imovel de volta(120).

Além da alienação, da renúncia e do abandono, é também forma de perda da propriedade o perecimento do objeto. Por perecimento devemos entender a impossibilidade do objeto. A coisa se torna impossível de ser objeto do direito.

As causas podem ser materiais ou jurídicas.

Materialmente, a coisa pode realmente perecer, no sentido de deixar de existir.

Mas também pode se deteriorar a ponto de não mais interessar.

Juridicamente, o objeto pode perecer por força de lei. Aí teríamos fato da Administração Pública originando a perda do direito. Por exemplo, se a posse de certo produto passar a ser proibida. Não terá havido aí nenhuma expropriação.

Simplesmente, por fato do príncipe, o objeto se torna incompatível com o direito de propriedade. Suponhamos que seja permitido em determinado momento o comércio de cocaína. Vindo a ser proibido, não só o comércio, como a própria posse do produto, todos os que o detinham perdem-lhe o domínio. A coisa pereceu, não porque tenha deixado de existir. Pereceu enquanto objeto do direito de propriedade.

Se, por um lado, é discutível a idéia de perecimento jurídico, por outro lado, é certo que se o perecimento, seja material ou não, dever-se a ação ou omissão culpável de terceiro, será ele obrigado a indenizar o dono.

É também modo de perda da propriedade o usucapião. O titular que desdenha a coisa, sem estar a ela renunciando ou abandonando, perde-lhe a propriedade pela ação do possuidor. O usucapião é, pois, dependendo do ângulo de análise, forma de aquisição e de perda de domínio.

Por fato do príncipe, ou seja, da Administração Pública, pode perder-se a propriedade não só por lei que faça perecer o objeto, mas por ato expropriatorio. Em outras palavras, perde-se a propriedade pela desapropriação.

A desapropriação deve ser estudada no contexto da intervenção do Estado no domínio econômico. Intervenção é todo ato do Poder Público que retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso dos bens particulares a destinação de interesse público. Tem como fundamento a necessidade ou utilidade pública e o interesse social.

Nesse contexto, desapropriação é transferência compulsória da propriedade particular ou pública, de grau inferior a grau superior, para o domínio público, mediante prévia e justa indenização.

(120) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Op. cii., v. 3, p. 170. RODRJGUES, Sílvio. Direito civil. Op. cit., v. V, p. 173/174.

Todos os bens e direitos patrimoniais prestam-se à desapropriação, inclusive o espaço aéreo e o subsolo. O bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação.

A finalidade pública ou o interesse social são exigências constitucionais para que se legitime a desapropriação, além da prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos da dívida pública.

Podem desapropriar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em seu próprio benefício ou em favor de suas autarquias, fundações, entidades paraestatais e concessionárias de serviços públicos.

O processo expropriatório encontra-se regulado no Decreto-Lei n. 3.365/41, podendo realizar-se por via administrativa ou judicial.

Havendo acordo quanto ao preço, a via será administrativa. Caso contrário, será judicial.

Pode ocorrer, porém, de o bem expropriado ser empregado em outra finalidade que não a alegada, finalidade esta despida de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social. Neste caso, terá havido desvio de finalidade, podendo seguir-se a retrocessão, que é a devolução do bem, mediante restituição do preço.

A desapropriação poderá ser anulada, quando algum ato intermediário for defeituoso. A via é a judicial, caducando o direito em cinco anos, se o motivo for utilidade ou necessidade pública, e em dois anos, se o motivo for o interesse social.

Por fim, é também modo de perda da propriedade a requisição administrativa do bem. Requisição é ato administrativo discricionário, consistindo na utilização compulsória de bens ou serviços particulares pelo Poder Público, com base em ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para o atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias.

Fundamenta-se no iminente perigo público.

A Administração Pública requisita o bem e dele se utiliza. Tratando-se de bens

infungíveis, não ocorre perda da propriedade, uma vez que o bem deverá ser restituído. Se sofrer deterioração, o dono será indenizado. Não obstante, se o bem vier a perecer, haverá perda da propriedade, sujeita a indenização, mesmo que não haja culpa da Administração Pública. Constantemente, no cinema, vêem-se cenas de policiais requisitando automóveis particulares para perseguir algum bandido. Tais cenas seriam exemplo típico de requisição de bem infungível. O

dono deverá ser indenizado de todo e qualquer prejuízo que a requisição venha a lhe causar, inclusive danos morais e lucros cessantes.

Sendo fungível o bem requisitado, haverá sempre perda da propriedade, visto que o Poder Público só se obriga a restituir outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, ou indenizar o dono. Em época de desabastecimento, no Governo José Samney (1985 a 1989), houve requisição de gado, que estava sendo retido pelos fazendeiros que esperavam melhoria de preço. O governo requisitou o gado para o abate e, depois, indenizou os fazendeiros.

Capítulo XV - DIREITO DAS COISAS: POSSE

1 - Definição

2 - Natureza jurídica da posse

3 - Objeto jurídico da posse

4 - Classificação da posse

4.1 Posse direta e indireta

4.2 Posse justa e injusta

4.3 Posse de boa fé e má fé

4.4 Posse com justo título

4.5 Posse ad interdicta

4.6 Posse ad usucapionem

5 - Aquisição (ou Constituição) da posse

6 - Efeitos da posse

7 - Composse

8 - Proteção possessória

8.1 Observações preliminares

8.2 Fundamento da proteção possessória

8.3 Atentados contra a posse

8.4 Objeto dos atentados

8.5 Instrumentos de proteção possessória

9 - Perda (cessação) da posse

9.1 Perda (cessação) da posse das coisas

9.2 Perda ou cessação da posse dos direitos

DIREITO DAS COISAS: POSSE

1 DEFINIÇÃO

Como bem salienta Tito Fulgêncio,(1) a palavra posse é muitas vezes impropriamente utilizada. Assim, emprega-se erroneamente "posse" para designar, dentre outros:

O direito de propriedade - No uso vulgar, vê-se dizer que alguém possui algo, no sentido de que é dono do bem.

O exercício ou gozo de um direito - É neste sentido que a emprega o próprio Código Civil nos arts. 203 e 206, dizendo ter a posse do estado de casados aqueles que ao mundo parecem casados, tendo eles mesmos a convicção de o serem.

A coisa possuída - É neste sentido que nos referimos a nossas posses.

O significado técnico de posse é só um, entretanto. Por demais complexo, sua definição merece estudo detalhado.

Nas palavras de Thomas Marky,(2) o conceito de posse é bem mais antigo que o de propriedade. A doutrina romana elaborou-o com base na obra dos pretores (juízes) ao longo do tempo.

A Lei das XII Tábuas, de 450 a.C, embora já distinga posse de propriedade, não emprega o termo possessio. Supõe-se, assim, que a distinção terminológica seja, de fato, posterior.

De acordo com os glosadores,(3) tiveram posse, para o Direito Romano, todos aqueles que possuíram com intenção de ter a coisa para si, pouco importando se o possuidor era ou não dono.

(1 TITO FULGÊNCIO. Da posse e das ações possessórias. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1927, p. 3/4.)

(2 MARKY, Thomas. Curso elementar. Qp. cit., p. 76.)

(3 Glosadores eram os jurisconsultos da escola de Bolonha a quem se deve, ao fim do século XI, o renascimento do Direito de Justiniano (Imperador Romano, falecido em 565

d.C). Contentavam-se em fazer sobre o Corpus Juhs Civilis (obra jurídica mandada compilar por Justiniano, promulgada em de 527 a 534 d.C.), recentemente descoberto, breves comentários denominados glosas. o chefe da escola foi Irnério, que ensinou entre 1.088 a 1.125. Seus sucessores imediatos foram quatro doutores: Búlgaro, Martinho Gosia, Jácobo e Hugo. Acúrsio, falecido em 1.260, reuniu todas as glosas de seus predecessores em vasta compilação denominada) O animus era elemento essencial à posse. Segundo algumas glosas, animus era a convicção de ser dono da coisa possuída. Segundo outras, era a vontade de ter a coisa para si, mesmo que o possuidor soubesse que não era dono.(4) Et proprie quidem possidet is, qui rem corporaliter detinens, simul babel animum, eam sibi ut suam tenendi; cum contra qui sine boa proposito sibi subiectam babel rem, is corporaliter seu naturaliter tantum fila possidere,

[...) nudam ius detentionem babere dicatur.(5)

Dessa forma, o ladrão era possuidor, o dono era possuidor, o invasor de terras alheias era possuidor.

De outro lado, os que tinham a coisa em mãos em nome do proprietário, como é o caso do locatário e do comodatário, não tinham posse mas, detenção, chamada de possessio naturalis.(6)

A diferença prática é que a detenção não recebeu, num primeiro momento, a proteção dos interditos possessórios.

Cabe acrescentar ainda que o animus devia estar presente desde o primeiro momento, para que se caracterizasse a posse. o locatário que, em princípio, detinha a coisa em nome do locador, mesmo que resolvesse dela se assenhorar, com intenção de tornar-se dono, ainda assim, não teria a posse, pois que, no início, deteve a coisa sem intenção de dono.' o ordenamento jurídico protegia os direitos do possuidor. Este tinha para sua proteção uma série de interditos possessórios,(7) garantindo sua posse contra quem a esbulhasse(8) ou perturbasse. A posse assim protegida recebia o nome de possessio ad interdicta, (9) ou simplesmente possessio.(10)

(4 "Grande Glosa". A escola dos glosadores se manteve até Bartolo de Sasso Ferrato (1.314 1.357), que fundou nova escola, chamada escolástica ou bartolista. (Larousse du XX siécle verbete "glossateurs").

MARKY, Thomas. Curso elementar. Qp. cit., F. 76.

TITO FULGÊNCIO. Da posse e das ações possessórias. Qp. cit., p. 5.

WARNKÒNIG, L.A. Institutiones. Qp. cit., p. 80.

(5 Tradução livre: "E propriamente possui aquele que simultaneamente detém a coisa fisicamente com vontade de tê-la para si como sua; ao passo que o que tem a coisa sujeita a si sem aquele propósito, exercerá tão somente um poder corporal ou natural sobre ela, [...] diz-se que tem sua detenção".) (6 Posse natural.)

(7 MARKY, Thomas. Curso elementar. Qp. cit., p. 76.)

(8 Interditos possessórios, como veremos mais adiante, eram ordens obtidas junto ao pretor para a garantia da posse tranqüila, ou para que se restaurasse a

posse perdida.)

(9 Esbulhar é destruir o estado de posse alheio. o possuidor perde sua posse para o esbulhador. É o caso da invasão de terras.)

(10 Posse para efeitos dos interditos.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession en droit romain. 4. éd., Paris: PedoneLauriel, 1893, p. 48.

A proteção se estendia não só à posse legítima, como também à ilegítima. o invasor poderia invocar os interditos para proteger sua posse contra terceiros.

Contudo, é lógico, não os poderia invocar contra o dono ou possuidor legítimo. (11)

A posse também podia ensejar o usucapião, desde que atendidas certas condições.

Era a chamada possessio civilis ou ad usucapionem.(12)

A visão moderna de posse modificou-se um pouco. o tema atualmente se discute com base em duas correntes: a subjetivista e a objetivista.

O mais importante defensor da teoria subjetivista foi o alemão, Friedrich Karl von Savigny. Na verdade, o objetivo de sua obra foi o de explicar e sistematizar o estudo da posse no Direito Romano.

Para formular sua teoria, Savigny partiu da idéia de detenção, que, segundo ele, é a possibilidade corporal que tem uma pessoa de dispor fisicamente de uma coisa. A detenção é, consequentemente, o elemento físico, objetivo da posse, denominado corpus. É o poder físico da pessoa sobre a coisa, a faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa.

Mas o que era necessário para que a mera detenção, ou seja, esse poder físico sobre a coisa, se transformasse em posse?

Era e é necessário o animus domini,(13) ou vontade de possuir a coisa como sua.

É essencial esse desejo de ser dono, mesmo sabendo não o ser. Assim, o ladrão

tem a posse, enquanto o locatário não a tem, de vez que detém a coisa em nome do proprietário.

"Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur d'une cbose~ ti faut nécessairement que celui qui lot détient se gère à son égard en propriétaire;

[...), ce que implique en particulier aussi le refus de reconnaitre duns le cbefd'autrui un droit quelconque supérieur au sien ".(16) A teoria de Savigny se diz subjetivista por motivos óbvios: o elemento mais importante para se definir posse é o animus domini, elemento subjetivo. É a vontade do sujeito em relação à coisa.

Para Savigny, o Direito Romano só admitia uma espécie de posse: a posse ad interdicta, ou seja, aquela que dava ao possuidor direito à proteção possessória pelos interditos, contra toda agressão de terceiros.

(11 MARKY, Thomas. Curso Elementar. Qp. cit., p. 76.

(12 Posse civil ou ad usucapionem (para efeitos de usucapião).

(13 Vontade de dono. VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession. Qp.

cit., p. 89.

(16 Tradução livre: "Assim, para ser considerado verdadeiro possuidor de uma coisa, é necessário que aquele que a detenha se comporte em relação a ela como proprietário; [...], o que implica em particular também a recusa de reconhecer no poder de qualquer outro direito superior ao seu".) Mas à posse ad interdicta podem agregar-se outros elementos. Tal ocorre quando o possuidor não for o proprietário. Esses elementos, a saber, o justo título e a boa-fé, ensejavam o usucapião, falando-se, pois, em posse civil ou ad usucapionem.

"[...) li n) a réellement qu'une possessio duns le sens juridique du mor. Par elle seule~ elle ne donne droit qu ~aux interditsç mais quand d'autres éléments viennent s) joindre, elle a aussi pour eflet de produire l'usucapion ". (17) Mas não se trata de duas espécies de posse, como pode parecer. Na verdade, a posse civil, ou ad usucapionem, pressupõe a posse ad interdicta, ou simplesmente posse. Esta está contida naquela.

"L'usucapion, par contre, suppose aussi, il est vrai l'existance de la possessio, mais ceife-ci sente ne sufft pas: ti faut encare qu'elle ait commencé avec bana irdes et justa causa, ei de plus, lot cbose possédée ne doit pas spécialement se trouver exclue de l'usucapion (rei furtiva~ vi possessi etc.

(18)

Tecendo severas críticas a Savigny, Rudolfvon Ihering apresenta sua tese.

Foi ele o mais importante dos defensores da chamada teoria objetivista, cuja finalidade foi também delinear os contornos da posse no Direito Romano.

Von Ihering, após examinar os textos romanos, concluiu, ao contrário de Savigny e de todos os demais subjetivistas, que a conceituação dos elementos caracterizadores da posse, a saber, corpus e animus, estava errada. Errada estava outrossim a importância que se dava ao elemento subjetivo, o animus, a vontade. (19)

Partindo de exemplos clássicos em que o próprio Direito Romano concedia proteção possessória àqueles que, segundo Savigny, eram meros detentores como, por exemplo, o enfiteuta,(20) Ihering deduz que o que realmente importava era o é o direito real e perpétuo de usar e fruir imóvel alheio não construído, mediante o pagamento de um foro anual. Enfiteuta é o titular do direito real de enfiteuse; nu proprietário ou senhorio, o dono do imóvel.

(17 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession. Qp. cit., p. 73.

(18 Tradução livre: "Na realidade só há uma espécie de posse no sentido jurídico da palavra. Por si mesma só confere direito aos interditos; mas quando outros elementos vêm se juntar a ela, passa a ter como efeito o usucapião".

(19 Idem, p. 73.

(20 Tradução livre: "o usucapião, ao contrário, pressupõe também, é verdade, a existência da possessio, mas esta não é suficiente: é necessário ainda que tenha começado com boa-fé e causa justa, e, de mais a mais, a coisa possuida não pode estar especificamente excluída de usucapião (coisa furtada, coisa roubada, etc.)".

VON IHERING, Rudolf La posesión. 2. ed., Madrid: Reus, 1926, p. 270.

MARKY, Thomas. Curso elementar. Qp. cit., p. 76. Enfiteuse Elemento objetivo, exterior, para que se caracterizasse a posse. De fato, outras não são as palavras de Paulo:

"Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistir ideoque suffcit, si rem corporaliter teneati(21) Tais casos, como o do enfiteuta e do credor pignoratício,(22) davam trabalho à doutrina. ora, segundo a teoria subjetivista pura, não eram possuidores por faltarlhes o animus, ou vontade de ter a coisa para si. Não obstante, o pretor concedialhes a proteção possessória dos interditos. Os juristas procuraram várias maneiras de explicar o fenômeno. A doutrina encontra-se repleta de tentativas neste sentido.(24)

Como conciliar o fato de que o enfiteuta e o credor pignoratício, dentre outros, recebessem proteção possessória, embora não sendo possuidores?

Foi, afinal, von Ihering que deu explicação convincente. o problema, em sua opinião, estava na definição de corpus e animus, elementos objetivo e subjetivo de caracterização da posse.

Para Savigny, corpus é o poder físico que se exerce diretamente sobre a coisa.

Ora, a seguir essa tese, como se explica a posse de escravo em viagem? Seu senhor o possuía, mas não tinha qualquer possibilidade de exercer poder físico direto sobre ele. Como se explica a aquisição da posse de imóvel pela simples entrega das chaves?

A própria jurisprudência admitia a posse sem a apreensão corporal da coisa: apnlm meum... qui eo facto meus esse didisset.(24)

Como explicar a posse de uma coisa perdida dentro de casa? Em todas essas hipóteses haverá posse sem poder físico sobre a coisa.

A explicação é simples, corpus é a relação exterior entre possuidor e coisa possuída. É o procedimento de quem age como dono, ainda que não o seja, e ainda que não exerça poder físico sobre a coisa, como no caso do escravo ausente, da coisa perdida dentro de casa etc. Para que se caracterize o corpus basta que a coisa esteja sujeita a nossa vontade.

(21 Paulo, Smit. Rec. V, II, § 2°.)

(22 Tradução livre: "A prova da tradição ou não tradição da posse consiste nem tanto no direito quanto no fato, o que vale dizer que é suficiente que se tenha a coisa sob poder físico".)

(23 Credor pignoraticio é aquele que retém um bem do devedor em garantia de pagamento. Para Savigny, o credor pignoraticio era mero detentor, uma vez que detinha o bem em nome do devedor. Não tinha o anin~us domini. Ihering contesta, asseverando que o credor pignoraticio era verdadeiro possuidor, pois que podia invocar os interditos para sua proteção, o que o mero detentor não podia fazer.

WARNKÒNIG, L.A. Institutiones. Qp. cit., p.81/82.

VON IHERING, Rudolf. La posesión. Qp. cit., p.191.

(24 Tradução livre: "o javali é meu.., pelo fato de se dizer meu".) O corpus seria, assim, a atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo ele como dono, exercendo sobre ela os direitos inerentes ao domínio (usar, fruir, dispor e reivindicar). Daí falar-se que posse é a exteriorização do direito de propriedade, que vem a ser o estado normal externo da coisa, sob o qual ela cumpre seu destino econômico de servir aos homens.(25) O segundo elemento, o subjetivo, ou animus, não é a vontade de ter a coisa para si, nem, muito menos, a convicção de ser dono. Muitos não tinham essa vontade ou convicção e se reputavam possuidores, recebendo a proteção dos interditos. Tal era o caso do enfiteuta e do credor pignoratício, que possuíam em nome do proprietário.

Dessarte, para que se caracterize o animus, basta a vontade de ter a coisa.

Não é preciso que se tenha a vontade de se assenhorar dela. Suficiente será o desejo de proceder como se procede o dono, ainda que sem pretender sê-lo.~6 Têm a posse o dono, em quaisquer circunstâncias; o credor pignoratício, o enfiteuta, o precarista,(26) o ladrão, o locatário, o comodatário etc. Todos procedem como donos, tendo vontade de ter a coisa, embora não desejem, em princípio, se assenhorar dela.

Como se deduz claramente, o animus está contido no corpus. Não é importante para a caracterização da posse. Resumindo, pode-se afirmar que, para Von Ihering, é possuidor quem procede com aparência de dono, ainda que não o seja, nem deseje sê-lo.

Na verdade, o raciocínio é bastante simples. Se vemos uma pessoa guiando um automóvel, imaginamos logo ser ela a dona do carro. Afinal, quem usa é dono.

Mas será mesmo que é? Será que, em todas as circunstâncias, podemos afirmar com certeza de que a pessoa que vemos dirigindo o veículo é sua dona? É lógico que não.

Esse indivíduo pode ter tomado o carro emprestado; ou pode tê-lo alugado. Enfim, esse indivíduo pode não ser o dono do carro, embora, em princípio, pareça ser.

Dessa forma, não podemos asseverar ser a pessoa que vemos dirigindo, o verdadeiro dono do carro. O máximo que poderíamos dizer é que essa pessoa parece ser a dona do automóvel. Parece por quê? Porque está exercendo um dos direitos de proprietário, qual seja, o uso.

Da mesma forma, se virmos alguém colhendo frutos no quintal de uma casa, somos levados à impressão de ser ele o dono do imóvel, por estar exercendo o direito de fruir, característico do domínio.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado, se virmos um indivíduo jogando fora uma carteira. Se está jogando fora, está dispondo, ou seja, está exercendo direito característico da propriedade, qual seja, o de dispor.

(25 VON IHERING, Rudolf La posesión. Qp. cit., p. 207.

(26 Idem, p. 268.)

(27 Sobre o precário, ver nota de rodapé n. 33s referente ao Contrato de Comodato (p. 298).

Daí podermos concluir ser este indivíduo o dono da carteira ou, quando nada, seu dono aparente. Aparente, porque devemos lembrar-nos que este dono aparente pode ter furtado a carteira, esvaziado seu conteúdo para, em seguida, jogá-la no lixo.

Vejamos outra hipótese bem exemplificativa. Um policial vê um indivíduo andando na rua com uma pasta. Em seguida, vê outro indivíduo se aproximar e arrebatar a pasta do primeiro, para correr logo depois. Que fará este policial? A resposta é óbvia. Perseguirá o segundo, tomando-lhe a pasta, para entregá-la ao

primeiro.

Por que agirá dessa forma? Por estar convicto de que o primeiro indivíduo é o dono da pasta. Mas de onde tirou essa convicção? Do fato de estar ele carregando a pasta; usando-a. Como o dono usa, aquela pessoa deve ser a dona.

Ocorre que o policial, agiu pelas aparências. Na realidade, só de ver alguém carregando uma pasta, ele não poderia afirmar ser aquele indivíduo o dono. O

máximo que poderia dizer é que aquela pessoa parecia dona, por estar usando. E

foi com base nessa aparência que o policial agiu de pronto. Mas poderia ter-se equivocado.

O segundo poderia bem ser o dono da pasta, recuperando-a de um ladrão. Acontece que o policial, a julgar pelas aparências, não poderia adivinhar.

Pelo que se vem de expor, fica fácil ver porque Von Ihering disse que a posse é a aparência do domínio. Tem a posse quem parece ser dono, por estar exercendo um ou alguns dos atributos da propriedade, isto é, o uso, a fruição, a disposição ou a reivindicação.

Mas e a detenção? Quando haverá mera detenção para Von Ihering? Sempre que houver expressa disposição legal.

Haverá posse, sempre que se provar a existência do corpus, a menos que haja disposição legal, prescrevendo haver mera detenção.

"En uno _y erro (detenção e posse) existe ei corpus _y ei animus, _y si ei primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia (detenção), ei fundamento de esta está, según la teoria objetiva, en ei becbo de que movido por motivos prácticos, ei derecbo en alertas relaciones ba quinado los efectos de la posesión ai concurso, pe~§ectamente realizúdo, de las relaciones de esta última (28)

Podemos dizer, portanto, que, para Ihering, a distinção entre posse e detenção não é científica, mas de direito positivo.

O Direito Brasileiro estabelece os casos de detenção no art. 487 do Código Civil. De acordo com o ali disposto, terá a mera detenção aquele que se limitar a deter a coisa em nome de outrem, ou de acordo com as instruções que recebe. É

o caso do empregado que vigia terreno agrícola em nome do patrão,(29) do motorista que dirige o carro para seu empregador etc.

(28 VON IHERING, Rudolf. La posesión. Qp. cit., p. 268.

(29 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3, p. 32.) Além dos casos do art. 487, ainda há os do art. 497, segundo o qual não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam sua aquisição atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessada a violência ou clandestinidade.

Daí temos que os alunos não possuem a sala de aula, apesar de a estarem usando, ou seja, apesar de estarem exercendo sobre ela um dos atributos do direito de propriedade, qual seja, o uso. Não possuem por força do art. 497 que estabelece que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. Tampouco possuem os passageiros de avião, ônibus ou taxi, pela mesma razão.

Por fim, a tença(30) violenta ou clandestina será mera detenção, enquanto durar a violência ou clandestinidade.

A importância da distinção entre posse e detenção reside no fato de que a esta não se estende a mesma proteção que àquela. Não são, pois, cabíveis os interditos possessórios para a proteção da detenção. Não obstante, protege-se a detenção por outros meios, admitindo-se até mesmo a auto-defesa. É o caso de pessoa que se senta em banco de praça pública. Tem apenas a detenção, mas poderá defendê-la contra todos que a queiram perturbar.(31)

Antes de prosseguir, façamos um resumo de tudo o que se disse a respeito de posse. Para tanto, valhamo-nos do precioso auxílio do Professor Tito Fulgêncio.

"SIGNIFICADO TÉCNICO (de posse). Sofreu na história de Roma, a eterna dominadora e inspiradora do mundo jurídico, a influência das três grandes escolas: I - Dos glosadores. A posse era o contato físico com a coisa, poder físico, para uns presidido na intenção de tê-la para si, enquanto que, para outros, tê-la com a intenção de dono era o que constituía o elemento anímico do contato.

II - De Savigny. A posse consistia na faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros.

III - De Ihering. A posse consiste no fato de uma pessoa proceder, intencionalmente em relação à coisa, como normalmente procede o proprietário, a dizer, na posse tem a propriedade a sua imagem exterior, este direito, a sua posição de fato.

(30 "Tença" é substantivo oriundo do verbo "ter".) (31 VON IHERING, RudolL La posesión. Qp. cit., p. 302)

ELEMENTOS. Das noções da posse segundo as correntes doutrinárias resultam: 1Ům ponto de acordo: a posse compõe-se de dois elementos, um material, outro moral, um corpo e uma deliberação da mente.

2Ům ponto de dissídio: a caracterização desses elementos, guardando cada qual as suas vistas próprias.

Assim, no que toca ao corpus:

a) Para os glosadores: está no contato material com o objeto da posse, ou em atos simbólicos (como a entrega de chaves) representativos desse contato.

b) Para a escola Savignyniana: está no fato material, que submete a coisa à vontade do homem, cria para ele a possibilidade de dispor fisicamente dela com exclusão de quem quer que seja.

c) Para Ihering: consiste no estado externo da coisa, sob que se cumpre o destino econômico de servir aos homens, vale dizer, a exterioridade da propriedade, podendo ser ou não a detenção, conforme a natureza das coisas.

A normalidade é noção relativa, o que é normal para umas coisas, é anormal para outras. Deixar a colheita em pleno campo é estado normal dessa coisa; deixar em pleno campo seus objetos preciosos é estado anormal para tal coisa. E o poder de fato sob o ponto de vista econômico, o poder material tal como pode existir na sociedade.

No referente ao animus:

a) Para os glosadores: para uns é a intenção de ter a coisa para si; para outros a intenção de proprietário.

b) Para Savigny: é intenção de dono desnecessária a convicção no possuidor de

ser, na realidade, proprietário da coisa.

c) Para Ihering: é a vontade de se tornar visível como proprietário, exterioridade expressável na fórmula geral - omniat ut dominum gessisse.(32) A posse é ato de um ser racional, e não podia o sábio prescindir, como não prescindiu, do elemento moral no caracterizar da relação possessória. o que ele diverge da escola clássica está apenas nisto: para esta o corpus unido à intenção simples de proceder, em relação à coisa, como procede o proprietário, não gera a posse por faltar o ânimo de dono; para Ihering, em concorrendo esses dois elementos, há posse.

(32 TITO FULGÊNCIO. Da posse.)

Quando, porém, apesar da coexistência dessas condições, um dispositivo legal nega a posse em alguma hipótese, há mera detenção, que será excepcional. Savigny enxerga no animus domini, na vontade, o elemento preponderante: Ihering não nega a influência da vontade, mas acha que ela exerce na posse a mesma ação que em qualquer outra relação jurídica; o elemento preponderante é o econômico. Daí as denominações de objetiva e subjetiva às duas tendências teóricas".(33) Mas, afinal que teoria adota o Código Civil Brasileiro? o art. 485 diz considerar-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade. vimos que os poderes inerentes ao direito de propriedade são os de usar, fruir, dispor e reivindicar.

o exercício de qualquer que seja acarretará posse. Claro está, pois, que a teoria adotada é a de Von Ihering, muito mais adequada ao tráfego negocial contemporâneo.

Não obstante, em alguns momentos adota-se a tese de Savigny. Tal é o caso do usucapião que exige intenção de dono. Para que se configure a posse ad usucapionem, deve estar presente o animus domini, ou vontade de se assenhorar da coisa, de ser seu dono. outras não são as palavras do art. 550 do Código Civil:

"aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio".

Art. 551: Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze entre ausentes, o possuir como seu.

Art. 618: Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, [...], durante três anos.

Art. 183 da Constituição Federal: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados [...].

Art. 191 da Constituição Federal: "Aquele que, [...], possua como sua, [...], área de terra, em zona rural, [...].

(33 WINDSCHEID, Bernardo. Diritto delle pandette. Qp. cit., v. V, p. 149.

TRABUCCHI, Alberto.

Istituzioni di dihtto civile. 20. ed., Padova: Cedam, 1974, p. 43s etseq.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Qp. cit., v. 5, p. 22. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3, p. 34.

BEVILAQUA, Clóvis. Direito das coisas. Qp. cit., p. 38 et seq. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Qp. cit., v. X. p. 7.)

Para o usucapião, exige-se o corpus enquanto poder físico imediato sobre a coisa, e o animus enquanto intenção de dono, vontade de se assenhorar da coisa, presente desde o primeiro momento da posse.

2 NATUREZA JURÍDICA DA POSSE

Se, por um lado, não se debate muito sobre a natureza jurídica da propriedade, por outro lado, o mesmo não ocorre com a posse. A propriedade, não se discute, é direito real.

Mas e a posse? Qual seria sua natureza?

Indaga-se se a posse seria estado de fato ou direito subjetivo?

Para alguns, dentre eles, Windscheid, Trabucchi, Sílvio Rodrigues, Washington de Barros, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e outros,(34) posse é estado de fato, é situação fática, caracterizada pelo fato de um bem se achar submetido á vontade de uma pessoa (animus), agindo esta com aparência de dono em relação àquele (corpus). Dessa situação, surgiriam direitos e deveres para o possuidor.

Estes direitos e deveres são efeitos da posse, estado de fato.

Para outros, como Von Ihering, Teixeira de Freitas e Caio Mário,(35) a posse é direito subjetivo.

Von Ihering, por exemplo, via na posse um interesse juridicamente protegido. Em sua opinião, posse é direito do titular sobre a coisa. Logicamente, esse direito nasce de um fato. Mas a posse difere dos outros direitos reais.

Enquanto nestes, o fato é apenas sua origem, desaparecendo com o nascimento do direito, na posse, o direito só existe, enquanto existir o fato.

"Es, pues, el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella la noción de la posesión".(36)

Uma terceira corrente, encabeçada por Savigny, Lafayette,(37) Merlin e outros, (38) advoga ser a posse simultaneamente fato e direito. Num primeiro momento, a posse é estado de fato, como descrito acima. ocorre que, dessa situação fática

(34 Tudo ter administrado como dono.)

(35 VON IHERING, Rudolf La posesión. Qp. cit., passim.)

(36 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. 3. ed., Rio de Janeiro: H. Gamier, 1896, p. CLVI etseq. PEREIRA, Caio Mário da Silva.

Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 20/22.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso)

(37 VON SAVIGNY, F.K. Traité de la posesión. Qp. cit., p. 20 et seq. LAFAYETTE

Rodrigues Pereira.)

Direito das Coisas. Qp. Cit., v. I, p. 18 et seq.

(38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 21.) Originam-se direitos, como os interditos e o usucapião. Assim, por suas conseqüências, posse é direito.

"Ainsi elle (lot possession) est à la foi un fait et un droit: Par elle-même c'est un fai(par ses conséquences elle ressemble à un droi(et cette double nature est injiniment importante pour tout ce qui conceme cette matière".(39) Para tentarmos resolver a questão devemos seguir por etapas.

Parece-nos ter razão a terceira corrente, segundo a qual posse seria estado de fato, situação fática, num primeiro momento, e direito subjetivo, num segundo momento. Vejamos.

Posse é estado de coisas, em que uma pessoa tem um bem em seu poder, ou seja, um bem se acha subordinado à esfera de atuação de uma pessoa. A essa situação, a esse estado de fato, denomina-se posse. Nele podemos identificar dois elementos: um objetivo, material; o outro subjetivo, anímico.

O elemento objetivo é a atitude externa, visível do possuidor para com a coisa.

Traduz-se no exercício de direito pelo possuidor sobre a coisa, que pode ser usar, fruir, dispor ou reivindicar, dentre outros. É neste ponto que se diz, com razão, ser a posse a visibilidade do domínio.

Além do corpus, caracteriza a situação fática chamada posse, um elemento subjetivo, interno, volitivo: é o animus, ou vontade de ter a coisa em seu poder, vontade de agir como age o dono, mesmo sem pretender sê-lo.

Resumindo, pode-se dizer ser a posse estado de fato caracterizado por dois elementos: corpus e animus.

Desse estado de fato, dessa situação fática nascem relações jurídicas, ditas relações possessórias.

A primeira relação jurídica possessória é intrínsecj ao próprio estado de posse.

Uma pessoa só se pode dizer possuidora, em vista de outras pessoas, não possuidoras. Um indivíduo sozinho no mundo nada possui. vê-se, pois, como pressuposto inerente à própria situação de posse, relação jurídica de natureza real, entre possuidor e não-possuidores, cujo objeto é a própria coisa possuída.

Não se confundem, porém, estado de posse e a relação jurídica a ele intrínseca.

É que um é pressuposto do outro.

Sem o estado fático, não há relação. Sem a relação, não há estado fático. São faces de um mesmo fenômeno, mas faces distintas.

(39 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession. Op. cit., p. 20 et seq.

Tradução livre:

"Assim, ela ia posse é, ao mesmo tempo, fato e direito: por si mesma é fato, por suas conseqüências se parece com um direito, e essa natureza dupla é infinitamente importante em tudo o que concentre a essa matéria".) Dessa relação jurídica básica, inerente à própria situação de posse, decorre apenas um direito real, o direito à proteção possessória. A este direito, corresponde uma obrigação real da parte dos não-possuidores, qual seja, não ameaçar, perturbar ou esbulhar o possuidor.

À situação básica podem agregar-se outros elementos, gerando outras relações jurídicas e outros direitos. Se o possuidor legítimo de um imóvel, por exemplo o locatário, incorporar a ele melhoramentos necessários, poderá exigir do locador indenização, tendo o direito de reter o imóvel até ser ressarcido. o direito do possuidor é, no caso, creditício, contra um devedor específico, o locador. Este, a seu turno, é devedor de obrigação creditícia, a de indenizar o locatário, possuidor do imóvel.

Outras relações jurídicas e direitos gravitam em torno da posse. Deles faremos estudo mais detido, ao examinarmos os efeitos da posse.

Concluindo, podemos asseverar que, em princípio, posse é estado de fato, caracterizado por dois elementos: corpus e animus. Inerente a ela, acha-se relação possessória básica, entre possuidor e não-possuidores, dela emergindo o direito real à proteção possessória. Ademais, na dependência de elementos acidentais, que podem ou não se agregar ao estado básico de posse, surgem outras relações jurídicas e direitos, de caráter real ou creditício.

Mas e quanto à posse enquanto direito subjetivo? ora, da situação fática de posse surgem direitos, como o direito à proteção possessória, como o usucapião etc. Em relação a esses direitos, posse é direito subjetivo. É neste sentido que se diz ter o possuidor "perdido a posse". Quer dizer-se que o possuidor perdeu os direitos inerentes à situação de posse. vale dizer que a situação, ou o estado de posse cessou. Assim, pode-se falar em direito de posse, referindo-se ao conjunto

de direitos subjetivos gerados pela situação fática de posse.

3 OBJETO JURÍDICO DA POSSE

Qualquer bem pode ser possuído, tanto os corpóreos, quanto os incorpóreos. Nesta última categoria encontram-se os direitos. Mas que direitos?

Ora, sendo a posse a visibilidade do domínio, os direitos suscetíveis de posse hão de ser aqueles sobre os quais é possível exercer poder externo, característico da propriedade, principalmente a fruição. Assim, estão fora os direitos de crédito e todos os demais direitos que não sejam essencialmente reais. Esses direitos não podem ser possuídos.

Mesmo os direitos reais só podem ser possuídos, se a relação externa entre eles e seu possuidor puder se comparar ao exercício de verdadeiro domínio. Dessa forma posso possuir servidão aparente e constante, como o direito de conduzir fios elétricos pelo terreno do vizinho. Não posso, porém, possuir direito de trânsito pelo terreno do vizinho, a não ser que haja estrada ou caminho aparente, bem delineado, que tornem o trânsito, e portanto o exercício da servidão, visíveis." A importância da questão diz respeito à proteção da posse dos direitos. Não podem ser invocados os interditos possessórios para proteger direitos de crédito.

Estes nem tanto se protegem, mas sobretudo se reclamam por intermédio de ações pessoais, ditas condenatórias, como a de cobrança, a de despejo, a de depósito etc.

Os direitos reais, principalmente as servidões, podem ser objeto de posse, invocando-se, para sua proteção, os interditos possessórios, ações de natureza real.

A posse desses direitos é comumente chamada de quase-posse.(40) 4 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

4.1 Posse direta e indireta

A posse será direta, quando o possuidor exercer sobre a coisa poder físico, imediato. Não existe entre possuidor e coisa possuída qualquer tipo de obstáculo.

Ao revés, será indireta a posse, quando entre o possuidor e a coisa houver algum

tipo de obstáculo que impeça qualquer contato físico entre eles. Apesar do obstáculo, o possuidor continua agindo segundo age o dono.

Pode continuar fruindo, por exemplo, ao receber aluguéis. Continua existindo a intenção de proceder como dono.

Deduz-se, portanto, que a posse do locatário é direta, e a do locador, indireta.

Só se pode falar em posse indireta na teoria objetivista, uma vez que na teoria subjetivista, corpus é contato físico, imediato com a coisa. Conseqüência óbvia é que, na concepção de Savigny, o locador tem a propriedade e o locatário, a detenção. Nenhum deles tem posse.

4.2 Posse justa e injusta

Para definir posse justa ou legítima, toma-se como parâmetro a posse injusta ou ilegítima. A definição é, assim, negativa. Segundo o art. 489 do Código Civil, é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

Por conseguinte, será injusta a posse violenta, clandestina ou precária.

Posse violenta é a obtida por força injusta. É a posse do esbulhador, do que expulsa o legítimo possuidor do imóvel; é a posse do assaltante.

A princípio, não se confere à tença violenta nenhuma proteção, mesmo porque, como vimos, nem se considera posse, mas mera detenção.

(40 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 67/68.) (41 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 19.) No entanto, pode ocorrer que a vitima da violência deixe de reagir. Assim é que, passados um ano e um dia, sem que aquele que adquiriu violentamente a detenção seja molestado, terá ele direito à proteção possessória, até mesmo contra o antigo possuidor legítimo. Terá adquirido posse ad interdicta, pela cessação da violência.(42)

É óbvio que a proteção contra o próprio possuidor esbulhado pela violência será apenas apriorística, devendo ser entendida cum grano salis. A ela retornaremos mais abaixo.

Posse clandestina é a que se constitui às escondidas.(43) É a posse do invasor que se apossa de terreno sem o conhecimento do dono. É a posse do ladrão que

furta.

A mesma regra da posse violenta se aplica à posse clandestina. Por outras palavras, passados um ano e um dia, sem que o legítimo possuidor tome providências no sentido de recuperar a posse perdida, a tença clandestina se convalesce de seu vício, tornando-se posse ad interdicta e merecendo, conseqüentemente, proteção possessória.

Mais adiante, ao tratarmos especificamente da proteção possessória, voltaremos ao assunto.

Por fim, precária é a posse daquele que, tendo recebido a coisa das mãos do proprietário por título que o obrigue a restituí-la, recusa-se injustamente a fazer a restituição, e passa a possuir em seu próprio nome." Precária é, assim, a posse do locatário que, condenado ao despejo, não restitui a coisa no tempo fixado.

A posse precária jamais deixará de sê-lo, não se admitindo, por conseguinte, se invoque proteção possessória depois de ano e dia.(44)

4.3 Posse de boa-fé e de má-fé

Para se determinar se a posse é de boa-fé ou de má-fé, há de ser feita pesquisa na convicção interna, subjetiva do possuidor. Terá posse de má-fé aquele que tenha ciência dos defeitos que a maculam. Terá posse de boa-fé aquele que não tiver ciência desses defeitos, que podem realmente existir.

Dessarte, se me instalo no lote do vizinho, pensando tratar-se de meu lote, embora injusta, ilegítima, minha posse será de boa-fé. Entretanto, se me instalo no lote do vizinho, sabendo tratar-se de lote alheio, minha posse, além de ilegítima, será de má-fé.

A posse de boa-fé pode transformar-se em posse de má-fé, desde que a intenção do possuidor se transmute de boa para má. Tal é o caso do locatário que, a partir de certo momento, decida-se a se assenhorar da coisa.

(42 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 28.

(43 Idem, ibidem.

(44 LAFAYETTE, Rodrigues Pereira. Direito das Coisas. Qp. cit., v. I, passim.)

(45 RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 29.) Tal também será o caso do possuidor do lote que, tomando conhecimento de que se encontra em terreno do vizinho, mesmo assim, continue a possuí-lo. A partir do momento em que tomou conhecimento do vício, sua posse deixa de ser de boa-fé, tornando-se posse de má-fé.

Todavia, não se considera de boa-fé a posse de quem, por erro inescusável, desconheça o defeito que vicia sua posse. A pessoa que adquirir a posse de um débil mental, não poderá alegar desconhecimento da incapacidade deste, para classificar sua posse como de boa-fé.

A importância da distinção entre posse de boa-fé e de má-fé é enorme. Ao possuidor de boa-fé, por exemplo, garantem-se os frutos percebidos, como veremos infra.

4.4 Posse com justo título

Justo título é a causa hábil para constituir a posse, como o contrato de locação, de comodato, de depósito, de compra e venda, de doação etc.

É também justo título a causa que seria hábil para constituir a posse, não contivesse defeito que a tornasse inábil. Este é o caso do contrato de locação celebrado por locador absolutamente incapaz. ora, a incapacidade absoluta é defeito grave, podendo o contrato ser anulado a qualquer tempo e até mesmo de oficio pelo Juiz.

Não obstante, o locatário que apresente contrato assim viciado, terá posse com justo título, presumindo-se possuidor de boa-fé, até prova em contrário.

Existe justo título não escrito? Como visto, justo título é a causa hábil para a constituição da posse. Por exemplo, contrato de locação verbal é justo título de posse, uma vez que a Lei não exige forma especial para que se considere celebrado.

A resposta é, portanto, afirmativa.

Resta, por fim, não confundir justo título de posse, com justo título de propriedade, exigido no usucapião ordinário. o justo título de propriedade será, a priori, sempre justo título de posse. Assim é a escritura de compra e venda.

Mas a recíproca não é verdadeira: o justo título de posse nem sempre será justo título de propriedade, como ocorre com o contrato de locação.

4.5 Posse ad interdicta

É a posse protegida pelos interditos possessórios. A seu respeito dissertaremos mais detidamente, em momento e lugar apropriados.

4.6 Posse ad usucapionem

A posse será ad usucapionem, quando o possuidor puder adquirir a propriedade do bem possuído por usucapião. Já falamos sobre ela, inclusive que a ela se aplica a teoria subjetivista de Savigny. Dessarte, para que a posse se repute úd usucapionem, serão essenciais a relação externa entre possuidor e coisa, ainda que indireta" (corpus) e a vontade de ser dono, de se assenhorar da coisa (animus).

Esta vontade deve estar presente desde o primeiro momento da posse. o locatário, por exemplo, ainda que venha a ter vontade de se assenhorar da coisa, jamais poderá requerer o usucapião, pois que, num primeiro momento, possui em nome do locador, sem o animus domini. Assim, para que enseje usucapião, a posse deverá se caracterizar pelo animus domini, desde o início; o possuidor deverá possuir em seu nome, desde o primeiro instante.

Além do corpus e do animus, a posse deverá ser pacífica e ininterrupta.

5 AQUISIÇÃO (OU CONSTITUIÇÃO) DA POSSE

O Código Civil, referindo-se a posse enquanto conjunto de direitos oriundos da situação de posse, arrola no art. 493 os modos por que se adquire a posse.

Segundo ele, adquire-se a posse pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito; pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito; e ainda por todos os modos de aquisição em geral.

Entretanto, a situação fática de posse é muito mais importante do que os direitos propriamente ditos, uma vez que uns derivam da outra. Assim, não sendo a posse apenas direito, mas principalmente situação, estado de fato, não pode ser adquirida. Estados ou situações fáticos não se adquirem, constituem-se, formam-se. Mas quais os modos por que se constitui o estado de posse?

Genericamente, poderíamos dizer que a posse estará constituída, sempre que se vislumbrar situação fática, composta de corpus e animus, a qual gera a relação entre possuidor e não-possuidores. Esta deveria ter sido a solução adotada pelo Código Civil, ficando a doutrina e a jurisprudência com o encargo de subsumir o fato concreto à norma geral e abstrata.

Bem, mas a pergunta ainda está no ar. Quando se constitui o estado de posse?

Seguindo as pegadas de Caio Mário, com as devidas adaptações, começaremos por classificar os modos de constituição de posse em originários e derivados.

Originária será a constituição, quando oriunda de assenhoramento autônomo da coisa, sem interferência de ato de vontade de outro possuidor antecedente.

Admite-se que a posse, para efeitos de usucapião ordinário e extraordinário, possa ser indireta.

Dessarte, se ocupo certo terreno, nele construindo e, depois, o alugo, passado o prazo de 20 anos, poderei requerer o usucapião, com base na posse de locador, que é indireta. A questão, entretanto, não é absolutamente pacífica.

Em outras palavras, a posse se constitui de modo originário, quando não for transmitida de um possuidor a outro. Esse é o caso da apreensão da coisa.

Ocorre apreensão, quando o bem se integra à esfera volitiva do possuidor, que passa a agir com aparência e vontade de dono.

Se apanho concha na praia, torno-me seu possuidor e proprietário. se furto um objeto, serei seu possuidor, mas não seu proprietário. Tanto a ocupação, quanto o furto são formas de apreensão.

Mas a apreensão não pressupõe sempre ato físico. A caça que cai na armadilha, passa a integrar a esfera fático-volitiva do caçador, que a possuirá desde a captura. o dono da vaca possuirá o bezerro desde seu nascimento, mesmo que ocorra no pasto, a quilômetros de distância. Em nenhum destes dois casos, houve contato físico entre possuidor e coisa, embora tenha havido apreensão.

A posse se constitui de forma originária também pelo exercício do direito, quando este for seu objeto. vimos que não só as coisas podem ser objeto de posse.

Também alguns direitos reais podem sê-lo, desde que se exerçam por atos externos, que se possam comparar ao exercício do domínio. Exemplo seria o direito de servidão, desde que aparente e contínuo. servidão é o direito real que se constitui sobre imóvel alheio como, v.g., a servidão de passagem de fios elétricos. Constitui-se a posse de uma coisa pela apreensão. Mas como se constitui a posse de um direito? A resposta é anulantemente óbvia: por seu exercício. Dessarte, serei possuidor da servidão descrita acima, no momento em que conduzir os fios pelo terreno vizinho, usufruindo da eletricidade decorrente.

O Código Civil faz menção ainda ao fato de se dispor da coisa, ou do direito, como modo de aquisição da posse.

Na verdade, o dispositivo legal deve ser interpretado com cautela. o que o Código quer dizer é que o fato de se dispor da coisa, ou do direito, caracteriza a situação como possessória. ora, segundo o próprio Código, possuidor é aquele que tem o exercício de um ou mais dos poderes inerentes ao domínio. os poderes inerentes ao domínio são o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação. Posto isso, é fácil concluir que a disposição da coisa, ou do direito caracteriza a situação como possessória. Se me desfaço de um bem, se o vendo, por exemplo, é lógico que o faço porque o possuo. Se deixo de exercer um direito, como a servidão de passagem, por exemplo, é lógico que o faço porque a possuo.

Sendo assim, a disposição de uma coisa, ou de um direito não é modo de constituir o estado de posse, mas tão somente de caracterizá-lo.

O Código Civil se refere ainda aos modos de aquisição em geral, como meios de se adquirir a posse. Admitida a posse, num segundo momento, quanto a seus efeitos, como direito subjetivo, poderá ela ser adquirida por todos os meios de aquisição dos direitos em geral. A aquisição poderia ser inter vivos, como nos contratos; poderá ser mentis causa, como na sucessão hereditária; e poderá ser em virtude de sentença judicial, como na arrematação e na adjudicação.(47) Não obstante, os modos de aquisição dos direitos em geral nem sempre serão modos de aquisição de posse.

Vejamos, como exemplo, contrato de compra e venda.

Pelo contrato em si, o comprador adquire apenas um direito de crédito, qual seja, receber a coisa comprada. A posse mesma só se constitui no momento em que a coisa é entregue ao comprador. Em outras palavras, a posse se constitui pela

tradição da coisa.

Em outros casos, porém, certos modos de aquisição dos direitos, são também modos de constituição do estado de posse. A sucessão hereditária é um desses casos.

Morrendo uma pessoa, seu patrimônio se transfere imediatamente aos herdeiros, que ainda sem o saber, tornam-se donos e possuidores de todos os bens do defunto. Pela sucessão hereditária, os herdeiros adquirem o direito de propriedade sobre os bens, ficando, assim, constituída a situação de posse.

Tanto a tradição, quanto a sucessão hereditária são modos derivados de constituição de posse.

Vimos que a constituição da posse será originária, quando ocorrer de forma primígena, ou seja, quando não houver transmissão do estado possessório de uma pessoa a outra. os modos originários de constituição são a apreensão da coisa e o exercício do direito.

Por outro lado, a constituição da posse será derivada, quando operar-se pela transmissão do estado possessório de uma pessoa a outra. Haverá sempre antigo e novo possuidor. A constituição será derivada, quando houver posse anterior transmitida ao novo possuidor. É o que ocorre na tradição, no constituto possessório e na sucessão hereditária.

Tradição é a entrega da coisa de uma pessoa a outra. Pode ser real ou simbólica, e ainda fictícia.

Será real, quando a coisa, de fato, passar de mão a mão. será simbólica, quando representada por um ato, como a entrega das chaves. Será fictícia se ocorrer apenas abstratamente, como no caso de o adquirente já ser locatário do bem.

O Direito Romano falava em traditio longa manu e traditio brevi manu.

Arrematação judicial é a compra que se faz em virtude de venda judicial de um bem (leilão para móveis e praça para imóveis), venda esta que se atribui ao ofertante do maior lance.

Adjudicação, nos dizeres de De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989), é, em sentido geral, o ato judicial, mediante o qual se

estabelece e se declara que a propriedade de uma coisa se transfere de seu primitivo dono para outra pessoa que, então, assume sobre ela todos os direitos de domínio e posse, que são inerentes a toda e qualquer alienação. O sentido moderno guarda, assim, semelhança com o sentido do termo em Direito Romano, no qual adjudicação era meio judicial de aquisição da propriedade, ao lado dos meios não judiciais, a in jure cessio, a mancipatio e a traditio.

Dava-se tradição longa manu, quando a coisa era posta à disposição do adquirente, por ser impossível a entrega manual. Assim, a entrega de porção de terras operava-se ao se conduzir o adquirente ao ponto mais alto do imóvel, de lá sendo-lhe mostrado todo o terreno.

A tradição breve manu ocorria, quando o adquirente já fosse possuidor do bem.

Suponhamos que o locatário de um bem o comprasse. ora, a propriedade só se adquiriria pela tradição. Mas como realizá-la, se o bem já se achava na posse do comprador? o lógico seria que, antes de efetuar a compra, o locatário-comprador restituísse a coisa para, depois de concretizado o contrato de compra e venda, recebê-la de volta. Para evitar todo esse trabalho, criou o Direito Romano a tradição brevi manu (por mão curta), que dispensava a tradição real, para a aquisição da propriedade. Trata-se de tradição fictícia, como que um "faz-de-conta": "faça-se de conta que o locatário restituiu a coisa, para depois da compra, recebê-la de volta".

Pode ocorrer também de, pela tradição, transmitir-se apenas a posse, como no caso do contrato de locação.

De qualquer forma, entregue que seja a coisa, constitui-se estado de posse para o novo titular.

O segundo modo de constituição derivada da posse é o constituto possessório.

Constituto possessório é o ato pelo qual aquele que possuía em seu nome, passa a possuir em nome de outrem.

Suponhamos, por exemplo, que uma pessoa venda seu carro, continuando em sua posse direta como locatário. Como sabemos, a propriedade dos bens móveis só se adquire pela tradição.

Conseqüentemente, seria necessário que o vendedor entregasse o carro ao

comprador, para só depois recebê-lo de volta como locatário.

Para evitar duas tradições inúteis do automóvel, inclui-se no contrato de compra e venda uma cláusula, conferindo ao vendedor o direito de continuar na posse do carro, na condição de locatário. A esta cláusula se dá o nome de cláusula constituto (cláusula do constituto, ou da posse constituídú). Por ela opera-se o constituo possessório, evitando-se as duas tradições. O vendedor já fica na posse, não como dono, mas como locatário.

Não obstante o exemplo dado se referir especificamente à compra e venda, a cláusula constituti pode estar presente em qualquer contrato de alienação, como a troca e a doação, tendo como objeto bens móveis ou imóveis.

Por fim, a cláusula constituto vale qualquer que seja sua forma, desde que expressamente pactuada, ou desde que resulte de estipulação que a pressuponha, como a locação do exemplo anterior, o usufruto, o comodato etc.

O terceiro modo derivado de constituição da posse é a sucessão.

Haverá sucessão, quando uma pessoa substituir a outra em relação ou situação jurídica. Antes de mais nada, é mister identificar as várias espécies de sucessão.

Quanto à causa, a sucessão será inter vivos ou causa mentis.

Sucessão inter vivos é a que se opera durante a vida do sucessor e do sucedido.

Se adquiro um bem, estarei sucedendo o alienante em seu direito de propriedade.

Se um invasor desocupa um imóvel, sendo substituído por outro, este estará sucedendo aquele na posse.

Já a sucessão causa mentis é aquela que se realiza entre o morto e seus herdeiros e legatários.

Quanto ao objeto, a sucessão será a título singular ou a título universal.

A sucessão a título singular ocorre, quando o sucessor substitui seu antecessor na titularidade de um ou mais bens ou direitos determinados, especificados.

Será a título universal a sucessão, quando o sucessor substituir seu antecessor na

titularidade de conjunto de bens e direitos indeterminados.

Podemos exemplificar de forma bem simples. Quando uma pessoa morre, seus herdeiros o sucedem na totalidade de seu patrimônio. Num primeiro momento, nem se sabe de que bens, direitos e obrigações se constitui o acervo hereditário.

A herança deverá ser inventariada judicialmente para que se determine seu conteúdo. Como é óbvio, os herdeiros sucedem o defunto a título universal, isto é, recebem todo o patrimônio do de cuius, composto de bens, direitos e obrigações.

Por outro lado, se imaginarmos que, em testamento, uma pessoa deixe para a outra um ou mais bens especificados, teremos sucessão a título singular. o sucessor, ou seja, a pessoa para quem os bens são deixados, denomina-se legatário.

A sucessão é a título singular, visto que o legatário recebe, não patrimônio indeterminado, mas um ou mais bens específicos. Para melhor aclarar o assunto, suponhamos o seguinte testamento:

"Deixo meus bens para meus filhos, à exceção do telefone número 'x' e das ações do Banco do Brasil, que lego a meu sobrinho José".

Podemos facilmente identificar os herdeiros e o legatário. Os filhos são os herdeiros, sucedendo a título universal. A segunda oração do período em destaque é o legado, sendo José o legatário, que sucede a título singular.

No entanto, não só a sucessão causa mortis poderá ser a título universal ou singular. o mesmo acontece na sucessão inter vivos.

Se dôo todo meu patrimônio a uma pessoa, reservando para mim o usufruto de alguns bens para meu sustento, terá havido sucessão inter vivos, a título universal.

Todavia, se comprar carro, a sucessão será inter vivos, mas a título singular.

Cuidemos primeiro da sucessão causa mentis. Pode ser tanto a título universal, como a sucessão dos herdeiros, quanto a título singular, como a sucessão dos legatários. Tanto num, quanto noutro caso, haverá sucessão na posse (successio possessionis).

Por outros termos, a posse se transmite do defunto aos sucessores (herdeiros e legatários), com todos os seus defeitos e vantagens. Se a posse do morto era precária e de má-fé, precária e de má-fé será a posse dos sucessores. Se a posse do de cuius era ad usucapionem, os herdeiros e legatários também terão posse ad usucapionem. Ocorre sucessão na posse, vale dizer, os sucessores continuam a mesma posse de seu antecessor.

É de se acrescentar que a transmissão da posse do morto a seus sucessores opera-se tão logo ocorra a morte. No exato momento da morte, os herdeiros e legatários, ainda que não o saibam, tornam-se automaticamente proprietários e possuidores do patrimônio do defunto, aqueles a título universal, estes a título singular.

Examinemos, agora, a sucessão inter vivos. A primeira afirmação sobre ela pode assustar, mas só de início: a sucessão inter vivos não é modo de constituição da posse.

Por maior que seja o assombro, tudo se esclarecerá com as devidas explicações.

Na verdade, quando ocorre sucessão inter vivos, a posse se constitui para o sucessor, ou pela apreensão, ou pela tradição, ou pelo constituto possessório.

Quando o invasor de um terreno o desocupa, sendo sucedido por outro, a posse se constitui para o segundo pela apreensão da coisa, no caso, o terreno. Não houve, aqui, transmissão do estado de posse do antigo ao novo possuidor.

Se compro um bem, torno-me seu possuidor, não pela sucessão em si, mas pela tradição. A posse se transferiu do vendedor a mim pela tradição da coisa.

Se vendo minha casa, continuando a possuí-la como locatário, terei adquirido a posse, não pela sucessão, mas pelo constituto possessório.

De qualquer forma, interessa-nos os casos de sucessão inter vivos a título universal e singular, a fim de estudarmos seus efeitos específicos.

Se a sucessão inter vivos for a título universal, haverá verdadeira sucessão na posse (successio possessionis). vale dizer que, embora não tenha sido a sucessão a causa da constituição da posse, o sucessor continuará a posse de seu predecessor com todas as vantagens e desvantagens.

Exemplifiquemos: "A" doou a "B" todo seu patrimônio, ficando "B" com a obrigação de pagar-lhe renda mensal. Supondo que a posse de "A" sobre certo bem fosse injusta, injusta também seria a posse de "B".

Ao revés, se a sucessão inter vivos for a título singular, não haverá successio possessionis. Poderá haver, no máximo, accessio possessionis, ou seja, acessão da posse.

Vale dizer que o sucessor tem a opção de começar posse nova, podendo ou não adicionar à sua, a posse de seu antecessor.

Analisemos exemplo prático.

Se locatário de imóvel vendê-lo a terceiro, teremos a seguinte situação: Apesar de a venda conter defeito grave, por ser o vendedor agente incapaz (o locatário não pode vender o que não é seu), deu-se sucessão a título singular.

Dessarte, passado o tempo necessário, o comprador poderá requerer o usucapião do imóvel. Isto porque não houve sucessão na posse. o comprador começou posse nova, escoimada do elemento que impedia o usucapião. A posse do comprador não era em nome de outrem, como a do locatário, seu antecessor.

Se tivesse havido sucessão na posse, o comprador jamais poderia requerer o usucapião, por estar apenas continuando a posse do locatário, qqe não era ad usucapionem. Teria havido sucessão na posse, se o locatário morresse, sendo substituído por herdeiro.

Concluindo, sempre que a sucessão for causa mortis, haverá sucessão na posse, por força do art. 495 do Código Civil.

"A posse se transmite com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidori Estudemos outro exemplo de sucessão inter vivos. Um invasor residiu em certo imóvel por IS anos ininterruptos, sem qualquer oposição do dono.

Decorrido este tempo transferiu sua posse a amigo, que passou a residir no imóvel. o amigo, sucessor do invasor, começa posse nova. Não há sucessão na posse, por não se tratar de sucessão mortis causa. De qualquer jeito, transcorridos cinco anos, o novo possuidor poderá unir sua posse à de seu antecessor, requerendo o usucapião extraordinário, como lhe faculta o art. 496

do Código Civil. A hipótese é de acessão da posse.

Se o invasor do exemplo acima tivesse morrido, sendo substituído por um herdeiro, este poderia requerer o usucapião, após cinco anos, alegando para isso a sucessão na posse.

Simplificando, na acessão da posse, o sucessor pode ou não somar sua posse, que é nova, com a de seu antecessor. Efetuará ou não a soma, de acordo com sua conveniência. Na sucessão na posse, a posse do antecessor continua nas mãos do sucessor: a posse é uma só.

6 EFEITOS DA POSSE

Estudar os efeitos da posse é estudar os direitos que surgem a partir do estado de posse.

Savigny resumia-os a dois: interditos e usucapião.(48)

Tapia apontava setenta e dois efeitos. sintenis negava qualquer efeito à posse. (49)

Para melhor analisar o tema, devemos iniciar pelo exame do estado de posse e da relação possessória a ele inerente.

Como vimos anteriormente, a posse é a visibilidade do domínio. É possuidor aquele que procede como dono, ainda que não deseje sê-lo. Posto isso, o primeiro efeito da posse é a presunção de propriedade. Em outras palavras, o possuidor se presume dono, até prova em contrário. Isso é fundamental, por exemplo, na ação reivindicatória, em que se discute a propriedade de um bem.

(48 VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession. Qp. cit., p. 9/15.)
(49 Apud, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 45.)
Todo o ônus da prova (onus probandi) incumbe ao não possuidor reivindicante. A ele cabe provar que o possuidor não é proprietário.

A título de recordação, vejamos aqueles exemplos que vimos no início do estudo da posse.

Um policial vê um indivíduo andando na rua com uma pasta. Em seguida, vê outro indivíduo se aproximar e arrebatar a pasta do primeiro, para correr logo depois.

Que fará este policial? A resposta é óbvia. Perseguirá o segundo, tomando-lhe a pasta, para entregá-la ao primeiro. Por que agirá dessa forma? Por estar convicto de que o primeiro indivíduo é o dono da pasta. Mas de onde tirou essa convicção? Do fato de estar ele carregando a pasta; usando-a.

Como o dono usa, aquela pessoa deve ser a dona. ocorre que o policial, agiu pelas aparências. Na realidade, só de ver alguém carregando uma pasta, ele não

poderia afirmar ser aquele indivíduo o dono. o máximo que poderia dizer é que aquela pessoa parecia dona, por estar usando. E foi com base nesta aparência que o policial agiu de pronto. Mas poderia ter-se equivocado. O segundo poderia bem ser o dono da pasta, recuperando-a de um ladrão. Acontece que o policial, a julgar pelas aparências, não poderia adivinhar. Protegeu, assim, uma aparência: a posse.

Inerente ao estado de posse, temos a relação possessória básica, entre possuidor e não possuidores. Estes têm obrigação real negativa de não esbulhar, perturbar ou ameaçar o possuidor. Este, a seu turno, tem direito real, o direito real de posse,(50) correspondente à proteção possessória, seja por suas forças, seja por intermédio das ações possessórias, denominadas interditos possessórios. Dessa proteção cuidaremos mais adiante, com detalhes.

Ao estado possessório básico podem agregar-se elementos incidentais, conferindo ao possuidor outros direitos. vejamos cada um deles a seu turno.

a) Usucapião - se ao estado possessório básico, inerente à relação elementar entre possuidor e não possuidores, adicionarem-se elementos tais como animus domini, continuidade, boa-fé, justo título etc., a posse gerará direito a usucapião extraordinário, ordinário ou especial, conforme os elementos que incidam.

O usucapião é, portanto, efeito eventual, que nem toda posse gera.

b) Percepção dos frutos - A regra contida no art. SI 0 do Código Civil é que o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto durar a posse, aos frutos percebidos, vale dizer, aos frutos que extrair da coisa. Mas os frutos pendentes deverão ser restituídos, se antes de serem colhidos cessar a boa-fé.

(50 Como já dissemos, esse direito real de posse é o direito ou o conjunto de direitos gerados pela posse, enquanto estado de fato, formador da relação possessória básica.)

Se possuo imóvel, pensando ser meu, serei possuidor de boa-fé, tendo direito a todos os frutos que produza a terra. Mas, no momento em que tomo conhecimento de que se trata de imóvel alheio, e mesmo assim continuo a possuí-lo, tomar-me-ei possuidor de má-fé. Os frutos produzidos e ainda não extraídos a essa época deverão ser restituídos juntamente com o terreno a seu verdadeiro dono.

Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação, uma vez que cesse a boa-fé. Imaginando que, no exemplo anterior, eu houvesse realizado a colheita fora de época, estando os frutos a amadurecer, cessada a boa-fé, deverei restituí-los ao verdadeiro dono do imóvel, apesar de tê-los colhido quando era possuidor de boa-fé. Para facilitar a compreensão é só supormos que os frutos colhidos com antecipação eram bananas verdes.

O possuidor de má-fé, ao contrário, não tem direito a nada. Deverá restituir todos os frutos, assim os pendentes, como os colhidos e produzidos. Mas, se para que a coisa produzisse frutos, o possuidor de má-fé houver feito despesas, fará jus a ser indenizado por elas.

Além de não ter direito aos frutos, o possuidor de má-fé deverá indenizar o verdadeiro dono pelos frutos que se perderam por culpa sua.

Vemos que também a percepção de frutos é efeito eventual, que nem toda posse gera.

c) Perda ou deterioração da coisa - o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, se estas ocorrerem fortuitamente. Isso significa que só deverá indenizar o reivindicante, se a coisa se perder ou se deteriorar por culpa sua.

Ao contrário, o possuidor de má-fé é responsável pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais. se furto carro, vindo ele a ser atingido por fio de alta tensão que desaba acidentalmente, embora não tenha sido culpa minha, terei que indenizar o verdadeiro dono por todos os prejuízos. o único modo de me eximir da indenização, é provando que o fio teria atingido o carro, mesmo que eu não o tivesse furtado, isto é, mesmo que o carro estivesse na posse de seu dono.

d) Indenização e retenção por melhoramentos - Melhoramentos são benfeitorias e acessões imobiliárias. Daquelas cuidam os arts. 516 e seguintes; destas, os arts. 545 e seguintes do Código Civil.

A regra é bastante simples. o possuidor de boa-fé tem direito a ser indenizado por todas as benfeitorias necessárias e úteis. se tomo casa emprestada, restaurando-lhe o telhado que estava a desabar, ou instalando grades nas janelas, para evitar assaltos, terei que ser indenizado pelo comodante. Ademais, poderei reter a coisa até que seja ressarcido, ou seja, poderei recusar-me a restituir a casa, até ser reembolsado pelo comodante.

Tratando-se de benfeitorias voluptuárias, como a instalação de porta decorativa, não fará o possuidor jus a indenização, mas poderá levantá-las, desde que não prejudique a coisa. significa que poderá retirar a porta, contanto que restitua a original, não prejudicando o imóvel.

O possuidor de má-fé, por sua vez, só tem direito à indenização por benfeitorias necessárias. Se comprar carro roubado, sabendo que era roubado, serei possuidor de má-fé. Imaginando que mande retificar-lhe o motor, deverei ser reembolsado pelo verdadeiro dono, no momento em que lhe restituir o automóvel.

Afinal trata-se de melhoramento necessário. Mas se o dono reivindicante não me indenizar de pronto, não poderei reter o carro. Só tem direito de retenção por melhoramentos o possuidor de boa-fé.

Quanto às benfeitorias úteis e voluptuárias, a nada tem direito o possuidor de má-fé. Nem mesmo o de levantá-las.

À guisa de conclusão, deve acrescentar-se que o reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias tem direito de optar entre seu valor atual ou o valor que realmente custaram.

Se, ao invés de benfeitorias, cuidar-se de acessões imobiliárias (plantações e edificações), aplicam-se as normas dos arts. 545 e seguintes.

Repetindo o que já dissemos anteriormente, são acessões imobiliárias todas as edificações e plantas que se agregarem ao solo artificialmente. Passarão a pertencer ao proprietário do terreno, que é o bem principal.

Mas e se quem construir ou plantar não for o dono da terra? Como ficaria sua situação?

A resposta dependerá da boa-fé ou da má-fé de que estiver imbuído.

Se alguém plantar, semear ou construir em terreno alheio perderá em favor do proprietário as plantas, sementes e construções, mas fará jus a indenização, se houver obrado de boa-fé. Se de má-fé, a nada terá direito, podendo ser obrigado a desfazer o que houver feito, além de indenizar todo e qualquer prejuízo.

7 COMPOSSE

Assim como o direito de propriedade, também a posse é exclusiva, não se admitindo que outras pessoas exerçam os mesmos poderes e direitos sobre a mesma coisa: Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe es(ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.(51) Como bem ensina Laffayette, "se alguém tem o poder de dispor fisicamente de uma coisa, é evidente que em relação a essa mesma coisa outro não pode ter igual poder: - o poder de um aniquilaria o poder do outro".(52) (51 Digestum, Lib. I, Tit. II, 3, § 5. Tradução livre: Muitos não podem de fato possuir a mesma coisa ao mesmo tempo. Com efeito, é contra a natureza que se eu detenha algo, tu também o obtenhas.)

(52 LAFAYETTE, Rodrigues Pereira. Direito das coisas. Qp. cit., v. I, p. 21.) Outra não é a lição de Caio Mário, para quem "da própria noção de posse resulta que a situação jurídica de um aniquila a de outro pretendente e, em conseqüência, enquanto perdurar uma posse, outra não pode ter começo, pela mesma razão que a posse nova implica a destruição da posse anterior".(53) Mas, como vimos, admite o Direito possa exercer-se sobre a mesma coisa um único direito de propriedade por vários condôminos. Como quem tem a propriedade, tem a posse, os condôminos serão compossuidores.

No entanto, não só no condomínio haverá composse. Se duas pessoas alugam um carro ao mesmo tempo, serão colocatários compossuidores. se os proprietários de terrenos vizinhos, exercerem simultaneamente direito de passagem sobre um terceiro imóvel, serão compossuidores da servidão.

A regra contida no art. 488 é bem simples:

"se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros possuidoresi."

A composse é por natureza temporária, a não ser que o estado de indivisão seja permanente, como no condomínio por unidades independentes. Sendo temporária, como regra, cessa pela divisão amigável ou judicial da coisa comum, ou pela posse exclusiva de um dos compossuidores, sem oposição dos demais.

8 PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

8.1 Observações preliminares

Como analisamos anteriormente, seja ao direito, seja ao estado de posse, acha-se essencialmente imiscuída relação jurídica possessória, que denominamos relação possessória básica. Um indivíduo só se considera possuidor de uma coisa ou de um direito, porque os outros indivíduos, todos os demais membros da sociedade, não o são. Alguém sozinho no mundo não seria possuidor de nada. só se pode falar, portanto, em direito ou estado de posse diante dessa relação elementar.

Dessa mesma relação possessória básica, surge para o grupo indistinto de não possuidores obrigação real, qual seja, respeitar os direitos do possuidor sobre o bem possuído. É obrigação de natureza negativa, traduzindo um não fazer, uma abstenção, ou seja, não atentar contra os direitos do possuidor de gozar tranquila e pacificamente sua posse.

(53 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 28.) Correlato a esta obrigação real, nasce para o possuidor direito real, oponível contra todos os não possuidores: é o direito de não sofrer atentados em sua posse e, conseqüentemente, o direito de se proteger contra eventuais investidas dos não possuidores. É o mais importante dos direitos de posse.

8.2 Fundamento da proteção possessória

Por que a ninguém é dado perturbar a posse alheia? Por outro lado, por que tem o possuidor o direito de proteger sua posse? Em outros termos, qual o fundamento da proteção possessória?

Várias teorias há que buscam encontrar explicação racional para o problema. Não caberia, entretanto, neste trabalho analisá-las. Indicaremos tão somente as fontes de estudo,(54) concentrando-nos na tese de Von Ihering, adotada pelo Código Civil.

Seguindo a trilha de Von Ihering, o fundamento da proteção possessória é o próprio direito de propriedade. Ora, o elemento mais importante para a caracterização da posse é o elemento material, denominado corpus. É o fato de o possuidor agir como dono, ainda que sem querer sê-lo. Mas de que maneira se age como dono? Logicamente exercendo um ou alguns dos poderes inerentes ao domínio, quais sejam, usar, fruir, dispor e reivindicar. Daí, com muito acerto,

afirmar Von Ihering ser a posse a visibilidade do direito de propriedade.

E é por isso que todo possuidor se presume dono, até prova em contrário.

Com base nisso, o que se protege não é a posse pura e simplesmente, mas o direito de propriedade que pode estar atrás dela.

O que resulta daí é que, mesmo a posse do ladrão será protegida contra terceiros que a molestem. Afinal, até prova em contrário, possuidor é dono. Evidentemente, a posse do ladrão não será protegida, se quem a perturbar for a própria vítima do roubo.(54)

Mais uma vez, aqui também podemos citar o exemplo do policial, já mencionado anteriormente.

Um policial vê um indivíduo andando na rua com uma pasta. Em seguida, vê outro indivíduo se aproximar e arrebatar a pasta do primeiro, para correr logo depois.

Que fará este policial? A resposta é óbvia. Perseguirá o segundo, tomando-lhe a pasta, para entregá-la ao primeiro. Por que agirá dessa forma? Por estar convicto de que o primeiro indivíduo é o dono da pasta.

(55 VIANA, Marco Aurélio S. Direito civil. Qp. cit., v. 3, p. 41-56 - 76/77.

ANDRADE, Adriano de Azevedo. Q fundamento da proteçãc possessória. FIGUEIRA JÚNIOR, J.D. Posse e ações possessórias.

Curitiba: Juruá, 1994, p. 261-272. VON SAVIGNY, Friedrich Karl. Traité de la possession. Qp. cit.

(56 VON IHERING, Rudolf. La posesión. Qp. cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva.

Instituições. Qp. cit., v.

IV, p. 29-32. SERPA LOPES, M.M. Curso. Qp. cit., v. VI. MIRANDA, Pontes de.

Tratado de direito privado. Qp. cit., v. X, p. 285/286.) VON IHERING, Rudolf.

La posesión. Qp. cit., passim.

Mas de onde tirou essa convicção? Do fato de estar ele carregando a pasta; usando-a. Como o dono usa, aquela pessoa deve ser a dona. ocorre que o policial, agiu pelas aparências. Na realidade, só de ver alguém carregando uma pasta, ele não poderia afirmar ser aquele indivíduo o dono. O máximo que poderia dizer é que aquela pessoa parecia dona, por estar usando. E foi com base nesta aparência que o policial agiu de pronto. Mas poderia ter-se equivocado. o segundo poderia bem ser o dono da pasta, recuperando-a de um ladrão. Acontece que o policial, a julgar pelas aparências, não poderia adivinhar. Protegeu-se, no caso, a aparência de domínio, a posse.

Esse exemplo deixa claro que o que se está protegendo, em última instância, ao se proteger a posse, enquanto aparência de domínio, é o próprio domínio, ainda que aparente.

8.3 Atentados contra a posse

Como se pode atentar contra a posse?

Há três modos de se violar a posse: a turbação, o esbulho e a ameaça de turbação ou esbulho.

Turbação é perturbação. Aliás, é o contrário: perturbar significa turbar completamente (per + turbar). Turbar quer dizer, assim, incomodar, causar descômodo. Exemplo típico de trubação é o do fazendeiro que põe seu gado a pastar nas terras do vizinho.

Esbulho é privação. É subtração. o possuidor esbulhado se vê privado do bem possuído. Este lhe é subtraído. É o caso do fazendeiro que arreda a cerca, invadindo o imóvel do vizinho, subtraindo parte de seu terreno. É também o caso do posseiro, do ladrão etc.

O atentado pode, no entanto, não se consumar, ficando na mera ameaça. o Direito protege o possuidor também contra essa ameaça. Pode se dar a hipótese de o fazendeiro apenas cortar o arame da cerca, a fim de possibilitar a passagem do gado para as terras do vizinho. As reses ainda não atravessaram, mas existe a ameaça de que venham a fazê-lo: ameaça de turbação. o fazendeiro pode outrossim fincar mourões de cerca no imóvel vizinho, com o fito de arredar o tapume.

Este ainda não foi transferido de lugar, mas existe a ameaça de que venha a sê-

lo: ameaça de esbulho.

8.4 Objeto dos atentados

Não só a posse de bens imóveis pode ser violada, como pode parecer, a princípio.

Pode atentar-se também contra a posse de bens móveis e de direitos.~6

(56 PEITEIILA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. át., v. IV, p. 50.)
Imaginemos direito de servidão, cujo objeto seja a passagem de fios elétricos. O

titular do imóvel por sobre o qual passam os fios pode atentar contra o possuidor da servidão, por exemplo, cortando os fios.

8.5 Instrumentos de proteção possessória

Contra o esbulho, a turbação e contra a ameaça de turbação ou esbulho, o Direito oferece ao possuidor instrumentos de proteção. Em primeiro lugar vem a autodefesa da posse, exercida pelo próprio possuidor, extrajudicialmente. Em segundo lugar vêm as ações possessórias, propostas pelo possuidor, judicialmente.

Examinemos, então, cada um desses instrumentos mais detidamente.

a) Autodefesa da posse - Ao possuidor é dado defender-se por suas próprias forças contra todo atentado a sua posse.

O meio para se defender contra turbações é a legítima defesa. Contra o esbulho, o desforço imediato ou incontinenti.

Tanto na legítima defesa, quanto no desforço incontinenti, ao possuidor se permite empregar força moderada e proporcional à agressão sofrida. Assim, não se pode rechaçar a balas agressor desarmado, a não ser que as circunstâncias o permitam; por exemplo, se forem muitos os agressores, ou se for exageradamente mais forte que o possuidor. De qualquer forma, incumbe ao Juiz analisar, em última instância, se os meios empregados foram de fato adequados, no que levará em conta as circunstâncias de cada caso.

Tratando-se de esbulho, o possuidor já estará privado da posse, encontrando-se o bem nas mãos do esbulhador. O possuidor poderá tentar recuperá-la, despendendo a força necessária e proporcional à resistência oposta, mas deverá agir logo. Em outras palavras, o desforço deverá ser in continenti, isto é imediato.

A questão se torna controversa, quando se busca adequar a noção do que se reputaria imediato aos lindes do racional. será que força imediata seria aquela que necessariamente se segue logo após a agressão? ou será que se poderia admitir lapso de tempo razoável entre o esbulho e o desforço do possuidor para o suprimir?

A melhor doutrina tem ensinado que, uma vez que acertadamente nada diz a Lei, deve-se deixar a questão para exame do Juiz. É ele quem decidirá se o desforço foi ou não imediato, dadas as contingências década situação concreta.(57) De todo jeito, quanto aos ausentes, o Código Civil, art. 522, toma posição definida. o termo ausente é tomado no sentido vulgar, significando pessoa que não estava presente ao ato de esbulho, vindo a conhecê-lo posteriormente, quando já consolidado.

(57 VIANA, Marco Aurélio S. Direito civil. Qp. cit., v. 3, p. 84.) Segundo a regra do art. 522, o ausente só perde a posse da coisa ocupada, uma vez que, vindo a saber do esbulho, não faça nada, ou seja violentamente repelido pelo esbulhador.

Fica, pois, claramente entendido que, estando a pessoa ausente, poderá por suas próprias mãos retomar a coisa ocupada, no momento em que tome conhecimento do esbulho, ainda que este já tenha ocorrido há mais tempo.(58) Por fim, ainda uma última questão: será que só o possuidor direto pode defender sua posse, ou terceiros podem acorrer em seu auxílio, ou mesmo agir em sua ausência?

Na opinião de Hedemann,(59) somente ao possuidor é dado agir. Ao possuidor indireto se proíbe, visto que não tem o uso da coisa.

Essa não é, contudo, tese que deva prevalecer. O possuidor direto pode agir sozinho ou com auxílio de terceiros. o mero detentor pode agir em nome do possuidor, seja sozinho ou com auxílio de terceiros.(60) O possuidor indireto também poderá agir sozinho ou com ajuda de terceiros.(61) Qualquer pessoa de bem deverá defender a posse de outrem, se saída alternativa não se apresentar.

Se vejo ladrão invadindo a residência do vizinho que está em viagem, devo, é lógico, chamar a polícia. Mas esta poderá chegar tarde demais, e, até que chegue, posso tomar as medidas que julgar necessárias para impedir, por minhas forças, a ação do malfeitor. Nas sendas de Duguit, trata-se de gestão de negócios, fundada na solidariedade social. Se só ao possuidor fosse dado defender sua posse, se víssemos um velhinha sendo assaltada na rua, nada poderíamos fazer em seu socorro. Na verdade, quando o legislador empregou a expressão "por sua própria força", no art. 502, não quis dizer com isso que terceiro não pudesse agir em nome do possuidor.

Não se pode restringir o que a Lei mesma não restringiu.

b) Ações possessórias

Histórico - As ações possessórias, também chamadas interditos possessórios ou ações interditais,6~ encontram suas raízes no Direito Romano. Interdito (do latim interdictum - interim dicuntur, ou o que é dito no meio tempo)(63) era a ordem do magistrado romano para pôr fim a divergências entre dois cidadãos. Esta ordem era requerida por uma das partes, a fim de proibir ou impedir certos atos praticados pela outra.(64)

(58 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 49/50.) (59 HEDEMANN, J.W. Derecbos reales. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, v.

II, p. 67.)

(60 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 49.) (61 SEÍLPA LOPES, M.M. Curso. Qp. cit., v. VI, p. 148.)

(62 FIGUEIRA JÚNIOR. J.D. Posse e ações possessórias. Qp. cit., p. 272.) (63 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3. p. 43.) (64 NÓBREGA, Vandick L. da. Compêndio. Qp. cit., v. I., p. 428.) Os interditos não solucionavam as divergências entre as partes de forma definitiva. Para tal, era necessária propositura posterior de ação. Por isso, como bem acentua Camelutti, os interditos eram verdadeiras medidas cautelares.(65)

Tratando-se de posse, o Direito pré-justinianeu admitiu duas categorias principais de interditos: os interditos retinendae possessionis e os interditos recuperandae possessionis.

Os interditos retinendae possessionis visavam à conservação da posse turbada.

Nesta categoria havia duas espécies: o interdictum utrubi e o interdictum uti possidetis.

Este para bens imóveis, aquele para móveis.(66)

Os interditos recuperandae possessionis serviam para se recuperar a posse esbulhada. Havia três espécies: o interdictum unde vi, concedido ao possuidor de imóvel, privado de sua posse por ato de violência; o interdictum de precaris, concedido para a recuperação de um bem entregue a outrem a título precário; e o interdictum de clotndestina possessionis, para se recuperar bem subtraído clandestinamente.(67)

O Direito justinianeu, do século III d.C., inovou, transformando os interditos em verdadeiras ações possessórias de manutenção e restituição de posse.

Assim continua até hoje no Direito Brasileiro, que admite três ações para a proteção judicial da posse. A ação de manutenção de posse, a ação de reintegração de posse e o interdito proibitório, também chamado de ação de força iminente.

Objeto das ações possessórias - o objeto das ações possessórias é a posse esbulhada, turbada ou ameaçada. É, enfim, o ius possessionis ou direito de posse. o juízo em que se discute a posse denomina-se juízo possessório. Nele não se argüi o direito de propriedade. Este será questionado no juízo petitório, por meio de outra ação, a reivindicatória. Debate-se no juízo petitório o ius possidendi, ou direito do proprietário à posse.

Se sou turbado em minha posse, ainda que seja o dono do bem, proporei ação possessória, visto que meu objetivo não é discutir meu direito de proprietário.

Não é ele que está sendo ameaçado. Assim também o locatário esbulhado em sua posse, mesmo que o esbulhador seja o próprio dono da coisa, deverá ingressar no juízo possessório, pois está defendendo seus direitos de legítimo possuidor. É

lógico que não poderá acionar o juízo petitório.

Primeiro por não ser dono da coisa; segundo por não estar em tela o direito de propriedade, mas sim a posse.

Até o advento da Lei n. 6.820/80 discutia-se, com certa razão, se poderia ser arguído o direito de propriedade no intercurso de ação possessório. Supondo que uma pessoa arredasse sua cerca para dentro das terras do vizinho, este poderia propor ação de reintegração de posse.

(65 CARNELUTTI, Francesco. Estudios de derecbo procesal. Qp. cit., p. 142, (66 NóBREGA, Vandick L. da. Compéndio, Qp, cit,, v. II., p, 49.) (67 Idem, p. 49/50.)

A pergunta era se o esbulhador poderia se defender, alegando ser dono da porção de terra invadida. Uns entendiam que não, outros entendiam que sim. Tudo isso em face da má redação dos arts. 505 do Código Civil e 923 do Código de Processo Civil. Ainda que entendamos que não havia dúvida na redação dos ditos artigos, o debate perdeu o sentido na atualidade. Senão vejamos.

Entrando em vigor o Código de Processo Civil, em 1974, ficou tacitamente revogado o art. 505 do Código Civil, em face do art. 923 do Código de Processo.

Outra interpretação não é possível diante do art. 2°, § 1° da Lei de Introdução ao Código Civil:

"A lei posterior revoga a anterior [...] quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior C ora, o objetivo implícito do art. 923 do Código de Processo foi, sem dúvida, o de restruturar as disposições do art. 505 do Código Civil, ficando este, desde então, revogado.

Em 1980, promulgou-se a Lei n. 6.820, que aboliu a segunda parte do art. 923 do Código de Processo. Sua nova redação ficou sendo: "Na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento de domínio".

A jurisprudência tem vacilado a respeito deste artigo, por vezes entendendo ser sua redação absurda, por ser injusta com o proprietário que acabaria perdendo a demanda para o mero possuidor. Ademais, o que fica proibido é o ingresso no juízo petitório durante o curso de ação possessória. Nada impede, entretanto, seja argüído o direito de propriedade no juízo possessório.(68) Não obstante a excelência dos defensores desta tese, não pode ela prevalecer, segundo a boa doutrina. ora, a segunda parte do art. 923 rezava ipsis verbis:

"Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de

domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio".

A redação era bastante clara. Em poucas palavras, a Lei não permitia que se intentasse ação reivindicatória, enquanto não fosse julgada a ação possessória (primeira parte do artigo). Mas, por outro lado, admitia expressamente que se questionasse o direito de propriedade no transcorrer da ação possessória (segunda parte do artigo).

Sendo revogada a segunda parte do artigo pela Lei n. 6.820/80, fica patente a intenção do legislador: não se pode discutir a propriedade no juízo possessório.

(68 NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 20. ed., São Paulo: RT, 1990, p. 416 (coment. art. 923).

Caso fosse permitido, para que editar a Lei n. 6.820/80? Bastaria deixar o art.

923 com sua antiga redação.

Examinemos duas situações elucidatórias.

Na primeira, "A" arreda sua cerca para dentro do terreno de "B". Este propõe ação de esbulho, reclamando a posse da porção de terras perdida. "A", por sua vez, não poderá se defender, alegando ser o dono da tal faixa de terras. Deverá provar que sua posse é melhor que a de "B". Sendo a ação decidida contra ele, poderá ingressar no juízo petitório por meio de ação reivindicatória ou demarcatória, a fim de discutir quem é o verdadeiro dono da faixa de terras.

Aliás, é isso que deveria ter feito desde o início, ao invés de arredar a cerca.

Na segunda situação, "A" também arreda sua cerca para dentro do terreno de "B".

Supondo que "B" seja realmente o dono da faixa de terras invadida, terá duas opções: ou bem ingressa no juízo petitório por meio de ação reivindicatória, exigindo a restituição da propriedade perdida; ou bem ingressa no juízo possessório com ação de esbulho, reclamando a posse perdida sobre a porção de terras. Se escolher a segunda opção, não poderá alegar seu direito de proprietário, nem poderá propor ação reivindicatória, enquanto não se decidir a ação de esbulho.

Características das ações possessórias - As ações possessórias têm três características importantes.

Em primeiro lugar, são ações dúplices. Em outras palavras, se "A" propõe possessória contra "B", temos que, num primeiro momento, "A" é o autor e "B" é o réu. ocorre que, é lícito a "B" defender-se, revertendo a situação, uma vez que prove ser ele a vítima do esbulho ou da turbação.

Neste caso, também "B" será autor e "A", réu. Para que isso ocorra, não é necessário que "B" use a via da reconvenção, regulada nos arts. 3 IS a 318 do Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, são ações fungíveis. vale dizer que se uma pessoa intenta interdito proibitório, quando deveria ter intentado ação de manutenção de posse, não haverá qualquer problema. Nos dizeres do art. 920 do Código de Processo, "a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente aquele cujos requisitos estejam provados".

Sendo assim, o juiz concederá a manutenção na posse àquele que, por engano, propôs interdito proibitório, desde que preenchidos os requisitos exigidos para a ação de manutenção de posse.

Em terceiro lugar, é lícito ao autor da possessória pedir, além da proteção específica a sua posse, indenização por perdas e danos, cominação de pena em caso de nova turbação ou esbulho e o desfazimento de construção ou plantação feita em prejuízo de sua posse.

Finalmente, as ações possessórias podem ser de força nova ou de força velha.

As de força nova são aquelas intentadas em menos de ano e dia, contados do momento da turbação ou do esbulho. Se houver transcorrido mais de um ano e um dia, a ação será de força velha. os efeitos de uma e de outra, veremos mais abaixo.

Concluindo, cabe última observação. Seria necessária vênia conjugal na interposição de ação possessória? Em outras palavras, o possuidor casado careceria da autorização de seu cônjuge para intentar ação possessória?

Com as modificações introduzidas no Código de Processo Civil, em dezembro

de 1994, a resposta é negativa. o dito Código parece ter considerado a posse situação fática, não lhe dispensando o tratamento dado aos direitos reais.

Senão vejamos.

Art. 10. o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

§ 1° Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I - que versem sobre direitos reais imobiliários; 1...)

§ 2° Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de com posse ou de aro por ambos praticados.

Debate sobre as espécies de ações possessórias - Não obstante as graves polemizações a respeito do tema, só há na realidade três ações possessórias: a de reintegração de posse, a de manutenção de posse e o interdito proibitório. As outras não têm esse caráter.

Senão vejamos.

As ações de dano infecto e de nunciação de obra nova nada têm a ver com a posse ou o domínio. o que se discute nelas são os direitos de vizinhança violados.

Sem sombra de dúvida, esses direitos são efeitos da posse. Mas, de toda forma, não se discute o estado de posse, nem a relação possessória básica.

A ação de dano infecto serve para impedir que uma pessoa cause dano a seus vizinhos por construção futura, que ainda não começou, mas está na iminência de ter início. Na nunciação de obra nova, a construção já teve início, estando o dano iminente. Em nenhuma das duas, a posse em si foi ameaçada.

Existem outras ações, como a demolitória, que visa demolir algo que já foi construído, e que esteja prejudicando os vizinhos. Também a indenizatória, para reparar danos causados por um vizinho a outro.

Repetimos, entretanto, que o objetivo de todas essas ações não é a posse em si.

Esta não foi violada, nem ameaçada. Discutem-se direitos de vizinhança, meros

efeitos do estado de posse.

A ação de depósito é também considerada possessória por alguns, mas não tem esta natureza. A ação de depósito tem caráter pessoal, isto é, obrigacional, sendo seu objetivo o de recuperar coisa depositada, tendo em vista a negativa injustificada do depositário em restituí-la.

Cabe, outrossim, falar dos embargos de terceiro possuidor, que se destinam a salvaguardar direito de possuidor que se veja turbado ou esbulhado por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, partilha, arrecadação de bens etc. Em outras palavras, os bens de terceiro são apreendidos judicialmente em ação que, em princípio, não lhe diz respeito.(69)

Sem dúvida alguma os embargos têm caráter possessório, mas não são ação autônoma, principal. Classificam-se como ação incidente, acessória à de conhecimento ou de execução.

Sua natureza intrínseca é a mesma da manutenção ou reintegração de posse, não sendo, portanto, espécie autônoma de ação possessória.

Podemos citar ainda inúmeras outras ações que, direta ou indiretamente, referem-se à posse, mas que não são tipicamente possessórias. Neste rol, a ação de divisão e demarcação, as confessórias e negatórias, o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a ação para entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a de posse em nome de nascituro, a de apreensão de títulos, a ação para realização de obra de conservação de coisa litigiosa ou judicialmente apreendida etc.

Não obstante, como bem assevera Figueira Júnior, "não se pode negar que outros remédios judiciais, tais como o reivindicatório, a nunciação de obra nova, os embargos de terceiro, a ação de depósito, a imissão de posse, têm por escopo também, mas de forma transversa, a proteção da situação fática possessória.

Todavia, essas ações não se revestem de natureza eminentemente interdital, seja porque o pedido se fundamenta no direito de propriedade ou no direito obrigacional de restituição da coisa ou na proteção contra atos judiciais de constrição, e assim sucessivamente".(70)

Por fim, resta estudar a ação de vindicação de posse. Cuida-se, em verdade, de

verdadeira reivindicação do direito de propriedade perdido, daí porque não ser a vindicação de posse considerada ação possessória.

Nos dizeres do art. 521 do Código Civil, "aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel, ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu".

"A" perde seu relógio de ouro. "B" o encontra e o vende a "C". "A" poderá recuperá-lo de "C" tendo, este, direito de regresso contra "B".

"A" assalta "B", roubando-lhe seu carro e revendendo-o a "C". "B" poderá reivindicar o carro de "C", o qual, por sua vez, poderá regressar contra "A".

Em defesa da segurança do comércio, e no propósito de prestar toda a garantia aos adquirentes,(71) a Lei institui regra especialíssima: (69 CALDAS, Gilberto. Como propor possessória e reivindicatória. São Paulo: Ediprax Jurídica, (sem ano), p. 40.)

(70 FIGUEIRA JÚNIOR. J.D. Posse e ações possessórias. Qp. cit., p. 281.) (71 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp, cit., v. 3. p. 76/77.) se o terceiro adquire a coisa furtada, roubada ou perdida em leilão público, feira ou mercado, terá que restituí-la ao verdadeiro dono e legítimo possuidor, mas deverá ser reembolsado pelo preço que por ela pagou.

"A" assalta "B", roubando-lhe seu carro e revendendo-o a "C", em feira de carros usados. "B" poderá reivindicar o carro de "C", desde que lhe reembolse o preço pago. obviamente terá direito de regresso contra "A".

Espécies de ações possessórias ou interditos possessórios Ação de manuntenção de posse - Como já dissemos, a ação de manutenção de posse serve para proteger o possuidor turbado em sua posse. É chamada, às vezes, de interdictum retinendae possessionis, sendo seu principal objetivo o de manter o possuidor na posse. Mas não é o único. A ação de manutenção de posse, além da manutenção em si, pode supletivamente visar ao recebimento de indenização por perdas e danos e à imposição de pena em caso de reincidência.

Se a ação for de força nova, vale dizer, se a turbação houver ocorrido há menos de ano e dia, o possuidor será mantido liminarmente na posse, observando-se o procedimento especial dos arts. 926 a 931 do Código de Processo Civil. Por

outros termos, o Juiz expedirá mandado de manutenção na posse, já no início do processo, ou como se diz em latim, in limine litis.

É lógico que a liminar de manutenção só será concedida, se constatado o periculum in mora e o fumus boni iuris. Periculum in mora é o perigo que oferece a decisão tardia. A posse do possuidor turbado correrá perigo, caso o mandado não seja expedido de imediato. Fumus boni iuris traduz-se por fumaça do bom direito, vale dizer, o Juiz deve estar convencido de que, pelo menos aparentemente, o possuidor turbado está com a razão.

Se a ação for de força velha, ou seja, se a turbação houver ocorrido há mais de ano e dia, não será concedido mandado liminar de manutenção de posse, observando-se o procedimento ordinário dos arts. 282 a 475 do Código de Processo Civil.

Ação de reintegração de posse - Também denominada interdito recuperatório ou ação de esbulho, sua origem está ligada aos interdicta recuperandae possessionis. É a ação de que se ferve o possuidor em caso de esbulho.

Pode ser de força velha ou de força nova, aplicando-se-lhes, em cada hipótese, as mesmas disposições da ação de manutenção de posse.

Interdito proibitório - É a ação proposta pelo possuidor nos casos de ameaça de turbação ou de esbulho. Recebe os nomes de ação de força iminente, embargos à primeira ou preceito cominatório.(72)

(72 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3. p. 44.) Provada a ameaça iminente, o Juiz expedirá mandado proibitório, em que cominará pena pecuniária, na hipótese de se concretizar a ameaça. Proposta a ação, se antes da sentença se verificar a turbação ou o esbulho, o Juiz expedirá mandado de manutenção ou reintegração em favor do autor contra o réu. Se a turbação ou esbulho for posterior à sentença que cominou a pena, nela incorre o réu, além da expedição do respectivo mandado de manutenção ou reintegração, atinente à espécie.(73)

9 PERDA (CESSAÇÃO) DA POSSE

9.1 Perda (cessação) da posse das coisas

Na realidade, quando se fala em perda da posse, tem-se em vista a perda do

direito ou dos direitos de posse, gerados pelo estado fático de posse. Quando se fala em cessão da posse, tem-se em vista, a desconstituição desse estado fático.

Contudo, a perda deste implica a perda de todos os direitos a ele inerentes. Na prática, portanto, tanto faz dizer perda ou cessação da posse: cessa o estado de posse e se perde todo e qualquer direito de posse.

As hipóteses de perda ou cessação da posse encontram-se, exemplificativamente, (74) enumeradas no art. 520 do Código Civil.

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

I - pelo abandono;

II - pela tradição;

III- pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio; IV - pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido ou reintegrado em tempo competente;

V - Pelo constituto possessório.

Estudemos cada um desses casos.

a) Abandono - Trata-se aqui do abandono de coisa possuída. Caracteriza-se o abandono por ato, normalmente tácito, de desdenho à coisa. Tal é a hipótese do locatário que simplesmente deixa o apartamento que aluga, sem nada comunicar ao locador.

(73 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 63.) (74 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3. p. 72.) Para que ocorra abandono, são necessários dois elementos, um objetivo, o outro subjetivo. O primeiro é a derrelição da coisa, ou ato de abandonar, em si, do ponto de vista material. o segundo é o animus dereliquendi, ou vontade de não mais ter a coisa. A pessoa que deixa sua casa de praia fechada por vários meses no ano, ou até mesmo durante vários anos, não a está abandonando. Falta o animus dereliquendi.(75)

Próxima ao abandono é a renúncia, também forma de cessação da posse. Na renúncia, o titular abre mão da coisa ou do direito, de forma expressa, por ato de vontade liberatório. Não é necessária a derrelição, mas é essencial declaração

expressa de vontade, no sentido de renunciar à coisa. Tomemos o seguinte exemplo:

Certo locatário comunica ao locador sua vontade de deixar o imóvel locado. o locador lhe pede que fique nele por mais duas semanas, a fim de guardá-lo contra invasões, para que possa encontrar mais tranqüilamente outro inquilino. se o locatário aceitar a missão, terá perdido a posse, tornando-se mero detentor do imóvel. Não houve abandono. Não houve a derrelição, ou seja, o ato de despojar-se da coisa. Houve renúncia ao estado de posse e os conseqüentes direitos.

Se o abandono ou a renúncia partirem do próprio dono da coisa, haverá desconstituição do estado e dos direitos de posse e perda do direito de propriedade. No entanto, se quem abandona ou renuncia não for dono, haverá somente perda da posse. Ocorre às vezes, porém, do próprio dono abandonar, e perder tão somente a posse, permanecendo intacto seu direito de propriedade.

Para salvar navio do naufrágio, joga-se ao mar toda a carga. Houve sem dúvida abandono, mas sem perda do direito de propriedade. Tanto que se a carga for recuperada, seu proprietário poderá reivindicá-la.(76)

b) Tradição - Tradição é a transferência da coisa das mãos do possuidor para outra pessoa. Para que cesse a posse do tradens (pessoa que transfere), deve estar presente a intenção de transmitir a posse ao accipiens (pessoa que recebe, que aceita). É o que acontece, por exemplo, na compra e venda, na doação e na locação; embora nesta última o tradens só perca a posse direta.

c) Perda ou destruição da coisa e sua colocação fora do comércio - Por perda há de se entender o extravio da coisa, sendo impossível seu reencontro. se perco meu relógio dentro de casa, continuo a possuí-lo. o mesmo não ocorrerá se perdê-

lo na rua, sendo impossível recuperá-lo.(77)

Destruição é perecimento da coisa, objeto da posse. Pode ser natural ou por fato humano. se por fato humano, restará direito a perdas e danos, provada a culpabilidade do autor da destruição. De qualquer forma, destruída a coisa, cessa o estado de posse, por ter perecido seu objeto.

(75 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 41/42.) (76

CUNHA GONÇALVES. Direito civil. Coimbra: Coimbra, 1943. v. 3, p. 567.

(77 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso. Qp. cit., v. 3. p. 74.) Capítulo XVI - DIREITO DAS COISAS: DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS

1 - Introdução

2 - Direitos reais de uso e fruição

2.1 Direito real de enfiteuse

2.2 Direito real de servidão

2.3 Usufruto

2.4 Uso e habitação

2.5 Renda constituída sobre imóvel

3 - Direitos reais de garantia

3.1 Teoria geral dos direitos reais de garantia

3.2 Direitos de garantia em espécie

4 - Direitos reais de aquisição

4.1 Promessa irretratável de compra e venda de imóvel

4.2 Retrovenda

DIREITO DAS COISAS: DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS

1 INTRODUÇÃO

Estudamos nos capítulos precedentes o direito real de propriedade e a posse.

Estudaremos agora os direitos reais sobre coisas alheias.

São denominados direitos reais sobre coisas alheias (jura in rebus alienis),(1) porque seu objeto não é coisa própria, mas coisa da propriedade de outra pessoa.

Caracterizam-se pela oponibilidade erga omnes e pelo poder de seqüela.

Analisemos exemplo concreto.

"A" toma empréstimo bancário, oferecendo em garantia de pagamento sua casa.

Neste momento, surge para o banco (credor) direito real sobre a casa de "A"

(devedor). Este direito recebe o nome de hipoteca. É oponível erga omnes, no sentido de que apenas o banco é titular de direito de hipoteca sobre o imóvel.

Poderá exigir de todos os "não-titulares" que respeitem seu direito. se, por acaso, "A" alienar a casa e não pagar sua dívida, o banco, por força da seqüela, perseguirá o imóvel, tomando-o das mãos de quem quer que o tenha adquirido.

É lógico que, na prática, ninguém compra imóvel hipotecado, sem antes liberá-lo

da hipoteca.

Há três classes de direitos reais sobre coisas alheias. Na primeira, temos os direitos reais de uso e fruição; na segunda, os direitos reais de garantia e na terceira, os direitos reais de aquisição.

Vejamos cada uma delas.

2 DIREITOS REAIS DE USO E FRUIÇÃO

2.1 Direito real de enfiteuse

a) Definição - Enfiteuse ou aforamento é o direito real perpétuo de usar e fruir imóvel alheio, mediante o pagamento de renda anual, denominada foro.

(l lura in rebus alienis é expressão plural (direitos sobre coisas alheias). o singular seria ius in re aliena (direito sobre coisa alheia).

b) Partes - No pólo ativo, encontra-se a figura do enfiteuta ou foreiro, que recebe o imóvel, tendo sobre ele a posse direta, o uso e a fruição.

No pólo passivo, acha-se o senhorio, possuidor indireto e proprietário do imóvel. Perde o direito de usá-lo, restando-lhe apenas o direito de fruir e, de forma limitada, os direitos de dispor e reivindicar. Diz-se, pois, nu proprietário, talvez um pouco impropriamente.(2)

Impropriamente, porque quando se fala em nua propriedade, refere-se à propriedade despida de seus principais atributos, quais sejam, os direitos de usar e de fruir. Na enfiteuse, o enfiteuta perde o direito de usar, mas mantém o de fruir, pois que recebe, anualmente, um foro, que vem a ser uma espécie de aluguel.

O proprietário tem a posse indireta e o domínio direto, nele incluso o direito de fruir. O enfiteuta tem a posse direta e o domínio útil, o direito de usar e também do de fruir.

Concluindo, podemos citar Sílvio Rodrigues, que muito bem sumariza a posição das partes:

"A enfiteuse é o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias. Nela todas as

prerrogativas que constituem o conteúdo do domínio são transferidas ao enfiteuta que, desse modo, pode usar, gozar e reivindicar a coisa, bem como alienar seus direitos a outrem, independentemente da aquiescência do senhorio. o enfiteuta adquire efetivamente todos os direitos inerentes ao domínio, com exceção do próprio domínio, que remanesce, nominalmente, em mãos do senhorio.

Com efeito, o senhorio conserva pouco mais do que o nome de dono.

Pois além disso, sobra-lhe tão-só: a) a expectativa de readquirir a condição anterior, através do exercício da preferência, na hipótese de alienação, ou através do comisso, ou do falecimento do enfiteuta, sem herdeiros; b) o direito ao foro e ao laudêmio, que em breve estudaremos.

Pode-se observar que os direitos que remanescem com o senhorio são em menor número do que as meras expectativas. o restante, isto é, o valor econômico da propriedade, se transfere ao enfiteuta. Daí se dizer que o foreiro tem o domínio útil, enquanto o senhorio conserva tão-só o domínio direto. Por isso afirmei acima, que a enfiteuse é o mais amplo dos direitos reais sobre coisas alheias".(3)

c) Objeto - A princípio, o objeto da enfiteuse será sempre imóvel não cultivado.

Evidentemente, uma vez constituída a enfiteuse, o enfiteuta poderá cultivá-lo e edificá-lo.

(2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. iV, p. 173.) (3 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 256.) d) características - Por suas características a enfiteuse é perpétua, onerosa e indivisível.

Perpétua, porque transmite-se de geração a geração, jamais se extinguindo.

Morrendo o enfiteuta, sucedem-lhe seus herdeiros, e assim continuamente.

Onerosa, visto que o enfiteuta, como contraprestação pelas vantagens que aufere, deve pagar ao senhorio foro anual.

Indivisível, pois que o vínculo enfitêutico não se fraciona, se houver vários enfiteutas. Dessarte, se o enfiteuta morrer, a seus herdeiros se atribuirá a enfiteuse em comum. Não haverá vários enfiteutas, cada qual com direito autônomo de enfiteuse. Haverá vários enfiteutas, todos exercendo o mesmo

direito de enfiteuse.

Assim como no condomínio, os co-enfiteutas deverão eleger quem lhes represente.

A este representante dá-se o nome de cabecel.

e) constituição - constitui-se a enfiteuse, no mais das vezes, por contrato.

Poderá, contudo, ser instituída também por testamento. Em ambos os casos, será transcrita no Registro Imobiliário, para que gere direito real.

Há quem admita possa a enfiteuse adquirir-se por usucapião.(4) As hipóteses seriam três, a saber, ia) quando indivíduo que não seja dono do imóvel o afore a terceiro. Este, exercendo o domínio útil, de boa-fé, por dez anos entre presentes ou quinze entre ausentes, adquire a enfiteuse, ainda contra o verdadeiro dono; (b) quando alguém que esteja na posse do imóvel, sem título de enfiteuse, o possua com vontade de enfiteuta, pagando o foro ao dono; (c) quando o próprio titular do direito, sem o saber, permanece no imóvel, com ânimo de enfiteuta, pagando o foro ao dono. suponhamos que o enfiteuta de certo imóvel resolva vender sua enfiteuse. Imaginemos que o faça, mas que o contrato de compra e venda contenha algum tipo de defeito grave. Assim, após o decurso de dez anos entre presentes ou quinze anos entre ausentes, o possuidor poderá pleitear o usucapião da enfiteuse.

O que deve restar claro, é que em nenhum desses três casos, é possível o usucapião do próprio domínio, por faltar ao possuidor a posse com intuito de dono.

f) Direitos do enfiteuta - Pode o enfiteuta, enquanto detentor da posse direta e do domínio útil, usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa, como se fosse dono.

Logicamente, o direito de dispor não comporta o poder de alienar a propriedade da coisa mesma.

Poderá, entretanto, alienar ou hipotecar seu direito de enfiteuse, desde que comunique o senhorio.

Possui direito de preferência, caso o senhorio resolva vender o imóvel.

Tem o direito de instituir subenfiteuse, gravar a coisa com servidões e usufruto.

(4 LAFAYETTE Rodrigues Pereira. Direito das coisas. Qp. cit., v. I, p. 395/397.) Além desses, o enfiteuta tem o direito de resgatar o foro, após dez anos, mediante o pagamento do valor correspondente à soma de dez foros, mais um laudêmio de 2,5% sobre o valor de mercado do imóvel. Neste caso, torna-se dono do imóvel, extinguindo-se a enfiteuse.

Por fim, pode o enfiteuta renunciar unilateralmente à enfiteuse.

g) Deveres do enfiteuta - São basicamente dois: pagar pontualmente a pensão anual e os tributos que incidam sobre o imóvel.

h) Direitos do senhorio - São direitos do senhorio:

- receber o foro anual;

- ter preferência, na hipótese de o enfiteuta vender seu direito de enfiteuse;

- receber laudêmio de 2,5% sobre o valor da transação, caso o enfiteuta venda seu direito a terceiro;

- alienar o próprio terreno. Tratando-se de venda, será observada a preferência do enfiteuta que, de qualquer forma, continuará exercendo seus direitos, por força da seqüela.

i) Extinção da enfiteuse - Extingue-se a enfiteuse:

- pelo perecimento do imóvel;

- pela desapropriação;

- pelo usucapião de terceiro sobre o imóvel;

- pela renúncia do enfiteuta de seu direitos de enfiteuse;

- pela deterioração do prédio, a ponto de não valer o capital equivalente a um foro e um quinto. Se a deterioração se deve a culpa do erifiteuta, além de perder a enfiteuse, responderá por perdas e danos;

- pelo comisso, que ocorrerá se o enfiteuta deixar de pagar o foro por três anos

consecutivos;

- pela morte do enfiteuta sem herdeiros;

- pelo exercício do direito de preferência, por parte senhorio, quando o enfiteuta resolver vender a enfiteuse;

- pelo exercício do direito de preferência, por parte do enfiteuta, quando o senhorio resolver vender o imóvel;

- pela confusão, ou seja, pelo fato de o senhorio e o enfiteuta tornarem-se uma só pessoa, ou vierem a se casar em regime de comunhão de bens;

- pelo exercício do direito de resgate, por parte do enfiteuta, após dez anos de enfiteuse.

j) Evolução histórica - Deixamos para o fim o exame histórico do instituto, para que o leitor possa, além de esclarecer possíveis dúvidas, compreender melhor o estudo.

Discute-se muito acerca das origens da enfiteuse. Era instituto do Direito Grego, ou foi criada pelo gênio romano com base em alguma reminiscência grega?

Qualquer que seja a resposta, a palavra é, sem dúvida, de origem grega.

Amparados em nossa memória histórica, entretanto, só podemos afirmar que a enfiteuse começou a ser largamente utilizada já em nossa era, possivelmente no II século.

Obra da jurisprudência romana e do Direito Pretoriano,(5) a enfiteuse foi, finalmente esboçada em todos os seus contornos na compilação justinianéia do século VI.(6)

Aplicou-se, a princípio e, ainda hoje, a terras distantes e ou de pouco interesse, como meio de o proprietário delas extrair algum lucro. Tratando-se de terras públicas, a enfiteuse é modo eficaz de colonização. Em ambos os casos, é necessário atrair interessados, oferendo-lhes vantagens adicionais, ausentes no simples contrato de locação.

De qualquer forma, é instituto em desuso, tendo-se mesmo cogitado em retirá-lo

de nossa legislação.(7)

2.2 Direito real de servidão

a) Definição - É o encargo que suporta o titular de um prédio, denominado serviente, em benefício do titular de outro prédio, chamado dominante, conferindo a este o uso e gozo de certo direito sobre o prédio serviente.

Exemplo é a servidão de trânsito, por força da qual o titular do prédio dominante adquire o direito de transitar pelo prédio serviente.

Fala-se comumente ser a servidão o direito real de um prédio sobre outro.

Como ensina Sílvio Rodrigues,(8) a afirmação é imprecisa e desacertada, pelo simples fato de não serem possíveis relações jurídicas entre coisas, objeto de direitos.

Na verdade, a relação jurídica real de servidão estabelece-se entre o titular do prédio dominante e o titular do prédio serviente. A razão de ser da idéia equivocada de que as servidões seriam fruto de relação entre prédios, encontra-se na tentativa.

Denomina-se jurisprudência a obra dos grandes juristas romanos.

Direito Pretoriano foi o Direito formulado ao longo do tempo pelos pretores fiuizes romanos), ao decidirem casos concretos.

Corpus Iuns Civilis, compilado de 527 a 534 d.C., procurou reunir e sistematizar a doutrina e legislação do Direito Romano.

(5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. iV, p. 168 et seq.

RODRIGUES, Silvio.

(6 Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 257 et seq.

(7 Lembramos que a palavra "prédio", neste contexto, é sinônima de bem imóvel.

(8 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 267.

va de explicar que, uma vez criado o direito real de servidão, ele se transmite a quem quer que seja o titular do prédio dominante.

Tal se explica, entretanto, pelo poder de seqüela, apanágio dos direitos reais, por força do qual a servidão adere-se ao prédio, seguindo-o aonde quer que ele vá.

b) características - Para que se constitua servidão, é essencial que os prédios sejam confinantes e pertençam a proprietários diferentes. Seu prazo será sempre indeterminado. Se por prazo certo ou subordinada a condição, deixa de ser servidão, direito real, tomando-se direito de crédito, desprovido, assim, de seqüela e de oponibilidade erga omnes.

As servidões geram para o titular do prédio dominante direito real, ao qual corresponde, por parte do titular do prédio serviente, obrigação propter rem, de caráter negativo, consistente em não se opor a que o titular da servidão desfrute de vantagem sobre seu imóvel. O titular do prédio serviente deve suportar as limitações que constituem o próprio conteúdo da servidão, pois, através desta, perde ele alguns de seus direitos dominicais; melhor dizendo, o dono do prédio serviente fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante.(9)

Se é instituída servidão de trânsito sobre certo imóvel, em favor do prédio vizinho, o dono daquele deverá tolerar a passagem dos habitantes deste.

Apesar disso, nada impede que o proprietário do prédio serviente se obrigue por contrato a alguma prestação positiva como, por exemplo, realizar as obras necessárias para a utilização de seu prédio, como estradas, ou canalização para esgoto, água, ou seja o que for. Não é a regra, porém.(10) As servidões são indivisíveis. Assim, se dois ou mais vizinhos possuírem o direito de transitar por prédio alheio, a servidão será apenas uma, mas com dois ou mais co-titulares. o raciocínio deve ser o mesmo que se faz no referente ao direito de co-propriedade e ao de co-enfiteuse. o direito é só um, usufruído por vários.

Resta dizer, enfim, que as servidões são inalienáveis. Em outros termos, não podem ser transferidas a outro prédio. Podem sim ser transferidas a outra pessoa, que venha a ser titular do prédio dominante. Exemplificando, se o dono do prédio dominante o vende a outrem, este adquire o imóvel e a servidão, que se acha como que aderida ao terreno.

c) classificação - Segundo as circunstâncias de seu exercício, a servidão será

positiva ou negativa; contínua ou descontínua; aparente ou não aparente.

Positiva é a servidão, quando exercida por ações como, por exemplo, passar pelo prédio vizinho.

(l0 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Qp. cit., v. 5, p. 267/268.

(11 ROCHA, Coelho da. Instituições de Direito Civil Português. Coimbra: Coimbra, 1925. v. II, § 587.)

Será negativa, se esperar-se do titular do terreno serviente omissão, como não construir em certo local.

A servidão será contínua, quando exercer-se sem a necessidade de ação humana.

Exemplo é a passagem de águas, de fios elétricos, de esgoto etc.

Descontínua é a servidão condicionada a atitude humana. Por exemplo, o trânsito de pessoas. É lógico que também se tem em vista que a passagem de água ou esgoto dá-se de forma continuada, ao passo que o trânsito de pessoas ocorre de maneira descontinuada.

Será aparente, se manifestar-se por obras exteriores, como fios elétricos, estradas etc. Por outro lado, a servidão não aparente não se percebe sem que seja de fato exercida. Tal é o caso da passagem de pedestres sem qualquer obra exterior, como caminhos pavimentados, ou algo no gênero.

d) constituição - De acordo com o modo como se constitua, a servidão pode ser voluntária, legal ou judicial.

A servidão voluntária será instituída pela vontade do titular do prédio dominante e do prédio serviente. Celebra-se por ato inter vivos (contrato) ou causa mortis (testamento).

Imaginemos, à guisa de exemplo, que "A" seja dono de terreno, com acesso normal à via pública. Suponhamos, porém, que a saída pelo terreno de "B" seja mais fácil e prática. À vista disto, "A" e "B" podem contratar a servidão, adquirindo

"A" o direito real de passar pelo imóvel de "B". Ao invés de contrato, ato inter

vivos, "B" poderia instituir a servidão de trânsito a favor de "A", por meio de testamento, ato causa mortis.

De qualquer modo, seja inter vivos ou causa mortis, o ato de instituição deverá ser transcrito no Registro Imobiliário, requisito este essencial para que se constitua o direito real de servidão.

Por fim, cabe acrescentar, que as servidões voluntárias podem ser adquiridas por usucapião, desde que aparentes e contínuas.

Como estudamos acima, as servidões aparentes e contínuas podem ser objeto de posse. Sendo assim, nada mais natural que a possibilidade de se as adquirir por usucapião que, afinal, é efeito da posse.

Os requisitos para o usucapião são, a saber:

- posse ad usucapionem, no caso, aferida pela ausência de qualquer oposição por parte do dono do prédio serviente, e pela vontade de possuir a servidão, como verdadeiro titular;

- justo título, que pode ser testamento anulado, por exemplo;

- boa-fé, ou seja, o indivíduo se considera verdadeiramente titular da servidão;

- prazo de dez anos, entre presentes e quinze, entre ausentes, em ambos os casos ininterrupto.

Faltando justo título e boa-fé, o prazo estende-se para vinte anos ininterruptos.

No caso da servidão de trânsito, apesar de descontínua, admite-se seja adquirida por usucapião, desde que aparente.(13)

Daí a sábia conclusão de Caio Mário de que para efeitos de usucapião, basta que a servidão seja aparente.(14)

Outro caso de servidão voluntária é o daquela que se constitui por destinação do proprietário, quando este estabelece serventia de prédio sobre outro.

Exemplo seria o da pessoa a quem pertençam duas fazendas, separadas por rio. Seu dono constrói ponte, interligando-as, para que uma delas adquira passagem

mais fácil à via pública. É lógico que, enquanto as fazendas pertencerem à mesma pessoa, não se pode falar em servidão. Mas, no momento em que uma delas passe à propriedade de outrem, estabelece-se a servidão.

A servidão também pode ser legal, quando imposta por lei a favor do titular do prédio dominante. Neste caso, torna-se direito seu, dispensando-se qualquer acordo de vontades ou disposição testamentária e a conseqüente inscrição no Registro de Imóveis. Se o titular do prédio serviente se opuser, a servidão será obtida pela via judicial. Os casos resumem-se basicamente àqueles, em que seja impossível ao titular do prédio dominante exercer direito elementar, sem utilizarse do prédio serviente. Exemplos seriam a passagem forçada para via pública, fonte ou porto; a passagem de aqueduto, rio ou córrego e o correspondente trânsito por suas margens; o escoamento de matérias primas, como minério; a passagem de linhas elétricas, telefônicas, de TV a cabo etc.; o escoamento de esgoto e águas pluviais; a passagem de oleoduto ou gasoduto etc.

Além de voluntária e legal, a servidão será judicial, quando adquirida em virtude da sentença que homologa a divisão de prédios pertencentes a proprietários diferentes. A sentença pode estabelecer direito de servidão de um prédio sobre outro, se julgar necessário.

e) Direitos do titular do prédio dominante - os direitos do titular do prédio dominante são, basicamente, os de exercer a servidão, servindo-se do prédio serviente. Além do mais, poderá fazer obras necessárias para a conservação de seu direito, não podendo ser obstruído, nem molestado pelo titular do prédio serviente.

Se tal ocorrer, poderá utilizar-se das ações possessórias para sua proteção.

f) Direitos do titular do prédio serviente - o titular do prédio serviente será indenizado por todos os danos que sofrer em virtude do exercício da servidão) na hipótese de culpa do titular do prédio dominante. Poderá, outrossim, remover a servidão de um local a outro, desde que não diminua as vantagens do dominante.

(12 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 275. MENDES PIMENTEL.

Servidão de trânsito. Revista Forense, v. 40, p. 296.)

(13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 189/190.) g)

Exercício das servidões - A servidão será exercida dentro do que se estabelecer no título constitutivo, ou nos limites da lei que a instituir. Pode sofrer, portanto, limitações de várias ordens. Como exemplo, podemos citar a passagem de pedestres, que não poderá ser utilizada para veículos, a não ser com a anuência do titular do prédio serviente. Quem pode o menos, nem sempre poderá o mais. Entretanto, quem pode o mais, pode o menos, salvo estipulação contrária.

Dessarte, se o trânsito for livre para veículos, será evidentemente livre para pedestres.

h) Extinção das servidões - Extingue-se o direito de servidão, primeiramente, pela confusão, quando os prédios dominante e serviente tornarem-se propriedade do mesmo titular. Em segundo lugar, pela convenção em forma de distrato, entre o titular do prédio dominante e o do prédio serviente, devendo o distrato ser levado ao Registro de Imóveis.

Em terceiro lugar, a servidão termina pela renúncia expressa de seu titular, ou pelo abandono, que se traduz pelo desuso por dez anos consecutivos.

Extingue-se ainda pela impossibilidade física de seu exercício, pelo perecimento de um dos prédios ou do próprio objeto da servidão. Exemplifiquemos: O titular da servidão de trânsito pelas margens de rio pode vir a perdê-la, caso as margens ultrapassem as fronteiras do prédio serviente. Neste caso, terá ocorrido impossibilidade física.

Poderá também o titular perder seu direito de servidão, caso o rio alague o imóvel serviente, vindo a encobri-lo. Terá havido perecimento do prédio serviente.

Pode dar-se de o próprio rio secar, quando o perecimento terá sido do objeto mesmo da servidão.

A servidão extingue-se ademais pela desnecessidade, pela desapropriação ou pelo resgate por parte do titular do prédio serviente.

A desnecessidade ocorrerá, sempre que a causa que deu origem ao direito deixar de existir. A servidão legal de trânsito, por exemplo, cessa no momento em que o prédio dominante adquira acesso próprio á via pública.

Desapropriação é ato do Poder Público, retirando do proprietário seus direitos de

dono. Desapropriado o prédio serviente, extingue-se qualquer servidão voluntária. As legais, como é óbvio, normalmente não se afetam.

Finalmente, o titular do prédio serviente tem o direito de resgatar a servidão, indenizando o titular do prédio dominante.

2.3 Usufruto

a) Definição - Usufruto é direito real e temporário de usar e fruir coisa alheia de forma gratuita, sem alterar-lhe a substância.

b) Partes - o titular do direito real de usufruto denomina-se usufrutuário.

Diz-se detentor do domínio útil, uma vez que a ele pertencem o uso e o gozo sobre a coisa. Seus direitos abrangem todo o valor econômico da coisa.(15) Do outro lado, titular do domínio, o nu proprietário. Tem apenas a nua propriedade, despida dos direitos de usar e fruir.

Conseqüentemente, pode-se dizer que apenas a essência do direito de propriedade lhe pertence. Só ele pode dispor da coisa, no sentido de aliená-la. Ao usufrutuário cabe, porém, usá-la, fruir-lhe as vantagens, alugá-la, emprestá-la etc.

A posse direta é do usufrutuário e a indireta, do nu proprietário.

Como bem salienta Sílvio Rodrigues, "no usufruto, como em todos os direitos reais sobre coisas alheias, há simultaneamente dois titulares de direitos diversos, recaintes sobre a mesma coisa. o nu proprietário, que ostenta a condição de dono; e o usufrutuário, a quem compete o uso e gozo da coisa".(16) c) características - É direito real, oponível erga omnes, pois para que haja usufrutuário, é necessário que o resto da comunidade não o seja.

Direito real que é, tem o poder de seqüela, seguindo a coisa, aonde quer que ela vá. Daí, se o nu proprietário vendê-la, não se desfaz o usufruto, a não ser que o usufrutuário consinta.

Seu objeto pode ser bem móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Logicamente, o instituto se amolda muito mais aos bens duráveis. Assim, pode constituir-se sobre telefone, casa, lote de ações etc. Apesar de teoricamente possível, não se aconselha gravar automóvel de usufruto. Por essa razão, a

doutrina denomina o usufruto sobre coisas consumíveis ou deterioráveis de quase-usufruto ou usufruto impróprio.

O direito de fruir importa a faculdade de extrair as utilidades e vantagens da coisa, estendendo-se a seus frutos, acessórios e acrescidos, a não ser que haja cláusula expressa em contrário.

Quanto ao prazo, o usufruto, diferentemente da enfiteuse, será sempre temporário. Não obstante, seu termo final pode ser certo ou incerto. Será certo se determinado. Assim, pode instituir-se usufruto por dez anos consecutivos.

Será, entretanto, incerto, se indeterminado. Por exemplo no caso de se estender por toda a vida do usufrutuário. Morrendo este, extingue-se o usufruto; daí não ser perpétuo.

Se seu titular for pessoa jurídica, não havendo termo final certo, presume-se que sua duração seja de cem anos.

o usufruto pode, outrossim, se subordinar a condição resolutiva.

(14 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 285.) (15 Idem, ibidem.)

Implementada que seja, extingue-se o usufruto. Assim, se o usufruto for instituído a favor de certo indivíduo, até que ele se case, no momento em que se case, extinto estará o usufruto.

d) constituição - Institui-se usufruto por convenção, como nas doações, nos casamentos etc. Por testamento, por usucapião, em favor de pessoa que não o tenha adquirido do dono; por lei.

O ato de constituição está sujeito à inscrição no registro imobiliário, se recair sobre imóveis, a não ser que resulte da própria Lei, como o usufruto dos pais sobre os bens dos filhos sob o pátrio poder.

e) Direitos do usufrutuário - o usufrutuário tem a posse direta, o uso, a administração, a percepção dos frutos, mas não pode destruir a coisa, nem aliená-la.

Não pode tampouco o usufrutuário alienar seu direito de usufruto, nem a título oneroso, nem a título gratuito. Esta é outra diferença entre o usufruto e a

enfiteuse. o enfiteuta, como vimos, tem o direito de alienar seu direito de enfiteuse.

Neste ponto, o Brasil parece ter seguido a orientação do Direito Alemão. As disposições do § 1059 do BGB são absolutamente claras, assim como as disposições do art. 717 do nosso Código Civil.

§ 1.059. Der Nieflbraucb ist nicbt iibertragbar. Die Ausübung des Nieflbraucbs kann einem anderen iiberlassen werden.(16)

Art. 71w. o usufruto só pode se transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

Como se pode ver, o Direito Brasileiro, diferentemente do alemão, apenas explicitou a possibilidade de o usufrutuário alienar o usufruto ao nu proprietário, consolidando a propriedade deste.

Tal não é, porém, a orientação do Direito Francês, que admite a cessão gratuita ou onerosa (à prix d'argent) do próprio direito de usufruto.(17) Seguindo a orientação do Direito Francês, pode citar-se os Direitos Português, Espanhol, Italiano e Mexicano.(18)

(16 Tradução livre: "o usufruto não é transferível. O exercício do usufruto pode ser cedido a outrem". Doutrina a respeito, ver BÀHR, (Peter. Grundzüge. Qp.

cit., S. 359.

PLANIOL, Marcel. Traité elémentaire. Qp. cit., v. I, p. 903.

Art. 595 [Código Civil Francês]. - L'usufiutier peut jouir par lui-même, donnerá baii á un autre, même vendre ou ceder son droit á titre gratuit.

(Tradução livre: "o usufrutuário pode fruir por si mesmo, dar em locação a outrem, e até mesmo vender ou ceder seu direito a título gratuito".

(18 RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Qp. cit., v. 5, p. 287.) f) Deveres do usufrutuário - Inventariar desde logo os bens recebidos, determinando-lhes o valor. Este inventário é garantia do nu proprietário, que poderá exigir a restituição desses bens, findo o usufruto; e proteção do usufrutuário, que terá a tranqüilidade de nada ter que restituir além do que foi inventariado.

Oferecer caução real ou fidejussória de restituição. o usufrutuário deverá oferecer bens em hipoteca, penhor, anticrese ou alienação fiduciária ou, então, deverá apresentar fiador que garanta o nu proprietário da restituição dos bens.

Caso não queira ou não possa dar garantia, o nu proprietário ou terceiro administrará a coisa em favor do usufrutuário. Não haverá o dever de prestar caução, quando o instituidor for o usufrutuário. Isto ocorrerá nas doações, em que o doador se reserva o direito de usufruto. Tampouco será necessária a caução, se o nu proprietário dela dispensar o usufrutuário.

Conservar a coisa a suas custas, salvo despesas necessárias e de alto valor, que correm por conta do nu proprietário.

Pagar os encargos que recaírem sobre a coisa como tributos, foros, condomínio, seguro etc.

Defender a coisa do ataque de terceiros.

g) Extinção do usufruto

- Morte do usufrutuário, se vitalício o usufruto.

- Advento do termo, se constituído com termo final certo.

- Implemento da condição, quando subordinado a condição resolutiva.

- Consolidação, que ocorre quando o usufrutuário se torna dono da coisa.

O direito de propriedade se consolida em suas mãos. Por exemplo, o nu proprietário morre, deixando seus bens ao usufrutuário; ou o usufrutuário compra os bens do nu proprietário etc.

- Cessação da causa, se for constituído em razão de causa determinada. Se uma pessoa deixar bens em usufruto da "Santa Casa", a fim de que esta cuide de doentes cancerosos, vindo a usufrutuária a deixar de prestar este tipo de assistência, extinto estará o usufruto.

- Perecimento do objeto. Se o objeto perecer sem culpa do usufrutuário, havendo seguro, sub-roga-se o usufruto no valor da indenização. O mesmo ocorrerá se o objeto perecer por culpa de terceiro. O usufrutuário terá usufruto sobre a

indenização paga pelo terceiro.

- Culpa do usufrutuário, que aliena a coisa ou o usufruto, deixa se arruinarem os bens, deixa de cumprir condição suspensiva etc.

- Renúncia do usufrutuário a seu direito de usufruto.

- Prescrição da ação real do usufrutuário para se imitir na posse dos bens sobre os quais recaem seu direito. Supondo que uma pessoa receba em usufruto uma fazenda, que esteja na posse do nu proprietário, terá l0 ou 15 anos, conforme o art. 177 do Código Civil, para intentar ação de imissão de posse contra o nu proprietário. l0 anos, se viverem ambos no mesmo município; 15 anos, se viverem em municípios diversos. Escoado o prazo, prescreve o direito de ação, consolidando-se a propriedade plena nas mãos do nu proprietário.

2.4 Uso e habitação

Bem próximo ao usufruto, temos o uso. Tal é sua semelhança ao usufruto que, alguns autores consideram errônea a posição do Código Civil em tratar dos dois institutos separadamente. Uso seria espécie de usufruto limitado, totalmente fora de moda na atualidade.(19)

Uso, assim, seria direito real que confere ao usuário utilização gratuita e temporária de coisa alheia, para atender a necessidades suas ou de sua família.

O uso será instituído, como o usufruto, por ato inter vivos (doação, em que o doador se reserva o uso) ou mortis causa (testamento).

As limitações que sofre dizem respeito aos poderes do usuário, que se limitam à utilização que atenda a suas necessidades ou de sua família. Dessarte, não poderá ceder o exercício de seu direito, nem a título gratuito, nem, muito menos, a título oneroso. Tampouco, poderá ceder a própria coisa, objeto do uso, como pode fazer o usufrutuário. Em outras palavras, o usuário não poderá alugar ou emprestar a coisa.

O uso é, como o usufruto, temporário, podendo ser, no máximo vitalício.

Mais restrito ainda que o uso é o direito real de habitação. ocorre, quando o direito consistir em utilizar temporária e gratuitamente imóvel alheio para sua residência ou de sua família.

o art. 746 do Código Civil resume muito bem o conceito de habitação, atestando que, "quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-

la com sua família".

Devido às semelhanças entre os institutos, aplicam-se ao uso e à habitação, no que for compatível, é lógico, as disposições do usufruto.

2.5 Renda constituída sobre imóvel

Quando estudamos o contrato de constituição de renda, vimos que uma pessoa pode transferir a propriedade de imóvel à outra, ficando esta com a obrigação de pagar renda periódica a certo beneficiário.

O que caracteriza a natureza real desse direito de perceber renda, é sua vinculação a imóvel.

(19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. iV, p. 211.) As partes são, a guisa de recordação, o instituidor da renda (aquele que transfere a propriedade do imóvel), o rendeiro (que adquire a propriedade do imóvel e se obriga a pagar a renda) e o beneficiário (titular do direito real, que recebe a renda).

O beneficiário pode ser terceiro ou o próprio instituidor da renda. De qualquer jeito, é titular de direito real de renda, podendo exigir o pagamento da renda, por força da seqüela, de quem quer que venha a ter o domínio do imóvel.

Assim, se o rendeiro vendê-lo, quem adquiri-lo, salvo disposição contrária, tornar-se-á devedor da renda.

O direito real de renda só se estabelece, definitivamente, após a inscrição do contrato de constituição de renda no Registro imobiliário.

3 DIREITOS REAIS DE GARANTIA

3.1 Teoria geral dos direitos reais de garantia

Já estudamos as garantias ou cauções fidejussórias, também chamadas de garantias pessoais. São a fiança e o aval. Passemos, então, ao estudo das cauções ou garantias reais.

A noção básica dos direitos reais de garantia é bem simples, pois tão somente revela a vinculação de certo bem do devedor ao pagamento de obrigação, sem que o credor possua a fruição do bem em si. Dessa forma, uma pessoa toma empréstimo e, para assegurar o credor de que pagará a dívida, oferece bem em garantia. O

credor terá, então, direito real sobre esse bem. Vale dizer que, enquanto o devedor não saldar sua obrigação, seu direito de propriedade sobre o bem será limitado. Se por acaso alienar o bem a terceiro, o direito do credor o acompanhará, por força da seqüela.

Inadimplida a obrigação, o bem voltará ao credor das mãos de quem quer que seja.

Analisemos exemplo: "A" toma empréstimo junto a banco. Em garantia de pagamento, oferece sua casa. Antes de pagar o empréstimo, "A" vende a casa a "B".

Posteriormente, caso não seja saldado o empréstimo, o banco poderá tomar a casa de "B", por força da seqüela. Logicamente, "B" terá direito de regresso contra

"A".

O exemplo é um pouco forçado e hipotético mas, esperamos, esclarecedor.

Os direitos reais de garantia são em número de quatro. A saber, hipoteca, penhor, anticrese e alienação fiduciária em garantia.

Vejamos algumas normas aplicáveis a todos eles.

a) Requisitos de validade - A validade e eficácia das garantias reais se sujeita a determinados requisitos, condições de ordem subjetiva, objetiva e formal.

Requisitos subjetivos - o sujeito que oferece a garantia deve ser capaz. Mas não basta a capacidade genérica, ou seja, não basta idade superior a 21 anos. Além disso, é necessária capacidade negocial. Assim é que, somente o proprietário que tenha a livre disposição de seus bens, poderá oferecê-los em garantia. Ademais, sendo casado, deverá obter autorização de seu cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, segundo os arts. 235 e 242 do Código Civil.

Quanto às pessoas jurídicas, a constituição de garantia real sobre seus bens é ato da diretoria, devendo, entretanto, ser aprovado pelo órgão deliberativo maior, que pode ser o Conselho de Administração ou a Assembléia dos Sócios. Essa autorização é essencial, salvo se o contrário dispuser o contrato ou estatuto social.

Requisitos objetivos - o bem dado em garantia deverá ser possível, tanto do ponto de vista material, quanto jurídico. Dessarte, não posso oferecer em garantia lote na lua. Também não poderei oferecer em garantia coisa furtada.

Desses requisitos objetivos, quais sejam, a possibilidade material e a licitude, podemos deduzir algumas regras.

O bem oferecido em caução deve estar disponível. Só as coisas suscetíveis de alienação podem ser dadas em garantia. Existem bens inalienáveis por natureza, como o sol e alua; bens inalienáveis por força da vontade, como o bem de família; e bens inalienáveis por força de lei, como os bens públicos. Nenhum deles pode, em princípio, ser dado em garantia.

Coisas alheias não podem ser objeto de direito real de garantia. Isto porque, como vimos, só o dono pode constituí-las em caução. Se dou carro alheio em garantia de dívida minha, o ato será defeituoso, podendo ser anulado a qualquer momento, inclusive de ofício pelo Juiz. Contudo, se posteriormente vier a adquirir o carro, o defeito será sanado, valendo a garantia, como se nunca tivesse padecido de vício.

Requisitos formais - os direitos reais de garantia são instituídos por contrato, que deverá obedecer forma escrita, dentre outros requisitos. Faltando qualquer um deles, inquina-se de defeito grave a convenção, sendo ineficaz a garantia. Em outras palavras, na ausência das condições formais de validade, a garantia não

será oponível erga omnes, não se podendo falar em direito real. De nada valerá em concurso de credores, ou em processo falimentar, por exemplo. Isto porque, tanto no concurso de credores, quanto na falência, há disputa entre vários credores, uns recebendo de preferência aos outros. os credores com garantia real recebem logo depois dos credores trabalhistas, fiscais e da massa. Mas se seu direito de garantia não for oponível contra todos, por faltar-lhe requisito formal de validade, receberão em último lugar, juntamente com os credores quirografários.

Para que seja válida a garantia, gerando direito real, o contrato que a institui deverá conter:

1° o total da dívida garantida; 2° o vencimento da obrigação; 3° a taxa de juros, se houver; 4° o bem oferecido em caução, com todas as suas especificações.

Sendo o bem imóvel, o contrato deverá ser transcrito no Registro Imobiliário.

b) Efeitos - Quatro são os principais efeitos dos direitos reais de garantia: o privilégio, a seqüela, a excussão e a indivisibilidade.

Privilégio - Como dissemos há pouco, os credores com garantia real têm o direito de receber em certa ordem, quando concorrendo com outros credores sem as mesmas garantias.

Tanto no processo de falência, quanto no concurso de credores, os primeiros a receber são os titulares de créditos trabalhistas. Em segundo lugar, recebe a Receita Federal, seguida da Estadual e Municipal. Em terceiro, são pagos os encargos e dívidas da massa, ou seja, as despesas com a administração dos bens do devedor, as custas judiciais etc. Em quarto lugar, recebem os credores com garantia real. A seguir, pagam-se os credores com privilégio especial sobre certos bens do devedor como, por exemplo, o credor das despesas de salvamento, sobre a coisa salvada; depois os credores com privilégio geral, como o credor das despesas com o funeral do devedor falecido. Por fim, são pagos os credores quirografários, ou seja, aqueles que não se ajustem a nenhuma das categorias anteriores, tendo geralmente algum título de crédito, como cheque, nota promissória etc.

Seqüelot - Característica de todo direito real, a seqüela, também e principalmente, se faz sentir nos direitos reais de garantia. Se ofereço meu carro em garantia e, antes de pagar a dívida, vendo-o, o credor não pago poderá

recuperá-lo das mãos de quem quer que o tenha comprado. Afinal, a seqüela é o poder que tem o direito real de seguir a coisa, aonde quer que ela vá.

Excussão - Uma vez não adimplida a obrigação garantida, que pode o credor fazer?

Poderá ele se apoderar do bem oferecido em garantia? Evidentemente que não.

(20 concurso de credores vem a ser a "falência" dos não comerciantes, regulado pelo Código de Processo Civil.)

O procedimento a ser observado é bem diferente desse. o credor, uma vez não paga a dívida, deverá excutir o bem dado em caução. A excussão consiste na execução judicial da dívida garantida. o bem será apreendido e vendido em hasta pública; os móveis serão vendidos em leilão e os imóveis, em praça. Com o dinheiro resultante da venda pública, o credor será pago.

A razão de ser do preceito é bem simples. O valor do bem pode ser superior ou inferior à dívida. No primeiro caso, ao devedor se restitui o saldo positivo. No segundo caso, a obrigação permanece no que ficar faltando.

Mas, em nenhuma hipótese poderá o credor ficar com o bem dado em garantia? Seria errôneo dizer que não. Poderá apropriar-se do bem, se o devedor concordar. Nesse caso, haverá dação em pagamento que, como estudado, é a substituição da res debita,(21) por outra diferente de dinheiro.

Posto isso, conclui-se ser inválido o pacto comissório. Este vem a ser a convenção prévia, entre credor e devedor, conferindo àquele o direito de se assenhorar da coisa dada em garantia, na hipótese de inadimplemento. o credor só terá esse direito, caso o devedor consinta, após a concretização do inadimplemento.

Indivisibilidade - A indivisibilidade da garantia pode ser observada em dois momentos.(22)

Primeiramente, a garantia abrange todo o bem oferecido e não só parte dele. Para que apenas parte do bem seja abrangido, é necessária estipulação expressa nesse sentido. Assim, se ofereço minha casa em caução de pagamento, toda ela, inclusive o terreno e os acessórios, como benfeitorias e acessões imobiliárias serão açambarcados pela garantia. Somente se excluem as benfeitorias

facilmente destacáveis(23) e as expressamente exoneradas.

Em segundo lugar, a garantia é indivisível, no sentido de que o adimplemento parcial da obrigação não desonera o bem parcialmente. Em outras palavras, o bem continua gravado em seu todo, embora tenha havido pagamento parcial.

Isso, é lógico, salvo disposição contrária. Se o credor resolver liberar parte do bem oferecido, deverá indicar a que parte se refere.

Vencimento antecipado da obrigação garantida - Há casos em que a obrigação garantida por caução real pode ser exigida antes do vencimento. São eles: 1° Perecimento ou deterioração do objeto, sem que seja substituído ou reforçado pelo devedor. Na hipótese de o objeto estar segurado, o valor da indenização sub-roga-se na coisa destruída ou deteriorada, assistindo ao credor preferência até completo reembolso.(24)

(21 Res debita significa "coisa devida".)

(22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 229/230.) (23 Idem, p. 229.)

(24 Idem, p. 230.)

Exemplificando, se ofereço meu carro em garantia, vindo a batê-lo, e estando ele segurado, o credor terá direito de receber a indenização do seguro.

2° Falência ou insolvência do devedor. A falência é exclusiva para os comerciantes. os não comerciantes sofrem processo semelhante, chamado concurso de credores ou insolvência civil. De qualquer forma, tanto na falência, quanto na insolvência, antecipam-se todas as obrigações do devedor, devendo os credores se habilitar no processo, a fim de serem pagos na ordem acima mencionada.

3° Impontualidade do devedor no pagamento das prestações, sendo a obrigação pagável a prestações. o atraso em qualquer uma delas, justifica o vencimento antecipado de todas as demais. Mas caso o credor as receba, embora atrasadas, perderá o direito de exigir as prestações vincendas.

4° Desapropriação total ou parcial da coisa dada em garantia. Sendo a desapropriação total, o pagamento da indenização deverá ser efetuado ao credor,

até a integralização de seu crédito. Sendo parcial, o valor da indenização será entregue ao credor, continuando a parte não desapropriada gravada a favor do credor.

Tal não ocorrerá, apenas se o valor entregue ao credor for suficiente para saldar toda a dívida.

Vistas, em suas linhas gerais, as principais regras aplicáveis a todas as espécies de direitos reais de garantia, andemos a examiná-los um a um.

3.2 Direitos reais de garantia em espécie

O estudo das várias espécies de garantia real dar-se-á suprimindo-se o que já se falou sobre elas em termos genéricos. o que se aplica a todas, aplica-se a cada uma em particular.

Não adotaremos aqui a mesma ordem de exposição do Código Civil. Analisaremos cada uma das garantias, segundo seu surgimento histórico.

a) Alienação fiduciária em garantia - A alienação fiduciária em garantia foi, segundo Cretella Júnior,(25) o primeiro direito real de garantia surgido no Direito Romano. Chamada de jiducia cum creditore, tinha o grave defeito de transmitir a propriedade da coisa ao credor, o que fez com que nascesse o penhor, que não mais transferia ao credor o domínio da coisa dada em garantia.

Definição - visto, assim, brevíssimo histórico, temos que alienação fiduciária em garantia é o direito real que tem o credor sobre certo bem do devedor, em virtude do qual torna-se dono desse bem até que seja solvida a dívida, quando o direito de propriedade retornará ao devedor.

(25 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Qp. cit., p. 359.) A definição, um tanto complexa, pode ser explicada em palavras bem simples. O

devedor, em garantia da dívida, transfere ao credor a propriedade de um bem, automóvel por exemplo. Pode ou não continuar possuindo o bem; depende do que se combinar.

Normalmente, a posse fica com o devedor. Paga a obrigação, o direito de propriedade volta ao devedor. Impaga a obrigação, o credor deverá proceder à excussão do bem alienado.

É o que ocorre nos contratos de consórcio. A administradora de consórcio adquire o bem em nome do consorciado. Não pode adquirir em seu próprio nome, uma vez que o dinheiro da compra não é seu, mas do grupo. Adquirido o bem, o consorciado passa a possuí-lo, transferindo a propriedade para a administradora de consórcio até o pagamento da última parcela. Paga esta, o consorciado volta a ser dono do bem. Parece complicado, mas é eficiente, funcionando muito bem na prática.

Tutela legal - A alienação fiduciária em garantia é regulada pela Lei n. 4.728

/65, modificada pelo Decreto-Lei n. 911/69, e pela Lei n. 9.514/98. Não encontra guarida no Código Civil, sendo a razão bem simples. É que a jiducia cum creditore foi suprimida nas compilações do imperador Justiniano, editadas de 527

a 534 d.C. e, depois, denominadas Corpus Iuris Civilis. Dessarte, não teve acolhida nos sistemas de orientação romano-germânica, dentre eles, o brasileiro.

De qualquer forma, a alienação fiduciária em garantia atual é um pouco diferente da jiducia cum creditore. Nesta era feita venda simbólica do bem ao credor, ficando o vendedor com o direito de recompra, também simbólica, uma vez paga a dívida. Realizavam-se dois atos: um de compra e venda, o outro de fidúcia, ou seja, as partes pactuavam o direito do devedor de readquirir o bem alienado.(26) Na alienação fiduciária em garantia não há estes dois momentos. o próprio contrato de alienação já confere ao devedor o direito de readquirir o bem com o pagamento da obrigação garantida. Ademais, não há qualquer compra e venda simbólica.

Natureza contratual - A alienação fiduciária em garantia tem natureza contratual. É contrato em que as partes estipulam direitos e obrigações recíprocas.

O devedor transfere a propriedade de um bem ao credor, que se torna seu dono, até o pagamento integral da obrigação, quando o domínio volta ao devedor. Tal o perfil do contrato.

Desse acordo de vontades surge para o credor um direito real de garantia.

Por que real? Porque oponível erga omnes. Só o credor detém o direito sobre a coisa dada em garantia. Ninguém mais.

(26 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Qp. cit., p. 267.) Todas as outras pessoas, ou seja, todos os não titulares do direito real deverão respeitar o direito do credor. É a obrigação real dos não-titulares, correspondente ao direito real do titular.

As partes desse contrato são o devedor alienante, também chamado de fiduciante, e o credor adquirente ou fiduciário.

Objeto - o objeto da alienação fiduciária pode ser qualquer bem móvel ou imóvel, desde que durável. Na verdade, alguns autores, como orlando Gomes, (27) só admitiam a alienação de coisas móveis. Isto porque a Lei n. 4.728/65 e o Decreto-Lei n. 911/69 só regulamentam a alienação de bens móveis.

Ocorre que, em nenhum momento a Lei proibia a alienação de bens imóveis. ora, o que não é proibido é permitido. Assim, entendia a melhor doutrina ser possível a alienação fiduciária de bens imóveis, desde que excluída do mecanismo de execução especial regulamentado na Lei n. 4.728/65 e Decreto-Lei n. 911/69.~~

Com a Lei n. 9.514/98, a controvérsia findou. Foi instituído, no plano legislativo, o que, embora não proibido, carecia de regulamentação legal. A mencionada Lei dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e institui a alienação fiduciária de imóveis.

Forma - A alienação fiduciária em garantia é contrato formal, devendo ser celebrado por escrito público ou particular.

Se tiver como objeto bem móvel será pactuado de forma pública ou particular, sendo de todo modo levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos.

Ausente o registro, a alienação não ganha validade contra terceiros, ou seja, não se torna oponível erga omnes, deixando de ser direito real.

Se o bem for imóvel, o contrato de alienação deverá ser feito por escritura pública, sendo registrado no Cartório de Imóveis.

Obrigações do alienante - A primeira obrigação do alienante é a de pagar a dívida garantida pelo bem alienado.

Não sendo efetuado o pagamento, deve o alienante, que normalmente fica na posse direta do bem, entregá-lo ao adquirente, sob pena de prisão. Isto se deve

ao fato de o alienante ser considerado depositário do bem alienado. Há quem entenda não ser cabível a prisão civil, uma vez que não se trata de verdadeiro contrato de depósito. Aplicar-se a pena de prisão seria dar interpretação ampliativa ao texto constitucional, que é restritivo. É tese que dá o que pensar.

(27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 303.) (28 Idem, ibidem.)

Na verdade, a própria Lei n. 4.728/65 diz se equiparar a depositário infiel, o devedor alienante que, sem motivo justo, se nega a restituir a coisa. o que ocorre, no caso, é verdadeira apropriação indébita, cabendo, portanto, medidas criminais. A prisão civil, propriamente dita, tem o objetivo de tão somente constranger o devedor à restituição do bem, sendo relaxada, assim que ela ocorra. Dessarte, é cabível, sem dúvida alguma, desde que, repita-se, a recusa do devedor não se funde em motivo justo. Esta, aliás, a orientação do próprio Superior Tribunal de Justiça.(29)

Quando é feita a alienação, o credor adquirente passa à condição de titular da propriedade e da posse indireta do bem. o devedor alienante permanece na posse direta, não mais na condição de dono, mas na de depositário.

Vimos, ao estudarmos o contrato de depósito, que as principais obrigações do depositário são as de zelar pela coisa depositada como se fosse sua e restituí-

la assim que reclamada, sob pena de prisão.(30)

Obrigações do adquirente - o primeiro e mais importante dever do credor adquirente é o de restituir ao devedor alienante a propriedade da coisa, assim que paga a obrigação garantida.

Aliás, pelo fato de o devedor ser possuidor direto da coisa, a restituição do direito de propriedade é bem simples. Como ensina Caio Mário, "a recuperação da propriedade pelo alienante é pleno iure, como efeito da própria caracterização legal do instituto: propriedade resolúvel. Resolve-se de pleno Direito, sem necessidade de qualquer ato do adquirente ou declaração de vontade do alienante", [...] "A posse do adquirente (posse indireta) cessa automaticamente, e o alienante, que somente a tinha direta, recupera-a em toda plenitude".(31) Se não paga a obrigação, o adquirente deverá promover a venda da coisa, sendo-lhe vedado assenhorar-se dela, sem permissão do devedor. vimos que é proibida a cláusula comissória. Assim, se houver permissão do devedor, esta deve ser

verdadeira dação em pagamento, ou seja, deverá ser posterior ao inadimplemento.

Se for anterior, será considerada cláusula comissória, sendo inválida.

Se da venda da coisa, restar saldo positivo, a diferença será restituída ao devedor alienante. Se o saldo da venda for negativo, o devedor continuará devendo.

Execução do contrato - Inadimplida a obrigação garantida pelo bem alienado, o credor adquirente, proprietário fiduciário, poderá vender a coisa, satisfazendo, então, o seu crédito.

Antes de promover a venda, o credor deverá constituir o devedor em mora, seja pelo protesto do título da dívida, como por exemplo uma nota promissória, seja por notificação escrita, via cartório, de preferência.

(29 "É legitima a prisão do devedor fiduciante que, descumprindo o seu dever de fiel depositário, desvia ou perde o bem confiado á sua guarda". (STJ - 4º T -

RESP. n. 172800 - Rel. Min. Barros Monteiro - Df 28/9/98 - p. 76) (30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 305.) (31 Idem, p. 307.)

Constituído em mora o devedor, poderá ele pagar ou entregar a coisa, para que seja vendida, ou mesmo dá-la em pagamento.

Não fazendo o devedor nem uma nem outra coisa, cabe ao credor intentar ação de busca e apreensão da coisa alienada em garantia. Não encontrada a coisa, a ação de busca e apreensão será convertida em ação de depósito, sendo possível pedir a prisão do devedor, enquanto depositário infiel.

Uma vez que a coisa alienada seja entregue ao credor fiduciário, este deverá vendê-la a terceiro. A venda poderá ser judicial ou extrajudicíal, cabendo ao credor optar.

O saldo da venda poderá ser positivo ou negativo. No primeiro caso, o devedor fiduciante fará jus à diferença. No segundo, continuará devendo.

b) Penhor - o penhor foi, historicamente, o segundo direito real de garantia adotado pelo Direito Romano.(32)

Não tinha a grande desvantagem da alienação fiduciária, qual seja, não transferia ao credor a propriedade do bem oferecido em caução. o devedor entregava o bem ao credor, que o guardava na condição de depositário, até que fosse paga a dívida. Paga esta, o bem era então restituído ao devedor.

Na verdade, assim funciona até hoje o penhor. Seu mecanismo é bastante simples, gerando o conseqüente direito real de garantia, cujo titular é o credor. A relação jurídica real se estabelece entre o credor, titular, e todos os não-titulares, ou seja, todas as demais pessoas não detentoras de direito real de penhor sobre aquele bem.

De início, cumpre não confundir penhor com penhora.

Penhor, como acabamos de ver, é direito real de garantia. Penhora é ato judicial, pelo qual o magistrado ordena que os bens do devedor inadimplente sejam arrecadados para solver suas dívidas. É arrecadação judicial de bens do devedor inadimplente.

O verbo correspondente ao substantivo penhora é o verbo penhorar. Já o verbo referente ao substantivo penhor é o verbo empenhar, sendo de menos freqüente utilização o verbo apenhar.

Definição - Por tudo o que vimos acima, podemos dizer que ocorre penhor, quando o devedor, ou um terceiro em seu no~me, entrega ao credor bem móvel, livre e desonerado, em garantia da dívida.

O penhor, por sua natureza, é contrato. Contrato gerador de relação jurídica real. Só se aperfeiçoa após a tradição da coisa dada em garantia.

(32 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Qp. cit., p. 360.) Em outras palavras, o contrato de penhor só se considera celebrado, quando o devedor entrega a coisa ao credor. Este, aliás, o grande defeito do penhor. O

devedor entrega a coisa ao credor, perdendo a posse direta sobre ela. Continua sendo dono, mas perde a posse direta.

Por só se considerar celebrado, após a traditio rei,(33) dizemos ser o penhor contrato real, assim como o mútuo, o comodato e o depósito.

Objeto - o objeto do penhor deverá ser bem móvel ou suscetível de mobilização,

como uma mata de eucaliptos. o penhor envolve tanto o bem principal, como todos os acessórios que não sejam expressamente excluídos.

Portanto, se empenho meu automóvel, estarei empenhando o toca-fitas, salvo disposição contrária.

O penhor pode recair sobre coisa infungível, quando se dirá penhor regular, ou pode recair sobre coisa fungível, quando se denominará penhor irregular ou depósito em caução.

Sendo irregular o penhor, o credor, uma vez que o devedor pague a dívida, ficará obrigado a restituir coisa de mesma espécie, qualidade e quantidade. Exemplo seria sacas de arroz como objeto de penhor.

O devedor deve ser dono da coisa empenhada. Se o objeto pertencer a terceiro, este deverá autorizar expressamente a operação de penhor.

O objeto do penhor deverá ser coisa livre e desonerada, ou seja, deve ser passível de alienação. Não se pode empenhar, por exemplo, bem gravado com cláusula de inalienabilidade.

Forma - o penhor se concretiza por contrato real, celebrado entre devedor e credor, aperfeiçoando-se com a tradição da coisa. ocorre que, paralelamente, a Lei exige forma escrita. Esta pode ser pública ou particular, devendo, de todo modo, ser levada a registro em cartório, para gerar efeitos erga omnes.

Direitos do credor - Dentre os direitos do credor pignoratício, podemos apontar a posse. Por outros termos, o credor pode reter a coisa em seu poder, até o adimplemento da obrigação pelo devedor.

Outro direito do credor é o de excutir o penhor, uma vez que a obrigação vença sem ser paga. Isto quer dizer que o credor acionará a Justiça, a fim de penhorar a coisa e vendê-la em hasta pública. o saldo da venda será restituído ao devedor. Se for negativo, o devedor continuará devendo.

É lógico que a venda pode ser extrajudicial, ou pode haver dação em pagamento, caso em que o credor simplesmente se apropria da coisa. Mas, em ambos os casos, é necessária a anuência do devedor.

(33 Tradição da coisa.)

Se a coisa empenhada se deteriorar ou perecer, sem culpa do credor, este pode exigir reforço ou substituição da coisa, sob pena de vencimento antecipado da obrigação.

Cabe ao credor ressarcir-se de qualquer prejuízo oriundo de vício da coisa empenhada. O exemplo que nos fornece Caio Mário é bem elucidativo. O rebanho do credor se contamina com enfermidade portada pelo gado empenhado.(34) Por fim, salvo disposição contrária, ao credor abonam-se as despesas necessárias à conservação da coisa.

Deveres do credor - Enquanto depositário da coisa, seu possuidor direto, o credor deverá zelar por ela, como se fosse sua. Responde por todos os casos de perecimento ou deterioração advindos de culpa sua.

Satisfeita a obrigação, o credor pignoratício tem o dever de restituir a coisa ao devedor. Restitui-la com todos os acessórios.

Como já vimos, excutido que seja o penhor, a coisa será vendida e o saldo remanescente, se for positivo, deverá ser entregue ao devedor.

Penhor legal - o penhor convencional, do qual tratamos até o momento, é fruto de acordo entre devedor e credor. Além dele, admite a Lei outra espécie de penhor, chamado penhor legal. Legal porque oriundo de norma legal e não de acordo de vontades entre credor e devedor. Na verdade, cuida-se de faculdade do credor em certas situações, em que pode valer-se da garantia que lhe é conferida por lei.

. o art. 776 do Código Civil arrola os casos de penhor legal. Segundo os dizeres do Código têm penhor legal, independentemente de convenção, os hospedeiros, estalajadeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.

Assim, se um indivíduo consome em restaurante e não paga, o dono do estabelecimento terá direito de penhor, conferido por lei, sobre os móveis como casaco, relógio etc., jóias ou dinheiro. o mesmo ocorrerá em hotel, pensão, estalagem etc.

Mas não basta tomar do consumidor ou freguês os ditos bens. É essencial que,

logo em seguida, se requeira a homologação judicial do penhor, conforme os ditames dos arts. 874 a 876 do Código de Processo Civil.

O art. 776, II do Código Civil previa outra espécie de penhor legal. Era o caso do dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tivesse guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

(34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 237.) Este inciso foi revogado pela Lei n. 8.009/90 que instituiu o bem de família legal. Segundo esta lei, são impenhoráveis por dívida o imóvel residencial da família, bem como os bens móveis que o guarneçam, à exceção das obras de arte e adornos suntuosos. o parágrafo único do art. 2° acrescenta que, no caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário. .

Penhores especiais - A par do penhor convencional e do penhor legal, existem ainda várias outras modalidades especiais de penhor, criadas e reguladas por leis específicas. Dentre elas, pode-se citar o penhor agrícola, o pecuário e o industrial.

A grande peculiaridade dessas espécies de penhor é que o próprio devedor terá a posse direta sobre os bens dados em garantia.

De fato, de que valeria ao industrial o empréstimo, se tivesse que entregar ao credor seu maquinário, inviabilizando com isso sua empresa? Assim, nesses casos, admite a Lei que o devedor continue na posse direta dos bens ofertados em garantia.

Por outro lado, o contrato de penhor deverá ser escrito e levado ao Registro Imobiliário, para que gere efeitos contra terceiros.

Resta, por fim, desvendar uma questiúncula. Seria o penhor agrícola, pecuário etc. um contrato real, mesmo sem a tradição da coisa?

Pode-se defender a tese, bastando para isso pequena manobra intelectual.

Imaginando que com a celebração do contrato haja entrega fictícia dos bens ao credor que, também ficticiamente, os restituiria ao devedor para guardá-los, teríamos aí tradição ficta, permanecendo o contrato na categoria dos contratos reais.

Caução de títulos de crédito - o devedor pode oferecer em garantia um título de crédito (ex.: ações de uma companhia) de que seja titular. Nesse caso, teremos a caução de títulos de crédito, regulada pelos arts. 789 e seguintes do Código Civil.

Vejamos exemplo: João é credor de Manoel. A dívida é representada por nota promissória. Por outro lado, João é devedor de José. Em garantia de pagamento, João entrega a José, mediante endosso, a nota promissória emitida por Manoel.

Caso João não pague, José poderá agir contra Manoel, como se fosse o titular original da nota promissória.

Vemos, no caso, três partes: o devedor do título (Manoel), o credor caucionário (José) e o credor caucionante (João).

O devedor do título deve ser intimado da caução, a fim de que não realize qualquer pagamento ao credor caucionante.

Paga a obrigação, o credor caucionário deverá restituir o título ao credor caucionante.

Extinção do penhor - Várias são as causas que levam à extinção do penhor. A primeira delas, a mais natural, é a extinção da própria dívida.

Como vimos, o acessório segue o principal. Por conseguinte, extinta a obrigação principal, o penhor, que lè era acessório, também se extinguirá.

Mas e se a obrigação principal for novada? Neste caso, o penhor se extinguirá, salvo disposição contrária. Exemplificando: João deve a José $100,00. Vendo-se impossibilitado de pagar tudo de uma só vez, João propõe a José pagar $120,00 de três vezes. Aceita e formalizada a proposta, a obrigação de pagar $100,00 se extingue, sendo substituída pela de pagar $120,00 de três vezes. ocorreu, no caso, novação objetiva. Se a obrigação de pagar $100,00 era garantida por penhor, este se extingue com a novação, salvo se o contrário for combinado, quando do acordo.

Extinto o penhor, o bem empenhado deverá ser restituído ao devedor.

Havendo sub-rogação, a dívida antiga não se extingue, transferindo-se, juntamente com seus acessórios, dentre eles o penhor, para o novo devedor. Se,

por exemplo, fiador paga por seu afiançado, sub-roga-se nos direitos do credor, assumindo inclusive a titularidade dos direitos acessórios, como o penhor.

Anulada ou prescrita a obrigação principal, extingue-se, conseqüentemente, o penhor.

Extingue-se o penhor pelo perecimento do objeto.

Se o perecimento for atribuível a culpa do credor pignoratício, deverá ele indenizar o devedor, resolvendo-se o penhor. Se a culpa for do próprio devedor ou se fortuito o perecimento, o penhor se extingue, mas o credor poderá exigir a substituição da coisa. Se o devedor a tanto se negar, poderá o credor exigir o pagamento antecipado da obrigação.

Por fim, se o objeto perecer por culpa de terceiro, este deverá indenizar o devedor pignoratício, dono da coisa. De qualquer forma, o penhor se sub-roga no valor da indenização. Em outras palavras, o credor terá como garantia o valor pago a título de indenização.

O mesmo ocorre na hipótese de desapropriação. Quando o Estado desapropria bem particular, é obrigado a pagar a seu dono indenização. Esse valor passará a ser a garantia do credor pignoratício.

O penhor ainda se extingue pela renúncia. Cumpre, porém, distinguir duas hipóteses:

1º o credor renuncia apenas ao penhor. Neste caso, a dívida garantida permanece intacta.

2º o credor renuncia à dívida principal, garantida pelo penhor. Como o acessório segue o principal, extingue-se o penhor.

A confusão também será causa extintiva do penhor. ocorrerá confusão, quando o credor pignoratício vier a se tornar dono da coisa empenhada, ou quando o devedor pignoratício se tornar credor de si mesmo.

Vejamos dois exemplos.

João é credor de José. Guarda como garantia da dívida jóia de José. Suponhamos que José morra, deixando a jóia para João. ora, o penhor se extingue e João

poderá ficar com a jóia, exigindo dos outros herdeiros o pagamento da obrigação, antes garantida pela jóia. Como vimos, extinguiu-se o acessório, mas não o principal.

João é credor de José. A garantia dada foi também uma jóia. Supondo que João morra, deixando José como único herdeiro, teremos que José será credor de si mesmo, operando-se, pois, a confusão. Neste caso, extingue-se a obrigação principal e, conseqüentemente, o penhor, que lhe era acessório.

Extingue-se o penhor pela adjudicação, pela remissão ou pela venda amigável.

Adjudicação é a aquisição da propriedade por via judicial. Sendo a coisa empenhada posta à venda em hasta pública, desde que ninguém dê bom preço, poderá ser adjudicada ao credor, extinguindo-se, assim, a obrigação principal e o penhor.

Dentro dos limites da Lei Processual, terceiros poderão remir o penhor, pagando a dívida e ficando com a coisa empenhada. observem que o verbo é remir e não remitir. Remitir é perdoar, remir é resgatar. Segundo os puristas, o substantivo de remir é remição. Já o substantivo de remitir será remissão.

Não paga a obrigação, a coisa empenhada poderá ser vendida extrajudicialmente, de forma amigável, desde que o devedor consinta, ou desde que haja previsão contratual. Vendida a coisa, extingue-se, naturalmente, o penhor. o dinheiro que se apurar será utilizado para pagar a dívida. o saldo remanescente, se positivo, será restituído ao devedor; se negativo, importará continuidade da dívida.

O penhor pode ser dado por prazo certo. Advindo o termo final do prazo, extingue-se o penhor.

Por último, extingue-se o penhor pela resolução do direito do empenhante sobre a coisa empenhada, como no caso de evicção, por exemplo. Evicção é a perda de uma coisa, por força de sentença judicial, em favor de quem detinha direito anterior sobre ela.

Vejamos exemplo: João entrega a Pedro seu carro em penhor.

Posteriormente, é acionado judicialmente por Joaquim, que prova ser o verdadeiro dono do veículo, que lhe teria sido furtado. Por força da evicção, João perde o carro em favor de Joaquim. Sendo o automóvel restituído a Joaquim,

extingue-se o penhor que deverá, todavia, ser renovado por João.

c) Hipoteca - o direito real de hipoteca foi, segundo os doutores,(35) o último dos direitos reais de garantia a surgir. (35 CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Qp. cit., p. 361.)

Primeiro, criou-se a alienação fiduciária em garantia, que trazia como desvantagem o fato de o devedor perder tanto a propriedade quanto a posse direta do bem oferecido em caução. O penhor, segundo a surgir, tinha a desvantagem de perder o devedor a posse do bem, mantendo, todavia, seu domínio. A hipoteca, por sua vez, veio a superar ambas as desvantagens. O devedor oferecia um bem em garantia, não perdendo-lhe nem a posse nem a propriedade. É lógico que, por ser tão vantajosa para o devedor, a hipoteca recaía, habitualmente, sobre bens de difícil, para não dizer, de impossível destruição, deterioração ou mesmo desfazimento. Em outras palavras, os bens hipotecados eram aqueles dos quais o devedor não pudesse desfazer-se facilmente, uma vez que mantinha-lhes tanto a posse quanto a propriedade. Daí recair a hipoteca quase sempre sobre imóveis. E

assim é até hoje; o que não significa, porém, que a hipoteca seja instituto exclusivo dos bens imóveis, haja vista que navios e aviões, bens móveis por natureza, são hipotecáveis, em nossa sistemática.

Definição - Introduzida a questão, pode definir-se hipoteca como sendo a modalidade de garantia real que confere ao credor direito real sobre bem, em regra imóvel, do devedor, o qual permanece em sua posse e domínio.

Requisitos de validade

Objetivo - o objeto da hipoteca é, como regra, bem imóvel, no comércio.

Em outras palavras, deve ser passível de alienação por quem o oferece em garantia.

O tráfego negocial, todavia, determinou a necessidade de que alguns bens móveis pudessem ser objeto de hipoteca, sem, contudo perder sua natureza móvel.(36) É o caso dos navios e aviões.

É, entretanto, a Lei que elenca, no art. 810 do Código Civil, os bens hipotecáveis. Assim, os imóveis, aí compreendidos os que o são por natureza, ou

seja, o solo e tudo o que nele esteja construído ou em construção. Também se incluem os acessórios naturais do solo, como plantas e minerais, estejam na superfície ou no subsolo.

Na verdade, as minas se sujeitam a regime especial. As jazidas minerais são propriedade distinta do solo, pertencentes à União. O dono do solo tem apenas o direito preferencial de explorá-las. Concedido pelo Governo o direito de exploração, seu titular poderá hipotecar as instalações fixas da mina. A concessão governamental poderá ser objeto de hipoteca, desde que seja averbada no Livro de Registro de Concessão da Lavra.(37)

(36 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 255.) (37 Idem, p. 258.)

Mais atrás, estudamos a enfiteuse, vendo que se trata do direito perpétuo de usar imóvel alheio, mediante o pagamento de foro anual. Ao enfiteuta pertence o chamado domínio útil e ao senhorio, o domínio direto. Tanto um, quanto outro, ou seja, tanto o domínio útil, quanto o direto podem ser hipotecados.

São, por fim, objeto de hipoteca as estradas de ferro, seja toda sua extensão ou apenas um ou outro trecho. A inscrição hipotecária no Registro Imobiliário, nesse caso, se fará no município sede da estação inicial.

Subjetivo - Só o dono pode hipotecar. Mas não basta ser dono. Além disso é necessário o poder genérico para a alienação de seus próprios bens e a capacidade de fato. Assim, somente o dono, capaz, que possa alienar seus bens, poderá dá-los em hipoteca. o falido, por exemplo, não pode.

Ademais do falido, as pessoas casadas não poderão hipotecar seus bens sem a autorização de seu cônjuge. Esta autorização é absolutamente necessária, independentemente do regime de bens do casamento.

Os condôminos de coisa indivisa só poderão hipotecá-la em seu todo, com a autorização dos demais.

Os incapazes, seja relativamente ou absolutamente, bem como os concordatários não poderão hipotecar seus bens, a não ser com autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Formal - A hipoteca será fruto de contrato entre credor e devedor ou emanará da

Lei. Seja qual for o caso, haverá um documento em que se consubstanciará.

Este documento é o título em que a hipoteca será especializada.

Especializar a hipoteca é especificar, em todos os detalhes possíveis, o bem que se está hipotecando e a dívida que se está garantindo pela hipoteca. Não se admite, atualmente, em nosso Direito, a chamada hipoteca geral. Toda hipoteca tem que ser especializada, para que se determine o bem, destacado do resto do patrimônio do devedor, assim como a dívida que se deseja garantir.

Especializada a hipoteca, será ela inscrita no Registro Imobiliário, na Capitania dos Portos ou no DAC - Departamento de Aviação Civil.

A inscrição é o momento culminante da hipoteca. É o momento em que se constituiu enquanto direito real, oponível erga omnes. É a inscrição que lhe confere publicidade, tornando-a direito real, exigível de todos.

Efeitos da hipoteca

Quanto ao devedor - o devedor terá limitados seus direitos sobre o bem hipotecado. Não poderá, por exemplo, constituir outro direito real sobre o mesmo bem, em desrespeito à hipoteca. Poderá, todavia, constituir segunda hipoteca sobre o bem já hipotecado, em favor do mesmo ou de outro credor, desde que o valor do bem seja suficiente para cobrir a primeira hipoteca. o segundo credor hipotecário terá que se contentar com as sobras.

Não está o devedor impedido de vender o bem gravado de hipoteca. o credor hipotecário fica protegido. Não nos esqueçamos que a hipoteca é direito real, oponível erga omnes. Dessa forma, se o devedor vender o bem e não pagar a dívida, o credor poderá excutir a hipoteca nas mãos do adquirente. Isso se deve à publicidade que a inscrição confere ao direito real. Em outras palavras, o adquirente do bem gravado, não poderá alegar que desconhecia o gravame.

O devedor não perde a posse do bem, como no penhor. Aliás este é o traço que, historicamente, diferenciou penhor de hipoteca.

Vimos, anteriormente, que, como regra, o credor não pode ser compelido a receber antes do vencimento, a não ser nas relações de consumo. Em todo caso, não estará o credor obrigado a receber a antecipação em parcelas. Se, porém, for credor hipotecário, estará obrigado a receber antecipadamente, mesmo que seja

em parcelas. o máximo que poderá exigir do devedor é que a amortização não seja inferior a 25% do valor inicial da dívida.

Quanto ao credor - vencida a obrigação e não paga, poderá o credor excutir a hipoteca, intentando ação hipotecária, conforme os arts. 566 e seguintes do Código de Processo Civil ou conforme o Decreto-Lei n. 70/66. Era suma, o bem será penhorado e vendido em hasta pública. Com o que se apurar da venda será, então, pago o credor. Diga-se de passagem, que o contrato de hipoteca é título executivo extrajudicial.

Quanto à relação jurídica - A hipoteca pode ser estipulada por prazo determinado ou indeterminado. De qualquer forma não ultrapassará trinta anos.

Admite-se seja prorrogada, dentro do período máximo de trinta anos, sem necessidade de outra contratação. Basta averbar a prorrogação na margem do registro.

Os outros dois efeitos quanto à relação jurídica em si mesma são a preferência e a seqüela.

O credor hipotecário terá preferência em relação aos credores pignoratícios, anticréticos e quirografários. Vale dizer que, havendo concurso de credores, seja em processo de falência ou de insolvência civil,(38) o credor hipotecário terá preferência para receber seu crédito, tanto em relação aos credores com garantia real não hipotecária, como em relação aos credores ditos quirografários.(39)

(38 insolvência civil é o processo de "falência" do não comerciante, previsto no Código de Processo Civil.)

(39 Credores quirografários são aqueles credores que só têm um documento representando seu crédito, sem qualquer outra garantia.) É credor quirografário, por exemplo, aquele que só tem a apresentar um cheque emitido pelo devedor.

A seqüela é característica de todo direito real. Este segue o bem, aonde quer que vá. Assim, se o bem hipotecado for alienado, o credor poderá excutir a hipoteca nas mãos do adquirente que, supõe-se, tinha conhecimento do ônus hipotecário.

Quanto a terceiros - o primeiro efeito é a oponibilidade erga omnes. Uma vez inscrita no registro competente, de regra o imobiliário, a hipoteca adquire publicidade. Significa que ninguém poderá alegar desconhecê-la, para se

proteger da ação do credor hipotecário, cujo direito acompanha a coisa, sendo exigível de todos.

Dessarte, se alguém compra imóvel hipotecado, poderá estar correndo o risco de perder o imóvel, caso a dívida hipotecária não seja adimplida. o credor hipotecário tem direito de excutir a hipoteca, esteja o bem nas mãos de quem estiver.

Quanto ao bem gravado - Uma vez instituída, a hipoteca acompanha o bem, esteja ele nas mãos de quem estiver. Ademais, abrange as benfeitorias ou acessões, salvo disposição contrária.

Quanto aos acessórios do crédito - o crédito pode ter acessórios como juros, correção monetária, custas judiciais, honorários de advogado etc. É opinião dominante que a hipoteca garante não só o principal, mas também os acessórios. (40)

Remição hipotecária - Remição hipotecária é o ato pelo qual se libera o bem da hipoteca, normalmente, pagando-se ao credor hipotecário.

Podem remir a hipoteca o adquirente do imóvel hipotecado, o credor da segunda hipoteca e o próprio devedor ou seu cônjuge, descendente ou ascendente.

Cumpre não confundir remição com remissão e remir com remitir. Remição significa liberar (aqui da hipoteca). o verbo é remir (Eu redimo, Tu redimes, Ele redime, Nós remimos, vós remis, Eles redimem). Remissão, por outro lado, significa perdão. o verbo é remitir ou perdoar. Na verdade, os dicionários admitem uma palavra pela outra. Apenas, por questão de uniformidade e diferenciação prática, adotamos "remição/remir", no sentido de liberar, e "remissão/remitir", no sentido de perdoar.

Hipoteca legal - Assim como no penhor, também na hipoteca, a Lei determina que se hipoteque imóvel de certas pessoas em garantia de certas obrigações. Em tais casos, a hipoteca não será fruto de contrato. Sua fonte não será acordo de vontades, mas a própria Lei que, diante da ocorrência de determinado fato, constitui hipoteca sobre imóvel de certas pessoas.

Os casos ensejadores da chamada hipoteca legal, ou seja, os fatos geradores da hipoteca legal são, basicamente, oito.

Em primeiro lugar, a mulher tem hipoteca legal sobre os imóveis do marido para garantir o dote e outros bens seus sujeitos à administração marital.

Em segundo lugar, o filho incapaz tem hipoteca legal sobre os imóveis dos pais que lhe administram os bens.

O filho tem hipoteca legal sobre os imóveis de seu genitor que contrair novo matrimônio, antes de realizar a partilha dos bens do casamento anterior.

Os pupilos e curatelados têm hipoteca legal sobre os imóveis do tutor ou curador.

O Tesouro Federal, Estadual ou Municipal tem hipoteca sobre os imóveis de seus agentes encarregados da arrecadação ou administração de suas receitas.

O ofendido tem hipoteca sobre os imóveis do ofensor, para a satisfação do dano causado pelo delito.

A Fazenda Pública tem hipoteca legal sobre os imóveis do delinqüente, para assegurar o pagamento da pena pecuniária e custas processuais.

Por fim, o herdeiro prejudicado tem hipoteca legal sobre o imóvel que haja sido entregue a outro herdeiro, para garantir a diferença. Suponha-se que duas pessoas recebam de herança imóvel de difícil divisão. Na partilha, fica acertado que o herdeiro "A" fica com o imóvel, repondo ao herdeiro "B" a diferença. o herdeiro "B" terá hipoteca legal sobre o imóvel, até que lhe seja paga a diferença.

Vistos os casos de hipoteca legal, cabe acrescentar que também ela deverá ser especializada e inscrita no Registro Imobiliário. A especialização se fará em juízo, encerrando-se com decisão discriminativa dos bens gravados. Esta decisão será, então, apresentada ao oficial do Registro Imobiliário, promovendo-se, assim, a inscrição.

Hipoteca judiciária - Já vimos anteriormente que o patrimônio do devedor responde, de uma maneira geral, por suas obrigações. Se o credor quiser destacar um bem desse patrimônio, como garantia extra, poderá servir-se da hipoteca, do penhor ou de outra caução real. Mas e se o credor não possuir qualquer direito real de garantia sobre um bem específico do patrimônio do devedor? Neste caso, todo o patrimônio do devedor servirá de garantia, correndo o credor o risco de ser este patrimônio negativo, ou seja, o credor correrá o risco de o devedor não

possuir qualquer bem. outro risco que o credor corre é que, concorrerá, sem qualquer preferência, junto com os outros credores.

Em situações como essa, qual seja, em que o credor, vitorioso em ação contra o devedor, não disponha de qualquer garantia especial, é que surge a hipoteca judiciária ou judicial.

Na verdade, é instituto pouco utilizado, tendo sido mesmo suprimido em alguns países, como a Bélgica.(40)

Quando o credor sai vitorioso em ação contra o devedor, significa que este foi condenado a entregar àquele alguma coisa ou certa quantia em dinheiro. Se o devedor não cumprir a condenação espontaneamente, poderá o credor executar seu patrimônio, penhorando seus bens para satisfazer o crédito.

Mas que tem a ver a hipoteca com tudo isso?

Supondo que a execução da sentença condenatória contra o devedor seja demorada, o credor pode querer se garantir contra qualquer ato fraudulento do devedor. o devedor pode, por exemplo, vender seus bens; e até que se prove ter ocorrido fraude de execução, a fim de se anular a venda, pode transcorrer muito tempo e ser gasto muito dinheiro. A hipoteca judiciária vem, então, a calhar.

Vendo o credor que o processo de execução pode se delongar, requer seja destacado um imóvel do patrimônio do devedor para lhe servir de garantia que, findas as controvérsias judiciais, haverá o que penhorar. O Juiz manda, então, que se apresente imóvel do devedor. Procede-se, em seguida, à especialização e à inscrição, como se fosse hipoteca comum. Inscrita a hipoteca, o credor terá direito real de garantia sobre o dito imóvel, podendo penhorá-lo, ainda que seja alienado a terceiros, sem precisar provar ter havido fraude de execução.

Por fim, cabe esclarecer, que a hipoteca judiciária não confere ao credor direito de preferência, se vier a concorrer com outros credores. A hipoteca judiciária é, por isso, direito real de garantia incompleto, uma vez que gera a seqüela, mas não a preferência. Em outras palavras, a hipoteca judiciária é oponível erga omnes, menos aos co-credores.

Extinção da hipoteca - A hipoteca se extingue pelo desaparecimento da obrigação que garante. Afinal, a relação hipotecária é acessória e segue a relação principal, que cauciona.

Extinta a principal, extingue-se a acessória. E como se extingue a relação principal? Por exemplo, pelo pagamento. Uma vez que o devedor pague o que deve ao credor, o imóvel hipotecado se libera do gravame.

Extingue-se ainda a hipoteca se o bem hipotecado perecer. o imóvel pode ser invadido pelas águas de represa, ou o avião pode ser destruído em desastre.

Neste caso, a hipoteca se extingue, ficando o credor com o direito de exigir nova garantia, sob pena de vencimento antecipado da obrigação.

Havendo desapropriação, o credor terá como garantia o valor da indenização paga pelo Poder Público.

(41 DE PAGE, Henri. Traité élémentaire de droit civil belge. 2. éd., Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1957, t. Vil, p. 339 et seq.) Outra razão de extinção seria a perda do domínio sobre a coisa pelo devedor.

vejamos um caso: uma pessoa recebe imóvel em doação. Hipoteca o imóvel.

Posteriormente, a doação é revogada. Se a doação é revogada, vale dizer que o devedor deixou de ser dono do imóvel, extinguindo-se, em consequência, a hipoteca que sobre ele havia constituído.(42)

É lógico que o credor poderá exigir nova garantia, sob pena de vencimento antecipado da obrigação.

O credor pode renunciar à hipoteca, caso em que se extinguirá. Pode também haver remição hipotecária, outra causa extintiva, que analisamos ainda há pouco.

A hipoteca poderá ser anulada por algum defeito de ordem subjetiva, material ou formal.

A prescrição da ação do credor contra o devedor implicará extinção da hipoteca.

Se o bem hipotecado for usucapido, também cessa a hipoteca.

Excutida a hipoteca e penhorado o imóvel, será ele praceado, ou seja, vendido em hasta pública. Arrematado que seja por quem der maior lance, extingue-se imediatamente a hipoteca. É evidente que o credor hipotecário deverá ter ciência da praça,(43) se a penhora não houver sido promovida por ele mesmo.

Por fim, termina a hipoteca pela perempção do registro, o que ocorre após trinta anos de sua efetivação. É o chamado usucapião da liberdade."

d) Anticrese - Muito não há que falar da anticrese, por ser instituto em franco desuso, extinta mesmo em algumas legislações.

No Brasil, elenca-se entre os direitos reais de garantia, mais por tradição e insistência do legislador do Código Civil, que por razões de ordem prática.

Definindo-a em poucas palavras, pode-se dizer que haverá anticrese, quando o devedor oferecer em garantia as rendas de imóvel. Para que nasça o direito real é necessária a transcrição do título constitutivo(44) no Registro Imobiliário.

Impaga a obrigação, poderá o credor tomar posse do imóvel, administrando-o, a fim de obter renda. Poderá nele plantar, criar animais, poderá alugá-lo etc.

Com a renda auferida será paga a dívida.

O credor, enquanto administrador de coisa alheia, se bem que em seu próprio proveito, deve contas ao devedor. Este poderá fiscalizar a administração do credor, exigindo que seja eficaz, uma vez que é com o resultado dessa gerência que a dívida será paga. Adimplida a obrigação, extingue-se a anticrese.

(42 BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Qp. cit)

(43 Venda de imóveis em hasta pública.)

(44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Qp. cit., v. IV, p. 291.) (45 Contrato pelo qual se constituiu a anticrese.)

4 DIREITOS REAIS DE AQUISIÇÃO

Dentre os direitos reais sobre coisas alheias, assoma-se terceiro grupo, além dos diretos reais de uso e fruição e dos direitos reais de garantia. Sãos os direitos reais de aquisição, que conferem a seu titular a faculdade de adquirir imóvel alheio.

Em nosso direito, encontram-se dois: a promessa irretratável de compra e venda de imóvel e a retrovenda.

4.1 Promessa irretratável de compra e venda de imóvel

Já estudamos acima, na teoria geral dos contratos, o contrato preliminar ou promissório. Espécie sua é a promessa de compra e venda de imóvel, a qual, verificados alguns pressupostos gera, a favor do promitente comprador, o direito real de adquirir o imóvel objeto do contrato.

Segundo o art. l ° da Lei n. 649/49, "os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real, oponível a terceiros, e lhes confere o direito de adjudicação compulsória". A Lei n. 6.766/79 criou o mesmo direito nos contratos referentes a imóveis loteados.

Em poucas palavras, se duas pessoas celebram contrato de promessa de compra e venda de imóvel, preenchidos os requisitos legais, o comprador terá direito real de aquisição referentemente ao imóvel. Isso eqüivale a dizer que, se o vendedor desistir, na hora de assinar a escritura pública de compra e venda, que nada mais é que o contrato definitivo de compra e venda, o comprador poderá requerer ao Juiz a outorga da escritura com a conseqüente adjudicação do imóvel.

Adjudicação, como já vimos, é a aquisição da propriedade por ato judicial.

Para que o comprador tenha esse direito são essenciais alguns requisitos. Assim é que o contrato promissório não poderá conter cláusula de arrependimento, deve ter sido assinado pelo vendedor e seu cônjuge e deve ter sido inscrito no Registro Imobiliário. verificadas essas condições, instituído estará o direito real de aquisição.

4.2 Retrovenda

Outro instituto que entendemos ser direito real de aquisição é a retrovenda.

É direito real impróprio, uma vez que como tal não é considerado expressamente pela Lei. Além disso, nenhum autor a ela faz alusão. Tudo isso sem sentido, a nosso ver, visto que a retrovenda tem todas as características de verdadeiro direito real.

A retrovenda é cláusula especial que pode figurar no contrato de compra e venda

de imóvel, conferindo ao vendedor o direito de readquirir o imóvel, desde que restitua ao comprador o preço mais as despesas.

Uma vez inscrito no Registro Imobiliário, o contrato com a cláusula de retrovenda gera para o vendedor direito real de aquisição, oponível erga omnes.

Outra não pode ser a interpretação do art, 1.142 do Código Civil: "na retrovenda, o vendedor conserva sua ação contra os terceiros adquirentes da coisa retrovendida, ainda que eles não conhecessem a cláusula de retrato".

Em outras palavras, se o comprador revender o imóvel, quem quer que o adquira terá que respeitar a cláusula de retrato ou retrovenda.

Em que pese o fato de a Lei não atribuir á retrovenda o caráter específico de direito real, vemos que nela estão presentes todas as características necessárias para que seja como tal considerada. É, quando nada, contrato com eficácia real.

Capítulo XVII - DIREITO DE FAMÍLIA

1 - Introdução

2 - Casamento

2.1 Definição

2.2 Natureza jurídica

2.3 Caracteres jurídicos

2.4 Finalidades

2.5 Casamento civil e religioso

2.6 Habilitação para o casamento

2.7 Impedimento matrimoniais

2.8 Celebração do casamento

2.9 Prova de casamento

2.10 Efeitos do casamento

2.11 Regimes de bens

2.12 Extinção do casamento

2.13 Casamento inexistente

2.14 Casamento irregular

2.15 Casamento putativo

3 - Concubinato

4 - Parentesco

4.1 Espécies de parentesco

4.2 Graus de parentesco

5 - Filiação

5.1 Presunção de paternidade

5.2 Prova de maternidade

5.3 Prova pela posse do estado de filho

5.4 Contestação da paternidade

5.5 Impugnação ou desconhecimento da paternidade

5.6 Contestação de maternidade

5.7 Ação de vindicação de estado

5.8 Ação de investigação de paternidade

5.9 Reconhecimento da paternidade

5.10 Adoção

6 - Pátrio poder

6.1 Definição

6.2 Conseqüências do pátrio poder à pessoa dos filhos

6.3 Conseqüências do pátrio poder quanto aos bens dos filhos 6.4 Cessação do pátrio poder

6.5 Suspensão do pátrio poder

6.6 Perda do pátrio poder

7 - Tutela

7.1 Definição

7.2 Nomeação do tutor

7.3 Espécies de tutela

7.4 Incapacidade para o exercício da tutela

7.5 Pessoas que podem se escusar da tutela

7.6 Exercícios da tutela

7.7 Cessação da tutela

7.8 Prestação de contas

8 - Curatela

8.1 Definição

8.2 Nomeação do curador

8.3 Prestação de contas

9 - Alimentos

9.1 Definição

9.2 Sujeito ativo e passivo de alimentos

9.3 Prestação de alimentos

DIREITO DE FAMÍLIA

1 INTRODUÇÃO

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado.(1)

No Ocidente, a família e tudo o que gira em torno dela nem sempre foram como hoje. Para traçar parâmetro, devemos retroagir no tempo em busca de nossas raízes greco-romanas. Tanto na cultura grega, quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual.

Para nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos, sob a liderança do pai, a família era conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes.(2)

As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

O pater-famiiia, era, assim, senhor absoluto da domus.(3) Era o sacerdote que

presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Com o passar dos séculos, o poder desse pater-famiiias deixou de ser tão absoluto assim. Não obstante, a estrutura familiar continuou sendo extremamente patriarcal.

A adoção do catolicismo em nada mudou essa estrutura. Muito pelo contrário, adicionou a ela toda uma carga de patriarcalismo puritano, herança direta do judaísmo pauliano.

Com o tempo, porém, o patriarcalismo ocidental vê suas estruturas se balançarem, principalmente após as revoluções modernas e a vitória do livre pensar nos países democráticos. O golpe fatal ocorre nos idos de 1960, com a chamada (1 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, passim.)

(2 A clientela era formada por homens livres, normalmente escravos libertos e estrangeiros, que se submetiam ao poder de um senhor, oferecendo-lhe seus préstimos e seu patrimônio, em troca de proteção. A clientela desapareceu em Roma no período republicano isto a.C.- a 27 a.C.)Pai de família. Era o pai, senhor absoluto de sua família.)

(3 Domus significa casa, no sentido de célula familiar. Houseboid em inglês.) Revolução sexual, em que a mulher reclama, de uma vez por todas, posição de igualdade perante o homem. Reclama, enfim, um lugar ao sol.

É também a Revolução sexual que põe em cheque os padrões morais da sociedade ocidental.

Os gregos e, principalmente os romanos, berço de nossa civilização, podem, de um modo geral, denominar-se liberais relativamente aos costumes e à religião.

Em poucas palavras, a cultura antiga praticava o ecumenismo religioso e era muito liberal em termos de costumes, isso se comparada à cultura puritana que prevaleceu desde a Idade Média, até a Revolução sexual dos anos 60.

A adoção do catolicismo introduziu dois elementos estranhos: o puritanismo judaico e a ditadura religiosa.

O puritanismo judaico, fruto talvez da doutrina de são Paulo,(4) censurou os costumes, procurando alinhar os homens dentro de estritos [imites morais. O

resultado, como podemos nós mesmos verificar, foi o império absoluto da hipocrisia.

O homem era e é instigado ao sexo, enquanto a mulher era instigada ao puritanismo. A contradição é óbvia. Como poderia o homem praticar o sexo em abundância, como era instigado desde a infância a fazer, se à mulher eram proibidos o prazer e o sexo fora do casamento? Com quem haveria o homem de se deitar?

A resposta é evidente: com prostitutas ou com outros homens.

Mas tanto a prostituição, quanto o homossexualismo eram severamente censurados. Quanta complicação, quanto tabu, quanto preconceito, quanta hipocrisia em torno de algo tão simples e natural: o sexo.

Foi somente após a Revolução sexual dos anos 60 de nosso século XX, que as coisas começaram a melhorar.

Em primeiro lugar, a Igreja Católica começa a rever sua doutrina em busca do verdadeiro cristianismo; aquele do amor ao próximo e da responsabilidade. A única regra moral é a do amor ao próximo. Tudo o que não ferir esta norma é moral, é permitido ou, quando nada, tolerado. O ser humano é responsável por seus atos e por seu destino. Cada indivíduo tem livre arbítrio sobre sua vida e seus caminhos.

Talvez, por isso mesmo, por estar se voltando para o verdadeiro cristianismo, dando aos homens a oportunidade de se amarem livremente e atribuindo-lhes toda a responsabilidade por seu destino, talvez por isso, a Igreja Católica venha perdendo adeptos para igrejas de perfil medieval, como as que vemos proliferar a todo momento, em todo canto. Parece que as pessoas não conseguem viver livres, sem a sombra do pecado, sem os grilhões do demônio. Em certos cultos pentecostais, fala-se mais do diabo que de Deus.

(5 KERSTEN, Holger. Jesus iebte in Indien. München: Dròmer/Knaur, 1983, S.

34/35.)

Fato é, porém, que a família contemporânea mudou, apesar das forças reacionárias.

Embora continue patriarcal a sociedade, o homem, hoje, já não exerce mais a liderança absoluta em sua casa. O papel da mulher se torna cada vez mais ativo e importante. O sustento do lar é provido por ambos; os papéis ativo e passivo se revezam. Em outras palavras, ora manda o homem, ora manda a mulher. Depende do assunto e do momento.

Daí, pode-se muito bem conjecturar que, na atualidade, masculino e feminino sejam, talvez, antes de tudo, papéis exercidos por cada um de nós, em diferentes conjunturas. Na verdade, se levarmos em conta que masculino é o que manda, é o ativo e feminino o que obedece, o passivo, verificaremos que nem sempre será o homem a exercer o papel masculino e a mulher o feminino. Muitas das vezes pode observar-se certo revezamento de papéis. Ora manda o homem, ora a mulher. Há também e ainda as distorções, ou seja, há casais em que o homem sempre manda e a mulher sempre obedece, ou vice-versa.

Com base nessa tese de que masculino e feminino, ativo e passivo respectivamente, são na verdade papéis exercidos por homens e mulheres de modo alternado, com base nisso, a concepção de família vem mudando. Há ordenamentos jurídicos que já reconhecem a união entre indivíduos do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo-lhe proteção legal adequada. Devemos ter em mente que, se por um lado o sexo genital é o mesmo, por outro lado os papéis desempenhados pelo casal são diferentes, ou seja, masculino e feminino, alternadamente, ora por um, ora por outro.(6)

No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito.

A Constituição Federal de 1988 considerou célula familiar a união estável entre homem e mulher ou entre qualquer um dos pais e seus descendentes. Com isso, deu-se o pontapé inicial para nova visão de família. Em outras palavras, o primeiro passo foi dado: desvinculou-se família de casamento. Dado o primeiro passo, o terreno tornou-se fértil para novos avanços, e o legislador não perdeu tempo. Duas novas Íeis, uma em 1994 e outra em 1996, foram editadas para regulamentar e dar proteção ao concubinato puro, não adulterino. Outras ainda virão, em seu devido tempo, a despeito da ferrenha oposição de alguns retrógrados e de outros tantos falsos profetas.

Mas qual seria o futuro da família ocidental?

Responder a essa pergunta é impossível. As injunções históricas são as mais sub-reptícias, mudando o curso de todas as previsões que se possa fazer. As inovações e descobertas médicas revolucionam o mundo moderno a cada instante.(7) (6 LACAN, Jacques. O seminário. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, passim. ROUSTANG, François.

Lacan - do equivoco ao impasse. Rio de Janeiro: Campus, 1988, passim.) (7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. O sino do samuei. Belo Horizonte: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, março-97)

O tema deve ser analisado, porém, da forma mais aberta possível, sem preconceitos ou falsos critérios religiosos. O amor ao próximo deve ser a única regra a nos guiar nesses meandros tão conturbados.

2 CASAMENTO

2.1 Definição

Muito embora sejam instituições distintas para nosso Direito, ainda é no casamento que vem se alicerçando a família. Por isso, nosso estudo do Direito de Família partirá do casamento.

Segundo nosso Direito em vigor, casamento é a união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família.

É união estável, diferenciando-se de simples namoro ou noivado, situações que não vinculam o casal.

É união formal, com rito de celebração prescrito em lei, diferenciando-se do concubinato que é união livre, embora também receba tratamento legal.

Apesar de o Código Civil não mencionar explicitamente, deve ser contraído entre homem e mulher, isto é, entre pessoas de sexo genital oposto. No Brasil ainda não se aplica, para este efeito, a teoria dos papéis masculino e feminino, que vimos acima.

O objetivo do casal será, como regra, o de obter satisfação e amparo recíprocos.

A constituição de família é conseqüência inexorável, haja filhos ou não. Há quem entenda que só se pode falar em família, havendo filhos. Na realidade, o que se pode dizer é que o termo família admite duas acepções: uma ampla e uma estrita.

Lato sensu, família é a reunião de pessoas descendentes de um mesmo tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou concubinato, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes. stricto sensu, família é a reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas de um dos pais com seus filhos.(8)

Sendo assim, é nos dois sentidos quê se diz ser objetivo do casamento a constituição de família. Mesmo não havendo filhos, a união de homem e mulher

forma uma família, principalmente se levarmos em conta o Direito das Sucessões, dentre outros fatores psico-sócio-econômicos.

(8 MIRANDA, Pontes de. Tratado. Op. cit., v. VII, p. 174.) 2.2 Natureza jurídica

Definido o casamento em seus principais contornos, qual seria sua natureza? Com que outro instituto jurídico se afeiçoaria o casamento? seria ele contrato?

Seria instituição social? Ou teria outra natureza?

Duas correntes principais se delineiam no Direito Ocidental.

Os primeiros defendem a natureza institucionalista do casamento. Para eles, casamento é instituição social, na medida em que é conjunto de regras aceitas por todos para regular as relações entre esposos.

Os segundos defendem a natureza contratual do casamento, enquanto acordo de vontades. O fato de ter disciplina diferente dos demais contratos de Direito Privado, não o torna menos contrato, mas contrato especial, sai generis.

Outros há ainda que dizem ter o casamento duas naturezas: enquanto celebração, é contrato; enquanto vida comum, é instituição social.

2.3 Caracteres jurídicos

No Direito Brasileiro, o casamento é ato formal, plurilateral, intuitu personae, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente.

Formal, porque sua celebração é solene. se preterido algum requisito de forma, o casamento se considerará inválido ou mesmo inexistente.

Plurilateral, por exigir a participação de duas vontades que não se contrapõem, mas, pelo contrário, caminham na mesma direção, rumo ao mesmo norte.

É intuitu personae, pois se baseia principalmente na confiança e nos laços afetivos do casal.

É dissolúvel, uma vez que pode ser desfeito por ato contrário, qual seja, o divórcio.

Por fim, deve ser realizado entre pessoas de sexo genital diferente.

2.4 Finalidades

Com o atual desenvolvimento do Direito de Família, as finalidades jurídicas do casamento se tornam cada vez mais difíceis de se detectar.

Segundo o Cânone 1.013 do Código de Direito Canônico da igreja Católica Romana, são finalidades do casamento, num primeiro plano a procriação e a educação da prole. Num segundo plano, a mútua assistência e a satisfação sexual.

Devemos ter em mente que a igreja não admite o sexo e a procriação fora do casamento, que para ela é sacramento instituído por Jesus.

Fora da esfera religiosa, podemos apontar finalidades sociais para o casamento, que ainda é importante, conferindo ao casal certa respeitabilidade.

Mas, nos estritos limites do Direito, tornaram-se escassas as finalidades do casamento.

A procriação não é, uma vez que ocorre independentemente de casamento.

- satisfação sexual tampouco, pelo mesmo motivo.

Constituir ou legitimar a família não é. A Constituição de 1988 conferiu legitimidade à família, que pode constituir-se independentemente de casamento.

Dar tratamento adequado aos filhos, protegendo seus direitos, também não é finalidade jurídica do casamento, visto que a Constituição de 1988 concede aos filhos, havidos ou não na constância do casamento, a mesma proteção e as mesmas prerrogativas.

Talvez hoje tenha sobrado para o casamento, na esfera jurídica, alguma finalidade de caráter econômico. De fato, para melhor se resguardar patrimonialmente, a melhor opção, talvez, ainda seja o casamento.

2.5 Casamento civil e religioso

Consagra o texto constitucional de 1988 o princípio de que é válido civilmente o

casamento religioso. Este o conteúdo do art. 226, § 2° da Constituição Federal.

Não obstante ter o casamento religioso validade legal, devemos esclarecer que a Lei não dispensa os trâmites cartorários que antecedem a cerimônia nupcial.

O que a Lei dispensa é a celebração de duas cerimônias, uma civil e outra religiosa.

Basta uma, embora na prática seja comum ver-se a celebração das duas.

Esta regra vigora desde a Constituição de 1937, que admitia o casamento religioso com efeito civil, desde que corresse em cartório o processo para a verificação dos impedimentos matrimoniais. Celebrado o casamento, a certidão fornecida pela igreja seria, depois, registrada em cartório, que emitiria a certidão de casamento. A Lei n. 1.i10/41 veio consolidar e regulamentar o princípio, mais uma vez consagrado pela Constituição de 1988.(9) Observe-se, por fim, que para que o casamento religioso tenha valor, é necessário que seja celebrado por ministro de religião organizada e reconhecida.

2.6 Habilitação para o casamento

Habilitação para o casamento é processo que corre perante o oficial do Registro Civil e que tem por fim evidenciar a aptidão dos nubentes para o casamento. Na verdade, o processo de habilitação visa verificar se os noivos não são impedidos para o casamento. Se realmente podem se casar.

(9 MIRANDA, Pontes de. Tratado. Op. cit., v. VII, p. 327) Esse processo compreende quatro etapas: documentação, proclamas, certidão e registro. Desenrola-se segundo os arts. 67/69 da Lei de Registros Públicos.

a) Documentação - Nessa primeira etapa, o cartório requisitará dos noivos uma série de documentos, de acordo com o Código Civil. Assim é que deverão ser apresentados, por cada nubente, certidão de nascimento; declaração de estado civil, domicílio e residência dos contraentes e seus pais; autorização dos responsáveis, se forem menores de 21 anos; declaração de duas testemunhas capazes, que atestem não haver impedimentos matrimoniais; atestado de óbito ou certidão de divórcio, conforme o caso; etc.

Apresentados e verificados os documentos, inicia-se a segunda etapa, qual seja, os proclamas.

b) Proclamas - É o edital, que será afixado por quinze dias no mural do cartório, após a apresentação dos documentos.

O objetivo dos proclamas é o de comunicar ao público em geral a intenção dos noivos de contrair núpcias. Assim, qualquer pessoa poderá opor-se ao casamento, se souber de algum impedimento. Para tanto, basta apresentar-se perante o oficial do Registro e provar a existência do impedimento.

Os proclamas serão também publicados em jornal local, se houver.

Em seguida, o processo será encaminhado ao Ministério Público, que sobre ele opinará. se a opinião do promotor de justiça não for favorável ao casamento, o processo será remetido ao juiz, que dará a última palavra.

O juiz poderá dispensar os proclamas, em caso de urgência (por exemplo, enfermidade de um dos nubentes). Para tanto, é necessário requerê-lo e apresentar prova da urgência. O Ministério Público será ouvido.

Os proclamas, como visto, ficarão afixados no mural do cartório durante quinze dias. Após este período, encerra-se essa segunda etapa, sendo emitida a certidão de habilitação para o casamento.

c) Certidão - A certidão de habilitação para o casamento será emitida com o encerramento dos proclamas. Terá validade de três meses, após os quais caducará, perdendo sua validade. Em outras palavras, os noivos terão três meses para celebrar suas núpcias. se este prazo transcorrer in aibis, ou seja, sem que se celebre o casamento, a certidão perderá a validade e o processo de habilitação deverá ter início outra vez.

d) Registro - O processo de habilitação se encerra realmente com o registro dos editais (proclamas) no cartório que os haja publicado.

2.7 Impedimentos matrimoniais

Impedimentos matrimoniais são causas que tornam o casamento impossível para ambos ou um só dos noivos.

Há impedimentos de duas categorias.

A primeira categoria congrega os chamados impedimentos dirimentes. Pi que

dirimentes? Porque impedem a realização do casamento e, se por acaso e ocorrer, torna-o inválido, pondo-lhe fim. Os impedimentos dirimentes podem si públicos ou privados.

A segunda categoria é a dos impedimentos meramente impediente impedientes, porque impedem a realização do casamento; mas, se ele por acas ocorrer, será válido, sofrendo sanção indireta, que veremos mais adiante.

Estudemos cada uma dessas categorias.

a) Impedimentos dirimentes

Impedimentos dirimentes públicos

Incesto - incesto é união entre certos parentes. Para o Direito é considerado incestuosa a união dos parentes em linha reta, ou seja, pais, avós, bisavós, filhos netos, bisnetos etc.

Estes parentes não podem se casar entre si, ainda que o parentesco seja por adoção. Tampouco podem se casar os parentes em linha reta por afinidade como, por exemplo, o sogro com a nora, a sogra com o genro, ainda que sejam viúvos ou divorciados.

Também se considera incestuoso o casamento entre irmãos, mesmo que um deles ou ambos tenham sido adotados.

Por fim, os parentes em linha colateral de terceiro grau, isto é, tios e sobrinhos, só podem se casar com autorização judicial, de acordo com o Decreto-Lei n 3.200/41. O objetivo é evitar deturpações de linhagem, devendo o juiz exigir parecer médico, para autorizar as núpcias.

Bigamia - Não podem se casar as pessoas já casadas.

Adultério - O cônjuge adúltero não poderá casar-se com seu cúmplice, mesmo após o divórcio ou viuvez. Entretanto, para que tenha valor o impedimento, é necessário que os adúlteros tenham sido condenados por crime de adultério.

Homicídio - Ninguém poderá casar-se com quem quer que tenha matado ou tentado matar seu cônjuge. Para que valha o impedimento, o autor do homicídio ou tentativa deverá ter sido por tal condenado criminalmente.

Impedimentos dirimentes privados

Coação - Ninguém poderá casar-se sob coação, seja ela física ou moral.

Denunciada a coação, o casamento não se realizará.

Rapto - O raptor não pode casar-se com a raptada na constância do rapto.

Ausência de idade mínima - A Lei impõe idade mínima para o homem e a mulher se casarem. O homem deverá ter no mínimo 18 anos e a mulher, 16 anos.

Abaixo dessa idade, não haverá casamento, nem mesmo com o consentimento dos pais, somente o juiz poderá consentir, e mesmo assim, em dois casos: se a mocinha estiver grávida, ou para evitar condenação criminal para o rapaz, naqueles crimes em que o casamento abole a condenação, como no crime de sedução.

Ainda assim, nestes casos, o juiz, se entender necessário, determinará a separação de corpos, até que os cônjuges atinjam idade adequada.

Uma questão deve ser esclarecida. A Constituição de 1988 adota o princípio da igualdade entre os sexos. Sendo assim, adotando-se a idade de 16 anos para a mulher e de 18 para o homem, não se estaria fazendo distinção entre eles? Não haveria aí alguma inconstitucionalidade?

Em primeiro lugar, homem e mulher são naturalmente desiguais.

Para se lhes dar igualdade de direitos, é essencial que se respeitem essas desigualdades naturais. E tratando-se desigualmente os desiguais, que se os iguala.

No caso em tela, é de todos sabido que a mulher se desenvolve mais cedo do que o homem, daí o tratamento desigual, para atingir a igualdade. Em outras palavras, uma moça de 16 anos tem mais ou menos a mesma maturidade de um rapaz de 18. Este foi o raciocínio do legislador, em 1916.

Mesmo porque, a se discordar desse critério, adotando-se uma só idade, qual delas escolher? 16 ou 18?

A este respeito, ensina João Batista Vilella,(10) que a igualdade do art. 226, §

5° da Constituição Federal carece ser regulamentada. Entende o mestre que o princípio é mera advertência para o intérprete, devendo ser aplicado sempre que possível. Na mesma esteira, Segismundo Gontijo, com sua vasta experiência nas lides de Direito de Família, e José Alfredo de Oliveira Baracho, interpretando o texto constitucional.(11)

Incapacidade - A mulher até os 16 e o homem até os 18 anos não podem se casar, como regra. Mas e entre essa idade e os 21 anos? Poderiam eles contrair núpcias?

(l0 VILELLA, João Batista. Sobre a igualdade entre homem e mulher. In: Direitos de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 96.) (11 GONTIJO, Segismundo. A igualdade conjugal. In: Direitos de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 103 et seq. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Código Civil. Anteprojetos, v. 5, t.2, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989, p. 21-22.)

A resposta é afirmativa. Podem, desde que obtenham o consentimento dos pais ou do tutor, sem este consentimento, serão considerados impedidos por incapacidade para consentir.

Basta a autorização do pai ou da mãe, que exercem solidariamente o pátrio poder, se um consentir e o outro discordar, o caso poderá ser decidido judicialmente.

São também incapazes de contrair matrimônio os loucos de todo o gênero e os silvícolas. Estes, desde que o casamento seja segundo nossas leis, é lógico.

b) Impedimentos impedientes

Confusão de patrimônios - Está impedida para o casamento, a pessoa viúva que não houver partilhado os bens conjugais com os filhos do defunto. A norma visa evitar que o patrimônio de um casamento se misture com o do subseqüente.

Confusão de sangue - A mulher, cujo casamento tenha sido anulado, ou que se tenha enviuvado, não poderá convolar novas núpcias, antes de l0 meses da anulação ou da viuvez. O objetivo é o de evitar que a mulher se case grávida do antigo marido e que o filho venha a ser tido como se fosse do segundo.

Hoje em dia a regra não tem mais cabimento, tendo em vista a facilidade e

confiabilidade dos testes de gravidez.

Contas da tutela ou curateia - Terminando a tutela ou curatela, tanto o tutor quanto o curador devem prestar contas ao Juiz e ao Ministério Público. Antes de aprovadas essas contas, estarão impedidos de se casar com o antigo pupilo ou curatelado.

Autoridades - O Juiz e o Escrivão, bem como seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos não podem se casar com órfão ou viúva residente na comarca.

A norma, embora formalmente em vigência, na prática não é e talvez nunca tenha sido observada, por ser totalmente absurda.

c) Oposição dos impedimentos - Opor impedimento é apontar uma das causas vistas acima, a fim de ensejar a autoridade competente, seja o oficial do Registro, seja o Ministério Público, seja o juiz ou o celebrante a cancelar o processo de casamento. O impedimento é, assim, oposto antes ou durante a cerimônia nupcial.

Uma vez que esta se conclua, o casamento estará realizado, devendo ser anulado, se for o caso.

Para melhor estudar a oposição dos impedimentos, respondamos a algumas perguntas.

1º Quem pode opor os impedimentos?

Os impedimentos dirimentes podem ser opostos por qualquer pessoa, inclusive de ofício pelo Juiz, Oficial do Registro ou Promotor de Justiça.

Já os impedimentos impedientes só poderão ser opostos pelos parentes em linha reta, seja o parentesco consangüíneo ou afim;(12) pelos irmãos e cunhados e pelo ex-marido para evitar a turbatio sanguinis.(13)

Na verdade, o direito do ex-marido é deduzido por interpretação lógica, uma vez que a Lei é omissa a respeito.

2º Quando opor os impedimentos?

Na fase dos proclamas, junto ao Oficial do Registro Civil. A oposição também será lícita durante a cerimônia nupcial, quando o impedimento será oposto ao celebrante, seja ele o juiz de paz ou o ministro religioso.

3º Como opor os impedimentos?

O oponente deve se apresentar em pessoa, sendo devidamente qualificado.

Em outras palavras, não se admite oposição anônima de impedimento.

As alegações serão reduzidas a escrito, devendo o documento ser, em seguida, assinado pelo oponente.

O oponente deverá provar que é maior e capaz. Também deverá provar o que estiver alegando, ou indicar o local onde se encontra a prova. Poderá provar o alegado por testemunhas, em mínimo de duas.

Se se tratar de impedimento impediente, o oponente deverá provar que é pessoa habilitada a realizar a oposição.

O escrivão ou celebrante dará aos nubentes a nota do impedimento, com a informação de quem o opôs, bem como a indicação do fundamento e das provas, não se emitindo a certidão de habilitação ou suspendendo-se a cerimônia.

Aos noivos caberá apresentar prova contrária ao impedimento, perante o Juiz competente, que decidirá a questão, em processo judicial próprio.

2.8 Celebração do casamento

De posse da certidão de habilitação para o casamento, os noivos estarão aptos a requerer ao juiz de paz ou ao ministro religioso que lhes marquem dia, hora e local para que se realize a cerimônia nupcial.

A cerimônia ocorrerá a portas abertas, ainda que em casa particular. Deverão estar presentes os noivos e mais duas testemunhas. serão quatro, se em casa particular e um dos nubentes não souber escrever.

(12 Parentes em linha reta são os descendentes (filhos, netos etc.) e os ascendentes (pais, avós etc.).

Parentesco por afinidade é o parentesco entre uma pessoa e os parentes de seu cônjuge.

Parentes em linha reta por afinidade são os sogros, os pais dos sogros etc.) (13 Confusão de sangue.)

O celebrante deverá interrogar a cada um dos noivos, se é de sua vontade livre receber o outro em casamento. A resposta, seja positiva ou negativa, deverá ser em alta voz. Se positiva, será pura e simples. Em poucas palavras, não se admite aceitação condicional; ou é sim ou não; não se pode aceitar sob certa condição.

Se a resposta for negativa, a cerimônia ficará suspensa, podendo aquele que disse não retratar-se vinte e quatro horas depois, quando nova cerimônia se celebrará.

Pronunciado o "sim" por ambos os nubentes, o celebrante proferirá a fórmula do art. 194 do Código Civil, dando os noivos por casados.

Há casos em que a cerimônia deverá ser suspensa. São, a saber, três.

Em primeiro lugar, quando houver oposição séria de algum impedimento.

Em segundo lugar, quando um dos noivos disser não ou ficar calado, diante da pergunta feita pelo celebrante, se seria de seu desejo casar-se com o outro.

Por fim, se um dos responsáveis pelo incapaz (pais ou tutor), retirar sua autorização, o que pode ocorrer até o último minuto.

Celebrado o matrimônio, será lavrado o assento do casamento no livro de registro. Neste assento, que seria uma espécie de ata do casamento, deverá constar a assinatura dos cônjuges, do celebrante e das testemunhas, além do nome, profissão, data de nascimento e endereço dos cônjuges, de seus pais e das testemunhas; a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; a relação dos documentos apresentados ao oficial do Registro e, por fim, o regime de bens do casamento.

Deste livro de registro em que se lavrou o assento, será extraída a chamada certidão de casamento.

O casamento poderá ser celebrado, mesmo ausente um ou ambos os nubentes.

Neste caso, o ausente deverá conferir procuração a alguém, outorgando-lhe poderes especiais para convolar núpcias em seu nome. Este procurador comparecerá à cerimônia, representando o noivo ausente.

Enfim, resta falar do casamento nuncupativo.

Em alguns casos, há urgência na celebração do casamento. Um dos noivos pode estar em seus últimos momentos de vida, por exemplo. Nesses casos, qualquer pessoa está autorizada a celebrar a cerimônia nupcial, desde que presentes seis testemunhas, as quais não podem ser parentes em linha reta, nem irmãos dos noivos.

Celebrado o casamento, contar-se-á o prazo de cinco dias, dentro do qual será instaurado processo judicial, para o fim de ser o casamento confirmado pelo Juiz (art. 76 da Lei de Registros Públicos), que ouvirá as testemunhas e verificará se não há impedimento nupcial. A sentença que julgar procedente o pedido de confirmação, será transcrita no Livro de Registro de Casamentos, do qual se extrairá a certidão de casamento.

O casamento assim celebrado se denomina nuncupativo.

2.9 Prova do casamento

A prova do casamento pode ser direta ou indireta.

Direta e cabal é a prova que se constitui da certidão de casamento, extraída do livro em que se lavrou o assento. Mas e se a certidão e o livro de registro se perderem?

O cartório pode pegar fogo, por exemplo. Nesses casos, é admitido que se prove o casamento por qualquer meio lícito e moral. Pode-se prová-lo, por exemplo, com a certidão de nascimento dos filhos, em que consta serem os pais casados; por intermédio de testemunhas, principalmente as que atuaram como testemunhas nupciais, vulgarmente denominadas padrinhos de casamento; ou através de qualquer outro meio de prova admitido em Direito (art. 136 do Código Civil).

A prova indireta é concedida aos filhos, quando os pais forem falecidos, dementes ou ausentes, desde que a ausência tenha sido declarada judicialmente.

Nesses casos, não dispondo os filhos da certidão de casamento, nem de nenhum meio de obtê-la, poderão fazer a prova de que seus pais eram casados pela chamada posse do estado de casados.

Possuem estado de casados aquelas pessoas que atendam a três requisitos: nome, tratamento e fama - nomen, tractatus, fama. Por outros termos, a mulher usa o sobrenome do marido; ambos se dispensam de forma pública o tratamento de casados e gozam junto à sociedade a fama de casados. Preenchidas as três condições, pode-se dizer que o casal tem a posse de estado. Os filhos podem, então, fazer uso dessa posse de estado para provar que seus pais eram casados, obtendo com isso os benefícios que a Lei conferia aos filhos de pessoas casadas.

Hoje em dia, depois que a Constituição de 1988 equiparou os filhos, tenham eles vindo à luz na constância do casamento ou não, perdeu o sentido a prova do casamento pela posse do estado de casados, pelo menos para fins de proteção aos filhos.

2.10 Efeitos do casamento

O principal efeito do casamento, até a Constituição de 1988, era o de constituir família legítima ou de legitimá-la, se já existisse. Com o advento da nova Lei Magna, a família se desvinculou do casamento, dele não necessitando para se considerar legítima.

Não obstante, o casamento continua produzindo outros efeitos. Dentre eles podemos destacar, na esfera pessoal:

a) fidelidade recíproca - o adultério ainda é tipificado como crime pela Lei Penal; b) vida em comum no domicílio conjugal, que não é mais fixado pelo marido, mas pelo casal; c) mútua assistência;

d) sustento, guarda e educação dos filhos, se bem que este efeito subsista como dever dos pais, mesmo sem casamento. Seria mais efeito da paternidade, embora não deixe de ser também do casamento.

Na esfera patrimonial, os principais efeitos do casamento são: a) assistência pecuniária recíproca e aos filhos. A assistência pecuniária aos filhos é mais efeito da paternidade do que do casamento; b) usufruto dos bens dos filhos menores sob pátrio poder. Este também é efeito da paternidade, mais que do casamento, ou seja, ainda que os pais não sejam casados, terão direito ao dito

usufruto; c) direito real de habitação do cônjuge viúvo sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem residencial inventariado e enquanto perdurar a viuvez. A este tema voltaremos mais adiante, quando tratarmos da sucessão do cônjuge ou companheiro.

Quanto aos direitos e deveres dos cônjuges, existe hoje regra geral, instituída pela Constituição de 88. segundo ela, marido e mulher têm os mesmos direitos e deveres. Foi extinta, assim, a figura do cabeça de casal, do chefe da família, do pater famílias.

Toda norma que atente contra esse princípio da igualdade, está tacitamente revogada. Observemos, porém, que às vezes a Lei dá tratamento desigual ao homem e mulher, exatamente para igualá-los, respeitadas suas diferenças naturais.

Dentro desse prisma, estariam revogados os arts. 233 e 234 do Código Civil, com a ressalva do dever de sustento, que continua em vigor e é recíproco.

O art. 235 vige plenamente. Assim, o marido não pode, sem a autorização da mulher, chamada de outorga uxória,(14) qualquer que seja o regime de bens: a) alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios; b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direiros; c) prestar fiança; d) fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns.

Se a esposa se negar a consentir em qualquer dessas hipóteses, sem apresentar motivo justo, cabe ao marido requerer ao juiz que supra a autorização da mulher.

O art. 240 ainda se encontra em vigor. Afinal, com o casamento, a mulher, mais do que nunca, continua assumindo a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família.

(14 Uxória, em latim, significa esposa.)

Pode também a mulher usar o sobrenome do marido, sem a outorga marital, a mulher não pode, independentemente do regime de bens, praticar os mesmos atos que o marido não poderia sem a vênia de sua esposa.

O mesmo que se disse do marido, diga-se da mulher, isto é, se ele se negar a dar seu consentimento sem motivo justo, poderá a esposa requerer ao Juiz que supra

a vontade do marido.

No mais, a mulher é dona de seu próprio destino, não dependendo do consentimento do marido para a prática dos atos da vida civil. Em outras palavras, tudo o que o marido puder fazer sem consentimento da esposa, esta também estará habilitada a fazer.

Por fim, destaque-se o art. 255 do Código Civil que, trocando em miúdos, diz que as obrigações assumidas por um dos cônjuges, sem consentimento do outro, quando este seja necessário, não obrigará o patrimônio do casal, mas apenas o patrimônio particular do cônjuge devedor. Assim, se o marido prestar fiança, sem a devida outorga uxória, seu patrimônio só responderá até a meação.

2.11 Regimes de bens

O Direito Brasileiro prevê três regimes de bens entre os cônjuges: o regime da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens e o da separação de bens.

Há quem diga que o regime dotal seria um quarto regime. Improcede a afirmação.

Como veremos, o regime dotal insere-se no contexto da separação de bens.

A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime por que se pautará o casamento. Todavia, na falta de estipulação de sua parte, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, para que possam os noivos escolher regime diverso da comunhão parcial, ou seja, qualquer um dos outros dois, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial.

O pacto antenupcial é acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos três regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal ou da separação de bens. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no Registro Imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí a ter validade contra terceiros.

Uma vez escolhido, o regime de bens é imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que vise alterá-lo,

subordinando-o a condição ou a termo.(15)

a) Comunhão universa1de bens - O regime da comunhão universal de bens é de fácil compreensão. Nele, em princípio, só há um patrimônio.

(15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 120.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. § 32.)

Tudo o que pertence a um, pertence também ao outro. Há, porém, alguns bens que se não comunicam, ou seja, que não integram a comunhão. Acham-se eles elencados no art. 263 do Código Civil. Como exemplo, podemos citar as pensões recebidas por um dos cônjuges, os rendimentos do trabalho, os bens doados com a cláusula de incomunicabilidade, as dívidas anteriores ao casamento, as roupas de uso pessoal, bem como livros e instrumentos de profissão e retratos de família etc.

Estariam também excluídos da comunhão os chamados bens reservados, ou seja, aqueles adquiridos pela mulher com o rendimento de seu trabalho. Estes bens estariam fora da esfera do marido, que os não administraria. Todavia, o art.

246, que institui esta categoria de bens, está revogado tacitamente, por força da igualdade constitucional entre marido e mulher. Aliás, em razão dessa mesma igualdade, o marido já não mais administra sozinho os bens do casal e muito menos os de sua esposa.

b) Comunhão parc1al de bens - A comunhão parcial de bens compreende, em princípio, três patrimônios distintos: um só do marido, outro só da mulher e um terceiro de ambos.

Pode-se dizer, em síntese, que o patrimônio particular de cada um dos cônjuges se constitui daqueles bens havidos antes do casamento, bem como daqueles havidos na constância do casamento, que não sejam fruto do esforço comum do casal.

Exemplo seriam as heranças e doações. Do patrimônio comum fazem parte todos os bens havidos pelo esforço comum do casal, bem como as heranças e doações destinadas aos dois.

Os arts. 269 e 270 arrolam os bens que não se comunicam e o art. 271, os que se comunicam.

É importante frisar que presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, salvo prova em contrário (art. 273).

c) Separação de bens - No regime da separação de bens, cada cônjuge terá seu patrimônio separado.

Mas e os bens adquiridos por ambos, com seu esforço comum? sobre estes bens deverá decidir o pacto antenupcial, podendo eles pertencer a um dos cônjuges ou aos dois, em comunhão.

A separação de bens é obrigatória em alguns casos. Assim, quem se case apesar de algum impedimento impediente, terá o casamento regulado pela separação de bens.

O homem maior de 60 e a mulher maior de 50 anos também só se podem casar pelo regime de separação de bens. Por fim, o casamento dos menores sob tutela ou daqueles que dependam de autorização judicial para contrair núpcias, será contraído pelo regime da separação de bens.

A separação de bens obrigatória é chamada de separação legal de bens. Nos casos em que ocorre, poderá faltar o pacto antenupcial, principalmente se for automática, como quando imposta como pena pela infração de impedimento impediente. Nestas hipóteses, aplica-se a súmula 377 do supremo Tribunal Federal: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

d) Regime dotal - Por ser, atualmente, de nenhuma aplicabilidade, figurando no Código Civil mais como relíquia histórica, restringiremos nosso estudo acerca do regime dotal a seus aspectos conceituais. Aliás, outra não poderia ser sua abordagem, em vista do trabalho de síntese a que nos propusemos.

Em primeiro lugar, destaque-se que o regime dotal é modalidade de separação de bens, uma vez que o patrimônio de cada cônjuge se mantém segregado.(16) No regime dotal, há o patrimônio do marido e o da mulher.

Este, ou seja, o patrimônio da mulher, consiste no dote, que é conjunto de bens, móveis e ou imóveis, sob a administração do marido, que com seu rendimento

adicionado à renda de seu próprio patrimônio, sustenta a família.

Os bens dotais são inalienáveis e incomunicáveis, tendo o marido a obrigação de restituí-los, quando da dissolução do casamento.

No regime dotal, pode haver quatro classes de bens.

A primeira consiste do patrimônio do marido, composto de seus bens particulares.

A segunda se compõe dos bens dotais, propriamente ditos.

A terceira classe é constituída dos bens particulares da mulher, não compreendidos no dote e incomunicáveis, chamados bens parafernais.

E, por fim, a quarta categoria consiste dos chamados bens aqüestos, isto é, adquiridos na constância do casamento. Podem pertencer ou ao marido ou à mulher, se adquiridos por um ou por outro; ou podem pertencer a ambos, se adquiridos pelo esforço comum.

e) Doações entre cônjuges - O Direito Brasileiro admite as doações entre cônjuges, salvo em três hipóteses, quais sejam, se o regime for o da separação obrigatória, se for o da comunhão universal de bens, ou se a doação ferir a legítima dos herdeiros necessários.

2.12 Extinção do casamento

O casamento pode se extinguir pela morte, por ser defeituoso, pela separação judicial e pelo divórcio.

Com a ressalva de que a separação judicial na verdade não dissolve o vínculo matrimonial, andemos a estudar cada uma dessas causas extintivas.

(16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 132.) a) Morte - A morte a tudo põe fim. sobre ela não há nada a dizer, nem a acrescentar. A única dúvida que pode pairar diz respeito ao ausente e ao morto presumido.

Como vimos, anteriormente, ausente é a pessoa que desaparece sem deixar vestígios. Não se considera morto. seu cônjuge, para contrair novo casamento, deverá dele se divorciar, à revelia, é óbvio.

O ausente não deve ser confundido com o morto presumido. Em algumas situações, a pessoa desaparecida pode se presumir morta. são as hipóteses do art. 88 da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73. Diz o art. 88 que os juízes poderão admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. O mesmo se aplica aos desaparecidos em batalha, cujo óbito não tenha sido registrado em livro próprio pelos oficiais da corporação correspondente.

O cônjuge do morto presumido considera-se viúvo, podendo convolar novas núpcias livremente.

b) Casamento defeituoso - Como ato jurídico, o casamento está subordinado a requisitos de validade que, se não observados, viciam-no, tornando-o passível de anulação.

Assim, o casamento poderá ser anulado por defeito grave ou leve, como os atos jurídicos em geral.

São defeitos graves aqueles mesmos impedimentos dirimentes públicos, quais sejam, a bigamia, o incesto, o adultério e o homicídio. Além destes, acrescente-se mais um, quando o casamento for celebrado por autoridade incompetente, isto é, quando o celebrante, aprioristicamente competente, não o for naquele momento ou naquelas circunstâncias, como, por exemplo, o padre que esteja com os votos suspensos.

Em todos esses casos, qualquer interessado poderá requerer ao Juiz a anulação do casamento, inclusive o próprio Juiz, de ofício.

Por se tratar de defeitos graves, não há prazo decadencial para se propor a ação anulatória, a não ser na hipótese de autoridade incompetente, cujo prazo é de dois anos, contados da celebração do casamento.

Os defeitos leves são os impedimentos dirimentes privados, ou seja, coação, rapto, defeito de idade e incapacidade. Ademais destes, há os casos de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge.

No caso de coação, só poderá pleitear a anulação o cônjuge coato, dentro do prazo de dois anos, contados do dia em que cessou a coação.

Tratando-se de rapto, somente a raptada poderá anular o casamento, dentro do prazo de dois anos, contados do dia em que cessou o rapto. Em verdade, não há no Código Civil, ou na legislação complementar, qualquer alusão a prazo decadencial no caso de rapto. A doutrina, de uma maneira geral, tampouco se manifesta a respeito. Podemos adotar duas posições. A primeira seria no sentido de reputar a omissão, não como falha do legislador, mas como algo propositado.

Em outras palavras, o legislador não estipulou prazo decadencial para o exercício do direito de anular o casamento contraído em situação de rapto, por não ter desejado fazê-lo, ou seja, quis que o exercício desse direito fosse perpétuo. A outra posição que podemos adotar é a de Pontes de Miranda,(17) segundo o qual teria havido omissão involuntária do legislador, aplicando-se ao rapto as regras da coação, devido à analogia dos casos. Caio Mário, en passant, adota a mesma posição, julgando que há no rapto coação presumida.(18) Havendo defeito de idade - homem menor de 18 ou mulher menor de 16 anos, caberá ao cônjuge menor propor a anulação, assim que atinja a idade matrimonial de 16

ou 18 anos. Como continua menor de 21 anos, ser-lhe-á nomeado curador à lide para que acompanhe a ação anulatória. O prazo para a propositura desta ação é o de 6 meses, contados do momento em que cessar o defeito de idade, isto é, do momento em que o menor atingir a idade de 16 ou 18 anos.

Não só os cônjuges estão habilitados a intentar a ação anulatória no caso de defeito de idade. Também seus representantes legais, seus parentes em linha reta (avós, bisavós etc.) e seus irmãos. O prazo que estes parentes têm é o de 6

meses, contados da celebração do casamento.

Nas hipóteses de incapacidade para consentir (menores de 21 anos e loucos de todo o gênero, por exemplo) pode propor a anulação o próprio cônjuge, no prazo de 6 meses da cessação da incapacidade. Além dele, seus representantes legais, se não tiveram ciência do casamento, no prazo de 3 meses, contados a partir do momento em que tenham tomado conhecimento das núpcias.

Se os representantes legais souberam do matrimônio, o prazo passa a ser o de 6

meses, contados da celebração do casamento. Finalmente, os herdeiros do cônjuge incapaz poderão pleitear a anulação, se o incapaz morrer antes de atingir a capacidade para consentir, seu prazo é o de 6 meses da morte do incapaz.

Encerrando o capítulo, temos as hipóteses de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge. O Código Civil - art. 219 - considera erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge:

a) o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida comum; b) a ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória;

(17 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Op. cit., v. VII, p. 238.) (18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 85.) c) a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Era também considerado erro essencial o defloramento da mulher, ignorado pelo marido. Evidentemente, a regra é inconstitucional.

Nos casos de erro essencial, só ao cônjuge enganado é dado anular o casamento, sendo o prazo de 2 anos, a partir da celebração.

Delineamos abaixo um quadro, sintetizando todas essas informações.

VÍCIOS HIPÓTESE PRAZO DECADENCIAL PARA ANULAÇÃO TITULARIDADE PROCESSUAL

ATIVA

DO DIREITO Á ANULAÇÃO É

POR QUALQUER OUDE OFÍCIO

CONTADOS DA CELEBRAÇÃO DO ANOS,CONTADOS DO DIA EM QUE

ANOS,CONTADOS DO DIA EM QUE RAPTADA DA CESSAÇÃO DO DEFEITO DE

OU 18 ANOS

6 MESES DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO REPRESENTANTES

LEGAIS, PARENTES EM LINHA RETA E COLATERAIS EM 2° GRAU,SEJA O PARENTESCO CONSANGÜÍNEO, CIVIL OU AFIM

INCAPACIDADE (MENORES DE 21, LOUCOS ETC.)

DA CIÊNCIA DO CASAMENTO

6 MESES DA CESSAÇÃO DA INCAPACIDADE (AOS 21 ANOS,PELA EMANCIPAÇÃO, CESSAÇÃO

LOUCURA, ETC)

LEGAIS (SE 6 MESES DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

LEGAIS (SE MESES DA MORTE DO INCAPAZ,SE ANOS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO) CASOU

Tratemos, agora, da separação judicial e do divórcio.

c) Separação judicial - A separação judicial não põe fim ao vínculo matrimonial mas, tão-somente, à sociedade conjugal. Não extingue, portanto, o casamento em sua inteireza.

A sociedade conjugal é a união estável entre os cônjuges, com vistas a vida comum. Esta termina com a separação judicial. Vínculo matrimonial é liame jurídico que transforma a sociedade em casamento. Esse elo se representa, na prática, pelas alianças, se bem que não tenham elas qualquer valor legal. De toda forma, a separação judicial não dissolve esse vínculo jurídico entre os cônjuges, daí que não podem, por exemplo, casar-se novamente.

A separação judicial foi introduzida juntamente com o divórcio, pela Lei n.

6.515/77, em substituição ao antigo desquite. Pode ser consensual ou litigiosa.

Será consensual se ambos os cônjuges quiserem se separar amigavelmente. Neste caso, só poderá ser requerida após dois anos da celebração do casamento.

Já a separação judicial litigiosa é aquela em que o casal não entra num acordo.

Um deles, ou não quer se separar, ou não aceita os termos da separação

propostos pelo outro. A separação litigiosa poderá ser requerida por um só dos cônjuges a qualquer tempo, desde que prove em juízo que o outro vem se conduzindo desonrosamente ou está violando os deveres do matrimônio. Esta a chamada separação litigiosa motivada.

O outro caso de separação litigiosa ocorre, quando o casal já estiver separado de fato há mais de um ano, e for impossível a reconstituição do lar. Neste caso, o cônjuge que a requerer não precisará provar conduta desonrosa ou quebra de dever matrimonial por parte do outro. Basta requerê-la, provando a separação de fato há pelo menos um ano e a impossibilidade de reconstituir a vida conjugal.

Por essa razão, essa segunda modalidade de separação litigiosa denomina-se imotivada.

Duas observações se fazem necessárias, antes de continuarmos.

Em primeiro lugar, o legislador não se preocupou em definir os casos considerados de conduta desonrosa. E andou bem, uma vez que a conduta moral varia muito de época para época. O que era considerado amoral há alguns anos, hoje se reputa plenamente normal.

Em segundo lugar, a separação de fato, necessária para se requerer a separação judicial imotivada e o divórcio direto, como veremos, ocorre quando os cônjuges extrajudicialmente, ou seja, por sua própria conta resolvem viver separados, pondo fim à vida comum, conjugal. Podem até viver sob o mesmo teto, mas como irmãos ou amigos, não mais como marido e mulher.

d) Divórcio - O divórcio é a última causa de extinção do casamento, pondo fim ao vínculo matrimonial. Pode ser direto ou indireto, será direto, quando o casal estiver separado de fato há pelo menos dois anos. Neste caso, poderá ser requerido o divórcio, independentemente de prévia separação judicial.

Será indireto o divórcio, quando o casal estiver separado judicialmente há pelo menos um ano. Neste caso, o divórcio se dá por conversão. Em outras palavras, basta que qualquer um dos cônjuges requeira ao Juiz que os haja separado que converta a separação em divórcio. O outro somente poderá opor-se ao pedido, provando que o prazo de um ano ainda não transcorreu ou que o requerente do divórcio não vem cumprindo os deveres assumidos na separação judicial.

Vejamos quadro-síntese:

JUDICIAL CONSENSUAL

DOIS ANOS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO, POR AMBOS OS CÔNJUGES

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA MOTIVADA

HÁ QUALQUER TEMPO, POR QUALQUER UM DOS CÔNJUGES, DESDE QUE PROVE CONDUTA DE

SONROSA OU FALTA A IMOTIVADA

A MENOS UM ANO E A DE RECOMPOR O LAR DIVÓRCIO

APÓS DOIS ANOS DE SEPARAÇÃO DE FATO, POR QUALQUER UM DOS CÔNJUGES

INDIRETO DA QUE TENHA OCORRIDO HÁ PELO

2.13 Casamento inexistente

Casamento inexistente é aquele que existe apenas nas aparências, mas que, juridicamente, não tem existência, ou seja, não é reconhecido pelo Direito como união matrimonial.

No Brasil, a Lei não regula os casos de casamento inexistente. Isso não quer dizer, porém, que a doutrina e a jurisprudência não se hajam manifestado no sentido de reconhecê-lo.

Assim é que três são os casos de casamento inexistente, segundo a doutrina tradicional e a jurisprudência.

O primeiro deles é o casamento entre pessoas do mesmo sexo genital.

O segundo é o casamento celebrado apesar do silêncio ou da negativa expressa de um dos nubentes. Em outras palavras, um dos noivos diz "não", ou fica calado, e o celebrante continua como se nada houvesse acontecido.

Finalmente, o terceiro caso é o do casamento celebrado sem observância da devida forma, por exemplo, sem habilitação prévia ou celebrado por uma pessoa

qualquer etc.

Fato é que o casamento inexistente não existe, não sendo, portanto, necessário anulá-lo. É lógico que os eventuais filhos não serão prejudicados.

Finalmente, uma questão: seria necessária ação declaratória para declarar a inexistência do casamento?

Em meu entendimento, se for necessária, é porque não se trata de casamento inexistente, mas defeituoso. A ação seria, assim, anulatória. Ora, se o casamento não existe, não pode ser necessário qualquer pronunciamento judicial para confirmar-lhe a inexistência. se o casamento produz efeitos, como se fosse válido, até o pronunciamento do juiz, é porque existe, sendo apenas defeituoso.

Vejamos exemplo: Maria, quando da celebração de seu casamento, fica calada diante da pergunta se deseja ou não se casar com João. O celebrante faz vistas grossas e continua. O registro do assento é realizado, e o casamento se dá por válido.

Ora, se ninguém jamais requerer a invalidação desse casamento, produzirá ele efeitos, como se fosse plenamente válido. será imperioso que se intente ação anulatória, para invalidá-lo. sendo assim, trata-se de casamento defeituoso, passível de anulação, e não inexistente, como quer a doutrina tradicional.

2.14 Casamento irregular

Casamento irregular é aquele celebrado apesar de um impedimento impediente.

Vimos acima que os impedimentos impedientes, uma vez que se aleguem antes da celebração, impedem o casamento. Mas, depois de celebradas as núpcias, não têm eles o poder de viciá-las, a ponto de as tornar passíveis de anulação. Daí a terminologia "impedimento fia".

Não obstante não poder ser anulado o casamento, sua contração, apesar do impedimento, induz a sanção indireta.

No caso de confusão de patrimônio, será imposto o regime da separação legal de bens, além de perder a mulher o usufruto sobre os bens dos filhos menores.

Nos outros casos, a pena será a separação legal de bens.

2.15 Casamento putativo

Casamento putativo é o casamento passível de anulação, o qual pelo menos um dos cônjuges acredita ser válido.

Exemplo seria o indivíduo que se casasse com sua irmã, sem o saber.

O casamento contém defeito grave, sendo passível de anulação a qualquer momento, por iniciativa de qualquer pessoa. Mas fato é que o marido casou-se enganado, com toda boa-fé. Nesse caso, o casamento será considerado putativo em relação a ele. se ambos agiram de boa-fé, a putatividade valerá para os dois.

Mas que significa isso? Significa que, em relação ao cônjuge de má-fé, o casamento será simplesmente anulado. Todavia, para o cônjuge de boa-fé, a anulação será tratada como se fosse divórcio.

Assim, todos os efeitos que, porventura, tenham sido gerados, serão mantidos. se o cônjuge de boa-fé, por exemplo, se emancipara pelo casamento, a emancipação prevalecerá. Já o cônjuge de má-fé, com a anulação do casamento, volta à condição de incapaz, se com ele havia se emancipado. O cônjuge sobrevivo herda do morto, se este morrer antes da sentença anulatória. O pacto antenupcial será observado. As doações propter nuptias subsistirão etc.

A teoria do casamento putativo abrange o casamento defeituoso, passível de anulação. Há quem defenda que também abrangeria os casos de casamento inexistente. Por exemplo, um indivíduo que se casasse enganado com um transsexual, acreditando tratar-se de mulher. Os que se posicionam contra a idéia, alegam que se o casamento é inexistente é porque não existe. E como pode ser algo que não existe tratado como existente? De fato, do ponto de vista lógico formal, têm toda razão. Realmente, se não há casamento, não poderia ser tratado como algo existente. A questão que se impõe responder é: até que ponto a lógica formal deve ser sempre imposta ao Direito? Não haveria uma lógica jurídica menos tendente à lógica formal e mais à justiça?

3 CONCUBINATO

Concubinato é a união estável, sob o mesmo teto ou não,(19) entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o moi uxorius, ou seja, a convivência equiparável ao casamento.

Basta a continuidade, a constância das relações e a fidelidade, dentre outros.

Aliás, este é o entendimento consagrado na súmula 382 do supremo Tribunal Federal:

"A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório,(20) não é indispensável à caracterização do concubinato". Pode haver, portanto, concubinato, sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento.

Ao se referir ao concubinato, o legislador preferiu a expressão "união estável", por puro preconceito e insensata ojeriza, uma vez que o termo "concubinato"

sempre esteve mais ligado a relações adulterinas. Ocorre que a expressão "união estável" tampouco é feliz, visto que também no casamento ela existirá.

(19 BITTENCOURT, Moura. Concubinato. São Paulo: LEUD, 1985, p. 14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 43.

(20 More uxório é advérbio, significando "como se houvesse casamento", em tradução livre. Mor uxorius é expressão substantiva, querendo dizer, em tradução livre, "convivio marital" ou "vida marital".) Dessarte, empregaremos o termo concubinato, que reputamos muito adequado, se despido de seu conteúdo negativo e preconceituoso.

Segundo a Lei n. 8.971/94, os concubinos somente terão proteção legal se forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Em outras palavras, a Lei só reconhece e protege o chamado concubinato puro. O concubinato adulterino, ou impuro, continua sendo crime.

Os companheiros que vivam em concubinato têm, reciprocamente, direito a alimentos, nos moldes da Lei n. 5.478/68, conforme veremos mais adiante, além

de direitos sucessórios. Em outras palavras, a Lei assegura aos concubinos o direito de requerer pensão alimentícia e o direito de suceder no patrimônio do outro.

Em 1996, foi promulgada a Lei n. 9.278, regulamentando o art. 226, § 3° da Constituição Federal, segundo esta lei, é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Os bens adquiridos na constância do concubinato presumem-se fruto do esforço comum, pertencendo a ambos, em condomínio.

Admite-se contrato escrito, ainda que por instrumento particular, regulando essas relações patrimoniais.

No mais, os conviventes poderão requerer, de comum acordo e a qualquer tempo, a conversão da união em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Diga-se, por fim, que a Lei não estabelece tempo mínimo de união para que se configure o concubinato. Basta que a união seja estável, more uxório. A Lei n.

8.971/94 impunha prazo mínimo de cinco anos de convivência para que os concubinos tivessem direito a pensão, principalmente previdenciária. A regra foi, entretanto, tacitamente revogada pela Lei n. 9.278/96.

No próximo capítulo, trataremos dos direitos sucessórios dos companheiros.

4 PARENTESCO

O estudo do parentesco diz respeito às relações entre certas pessoas pertencentes a um mesmo grupo familiar.

Há várias espécies e graus de parentesco, como veremos a seguir.

4.1 Espécies de parentesco

O parentesco, enquanto gênero, se subdivide em espécies, conforme a genealogia, o tratamento legal e a linha.

a) Parentesco conforme a genealogia - Nesta categoria o parentesco pode ser consangüíneo, afim ou civil.

Parentesco consangüíneo é aquele que une pessoas descendentes de um mesmo tronco familiar.

Parentesco por afinidade ou afim é o que une uma pessoa aos parentes de seu cônjuge. O marido é parente por afinidade dos parentes de sua esposa e vice-versa. vale ressaltar, todavia, que o parentesco se restringe à pessoa do cônjuge, não se estendendo a seus parentes. Por outros termos, os parentes da mulher não são parentes dos parentes do marido. são parentes apenas do marido. A recíproca é verdadeira, ou seja, os parentes do marido não são parentes dos parentes da mulher. são parentes apenas da mulher.

O parentesco por afinidade cessa com a extinção do casamento, embora continuem vigorando as proibições matrimoniais. Assim, o sogro deixa de ser parente de sua nora, quando da morte de seu filho. Mas, apesar de não serem mais parentes por afinidade, continuam impedidos de se casar um com o outro.

Parentesco civil é o parentesco por adoção, do qual cuidaremos mais detalhadamente adiante.

b) Parentesco conforme o tratamento legal - Conforme o tratamento dispensado pela Lei, o parentesco pode ser legítimo ou ilegítimo.

Parentesco legítimo é aquele rastreado em relações matrimoniais. É aquele

oriundo do casamento.

Ilegítimo é o parentesco proveniente do adultério, do concubinato puro e do incesto.

Na verdade, hoje em dia, a distinção é antes de tudo histórica. A Constituição de 1988 proibiu qualquer distinção entre filhos, sejam eles legítimos ou ilegítimos. Aliás, o legislador foi radical a ponto de proibir seja feita adjetivação à palavra filho. Não se pode usar em documentos oficiais expressões tais como "filho ilegítimo", "filho adulterino", "filho natural" (proveniente do concubinato puro), ou "filho incestuoso". Em documentos particulares, se encontrada alguma dessas expressões, simplesmente não será levada em conta.

c) Parentesco conforme a linha - De acordo com a linha, o parentesco pode ser em linha reta ou em linha colateral.

Parentes em linha reta são os descendentes (filhos, netos etc.) e os ascendentes (pais, avós etc.).

Parentes em linha colateral, transversal ou oblíqua sãos os irmãos, sobrinhos, tios e primos.

4.2 Graus de parentesco

Os graus de parentesco estabelecem a distância entre os parentes, levando em conta o número de gerações entre eles.

Para contarmos os graus, devemos, antes de mais nada, estabelecer a linha de parentesco.

O art. 333 do Código Civil nos ensina de maneira bem simples a contagem desses graus.

"Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações C

Assim, se quisermos saber o grau de parentesco entre "A" e seu avô, basta subirmos de "A" até seu pai e depois até seu avô. O parentesco será de segundo grau na linha reta.

Continua o art. 333 do Código Civil, dizendo:

"e, na colateral, também pelo número de gerações, subindo, porém, de um dos parentes, até o ascendente comum, e descendo, depois, até encontrar o outro parente".

Queremos saber, então, o grau de parentesco entre "A" e seu tio-avô. A primeira coisa a fazer é encontrar o ascendente comum aos dois. Isso é fácil, a resposta é o bisavô de "A". Encontrado o ascendente comum aos dois, basta subir de "A", até seu bisavô, contando cada geração, e, depois, descer do bisavô de "A", até seu tio-avô, sempre contando o número de gerações. O número final de gerações, será o grau de parentesco desejado: 4° grau.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, um sobrinho de "A" e um tio seu serão seus parentes em terceiro grau.

Vejamos o sobrinho de "A". Qual seu ascendente comum? É o pai de "A".

Agora, analisemos o parentesco entre "A" e seu tio. Qual o ascendente comum aos dois? É o avô de "A".

E o grau de parentesco entre primos, que vulgarmente chamamos de primos em primeiro grau? Será que seu grau de parentesco é mesmo o primeiro?

O ascendente comum a dois primos "A". e "B" será o avô de ambos. Daí, basta subir de um deles, até o avô e descer, até o outro, contando todas as gerações intermediárias,

"A" e "B" são parentes em quarto grau na linha colateral.

Por fim, cabe sublinhar que, no Direito Brasileiro, o parentesco na linha reta é infinito, enquanto o na linha colateral estende-se somente até o sexto grau.

Assim, o bisneto de meu primo já não será meu parente.

5 FILIAÇÃO

As relações entre pais e filhos mudaram bastante nos últimos tempos. Os pais já não têm poderes absolutos sobre os filhos, que também têm seus direitos, quais sejam, de alimentos, guarda, proteção, nome, incolumidade física etc. Mais abaixo, cuidaremos disso com detalhes.

A Constituição de 1988 igualou os filhos em direitos e deveres, proibindo qualquer adjetivação pré conceituosa, tal como filho ilegítimo, incestuoso etc.

Para estudar a filiação, dividiremos o tema em vários aspectos.

5.1 Presunção de paternidade

A paternidade se prova pela certidão de nascimento, em que conste o nome do pai.

Há casos, entretanto, em que se presume.

Assim, os filhos havidos na constância do casamento presumem-se do marido, que tem dois meses, contados do nascimento, para contestar-lhes a legitimidade.

Observe-se, contudo, que os filhos nascidos até 180 dias, após a celebração do casamento não se presumem do marido.

Os filhos registrados pelo pai, presumem-se seus. Aqui trata-se de presunção absoluta, que não admite prova em contrário. Em outras palavras, o homem que registra uma criança em seu nome, será seu pai e ponto final. Este homem, após o registro, jamais poderá questionar a paternidade, ainda que apresente prova de DNA, de que o registrado não é seu filho. Os únicos que poderão negar essa paternidade serão o próprio filho ou o pai verdadeiro. O próprio pai que registrou, só poderá impugnar a paternidade, se provar falsidade ou erro no registro.

Presumem-se, por fim, do marido os filhos havidos até 300 dias, após a dissolução do casamento ou ausência do marido.

5.2 Prova da maternidade

Provar a maternidade é mais fácil que provar a paternidade.

Na falta de melhor meio, o interessado deverá comprovar o casamento, o parto durante o casamento e sua identidade com a mãe. sendo a mãe solteira, dever-se-á provar a gravidez, o parto e a identidade do interessado com a provável mãe.

5.3 Prova pela posse do estado de filho

Mortos os pais, se os filhos não têm outro meio de prova, como certidão de nascimento, e sendo impossível a prova médico-legal, pode-se provar a filiação pela posse do estado de filho.

A posse de estado não está regulamentada em lei, como meio de prova, mas admitem-na doutrina e jurisprudência.

Consiste na circunstância de trazer a pessoa o nome paterno, ser tratada na família como filho e gozar do conceito de filho no meio social. Presentes os três elementos - nome, tratamento e fama, estará provada a filiação pela posse de estado.

5.4 Contestação da paternidade

A ação de contestação da paternidade é dada ao marido, para contestar a legitimidade de filho de sua esposa. sofre várias restrições. Assim é que só é admitida em ação direta. Nunca em caráter incidental, no bojo de outro processo.

Por exemplo, o filho intenta ação de alimentos, e o pai responde, contestando a paternidade.

É ação privativa do marido, podendo, entretanto, ser continuada por seus herdeiros, se ele falecer na pendência da lide.

O marido deverá provar a impossibilidade absoluta de ser ele o pai. Hoje em dia, com o teste de DNA, essa prova ficou mais fácil.

O prazo decadencial para o exercício do direito de contestar a paternidade é de dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, e de três meses, se era ausente ou se lhe foi ocultado o nascimento. Nestas duas hipóteses, o prazo se conta de seu regresso ou da ciência do fato.

Se o filho for registrado em nome do marido sem oposição sua, não poderá ele contestar a paternidade.

Por fim, a infidelidade confessa ou provada não é prova cabal da não paternidade, se os cônjuges viviam sob o mesmo teto.

Afinal, o filho pode ser do marido, apesar de infiel a esposa.

5.5 Impugnação ou desconhecimento da paternidade

É a ação que tem por fim negar a concepção ou o parto. Dá-se em três casos: a) falta de identidade entre o filho e os pais. Por exemplo se houver troca de crianças na maternidade; b) simulação de parto; c) falsidade de registro.

A ação de impugnação da paternidade pode ser intentada por qualquer interessado, a qualquer tempo.

5.6 Contestação de maternidade

É bem mais raro, mas pode ocorrer de ser contestada a maternidade.

A ação de contestação de maternidade pode ser interposta por quem quer que tenha interesse, a qualquer tempo. Os interessados são todas as pessoas que se possam beneficiar com a contestação, como por exemplo, pessoas que passariam a herdar no lugar do filho desconstituído.

5.7 Ação de vindicação de estado

É dada ao filho nascido na constância do casamento, quando lhe houver sido negado o direito de ser registrado como filho.

A ação é imprescritível, podendo ser proposta pelo filho e por seus herdeiros, se morrer incapaz ou na pendência da lide, se o filho falecer capaz, sem ter intentado a ação, seus herdeiros não poderão propô-la.

5.8 Ação de investigação de paternidade

É garantida ao filho, a fim de provar seu estado de filho de homem não casado com sua mãe.

A ação é imprescritível, cabendo somente ao filho ou a seu representante legal, se for incapaz. Esteja claro que o representante legal, como a mãe, por exemplo, agirá sempre em nome do incapaz. Os herdeiros do filho poderão continuar a ação, se este morrer na pendência da lide.

A contestação de paternidade ou maternidade, a impugnação e a investigação de paternidade e a vindicação de estado são ações de estado, antigamente denominadas ações prejudiciais.

As ações de estado não podem ser nem encerradas, nem evitadas pela transação, que pode, porém, incidir sobre os direitos patrimoniais pertinentes. Assim, pode haver transação referente à pensão alimentícia que, eventualmente, seja devida.

5.9 Reconhecimento da paternidade

O pai, ou procurador seu com poderes especiais, poderá reconhecer uma pessoa como filho, a qualquer momento.

A Lei n. 8.560/92 regulamentou a matéria, estatuindo que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: a) no registro de nascimento, quando o pai registrar o filho em seu nome; b) por escritura pública ou particular, a ser arquivada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais; c) por testamento; d) por manifestação expressa e direta perante o Juiz, ainda que o reconheci, mento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. se o indivíduo se manifestar perante o juiz, em ação de alimentos, por exemplo, o reconhecimento é válido e irrevogável.

Na ata de casamento, é vedado o reconhecimento da paternidade.

O filho maior só será reconhecido se concordar.

A mãe solteira poderá registrar o filho em seu nome e no de um suposto pai.

Neste caso, o Oficial do Registro mandará a certidão ao Juiz, que notificará o Ministério Público e o suposto pai. Este poderá comparecer em juízo, aceitando ou negando a paternidade. Poderá também não comparecer em juízo, calando-se. se o suposto pai negar a paternidade ou se calar, o Juiz, no prazo de 30 dias, remeterá os autos ao Ministério Público, para que este proceda à ação de investigação de paternidade em nome do suposto filho menor.

5.10 Adoção

Antes de qualquer abordagem específica, localizemos as fontes legais que regulam a matéria.

A adoção de crianças e adolescentes, regulamentada no Código Civil, passou à alçada do Código de menores, desde 1979. Deste, transmudou-se para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no qual se acha normatizada, ainda hoje. Essa será, portanto, nossa fonte de estudo. Analisando a Lei,

tentaremos responder a quatro perguntas:

a) Quem pode adotar?

b) Quem pode ser adotado?

c) Como adotar?

d) Quais as conseqüências da adoção?

Andemos, pois, a respondê-las.

a) Quem pode adotar?

Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente de seu estado civil, desde que sejam 16 anos mais velhos que o adotando.

Além disso, a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Por exclusão, chegaremos aos que não podem adotar: os menores ou incapazes, ou aqueles que não sejam 16 anos mais velhos que o adotando. Além destes, a Lei faz ressalva expressa ao proibir de adotar os ascendentes e irmãos do adotando.

Não será concedida adoção a mais de uma pessoa, a não ser que sejam casadas ou vivam em concubinato puro.

b) Quem pode ser adotado?

A segunda pergunta é de simples resposta. Toda criança ou adolescente, que não seja irmão ou descendente do adotante, poderá ser adotado, desde que tenha, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante.

c) Como adotar?

A adoção será sempre feita por meio de processo judicial, que tramitará perante o Juizado Especial da Infância e da Juventude. Assim, o vínculo da adoção constitui-se por sentença, que será inscrita no Registro Civil.

Em cada comarca há registro de crianças e adolescentes em condições de ser adotados e outro de pessoas interessadas em adotar. Comissão estadual judiciária de adoção deverá manter, outrossim, registro centralizado de estrangeiros interessados em adoção.

É a partir desses registros que todo o processo deverá ter início. A adoção, em si, depende do consentimento dos pais ou tutor do adotando, salvo quando os pais houverem sido destituídos do pátrio poder ou quando sejam desconhecidos, casos em que será dispensado o consentimento. Tratando-se de adotando maior de 12

anos, será também necessária sua anuência.

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que o Juiz fixar, observadas as peculiaridades de cada caso. Este estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja sua idade, já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de, no mínimo, trinta dias, quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

A propósito da adoção por estrangeiro, só será ela admitida excepcionalmente, quando não houver interessados brasileiros.

O estrangeiro residente e domiciliado fora do Brasil deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as Íeis de seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução por intérprete público juramentado.

Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do

território nacional.

A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

d) Quais as conseqüências da adoção?

A primeira conseqüência é que, uma vez deferida, a adoção é irrevogável.

Ademais, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, dos filhos consangüíneos, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais e demais parentes de berço, salvo os impedimentos matrimoniais (Constituição de 1988, art. 227, § 6° e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 41).

Importante ainda é ressaltar que a morte dos adotantes não anula a adoção, nem restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

e) Adoção segundo o Código Civil Finalizando, resta observar que a adoção dos maiores de 18 anos continua se dando de acordo com o Código Civil, podendo ser feita extra-judicialmente, por escritura pública. É necessária a anuência do adotando, que passará à condição de filho, conforme o art. 227, § 6° da Constituição, somente os maiores de 30 anos poderão adotar, de acordo com o Código Civil, devendo ser, no mínimo, 16 anos mais velhos que o adotando. Na verdade, com base nessa diferença obrigatória de idade, a idade mínima para adotar de acordo com o Código Civil será a de 34 anos.

Por força do art. 226, § 5° da Constituição, a adoção do maior de 18 anos está sujeita a homologação judicial, presente o Ministério Público. só depois de homologada, poderá ser registrada no Cartório de Registro Civil das pessoas naturais.(21)

Isto porque, segundo a Lei Maior, a adoção será assistida pelo Poder Público.

Não será concedida adoção a mais de uma pessoa, a não ser que sejam casadas ou cuncubinadas.

O adotando sempre será ouvido e, uma vez que atinja a maioridade, poderá desvincular-se da adoção.

No mais, aplicam-se à adoção do maior de 18 anos as mesmas conseqüências da adoção da criança e do adolescente.

6 PÁTRIO PODER

6.1 Definição

Pátrio poder ou patria potestas é o "complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições".(22)

Por ser exercido por ambos os pais, em regime de igualdade de condições,, não seria, atualmente, adequada a expressão pátrio poder, que pode ser substituída por "poder parental", ou "poder familiar", como quer o Projeto de Código Civil.

O pátrio poder estende suas conseqüências quanto à pessoa e bens dos filhos.

(21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. V, p. 229.) (22 Idem, p. 240.)

6.2 Conseqüências do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos Os filhos têm direito ao nome, competindo aos pais educar, criar, manter os filhos em sua guarda e companhia, representá-los até os 16 e assisti-los até os 21 anos.

Os pais terão o direito de exigir dos filhos obediência, respeito e cooperação econômica, na medida de suas forças e aptidões e dentro das normas de Direito do Trabalho.

6.3 Conseqüências do pátrio poder quanto aos bens dos filhos Os pais poderão administrar os bens dos filhos menores, sendo-lhes proibido qualquer ato que importe perda patrimonial.

Também terão usufruto sobre esses mesmos bens.

É lógico que os filhos, uma vez atingida a maioridade, poderão exigir prestação de contas dessa administração.

6.4 Cessação do pátrio poder

São quatro os casos de cessação do pátrio poder, a saber, a morte dos pais ou do

filho; a emancipação; a maioridade e a adoção, caso em que haverá transferência dos pais naturais para os adotivos.

6.5 Suspensão do pátrio poder

Ocorre por ato ex oficio do próprio Juiz, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, quando houver abuso ou mal exercício do pátrio poder, ou quando o pai ou a mãe forem condenados a pena de prisão superior a dois anos.

A Lei não especifica o que seja abuso ou mal exercício do pátrio poder, deixando ao livre arbítrio do Juiz, que deverá sempre velar pelos interesses do menor.

A suspensão será temporária, determinando o Juiz o tempo de sua duração.

- pessoa cujo pátrio poder foi suspenso perde todos os direitos em relação aos filhos, inclusive o usufruto e administração dos bens.

6.6 Perda do pátrio poder

São três os casos de perda do pátrio poder: castigos imoderados, abandono ou prática de atos imorais.

Esclareça-se que a perda é definitiva.

Tanto nos casos de perda, quanto nos de suspensão, será nomeado tutor para o menor.

7 TUTELA

7.1 Definição

A tutela consiste no encargo cometido a certa pessoa, a fim de que gerencie a vida pessoal e patrimonial de menor incapaz, sobre o qual não se exerça pátrio poder.

Assim, estarão submetidos à tutela todos os menores incapazes,(23) cujos pais não possam exercer o pátrio poder, seja por terem sido dele privados, seja por estarem mortos.

7.2 Nomeação do tutor

O tutor será nomeado pelos pais ou pelos avós. Por estes, se o menor estiver sob sua tutela.

A nomeação se fará em testamento ou outro documento autêntico e independerá de confirmação judicial.

Poderá o tutor ser nomeado também pelo Juiz, quando os pais ou avós não o tiverem feito.

7.3 Espécies de tutela

De acordo com a forma de nomeação, a tutela se dividirá em espécies.

a) Tutela testamentária - É aquela, cuja nomeação do tutor, feita pelos pais ou avós, ocorre em testamento ou outro documento autêntico.

b) Tutela legítima - O tutor é nomeado pelo Juiz, ouvido o Ministério Público.

O Juiz nomeará o tutor, dando preferência às seguintes pessoas:

- avós, sendo escolhido aquele que melhor se apresentar;

- irmãos, tendo preferência os bilaterais aos unilaterais. Irmãos bilaterais são aqueles cujos pais são os mesmos. Unilaterais são os irmãos só por parte de mãe

ou de pai. Dentre os irmãos da mesma classe, será indicado aquele que melhores condições oferecer;

- os tios, tendo preferência aquele que apresentar melhores condições para o exercício da tutela.

Esta a escala de preferência. Todas as demais regras contidas no Código Civil a respeito dessa escala estão revogadas pela Constituição Federal, uma vez que importam tratamento discriminatório de sexo e idade.

(23 Há menores capazes: os emancipados.)

c) Tutela dativa - se nenhum dos parentes apontados acima puder se desincumbir da tutela, o Juiz nomeará pessoa idônea de sua confiança, se possível parente consangüíneo ou afim do menor.

7.4 Incapacidade para o exercício da tutela

Algumas pessoas são incapazes para exercer a tutela. São elas: a) os que não tiverem a livre administração de seus próprios bens; b) os que tiverem conflito de interesses com o menor; c) os inimigos do menor ou de seus pais; d) os que forem excluídos expressamente da tutela pelos pais. Às vezes os pais não nomeiam tutor em testamento, mas apontam quem não poderá sê-lo; e) os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade. Na verdade a lista é exemplificativa, sendo interdita a tutela a todos os condenados por crime que indique ser a pessoa desonesta, do ponto de vista patrimonial; (as pessoas de mau procedimento e má fama; g) as pessoas culpadas em tutorias anteriores; h) os que exercerem função incompatível com a tutela, como aquelas pessoas cuja profissão exija constantes viagens ou transferências de domicílio.

7.5 Pessoas que podem se escusar da tutela

Algumas pessoas podem recusar o encargo de tutor, desde que aleguem alguma das seguintes causas:

a) ser maior de 60 anos; b) ter em seu poder mais de 5 filhos; c) estar impossibilitado por enfermidade; d) morar longe do local em que se deva exercer a tutela; e) já estar exercendo tutela; (ser militar da ativa; g) ser pessoa estranha ao menor, desde que prove haver parente consangüíneo ou afim idôneo para a tutela.

Segundo o art. 1.192 do Código de Processo Civil, o prazo para a apresentação fundamentada da escusa é de cinco dias, contados da intimação judicial ou da ocorrência do motivo escusatório. Da sentença que negar a escusa, caberá recurso com efeito apenas devolutivo. Em outras palavras, a pessoa poderá recorrer, mas já como tutor em exercício.

7.6 Exercício da tutela

A tutela se exerce temporariamente, pelo prazo de dois anos, embora possa prolongar-se.

Os atos praticados pelo pupilo menor de 16 anos, sem estar devidamente representado pelo tutor, conterão defeito grave, podendo ser anulados a qualquer tempo, por qualquer interessado ou pelo Juiz, de ofício.

Já os atos praticados pelo pupilo maior de 16 e menor de 21 anos, sem a assistência do tutor, conterão defeito leve, podendo ser anulados apenas pelos interessados, inclusive pelo próprio pupilo, ao atingir a maioridade. É lógico que a anulação desses atos só pode ser requerida dentro de certo prazo decadencial, que varia conforme o caso. Por exemplo, se se tratar de casamento, o prazo será de três meses, contados do momento em que o tutor houver tomado ciência das núpcias.

O pupilo que tenha patrimônio, terá hipoteca legal sobre os imóveis do tutor.

Esta hipoteca, como vimos, está sujeita a especialização e inscrição, respondendo o Juiz pessoalmente perante o menor e seus credores, se não promover essa especialização e inscrição hipotecária. A responsabilidade do juiz é subsidiária à do tutor, o primeiro responsável. Só será o Juiz o primeiro responsável, se não nomear tutor ou se a nomeação for inoportuna.

7.7 Cessação da tutela

A tutela pode cessar por fato do pupilo ou do tutor.

Por fato do pupilo, cessará a tutela:

a) pela maioridade; b) pelo serviço militar; c) pelo fato de o menor cair em pátrio poder. Os pais podem recobrar o pátrio poder, ou o menor pode ser adotado, por exemplo; d) pela emancipação, que deverá ser judicial.

Por fato do tutor, cessará a tutela:

a) pela escusa do tutor, alegando motivo posterior à nomeação; b) após o prazo de dois anos de exercício da tutela; c) pela remoção judicial, a requerimento do Ministério Público, de qualquer interessado ou ex oficio, pelo juiz. A remoção ocorrerá quando o tutor não estiver desincumbindo a contento a tutela ou estiver agindo desonestamente.

7.8 Prestação de contas

No fim de cada ano de exercício, o tutor deverá apresentar balanço de sua administração ao Juiz e ao Ministério Público, balanço este que será anexado aos autos do processo de tutela.

Finda a tutela, serão prestadas contas finais ao juiz e ao Ministério Público, não tendo valor qualquer quitação dada pelo tutelado.

8 CURATELA

8.1 Definição

Existem várias espécies de curatela.

A primeira, objeto de nosso estudo, é a curatela dos maiores incapazes: loucos, surdos-mudos que não consigam se comunicar, pródigos e ausentes.

Há outras, normalmente denominadas curadorias, tais como a do nascituro, a das heranças jacentes, a curadoria à lide e as curadorias do Ministério Público, como a das Fundações, do Meio-Ambiente, de Menores etc.

A curatela, propriamente dita, é o encargo conferido a alguém, para gerenciar a vida e patrimônio dos maiores incapazes.

8.2 Nomeação do curador

Cabe observar que não há curatela, senão deferida pelo Juiz, no bojo de processo de interdição. Em outras palavras, o curador será nomeado pelo Juiz, no processo de interdição do louco, do pródigo etc, sobre interdição já falamos no Capítulo referente às pessoas naturais.

Uma vez decretada a interdição e nomeado o curador, os atos praticados pelo absolutamente incapaz conterão vício grave, enquanto os atos praticados pelo relativamente incapaz conterão vício leve. Assim é que o curador representará os absolutamente incapazes, quais sejam, os loucos, surdos-mudos que não se comuniquem e os ausentes. Quanto aos pródigos, relativamente incapazes, serão assistidos pelo curador.

Os atos praticados pelo interdito, antes da interdição, são válidos, à exceção daqueles praticados pelo louco, desde que se prove que os praticou em estado de demência.

Acrescente-se que o poder do curador se estende aos filhos menores do curatelado e a seus bens.

Segundo o Código de Processo Civil, o curador será nomeado dentre as

seguintes pessoas:

a) cônjuge; b) pais; c) descendente maior, sendo que o grau mais próximo exclui o mais remoto; d) qualquer parente idôneo; e) qualquer pessoa da confiança do juiz.

No mais, foram revogadas todas as disposições que discriminavam estas pessoas, em relação ao sexo e à idade.

8.3 Prestação de contas

O curador deve prestar contas anualmente ao Juiz e ao Ministério Público.

Ao término da curatela serão apresentadas contas finais.

Por fim, diga-se que se aplicam à curatela todas as regras da tutela que com ela sejam compatíveis.

9 ALIMENTOS

9.1 Definição

Considera-se alimento tudo o que for necessário para a manutenção de uma pessoa, aí incluídos os alimentos naturais, habitação, saúde, educação, vestuário e lazer. A chamada pensão alimentícia, soma em dinheiro para prover os alimentos, deve, em tese, ser suficiente para cobrir todos esses itens ou parte deles, dependendo se a obrigação do alimentante for integral ou parcial.

9.2 Sujeito ativo e passivo de alimentos

Segundo o Código Civil são obrigados a prestar alimentos, reciprocamente, os descendentes, os ascendentes e os irmãos.

Na linha reta, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Conseqüentemente, os avós só terão que prestar alimentos aos netos, faltando-lhes os pais, e vice-versa, ou seja, os netos só terão obrigação de alimentar os avós, se lhes faltarem os filhos.

Os cônjuges e os ex-cônjuges têm o dever recíproco de prestarem-se alimentos; dever estendido aos companheiros e ex-companheiros.

Na verdade, com a emancipação da mulher, a tendência atual é a de que se tornem cada vez mais raros os casos de prestação de alimentos a ex-cônjuge ou ex-companheiro.

9.3 Prestação de alimentos

Os alimentos deverão ser prestados, em caso de necessidade.

Ninguém será obrigado a alimentar pessoa saudável, em condições de trabalhar e prover o próprio sustento.

Outro ponto importante é que não há idade limite para a prestação de alimentos.

A pensão alimentícia será paga, sempre que necessário.

A recusa injustificada de pagar pensão alimentícia é punível com prisão civil de um a três meses, conforme o art. 733, § 1° do Código de Processo Civil.

O dever de alimentar somente cessa nas seguintes hipóteses: a) quando o alimentante não tiver condições econômicas, por estar desempregado, por exemplo; b) quando o alimentado falecer; c) quando desaparecer a necessidade do alimentado, seja pelo trabalho ou pelo casamento etc.

Os alimentos serão requeridos em ação própria, perante o juízo da vara de Família. Se houver prova documental do parentesco, do casamento ou do concubinato (contrato escrito entre os concubinos, por exemplo), a ação de alimentos terá o rito especial previsto na Lei n. 5.478/68, com a fixação imediata, ou seja, logo no início da lide, de pensão alimentícia provisória. são os chamados alimentos provisórios que, ao final, poderão ser convertidos em definitivos. Caso não haja essa prova documental, a ação de alimentos terá rito ordinário, sem fixação de alimentos provisórios.

Na ação de separação judicial, de anulação de casamento e na ação de divórcio direto, o cônjuge necessitado pode pedir ao Juiz a fixação de pensão alimentícia, para seu sustento durante a demanda. Estes alimentos, denominados provisionais, podem converter-se em definitivos ao final da demanda. Também se denominam provisionais os alimentos fixados na sentença de primeira instância, na ação de investigação de paternidade.

Não existe nenhum critério absoluto para a fixação do valor da pensão alimentícia. O Juiz deverá orientar-se com base nas circunstâncias de cada caso.

Assim, levará em conta as necessidades do alimentando, seu nível social, bem como a capacidade, a renda e o nível social do alimentante, dentre outros fatores.

O foro competente para se propor a ação de alimentos é o do domicílio do alimentando. A ação de alimentos será intentada sempre que necessário, mas o direito de cobrar as prestações vencidas prescreve em cinco anos, contados do momento em que deveriam ter sido pagas.

O direito a alimentos é irrenunciável, sendo despido de valor qualquer documento neste sentido. Vale dizer que se uma pessoa assinar documento renunciando ao direito de pleitear alimentos de seus pais, este documento não será levado em conta em ação de alimento, caso essa pessoa venha deles necessitar. Quanto aos cônjuges e, por tabela, quanto aos companheiros, há quem

entenda que a renúncia é válida, por não se tratar de dever baseado em parentesco. Existe, entretanto, em sentido contrário, a súmula 379 do supremo Tribunal Federal, segundo a qual

"no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

Para a revisão dos alimentos, para mais ou para menos, dispõem alimentado e alimentante da ação revisional de alimentos, que se processará pelo mesmo rito da ação de alimentos. Na ação revisional, há quem entenda que cabem alimentos provisórios, há quem entenda que não cabem.

Por fim, é de se ressaltar que, entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do alimentante, dentro das forças da herança. Em outras palavras, os herdeiros deverão continuar a pagar a pensão alimentícia ao ex-cônjuge do defunto, com o patrimônio que receberam de herança. Não serão obrigados a tirar do próprio bolso, caso a herança não seja suficiente. Tal o disposto no art. 23 da Lei n. 6.515/77.(25) O mesmo não ocorrerá se não se tratar de ex-cônjuge ou ex-companheiro. Se o alimentado for descendente, ascendente ou irmão do alimentante, a obrigação de alimentos transmite-se hereditariamente, mesmo que além das forças da herança.

se sou dependente de meus pais, morrendo estes, passarei a sê-lo de meus avós ou irmãos, pouco importando qual seja a herança de meus pais.

(24 VARELA, Antunes. Dissolução da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 114.)

(CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 5. ed., São Paulo: RT, 1986, p. 491.

GOMES, Orlando.

(25 Direito de família. (Curso) Op. cit., p. 469. RODRIGUES, Silvio. O Divórcio e a lei que o regulamenta.

São Paulo: Saraiva, 1978, p. 142. JOSE ABREU. O Divórcio no direito brasileiro.

Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 117.)

Capítulo XVIII Direito das Sucessões

1 - Introdução

1.1 Definições

1.2 Objeto da sucessão

l..3 Histórico

1.4 Abertura da sucessão

1.5 Transmissão da herança

1.6 Capacidade para suceder

2 - Sucessão legítima

2.1 Definição e generalidades

2.2 Ordem de vocação hereditária

2.3 Exclusão de herdeiro indigno

3 - Sucessão testamentária

3.1 Definição

3.2 Generalidades sobre os testamentos

3.3 Formas de testamento

3.4 Disposições testamentárias

3.5 Herdeiros necessários e herança legítima

3.6 Substituições

3.7 Deserdação

3.8 Legados

3.9 Execução de testamentos

3.l0 Inexecução de testamentos

4 - Liquidação e partilha de herança

4.1 Inventário

4.2 Partilha

DIREITO DAS SUCESSÕES

1 INTRODUÇÃO

O Direito das sucessões tem por objeto regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre a seus herdeiros e legatários. Encontra-se normatizada, principalmente, nos arts. 1.572 a 1.807, Livro IV da Parte Especial do Código Civil e nos arts. 982 a 1.045 do Código de Processo Civil. Não obstante, há outras regras espalhadas pela legislação.

Para melhor prosseguirmos em nossos estudos, é essencial que nos habituemos à terminologia do Direito das Sucessões. Para tanto, vejamos a seguir alguns termos básicos.

1.1 Definições

Sucessão é a continuação de uma pessoa em relação jurídica, que cessou para o sujeito anterior e continua em outro. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra.

A sucessão, quanto a sua causa, pode ser inter vivos ou causa mortis.

Se "A" vende seu carro a "B", temos que "B" sucede a "A" na propriedade do carro.

Se "A" passa a "B" cheque que recebera de "C", temos que "B" sucede a "A" como credor de "C".

Em ambos os casos, teremos sucessão inter vivos, uma vez que tanto "A", quanto

"B" não estão mortos. E mais ainda, a sucessão entre eles não estava calcada no pressuposto de que o sucedido morresse. Ou seja, para que "B" sucedesse a "A", não foi necessário que "A" morresse.

Desses casos de sucessão inter vivos cuidará o Direito das Coisas e/ou o Direito das Obrigações, basicamente.

Vejamos agora o que acontecerá se "A" morrer. Uma vez morto, seus herdeiros se tornarão donos de seu patrimônio. Tem-se, pois, que os herdeiros de "A"

sucederam-lhe na propriedade de seus bens. Como esta sucessão teve como requisito a morte de "A", diz-se ser caso de sucessão causa mortis.

Sucessão causa mortis é, portanto, aquela que tem como pressuposto a morte do sucedido. É a transmissão da herança de um morto a seus herdeiros e legatários.

É, enfim, dessa trans-issão hereditáraa, ou dessa espéc)e de suces3ão, que trata o Direito das Sucessões. Este é o seu objeto.

Há outras espécies de sucessão, conforme o ângulo enfocado. Assim, se se levar em conta sua abrangência, a sucessão será singular ou universal.

Sucessão a título universal é a transmissão da totalidade de certo patrimônio ao sucessor, que se sub-roga abstratamente na totalidade. Pode ser inter vivosòu causa mortis.

Se uma empresa incorpora outra, haverá sucessão universal da incorporadora, que sucede a incorporada na totalidade de seu patrimônio.

Os herdeiros sucedem o defunto universalmente, na totalidade de seu patrimônio.

Até que se realize a partilha dos bens, a herança pertence a todos os herdeiros, indiscriminadamente, em regime de co-propriedade.

Sucessão a título singular é a transmissão de uma coisa ou de um direito determinado, ou de uma fração do patrimônio, sem a individuação do bem ou do direito transmitido.(1)

Ocorre sub-rogação concreta em determinada relação de Direito.

A sucessão singular também poderá ser inter vivos ou catsa mortis.

Se uma pessoa recebe uma casa de outra em doação, irá sucedê-la na propriedade do imóvel. A sucessão terá sido a título singular, uma vez que se trata de imóvel determinado e, inter vivos, pois que não pressupôs a morte de ninguém.

Por outro lado, se um indivíduo deixa em testamento certa quantia para outro, teremos aí, não sucessão universal, como a dos herdeiros, que recebem todo o patrimônio do defunto, mas sucessão a título singular, uma vez que o sucessor estará sendo agraciado com certa quantia determinada. A sucessão será, neste caso, causa mentis e a título singular.

Dependendo de sua regulamentação, a sucessão causa mentis poderá ser legítima ou testamentária.

Sucessão legítima é a que ocorre segundo determinação legal. Acontece quando alguém morre ab intestato, isto é, sem deixar testamento, intestado. Se o defunto não deixou testamento, a transmissão de sua herança aos herdeiros será feita de acordo com o que determina a Lei. Daí o nome, sucessão legítima ou legal.

A sucessão legítima será sempre universal. Isso não quer dizer, porém, que os direitos de todos os tipos serão transmitidos. O pátrio poder, a tutela, a curatela, as faculdades pessoais e as obrigações intuitu personae não se transmitem.

Sucessão testamentária é a que ocorre por ato de vontade deixado em testamento.

O testamento é o instrumento da vontade, destinado a produzir as conseqüências jurídicas com a morte do testador.

Quando o testador deixar seus bens de forma indivisa a uma ou mais pessoas, teremos sucessão testamentária a título universal.

(1 PEREIRA, caio Mário da silva. Instituições. op. cri., v. VI, p. I.) Mas se o testador especificar que bens está destinando a este ou aquele, teremos sucessão testamentária a título singular. Pode ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo, ou seja, o testador pode deixar seu patrimônio a uma ou mais pessoas, destacando um ou outro bem para outra ou outras pessoas. Assim, poderíamos ter testamento com os seguintes dizeres: "Deixo meus bens a Maria e Manoel e $1.000,00 a

Pedro". No exemplo, Maria e Manoel receberam a título universal e Pedro a título singular.

O defunto recebe os nomes de falecido, finado, morto, sucedido, antecessor, inventariado, ou qualquer expressão semelhante. Às vezes, a palavra morto não se insere bem no contexto. Por exemplo, ficaria estranho dizer que "o defunto morreu sem deixar testamento". Nestes casos, utiliza-se o termo "autor da herança".

Assim, "o autor da herança morreu sem deixar testamento", ou melhor, "o autor da herança morreu ab intestato".

Há outro termo ainda para designar autor da herança. É de cuius ou "decujo", na versão aportuguesada. Na verdade, de cuius significa "de cuja", sendo expressão extraída da oração latina "persona de cuius successione agituf ou "pessoa de cuja sucessão se trata".

Herdeiro é quem recebe os bens. O herdeiro será legítimo, se a sucessão for legítima, ou testamentário, se se cuidar de sucessão testamentária.

Os herdeiros podem ser necessários. Herdeiro necessário é aquele a quem a Lei assegura a metade do acervo hereditário. São os descendentes e os ascendentes.

Assim, fica limitado o direito de dispor em testamento. Havendo descendentes ou ascendentes, o testador só poderá dispor de metade de seu patrimônio. Os herdeiros necessários são chamados também de reservatários.

Legatário é aquele a quem o testador deixa uma coisa ou quantia certa, determinada, individuada, a título de legado. Os legatários sucedem a título singular, ao passo que os herdeiros sucedem a título universal.

Herança é o conjunto patrimonial transmitido causa mentis. Diz-se acervo hereditário, massa ou monte ou, ainda, espólio. Constitui-se de ativo e de passivo.

Sem entrar em detalhes contábeis, pode-se dizer que o ativo consiste dos bens e créditos, enquanto o passivo consiste dos débitos.

O termo espólio pode ser usado como sinônimo de herança. Na prática, porém, utiliza-se no sentido de herança inventariada, ou seja, herança em processo de

inventário. Espólio ainda se usa como coletivo de herdeiros em conjunto com a massa inventariada. Daí dizer-se que "o inventariante representa o espólio", "a dívida será cobrada do espólio". Ora, o espólio não é pessoa, embora pareça.

Dessarte, não pode ser representado, nem dele se pode cobrar dívidas. O

inventariante, na verdade, representa os herdeiros. A dívida é cobrada dos herdeiros, que pagarão com os bens do espólio.

Por isso, vê-se que a palavra espólio é empregada como coletivo de herdeiros.

Quando uma pessoa morre, seus herdeiros precisam saber se há bens em seu patrimônio, se há dívidas, se há créditos a receber etc. Precisam, enfim, conhecer a realidade patrimonial do morto. Antigamente, faziam isso por conta própria, recorrendo à Justiça se houvesse alguma desavença.(2) Hoje em dia, tudo isso é feito judicialmente, por meio de processo denominado processo de inventário, que poderá ser amigável ou litigioso.

O inventário é, pois, processo judicial pelo qual se apura o ativo e o passivo da herança, a fim de se chegar à herança líquida (ativo menos passivo). Esta herança líquida, que se apura após o pagamento das dívidas e recebimento dos créditos, será, então, partilhada entre os herdeiros.

1.2 Objeto da sucessão

O objeto da sucessão é o patrimônio do finado. Como vimos, esse patrimônio consiste de ativo e passivo, aquele composto de bens e créditos, este de dividas,

Se o autor da herança era solteiro, fica fácil delimitar seu patrimônio. Mas se era casado, deve ser feita distinção entre seu patrimônio e o de seu cônjuge. Só a parte que pertencia ao defunto se considera herança. A outra parte pertence ao cônjuge.

Para se proceder a essa distinção, deve atentar-se para o regime de bens do casamento. Se era o da comunhão de bens, metade do patrimônio do casal será considerado herança, sendo a outra metade patrimônio do cônjuge meeiro.

Se o regime era o da comunhão parcial de bens, será considerado herança o conjunto dos bens particulares do inventariado, somado à metade do patrimônio comum.

Sendo o regime o da separação de bens, a herança consistirá apenas dos bens particulares do inventariado. Se houver patrimônio comum, a metade dele também integrará a herança.

É bom que se tenha sempre em mente essas distinções, a fim de se evitarem maiores embaraços.

1.3 Histórico

Originariamente não se cogitava de herança ou de sucessão mentis causa, pois não havia propriedade individual. Os bens pertenciam ao grupo. Posteriormente, a propriedade adquiriu caráter familial e havia, então, a sucessão do novo chefe nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto.

A idéia de sucessão como a conhecemos hoje, veio a surgir mesmo com o advento da propriedade individual.

(2 NÓBREGA, Vandick Londres da. Compêndio. Op. cri., v. II, p. 506 et Seq.) Seu fundamento, porém, era, de início, religioso e não econômico. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios e lhe oferecesse o banquete fúnebre. O

patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados, na categoria de deuses domésticos. A sucessão era, assim, calcada no direito de primogenitura. O

primogênito sucedia ao parter-familias na chefia da família e do patrimônio familiar.(3)

Posteriormente, a idéia de sucessão desenvolveu-se, tendo como fundamento a própria continuidade patrimonial. Ou seja, deixou de ser religioso, passando a ser econômico. Em outras palavras, o desejo de segurança inspira a acumulação patrimonial; a proteção da prole inspira sua transmissão.(4) Em Roma já havia diferença entre sucessão legítiaa e testamentária, que perdu2àté nossos dias.

Nosso Direito é fusão do Direito Germânico, que não admitia a sucessão testamentária e do Direito Romano, que dava ao testador bastante liberdade para testar.

A sucessão mortis causa é, entretanto, por muitos criticada. O direito socialista é

o principal crítico, por não permitir a propriedade privada dos meios de produção. Admite, todavia

a propriedade individual dos bens de consumo e uso pessoal e sua conseqüente transmissão mortis causa.(5)

Ainda contra a sucessão, apesar de não serem socialistas, temos Fichte, Montesquieu, Kant, Comte e outros que dizem ser a herança um desestímulo ao trabalho e à produção, perdendo com isso a coletividade.(6) A favor temos a grande maioria de pensadores ocidentais. Enquanto subsistir o sistema capitalista de propriedade privada, subsistirá a sucessão causa mortis.

Ela é fator de união familiar, enriquecimento da poupança do trabalho produtivo.

Seus excessos é que devem ser aparados na linha hereditária e pela tributação.(7)

l.4 Abertura da sucessão

A morte é a idéia central. Não há falar em herança de pessoa viva, assim como gravemente viciado é todo contrato que a tiver como objeto.

(3 COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. passim.)

(4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições.)

(5 KOLOMATSKAYA, S.P. Os novoj Sovetskovo grazbdanskovo Saraiva. Moskva: Vyshaya shkola, 1986, st. ll1.)

FICHTE, Johann Gottlieb. Introdução á teoria do estado. Os Pensadores. 2ªed., São Paulo: Abril cultural, 1984, p. 279.)

(6 MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Os Pensadores. 3ªed., São Paulo: Abril cultural, 1985, p. 409. KANT. Tbe Science of right. p. 427/428. COMTE, Auguste.

Catecismo Positivista. Os Pensadores. 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.

279.)

(7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. 0i7. cit., v. VI, p. 4 et seq.

VON IHERING, Rudolf A luta pelo direito. passim.)

Antes da morte não há direito adquirido à herança, mas tão só expectativa de direito. Como exceção, a Lei admite sucessão nos bens do ausente, a princípio provisória e depois definitiva.

Com a morte abre-se a sucessão. A morte deve provar-se autêntica. No plano biológico, pela medicina, e no plano jurídico pela certidão passada pelo Oficial do Registro Civil, extraída do registro de óbito.

Em Roma, os herdeiros necessários, dentre eles, os filhos e escravos contemplados em testamento, adquiriam a herança no momento da morte, independentemente de ato seu. Em outras palavras, a herança não ficava sem dono um só instante. Na exata hora da morte, os herdeiros necessários, mesmo sem o saber, já herdavam, tornando-se condôminos do espólio. Depois era feita a liquidação e a partilha do monte.

Os outros herdeiros, que não fossem da categoria dos necessários, eram chamados de voluntários. Só herdavam depois de aceitar a herança.(8) Com a morte a sucessão ficava aberta e só com a aceitação a herança se transmitia aos herdeiros voluntários. Entre a abertura e a aceitação, a herança ficava jacente. Nessa fase de jacência, a herança tinha representante e direito de ação, daí alguns reconhecerem-lhe personalidade, embora contestados por outros.(9)

Posteriormente, na Idade Média, com a morte do servo, os bens voltavam ao suserano, que exigia pagamento dos herdeiros para dar-lhes a posse da herança. A etapa seguinte foi o chamado Droit de sotisine - direito de posse imediata -

segundo o qual os herdeiros do servo entravam na posse imediata dos bens. Este Droit de Sotisine se fixou no século XIII. 1° Também na Alemanha, o Direito Germânico já adotava esse princípio, ou pelo menos dele se tem notícia pela fórmula "der Tote erbt den Lebendigen" (l0) morto transmite ao vivo). (11) Nosso antigo Direito adotava a sistemática romana até 1754, quando o Alvará de 09 de novembro adotou o Droit de Sotisine, confirmado pelo Assento de 1776 e pelo Código Civil de 1916.I~ No Direito Brasileiro vamos, então, encontrar vigorando o Droit de Sotisine, de que se pode extrair os seguintes efeitos: 1° Não há três fases, isto é, abertura, jacência e aceitação. A abertura da sucessão se dá com a morte e no mesmo instante os herdeiros passam a ser titulares da herança.

(8 CRETELLA JÚNIOR, J. C«me de direito romano. 0i7. cit., p. 392/393.) (9

VON SAVIGNY, Karl Friedrich. Traité de droit romain. 0i7. cit., t. VII, p.

49.)

(10 JOSSERAND, Louis. Cours de droit civil i7oSitffiançaiS. 0i7. cit., v. III, p. 474 et seq.)

(10 VON THUR, Andreas. Teoria general dei derecbo civil alemán. Buenos Aires: De palma, 1948. p. 31. Bürgerliches Gesetzbuch mit Kommentaren von Bemhard Danckelmann, Hans Putzo et ai. 30. AUL, München: CH Beck'sche, 1971) (11 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito i7rivàdo. 0i7. cit., v. LV, p. 16/17.) 2° Não há necessidade da presença ou de nenhum ato do herdeiro. A imissão na posse se dá independentemente de qualquer ato do herdeiro, logo após a morte. Os herdeiros, mesmo sem o saber, já serão donos da herança, tendo, quando nada, posse indireta.

3° Qualquer herdeiro tem legitimidade para defender todo o acervo hereditário contra terceiros esbulhadores, ainda que só tenha direito a fração desse monte.

4° Aberta a sucessão, falecendo o herdeiro, sucedem-lhe seus herdeiros, ainda que o herdeiro falecido não houvesse manifestado sua aceitação, ou mesmo que desconhecesse o passamento do antecessor. Por outros termos, se o herdeiro falecer logo após o autor da herança, aquilo que herdou passa aos seus próprios herdeiros.

5° O herdeiro, mesmo antes de individuado seu quinhão, pode passá-lo adiante, tomando o adquirente seu lugar no espólio.

1.5 Transmissão da herança

A transmissão ou devolução da herança é a transferência do acervo aos herdeiros e legatários. Em relação a essa transmissão, três questões se impõem: quando, onde e a quem se devolve a herança?

Como vimos, a transmissão da herança, segundo nosso Direito, ocorre no exato momento da morte. Os herdeiros, ainda que não o saibam, já se tornam donos da herança. Se forem vários, serão condôminos do acervo hereditário, até a partilha.

A segunda pergunta - onde se transmite a herança? - tem resposta bastante simples: no último domicílio do inventariado, ainda que tenha morrido em local

diverso, ou que os bens estejam situados em outra ou outras localidades. A transmissão ocorrerá no último domicílio do autor da herança, local em que deve ser instaurado o processo de inventário, a fim de se convocar os herdeiros e liquidar a herança, para que seja partilhada.

Por fim, a quem se devolve ou se transmite a herança?

A herança será distribuída entre os herdeiros e legatários instituídos no testamento e, na falta deste, entre os herdeiros instituídos pela Lei, denominados herdeiros legítimos. Não havendo herdeiros legítimos nem testamentários, a herança ficará sem dono, sendo recolhida aos cofres municipais, para ser aplicada em educação pública.

1.6 Capacidade para suceder

Nem toda pessoa reúne os requisitos mínimos para suceder. Há indivíduos incapazes para tal.

A capacidade sucessória é capacidade negociar, específica, não se confundindo com a capacidade civil genérica, adquirida aos 21 anos ou com a emancipação.

A apuração da capacidade sucessória se fará de acordo com a lei vigente no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte. Os pressupostos que definem essa capacidade são dois: existência e vocação hereditária.

O herdeiro tem que existir no momento da abertura da sucessão. Se quando o autor da herança falecer, o herdeiro não existir, nada herdará, sendo a herança transmitida aos demais herdeiros.

Algumas observações se fazem, entretanto, necessárias.

Em primeiro lugar, o nascituro, isto é, aquele que está para nascer (já concebido, mas não nascido), herda normalmente. Apesar de não ser pessoa, visto que ainda não nasceu, recebe a herança, sendo-lhe nomeado curador, denominado curador ao ventre (normalmente a própria mãe será o curador), para zelar por seus interesses. Caso venha a nascer morto, considera-se como nunca tendo existido, sendo sua parte da herança transmitida aos demais herdeiros.

É perfeitamente válida disposição testamentária em favor de prole eventual de

certo indivíduo. O testador pode dispor a favor de crianças que ainda nem foram concebidas. Pode-se também dispor a favor de pessoa jurídica que ainda não foi constituída.

Em ambos os casos, a disposição testamentária é condicional.

Caso a criança não venha a ser concebida, ou não venha a nascer em certo prazo, a herança se devolverá aos demais herdeiros, ou a outra pessoa indicada pelo próprio testador, em substituição. O mesmo raciocínio se aplica à pessoa jurídica ainda não constituída. Se não vier a se constituir em certo prazo demarcado no testamento, a herança será transmitida aos demais herdeiros ou a substituto específico, nomeado pelo próprio testador.

As pessoas jurídicas, acrescente-se, só herdam se contempladas em testamento.

Os animais ou coisas jamais serão herdeiros ou legatários. Se em testamento, o autor da herança deixar algo para animal ou coisa inanimada, a disposição testamentária não será levada em conta, sendo os bens distribuídos aos demais herdeiros. O que pode ocorrer é o testador deixar seus bens a uma pessoa, incumbido-a de cuidar de seu animal de estimação, por exemplo. Isso é válido.

O segundo pressuposto definidor da capacidade sucessória é a vocação hereditária.

Vocação hereditária é o chamamento à sucessão.

Quando um indivíduo morre, seus herdeiros serão convocados a herdar.

Que herdeiros? Aqueles instituídos em testamento e, na falta deste, aqueles instituídos em lei. Fora desses, os demais não serão capazes para suceder, por não estarem na ordem de vocação hereditária.

Por exemplo, se uma pessoa morrer sem deixar testamento, serão convocados seus filhos; na falta desses, seus netos etc. Se houver filhos, por exemplo, os pais e irmãos do falecido nada herdarão, por estarem excluídos da vocação hereditária, não tendo capacidade sucessória. Os filhos ficarão com tudo.

1.7 Devolução da herança

Devolução é transmissão da herança aos herdeiros e legatários. Ocorre no

momento da abertura da sucessão que, como visto, é o momento da morte em si mesma.

Morrendo o autor da herança, neste exato momento, transmite-se aos herdeiros seu acervo hereditário, ainda que não tenham eles a menor idéia de que já são seus donos. Uma pessoa pode herdar sem o saber.

Para que essa situação patrimonial se consolide, é necessário que o herdeiro aceite a herança que já lhe foi deferida. Em outras palavras, é mister que aceite o que já é seu. Afinal, a transmissão automática que ocorre com a morte é meramente abstrata, só se consolidando com a aceitação.

a) Aceitação - Aceitação da herança é, assim, a manifestação livre de vontade de receber o herdeiro a herança que lhe é deferida. Na verdade, são três as etapas da transmissão ou devolução hereditária.

Em primeiro lugar, ocorre a abertura da sucessão com a morte do autor da herança. Neste exato instante, o acervo é transmitido de forma abstrata aos herdeiros, que se tornam seus condôminos, ainda que sem o saber.

O segundo momento é o da delação, ou seja, momento em que se oferece o acervo aos herdeiros. É concomitante com o momento da abertura. Em poucas palavras, a delação ocorre ao mesmo tempo que a abertura da sucessão. Aliás, é a partir dela que os herdeiros se tornam donos da herança.

Por fim, a aquisição ou aceitação. Trata-se de negócio jurídico unilateral com o qual a herança já deferida é aceita. Como ficou claro, o ato aquisitivo não é a aceitação.

A aquisição propriamente dita se dá com a morte. A aceitação apenas a consolida.

A aceitação pode ser expressa, quando resultar de declaração escrita; nunca verbal, ainda que perante testemunhas.

Pode ser tácita, quando o herdeiro pratica atos compatíveis com sua condição hereditária, tais como administração, alienação ou oneração de bens do espólio; locação, reconstrução ou demolição de prédios; propositura de ação; cobrança de dívidas; etc. Atos meramente conservatórios; atos de administração interina; alienação de coisas deterioráveis, quando autorizada pelo Juiz; e pagamento de

dívida de herança não induzem a aceitação.

A aceitação será presumida, se algum interessado requerer ao Juiz, até 20 dias depois da abertura da sucessão, para que mande o herdeiro pronunciar-se em até 30 dias. Caso não se pronuncie, presume-se aceita a herança.

Será direta, quando provier do próprio herdeiro.

Será indireta, quando alguém o fizer por ele. Isto pode ocorrer em quatro hipóteses:

1º os sucessores do herdeiro podem aceitar por ele, se já era falecido; 2º o mandatário ou gestor de negócios também podem aceitar, representando o herdeiro;

3º os credores, até o montante do crédito, podem aceitar a herança pelo devedor herdeiro;

4º por fim, o cônjuge poderá aceitar.

Importante é frisar que não se admite aceitação pro porte.(13) A aceitação será anulada quando, após aceita, apurar-se que o aceitante não era herdeiro, ou descobrir-se testamento. Se o inventário já tiver sido encerrado e homologada a partilha, só por ação de petição de herança o interessado poderá reivindicar o que lhe cabe.

Em Roma, com a transmissão da herança, passavam ao herdeiro todos os seus encargos, ainda que Mitra vires hereditottis.(14)

Isso levava o herdeiro voluntário a renunciar à herança, a fim de não ter prejuízos. Posteriormente, a aceitação poderia vir acompanhada de cláusula expressa a beneficio de inventário, querendo isso dizer que o herdeiro aceitava a herança, desde que seus encargos não ultrapassassem o monte, sem ameaçar seu patrimônio pessoal. (15)

No Direito pátrio antigo prevalecia esta última regra.

No Direito atual a aceitação a beneficio de inventário presume-se ope leis,(16) a não ser que o herdeiro renuncie ao beneficio expressamente.

b) Renúncia - Renúncia é o direito que tem o herdeiro de rechaçar a herança.

A renúncia é ato jurídico formal, dando-se por instrumento público, lavrado por notário de qualquer localidade, ou por termo nos autos do processo de inventário ou de qualquer ação que verse sobre a herança.(17)

É requisito substancial, sem o que não tem valor a renúncia.

Quanto a sua natureza jurídica, a renúncia é declaração unilateral de vontade.

Não há necessidade de ser homologada em juízo. Completa-se por si mesma.

Formalizada a renúncia, os bens passam aos herdeiros da outra classe, independentemente de sua presença ou aceitação. Por exemplo, se os filhos renunciarem, os netos herdarão. Se não houver herdeiros, a herança se considerará vaga e passará ao erário municipal.

Para renunciar, o agente deve ser capaz. Não somente para os atos da vida civil, mas, principalmente, para alienar. Pode ser efetuada por mandatário, que deve ter poderes especiais e expressos para tanto. Se o agente for incapaz, a recusa de nada vale, ainda que efetuada por seu representante, que não tem capacidade dispositiva, a não ser por autorização judicial.

(13 Por partes, parcial.)

(14 Além das forças da herança, ou seja, as dívidas são superiores ao ativo.) (15 WARNKÒNIG, L.A. Commentarii 1eis romana i7rivàti - De família et Succession ibus. Leodii: J. Desoer, 1829)

(16 Por obra da Lei, por força de lei.)

(17 GOMES, Orlando. Sucessões. 6ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 27.) A renúncia só pode ocorrer após a abertura da sucessão. Nunca depois da aceitação, ainda que seja tácita a última. Uma vez formalizada, retroage à abertura da sucessão e o herdeiro é tratado como se nunca o tivesse sido.

A renúncia deve ser pura e simples, não comportando termo ou condições.

Em outras palavras, o herdeiro deve apenas renunciar, não podendo impor condições pata tanto, nem renunciar até certa época, depois aceitando. Há quem

admita que possa ser translativa, quando o renunciante repudia a herança em favor de outra pessoa. É a chamada renúncia de nome.

A tese não é a melhor. Há outra teoria, mais lógica, que diz que a renúncia deve ser sempre pura e simples. A renúncia translativa seria, em verdade, aceitação translativa ou ainda cessão de herança.(18)

A renúncia é irretratável e definitiva, a não ser que grave ou levemente viciada.

Os defeitos graves são a incapacidade absoluta do agente, a impossibilidade do objeto e a inadequação de forma Os leves são a incapacidade relativa do agente, a fraude contra credores e a simulação, bem como o erro, o dolo e a coação. Os atos jurídicos viciados, dentre eles, a renúncia à herança, podem ser anulados, com já sabido.

Realizada a renúncia, a parte do renunciante passa aos outros herdeiros a quem de direito.

Se o renunciante falecer, seus sucessores nada recebem, a não ser que seja ele o único de sua classe, quando então seus herdeiros comparecem. Suponhamos que "A", herdeiro de "B", tenha três filhos, "C", "D" e "E". Supondo que "A" renuncie à herança de "B", falecendo logo em seguida, a parte a que renunciou será distribuída entre seus irmãos, quais sejam, os outros filhos de "B". Mas e se

"A" fosse filho único? Nesta hipótese, a parte a que renunciou antes de morrer seria distribuída entre "C", "D" e "E", que estariam herdando do avô, "B".

Quem renuncia à herança não está impedido de aceitar legado.

O renunciante, enquanto pai, não é impedido da administração ou usufruto dos bens que venham a tocar a seus filhos menores em virtude da renúncia.

Na sucessão testamentária, a transmissão dos bens do renunciante pode depender das disposições do testamento. O testador pode dispor que, se um herdeiro renunciar, sua parte será conferida a outro herdeiro ali nomeado.

Se o co-herdeiro, ou herdeiro da classe subseqüente, houver cedido seus direitos rucessórios, a renúncia beneficiará o cessionário. Tomemos o seguinte exemplo:

"A" e "B" são filhos e herdeiros de "C". Morrendo este, "B" cedeu sua parte a

"D", e "A" renunciou à sua parte. Para quem ficará a herança? Ficará para "D".

c) cessão de herança - Cessão de herança é alienação gratuita ou onerosa da herança a terceiro, estranho ou não, ao inventário. A cessão pode ser total ou parcial, quando envolver todo o quinhão do cedente ou parte dele.(19) (18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 48.) (19 Idem, p. 56.)

Como requisitos de validade temos que o cedente deve ser capaz, em particular para alienar seus próprios bens. A cessão só pode dar-se após a abertura da sucessão. Não se pode ce$er heranåa de pessoa viva. Deve c/ncluir-se !ntds da partilha, caso contrário não será cessão de herança, ainda que conserve esta denominação.

Será doação ou compra e venda de bens herdados, dependendo se for gratuita ou onerosa, respectivamente. Por fim, o cedente designará a quota parte cedida de maneira abstrata. Em outros termos, não poderá indicar concretamente que bens da herança está aedendo. IsTo pela simples razão de que, antes da partilha, os herdeiros não podem dizer o que será de quem, uma vez que são condôminos do monte em geral. Se os bens ainda não foram individuados, a cessão terá que ser do quinhão hereditário em abstrato.

O cessionário recebe a herança no estado em que se achar, correndo por sua conta os riscos de ser mais ou menos absorvida pelo passivo; a não ser que o cedente determine um valor, expressamente, caso em que se obriga por ele.

O cedente não responde pela evicção. Evicção, a título de recordação, é a perda da coisa, em virtude de sentença judicial, a favor de quem possuía direito anterior sobre ela. É o caso do carro roubado que é restituído a seu verdadeiro dono, por sentença judicial. Se o carro fazia parte do quinhão do herdeiro cedente, este não responderá pela evicção. O prejuízo será do cessionário, que poderá cobrá-lo de quem tenha alienado o veículo ao autor da herança.

Os herdeiros têm direito de preferência, se a cessão for onerosa. Explicando melhor, se o herdeiro resolver vender sua quota parte, deverá oferecer primeiro aos co-herdeiros, que têm direito de preferência, podendo anular a cessão operada em favor de estranho.

Os credores do cedente, não avisados e prejudicados pela cessão, têm ação contra o herdeiro, ainda que o cessionário assuma o débito.

O instrumento da cessão será juntado aos autos do processo de inventário, prosseguindo este normalmente, feita a substituição do herdeiro pelo cessionário automaticamente.

d) Petição de herança - Petição de herança é ação pela qual herdeiro esquecido ou desconhecido reclama sua parte da herança, antes ou depois da partilha.(20) A ação deve instruir-se com prova da qualidade de herdeiro.

O autor pedirá a entrega dos bens, com seus acessórios e implementos.

A ação só terá cabida contra o possuidor pro herede,(21) não tendo valia contra possuidor ordinário, que detenha os bens a outro título. Neste caso, a ação correta será a reivindicatória, dentre outras.

(20 GOMES, Orlando. Sucessões. Op. cit., p. 271.)

(21 Possuidor pro herede é aquele que possui na condição de herdeiro.) Gustavo detém imóvel da herança, na condição de locatário. Se for reconhecida condição de herdeiro de Henrique, tocando-lhe o dito imóvel, deverá intentar ação de despejo contra Gustavo, se este não lhe restituir o bem espontaneamente.

Mas, supondo que Gustavo fosse invasor do imóvel, a ação correta que Henrique deveria propor é a reivindicatória.

A ação de petição de herança pode vir isolada ou geminada a outro pedido.

O caso mais freqüente é o de cumulação com a investigação de paternidade.

Ao herdeiro vencedor devolve-se a herança com todos os acessórios e mesmo os frutos e rendimentos, se o possuidor for declarado em mora. Não se caracterizando mora por parte do vencido, caberão a ele as benfeitorias, frutos e rendimentos, devendo ser indenizado pelas benfeitorias e despesas úteis e necessárias. Quanto às voluptuárias poderá levantá-las, se não houver risco de destruição ou deterioração.

Quanto ao prazo para se intentar a ação de petição de herança, a doutrina diverge. Segundo Caio Mário,(22) a ação prescreve em vinte anos da abertura da sucessão. Apesar disso, confere-lhe caráter real universal. Passado esse período, o filho não reconhecido poderá até intentar ação de investigação de paternidade, mas não terá mais direito à herança. O contraditório está em que, se a ação de

petição de herança tem natureza real, o prazo de prescrição seria de quinze anos entre ausentes e dez anos entre presentes.

Outros há que lhe conferem caráter constitutivo-condenatório. Neste caso.

Não havendo prazo estabelecido em lei, o direito de peticionar seria perpétuo, não estando sujeito a decadência.

Theotônio Negrão(23) notícia acórdão, considerando a ação de petição de herança declaratória. Conseqüentemente, não estaria sujeita nem a prescrição nem a decadência.

2 SUCESSÃO LEGÍTIMA

2.1 Definição e generalidades

Sucessão legítima ou legal é sucessão deferida por determinação da Lei quando o sucedendo morre intestado, ou seja, sem deixar testamento.

Na verdade, a sucessão legítima se dá em quatro momentos: a) quando o de cuius morrer sem t%stamento9 b) quando o testamento &or anulado ou caducar; c) quando o testador não dispuser da totalidade da herança, deixando parti sem destinação no testamento;

(22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. 0i7. cit., v. VI, p. 54/55.) (23 NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 0i7. cit., art. 1.000, nota 7.) d) quando houver herdeiros necessários, que restrinjam a liberdade de testar à parTe disponível. Havendo dascendentes ou ascendentes, ou seja, herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade de seu patrimônio. A outra metade deverá obrigatoriamente ser deixada para os descendentes ou ascendentes, uns na falta dos outros, em partes iguais.

Nas antigas cidades-estado gregas e italianas, a sucessão legítima foi a primeira a existir, precedendo a testamentária. Seu fundamento, como já vimos, era religioso. O herdeiro, isto é, o primogênito, deveria dar continuidade ao culto de seus antepassados. Posteriormente, com o arrefecimento do espírito religioso, surgiu a sucessão testamentária, para que o patrimtnio do sucedido fossd distribuído entre certas pessoas por ele apontadas. Mas, falecendo o autor da herança otb intestotto, para quem seriam deferidos seus bens? Para o primogênito? Ora, o direito da primogenitura já não mais vigorava. Os demais

filhos e netos também queriam participar da sucessão. Foi necessário, pois, que o legislador regulamentasse a questão, indicando as pessoas que herdariam, se o autor da herança não deixasse testamento, ou se ocorresse uma das três outras hipóteses acima referidas.(24)

Grosso modo, pode dizer-se que quatro são as ordens de influência sobre sucessão a legítima. Historicamente esteve presente em todos os povos da antigüidade -

romanos, egípcios, gregos, babilônios, hindus, chineses, árabes, hebreus etc.(25)

Na atualidade, vamos encontrá-la em todos os países ocidentais e orientais.

Até mesmo nos de orientação socialista que, em princípio, e como já observamos, posicionam-se contra a sucessão causa mentis.(26)

Do ponto de vista familiar, há na sucessão legítima fator de coesão e unidade da família, assegurando a permanência dos bens em seu domínio.

Do ponto de vista individual, a ordem de vocação hereditária obedece ao critério da afeição presumida. Os herdeiros são chamados a suceder em ordem de gradação afetiva que, normalmente, encontra apoio na realidade.(27) Finalmente, do ponto de vista social, tendo em conta que é no meio social que o homem vive e labora e que, economicamente, não se vive filhado, sendo justamente a organização social que lhe permite constituir e resguardar seu patrimônio, a ordem de vocação hereditária prevê a devolução dos bens ao Estado, ou seja, à coletividade, quando não houver outros herdeiros possíveis.

Segundo Von Ihering, o fundamento da sucessão hereditária é o trabalho.

Uma pessoa trabalha, amealhando bens, exatamente para prover a si e aos seus. (28)

(24 COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Op. cit., passim.) ARIES, Philippe et ai. História da vida privada. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. I, passim.)

(25 COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Op. cit., passim.) (26 KOLOMATSKAYA, S.P. et ai. Osnouy Sovetskovo grazbdanskovo prova. Op. cit., passim.)

(27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 61 et Seq.) (28 VON IHERING, Rudolf A1uta pelo direito. Op. cit., passim.) O direito sucessório sofre, porém, limitações. Primeiro impõe a Lei limite à extensão dos parentes chamados a herdar. No Brasil, os parentes na linha colateral só herdam até o quarto grau. Em segundo lugar, impõe-se tributação progressiva, em função do valor do monte e, em alguns países, do grau de parentesco.(29)

A sucessão pode ocorrer por cabeça ou por estirpe.

Será por cabeça, quando a herança for transmitida a cada herdeiro individualmente, in capita. Exemplificando, tomemos "A" e seus dois filhos, "B"

e "C". Morrendo "A", sem testamento, seus filhos receberão, cada um a metade, por cabeça.

A sucessão será por estirpe, quando for transmitida aos herdeiros de uma mesma linha paterna ou materna. Em outras palavras, a sucessão por estirpe é aquela que toca aos herdeiros do herdeiro falecido. A eles caberá apenas o que receberia o herdeiro falecido. Vejamos um exemplo. "A" morre intestado, deixando três filhos, "B", "C" e "D". Logo em seguida morre "B", deixando dois filhos,

"E" e "F". A quem será conferida a herança de "A"? Um terço a "C" e um terço a

"D", que herdam por cabeça. O outro terço será entregue a "E" e "F", que herdam por estirpe.

A sucessão pode ocorrer por direito de transmissão ou de representação.

Dá-se sucessão por direito de transmissão, quando o herdeiro falecer após a abertura da sucessão. Neste caso seus herdeiros herdam por direito de transmissão, ocupando o lugar daquele a quem a herança fora deferida, mas que não pudera tocá-la, alcançado pela morte. A herança aqui é repartida sempre por estirpe.(29)

Exemplificando, teríamos "A" que deixa três filhos, "B", "C" e "D". Após a morte de "A", "B" vem a falecer, deixando dois filhos, "E" e "F". Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que "B" chegou a herdar de "A", uma vez que morreu depois.

Como vimos, os herdeiros se tornam donos da herança no momento exato da

morte. A aceitação posterior é apenas ato de ratificação. Bem, se "B" morreu depois de

"A", ainda que um segundo depois, significa que herdou de "A", transmitindo essa herança a seus filhos, "E" e "F". Diante disso, como será distribuída a herança de "A"? Muito fácil: um terço para "C", um terço para "D" e um terço para "E" e

"F", que herdam por estirpe e por direito de transmissão.

Já a sucessão por direito de representação se verifica, quando ocorrer a morte de um herdeiro, anteriormente à abertura da sucessão. Seus herdeiros tomam-lhe o lugar, recebendo o quinhão que a ele caberia. Tal sucessão também só pode se dar por estirpe.

Tomemos um exemplo. "A" tem três filhos, "B", "C" e "D". "B" morre, sendo seguido de "A". Neste caso, "B" não herdou de "A", uma vez que morreu antes.

Mesmo assim, seus filhos herdarão o que a ele caberia, por direito de representação. Em outras palavras, os filhos de "B" representarão seu pai no espólio de "A", herdando por estirpe juntamente com "C" e "D", que herdarão por cabeça.

(29 PEREIRA, Caio Mário. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 9 et Seq.) (30 Idem,D.74.)

2.2 Ordem de vocação hereditária

Ordem de vocação hereditária é a ordem pela qual a Lei chama, convoca os herdeiros do morto a herdar. Fala-se em ordem de vocação hereditária apenas quando se cuida de sucessão legítima.

Há cinco ordens:

1ª ordem) descendentes - dentro desta classe, o grau mais próximo exclui o mais remoto, a não ser nos casos de representação ou transmissão. Os graus contam-se até o infinito.

2ª ordem) ascendentes - na falta de descendentes, herdam os ascendentes até o infinito. Aqui também, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

3ª ordem) cônjuge ou companheiro supérstite - na falta de descendentes ou ascendentes, herda o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

4ª ordem) colaterais - na falta de representantes das três classes citadas anteriormente, são chamados à sucessão os colaterais até o quarto grau. Também aqui o grau mais próximo exclui o mais remoto, com a ressalva do direito de representação ou transmissão.

5ª ordem) Poder Público - faltando representantes das outras ordens, a herança se considera sem dono, jacente. Neste caso o Poder Público do Município em que se situarem os bens, incorporará o acervo. Vê-se, portanto, que o Poder Público não é herdeiro.

Vejamos, agora, a sucessão em cada uma dessas ordens, mais pormenorizadamente.

a) sucessão dos descendentes - Os descendentes são os herdeiros por excelência.

Em relação aos filhos, vigiam anteriormente regras que faziam distinção entre filiação legítima, ilegítima e adotiva. Após a Constituição Federal de 1988, foi abolida qualquer distinção entre eles, tendo todos os mesmos direitos.

Foi, assim, revogado o Código Civil em todo e qualquer dispositivo que faça discriminação entre filhos. No tocante aos filhos adotivos, uma vez adotados, perdem toda vinculação com sua família de origem, não se podendo, portanto, falar em direito sucessório em relação a seus pais naturais.

Na categoria dos descendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Assim, se uma pessoa morrer, deixando filhos e netos, herdam os filhos. Se deixar netos e bisnetos, herdam os netos, e assim por diante.

Na linha descendente, a herança pode distribuir-se por cabeça ou por estirpe, por direito de transmissão ou de representação.

Se "A" morrer, deixando dois filhos "B" e "C"; e se, logo em seguida, morrer

"B", deixando dois filhos "D" e "E", como será distribuída a herança de "A"? "C"

herdará a metade, por cabeça. "D" e "E" herdarão a outra metade, por estirpe e por direito de transmissão. Não nos esqueçamos de que se "B" morreu depois de

"A".

Significa que herdou, transmitindo a seus filhos "D" e "E".

Outro exemplo: "A" tinha três filhos, "B", "C" e "D". "B" morre, logo em seguida morrendo "A". Como será distribuída a herança de "A"? Um terço ficará para "C" e o outro terço para "D", que herdam por cabeça. O terço remanescente será herdado pelos filhos de "B", que recebem por estirpe e por direito de representação.

Vejamos mais um exemplo. "A" tinha três filhos, "B", "C" e "D". "B" tinha dois filhos, "E" e "F". "C" tinha um filho, "G" e "D" não tinha filhos. Primeiro morreram "B", "C" e "D". Depois morreu "A". Como será distribuída a herança de

"A"? Entre seus netos, "E", "F" e "G", que receberão por cabeça, por se acharem todos no mesmo grau.

Por fim, um último exemplo, para clarear as coisas. Tomemos o mesmo caso: "A"

tinha três filhos, "B", "C" e "D". "B" tinha dois filhos, "E" e "F". "C" tinha um filho, "G" e "D" não tinha filhos. Primeiro morreu "B". Depois morreu "A" e por último morreu "C".

Como será distribuída a herança de "A"? Um terço para "D", que recebe por cabeça. Outro terço para os filhos de "B", que recebem por estirpe e por direito de representação. O último terço irá para o filho de "C", que herda por estirpe e por direito de transmissão.

Todas essas regrinhas podem ser extraídas do art. 1.604 do Código Civil.

b) sucessão dos ascendentes - Não havendo ninguém na classe dos descendentes, herdam os ascendentes. Também aqui o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Assim, se um indivíduo morrer, deixando pais e avós, herdam os pais.

Se deixar avós e bisavós, herdarão os avós, e assim por diante.

Na sucessão dos ascendentes, a herança será dividida por linhas e graus.

Suponhamos que "A" morra, deixando seus pais vivos. Sua herança será dividida igualmente entre eles. Será dividida em duas linhas: materna e paterna. É

importante frisar que só se admite uma divisão em linhas. Por exemplo, se "A"

morrer, deixando vivos seus avós paternos e seu avô materno, sua herança será distribuída da seguinte forma: 50% para a linha materna e 50% para a linha paterna. Consequentemente, o avô materno herdará a metade e os avós paternos a outra metade.

Não há direito de representação na linha ascendente. Exemplificando, suponhamos que "A" tenha seus pais e avós vivos. Em dado momento, morre seu pai.

Em seguida, morre "A". Se o pai morreu antes de "A", significa que nada herdou.

Sendo assim, para quem irá a herança de "A", se não se admite direito de representação na linha ascendente? Muito fácil. A mãe de "A" herdará tudo.

Se por um lado não se permite o direito de representação na linha ascendente, por outro lado, é plenamente admitido, por ser lógico, o direito de transmissão.

Tomemos o mesmo exemplo: "A" tem pais e avós vivos. Em dado momento, morre "A".

Em seguida, morre seu pai. Se o pai morreu depois de "A", significa que herdou.

Sendo assim, para quem irá a herança de "A"? Metade para sua mãe e metade para seus avós paternos, que herdam por estirpe e por direito de transmissão.

c) sucessão do cônjuge ou companheiro sobrevivo - Não havendo parentes na linha reta, ou seja, descendentes ou ascendentes, é chamado à sucessão o cônjuge sobrevivente, desde que não esteja separado judicialmente.

A fim de melhor entender a sucessão do cônjuge viúvo, cumpre diferenciar

herança de meação.

Em linhas gerais, pode dizer-se que, em praticamente todos os três regimes de bens - comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens, o casal possui patrimônio comum, seja ele constituído de bens adquiridos pelo esforço comum ou não. Esse patrimônio comum pertence ao casal, sendo metade do marido e metade da mulher. Morrendo um dos dois, a metade do viúvo distingue-se da herança, não sendo transmitida aos herdeiros. É a chamada meação do cônjuge supérstite. A outra metade, que pertencia ao inventariado, esta sim compõe a herança, sendo transferida aos herdeiros, que pode ser o próprio cônjuge sobrevivo, na falta de descendentes ou ascendentes.

Na sucessão do cônjuge, duas regras se hão de esclarecer.

Em primeiro lugar, se o regime de bens do casamento não for o da comunhão universal, o cônjuge sobrevivente, enquanto permanecer viúvo, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houver filhos deste ou do casal. Se não houver filhos, mas ascendentes do morto, o viúvo terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da metade dos bens da herança.

Em poucas palavras, não sendo o regime de bens do casamento o da comunhão universal, o viúvo que concorrer com filhos do inventariado, terá direito ao usufruto da quarta parte da herança.

Se concorrer com ascendentes, a proporção subirá para a metade. Em ambos os casos, o usufruto se estenderá enquanto perdurar a viuvez. Exige-se que o regime não seja o da comunhão de bens, porque neste, supõe-se que ao cônjuge sobrevivo tocará metade do patrimônio comum.

A segund! regra diz que, se o regime de bens do casam%nto for o da comunhão universal, o cônjuge viúvo, enquanto permanecer viúvo, terá direito real de habitação sobre a residência da família, desde que seja ela o único imóvel residencial do casal.

Isto porque, sendo o imóvel o único bem do casal e, sendo do viúvo a metade, o imóvel teria que ser vendido para ser possível a partilha. Neste caso, correr-se-ía o Risco de o cônjuge sobrerivente ficar sem ter onde morar.

Não só as pessoas casadas têm direitos sucessórios. Segundo a Lei n. 8.971/94, os companheiros, assim entendidos aqueles que vivam em concubinato puro,

também os têm.

Concubinato puro é aquele entre pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas.

Para que o companheiro sobrevivente tenha direitos sucessórios, a união deverá ser estável, more uxorio. Preenchido esse requisito, o companheiro sobrevivo terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cuius, se houver filhos deste ou comuns. Se não houver filhos, mas ascendentes, a proporção sobe para a metade da herança.

Não havendo nem descendentes nem ascendentes, o companheiro herda todo o acervo.

De qualquer forma, o companheiro terá sempre dois direitos, conferidos pela Lei n. 9.278/96.

O primeiro deles é o direito à metade do patrimônio construído pelo esforço comum. Segundo a Lei n. 9.278/96, os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união, presumem-se fruto do trabalho e da colaboração comuns, passando a pertencer a ambos. Excluem-se os bens recebidos em doação ou herança.

O segundo é o direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família, que o companheiro sobrevivo terá, enquanto não constituir nova união.

d) sucessão dos colaterais - Se o indivíduo falecer sem deixar nem descendentes, nem ascendentes, nem cônjuge ou companheiro sobreviventes, serão convocados os parentes em linha colateral.

Na sucessão dos colaterais, o grau mais próximo exclui o mais remoto.

Assim, se uma pessoa morre, deixando irmãos e sobrinhos, herdam os irmãos. Se deixar sobrinhos e primos, herdarão os sobrinhos, e assim por diante.

Na sucessão dos colaterais haverá direito de representação apenas no respeitante aos sobrinhos, filhos de irmão.

Exemplificando: "A" tinha dois irmãos, "B" e "C". "B" morreu, deixando dois filhos, "D" e "E". Em seguida, morreu "A". Se "A" morreu depois de "B",

significa que este nada herdou. Posto isso, como será distribuída a herança de

"A"? Metade para "C" e a outra metade para "D" e "E" que herdarão por estirpe e por direito de representação.

Vejamos outro exemplo. "A" tinha dois sobrinhos "B" e "C". "B" morreu, deixando um filho, "D". Logo depois, morreu "A". Se "A" morreu depois de "B", vale dizer que "B" nada herdou. Como será distribuída a herança de "A"? Tudo para "C", uma vez que o direito de representação na linha colateral se restringe aos filhos de irmão, e não aos filhos de sobrinho.

Se o direito de representação sofre restrições, o direito de transmissão não as sofre. Se "A" morrer antes de seu irmão "B", significa que "B" herdará, transmitindo a seus próprios herdeiros a herança de "A".

Foi dito que, na sucessão dos colaterais, o grau mais próximo exclui o mais remoto. Mas e se uma pessoa morrer, deixando um tio (irmão de seu pai) e um sobrinho (filho de seu irmão). Tanto o tio, quanto o sobrinho do falecido são seus parentes em terceiro grau. Como será, então, distribuída a herança? Tudo para o sobrinho, que herda por direito de representação, no lugar de seu pai, irmão do defunto.

Na sucessão de irmãos, os unilaterais (irmãos só por parte de mãe ou de pai), concorrendo com bilaterais (irmãos por parte de pai e de mãe), herdam a metade do que couber a estes. "A" morre, deixando dois irmãos, um unilateral, o outro bilateral.

O unilateral ficará com 25% da herança, enquanto o bilateral ficará com 75%.

O mesmo raciocínio se aplica aos sobrinhos, filhos de irmão unilateral ou bilateral.

e) sucessão da Administração Pública - A Administração Pública não é herdeira, não lhe sendo dado o direito de sotisine. Em outros termos, a Administração Pública não se torna proprietária dos bens da herança no momento da morte, como acontece com os herdeiros. Antes é necessário que os bens se declarem vagos para que se devolvam à Fazenda Pública. Esta vacância é declarada por sentença.

Não sendo herdeiro, o Estado não precisa aceitar a herança, nem pode a ela

renunciar.

Historicamente, a sucessão do Estado sempre foi uma constante. Em Roma, era agraciado o Fiscus, que era o tesouro privado do Imperador, com o qual ele se sustentava a si mesmo e a seus empreendimentos pessoais.(31) No Brasil, antes de 1916, recebia a União. No Império, recebia o Erário Público, por não haver qualquer federação. O regime era, então, unitário.(32) Com o Código de 1916, passaram a receber a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal. A União, caso o defunto fosse domiciliado em Território não constituído em Estado-Membro; os Estados-Membros e o Distrito Federal, caso o finado fosse domiciliado em suas respectivas circunscrições. De 1939 a 45, vigorou o Decreto-Lei n. 1.907, que devolvia a herança somente à União.

Posteriormente, em 1945, com o Decreto-Lei n. 8.207, voltamos ao sistema do Código Civil de 1916. Em 1990, a Lei n. 8.049 veio, mais uma vez a modificar o sistema. Hoje, a herança se transmite ao Distrito Federal e aos Municípios, em que se situarem os bens. Se estes se acharem em algum Território, serão devolvidos à União. Observe-se, entretanto, que no sistema atual, não há Territórios no Brasil.(32)

Feitos esses breves comentários iniciais, vejamos o processo de transmissão da herança ao Estado, começando pela definição de herança jacente.

Herança jacente é aquela que jaz sem dono. É herança cujos herdeiros não se conhecem. Podem ser quatro as razões do desconhecimento: a) o falecido não deixou cônjuge, descendentes, ascendentes ou colaterais conhecidos; b) todos os possíveis herdeiros renunciaram; c) o falecido não deixa nem herdeiros nem testamento, ou deixa testamento caduco, ou os herdeiros testamentários renunciam; d) o falecido não deixa herdeiros, mas deixa testamento sem testamenteiro designado, ou este não aceita a testamentaria (este caso só ocorre em algumas hipóteses).

(31 SUETONIUS. Tbe tweive Caesars. Penguin Books, 1979, p. 327 (Key to terms).

(32 PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. 0i7. cit., v. LV, p. 244 et Seq.)

(33 SILVA, José Afonso da. C«me. 0i7. cit., p. 407.)

A herança jacente não tem personalidade jurídica; é universalidade, gerenciada por curador que irá conservá-la e administrá-la. Esse curador será nomeado pelo juiz, após promover a arrecadação dos bens.

O curador tem como deveres liquidar o passivo e ativo da herança, alienar os bens perecíveis e recolher o produto a estabelecimento público. Conservar e administrar a herança, sob o controle do Juiz. Responde o curador pelos prejuízos a que der causa. A qualquer momento pode ser substituído pelo Juiz.

A arrecadação dos bens compete ao Juiz do domicílio do morto.

Segundo o art. 1.152 do Código de Processo Civil, ultimada a arrecadação, o Juiz mandará expedir edital, que será estampado três vezes, com intervalo de 30 dias, no órgão oficial ou na imprensa da comarca, para que os eventuais herdeiros e credores compareçam. O prazo para esse comparecimento é o de seis meses do primeiro edital. O que não significa que os eventuais herdeiros não possam mais reclamar seu quinhão. O prazo de seis meses é apenas para que o juiz dê continuidade ao processo.

Se aparecer algum sucessor, a arrecadação se converte em processo de inventário.

Passado um ano da publicação do primeiro edital, e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, a herança será declarada vacante e os bens arrecadados passarão ao domínio dos municípios em que se situarem, ou do Distrito Federal, se lá se encontrarem. Informe-se que a herança deverá ser empregada em educação. A propriedade da Administração é, entretanto, resolúvel, pois, do momento em que a herança se declara vacante, até que se passem cinco anos, os herdeiros ainda poderão, por meio de ação direta de petição de herança intentada contra o município, reclamar os bens do espólio. Passado esse prazo de cinco anos, a propriedade dos bens vacantes se consolida, definitivamente, na titularidade do município em que se situem.

2.3 Exclusão de herdeiro indigno

Alguns herdeiros, por terem cometido algum ato considerado impróprio pela Lei, serão julgados indignos de receberem seu quinhão hereditário.

A exclusão por indignidade é, assim, penalidade imposta aos herdeiros que atentarem contra a vida, a honra ou a liberdade de testar do autor da herança.

Podem ser considerados indignos tanto os herdeiros legítimos, quanto os testamentários ou ainda os legatários.

Os casos de indignidade são os seguintes:

a) Autoria ou co-autoria de homicídio doloso ou tentativa de homicídio contra o autor da herança. Evidentemente, se o homicídio for culposo ou se houver errar in personor ou otberrotctio ictus,(34) não há falar em exclusão. A instigação ao suicídio se equipara ao homicídio. No Direito Brasileiro não há necessidade de sentença criminal para que se dê a indignidade, mas é lógico que se a sentença for absolutória, não haverá indignidade.(35)

b) Denunciação caluniosa e crimes contra a honra A denunciação caluniosa consiste em dar ensejo a instauração de inquérito para apuração de crime que se sabe ser falso.

Os crimes contra a honra são três: calúnia, difamação e injúria.

A calúnia consiste em imputar a alguém crime que se sabe ser falso.

A difamação, por sua vez, consiste em imputar a alguém fato não criminoso, mas desabonador. Por exemplo, dizer que "Fulana foi vista fazendo tramóia".

Por fim, a injúria consiste em atribuir a alguém adjetivo desmerecedor.

Dizer, por exemplo, que "Beltrano é ladrão". Não se está imputando a ele nenhum fato. Apenas se o está chamando de ladrão.

Caso se dissesse que "fulano furtou tanto do patrão", aí teríamos calúnia.

Em todos esses casos tampouco se exige a prévia condenação criminal.

Contudo, a sentença absolutória neste juízo impede a decretação de indignidade no juízo sucessório.(36)

c) Atentado contra a liberdade de testar O atentado ocorre por violência ou fraude, consistindo em inibir alguém de livremente dispor de seus bens em testamento ou codicilo, ou obstar a execução dos atos de última vontade. As espécies de comportamento são as mais variadas: o indigno pode coagir o testador a testar-lhe favoravelmente. Pode falsificar o testamento, destruí-lo,

escondê-

lo etc.

O indigno nestes casos só tem uma defesa, qual seja, provar que o atentado contra a liberdade de testar foi corrigido a tempo ou que na verdade traduzia a real vontade do morto. Não haverá indignidade se o testamento fraudado for nulo por outras razões.

Para a exclusão não basta o fato. É necessária sentença proferida em ação ordinária de exclusão de herdeiro indigno, intentada contra o herdeiro, por quem tenha interesse na sucessão, ou seja, por quem for se beneficiar com a exclusão.

Os credores desses interessados não podem intentar a ação.(37) A ação deve ser proposta após a abertura da sucessão.

(34 Error in personaw é o erro quanto à pessoa (quis matar "A" e o confundiu com

"B", que acabou morrendo). Aberratio ictuS é o erro na pontaria (mirou em "A" e acertou "B" por engano).

(35 GOMES, Orlando. Sucessões. 0i7. cit., p. 34.)

(36 Idem, p. 34/35.)

(37 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instit«ições. 0i7. cit., v. VI, p. 32.) Os efeitos da ação são os seguintes:

1° Na pendência da ação o herdeiro fica na posse dos bens. Mas prolatada a sentença, os bens saem de sua posse, entrando na do outro.

2° O caráter da pena é personalíssimo, e os inocentes não são punidos.

Assim, uma vez declarado indigno, é como se o indivíduo nunca tivesse sido herdeiro e sua parte da herança vai para o monte. Se for o único de sua classe, os bens transmitem-se aos herdeiros da seguinte. Se não for, os co-herdeiros herdam em sua classe, ressalvado o direito de seus descendentes, que herdam por estirpe e representação. Assim, se o indigno tiver filhos, herdarão eles sua quota hereditária.

3° O excluído não tem direito ao usufruto ou à administração dos bens que vierem a seus filhos menores. Também fica impedido de suceder aos filhos naqueles bens.

4° O excluído pode representar seu pai na herança de outra pessoa.

5° Os direitos dos terceiros de boa-fé ficam garantidos. Se o indigno alienar algum bem a terceiro de boa-fé, antes da sentença de exclusão, a alienação será válida, tendo os demais herdeiros o direito de exigir indenização do indigno.

6° O indigno pode exigir o reembolso das despesas úteis e necessárias que tenha tido com a conservação da herança e pode cobrar os créditos que porventura tenha contra o espólio.

7° O excluído responde ainda por perdas e danos, caso tenha obstado, ocultado ou destruído o testamento, por culpa ou dolo, e tenha causado prejuízo aos demais herdeiros.

A ação de exclusão por indignidade deve ser proposta nos quatro anos, após a abertura da sucessão, em vida do indigno. Após este prazo, ocorrerá a decadência do direito.

O indigno pode se reabilitar. Dá-se a reabilitação pelo perdão do ofendido e somente dele. Para ser válido, o perdão será por ato autêntico ou testamento. Os outros interessados não têm como perdoar o indigno, mas poderão não propor a ação, caso em que o ofensor se libertará.

Sendo o perdão por testamento, continuará vigorando, mesmo que o testamento caduque. Se for anulado, alguns entendem que o perdão perde o efeito; outros entendem que não, desde que o testamento seja público.(38) Na verdade, entendo que, sendo o testamento público, depende do motivo da anulação. Se for anulado por ter havido coação do próprio indigno, é lógico que a indignidade permanece. Mas se outra for a razão, não vejo porque desconsiderar-se o perdão. O testamento nulo passa a valer, neste caso, como qualquer outro escrito autêntico.

(38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. 0i7. cit., v. VI, p. 36.) O urra será a conclusão, se o testamento for revogado. Neste caso foi o próprio testador que quis por fim às disposições testamentárias, dentre elas o perdão.

Ato autêntico é qualquer escrito público, ainda que não destinado especificamente ao perdão.

O perdão poderá ser expresso ou tácito. Expresso por ato autêntico e tácito por testamento. Basta que o testador inclua o indigno em seu testamento. Não é necessário que expressamente o perdoe. Se o incluiu é porque o perdoou.

A reabilitação se dará sempre por inteiro. Se já houver sido prolatada sentença de indignidade, só outra sentença poderá revogá-la. O indigno reabilitado terá que ser ressarcido pelos que se beneficiaram de sua exclusão.

3 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

3.1 Definição

Sucessão testamentária é aquela que se dá em obediência à vontade do decujo, vontade esta estabelecida em testamento válido. Apesar do testamento, prevalecem as disposições legais naquilo que constitua norma cogente, bem como naquilo em que for omisso o testamento.

Assim, por exemplo, o testador que tiver descendentes ou ascendentes, não pode dispor livremente da totalidade de seus bens. Deverá reservar a metade para esses herdeiros. Se o testamento não respeitar esse limite, poderá até ser anulado, prevalecendo a Lei e não a vontade do morto.

3.2 Generalidades sobre os testamentos

a) Definição - Testamento é negócio jurídico por meio do qual uma pessoa dispõe de seus bens ou faz outras declarações de última vontade.

Vemos, pois, que testamento é negócio jurídico. É declaração de vontade destinada à produção dos efeitos jurídicos desejados pelo disponente, aos quais a Lei dará força. É negócio jurídico mentis causa. É unilateral, porque proveniente de só uma declaração de vontade. É também personalíssimo, pois deve ser feito pelo próprio testador. Não contraria a natureza personalíssima a participação indireta de terceiro em sua feitura, como o conselho, a opinião de jurista consultado, o auxílio de notário etc.

É negócio jurídico gratuito e solene. Pode ser revogado pelo testador a qualquer momento. Basta que elabore outro testamento em data posterior, ou que o

revogue por escrito. A revogação pode ser total ou parcial.

O testamento pode conter outras disposições, além das de cunho patrimonial, como reconhecimento de filho, nomeação de tutor etc.

b) capacidade para testar - Para que seja válido o testamento, exige-se a idade mínima de 16 anos e o perfeito equilíbrio mental no ato de sua elaboração.

Não podem testar os menores de 16 anos, os loucos de todo gênero e os surdos-mudos que não consigam se comunicar.

A incapacidade posterior à elaboração do testamento não o invalida. Por outro lado, não se convalida o testamento feito por pessoa incapaz, se depois de sua elaboração cessar a incapacidade.

c) capacidade para adquirir por testamento - Uma primeira observação é a de que o momento a se considerar para a verificação da capacidade para receber por testamento, é o momento da abertura da sucessão. Se o sujeito era incapaz antes, mas tornou-se capaz, herdará, e vice-versa.

A incapacidade para adquirir por testamento pode ter caráter geral, sendo absoluta, ou caráter pessoal, sendo relativa São absolutamente incapazes para herdar as pessoas inexistentes e incertas.

É lógico que a incerteza pode ser dirimida em leitura atenta do testamento, sendo a pessoa identificada. Se ocorrer, é válida a deixa testamentária. Outro caso é o da incerteza relativa, como a deixa em favor dos pobres ou instituições de caridade. Se não forem especificados, presumem-se os pobres ou as instituições do último domicílio do defunto, segundo o art. 1.669 do Código Civil.

Na verdade, a hipótese, na prática, é muito inverossímel. Ora, se deixo meus bens aos pobres da cidade de São Paulo, a quem seria deferida a herança? A todos os pobres? Mas quem seriam eles?

A quem incumbiria dar definição de "pobre"? Assim, vemos que, na prática, tal cláusula testamentária seria inválida, embora citada como exemplo pela boa doutrina e prevista no próprio Código Civil.(37)

Somente as pessoas têm a capacidade passiva para herdar. Coisas e animais não a têm.

A incapacidade relativa é a que atinge pessoas determinadas, que não podem receber por motivos especiais. Consideram-se, assim, incapazes de adquirir por testamento todos aqueles que, direta ou indiretamente, possam influir na disposição, como sejam:

a) o que escreveu o testamento a rogo, ou seja, a pedido do testador; b) as testemunhas testamentárias; c) aquele que assistir à feitura do testamento; d) a concubina do testador casado, bem como ao concubino da testadora casada.

(39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. 0i7. cit., v. VI, p. 145.) Esses incapazes não podem ser benef)ciados nem de fgrma indireta. Assim não é vá,ida a deixa testamentária aos pais, aos descendentes ou ao cônjuge de qualquer uma dessas pessoas.

d) Testemunhas testamentárias - As testemunhas testamentárias serão, de ordinário, em número de cinco, a não ser nos testamentos especiais, que veremos a seu devido tempo.

O Código Civil lista as pessoas que não podem ser testemunhas, ou por serem impedidas de Figurar em certo testamejto específico ou por serem proibidas de figurar em qualquer testamento. São proibidos:

a) os menores de 16 anos; b) os loucos de todo gênero; c) os surdos-mudos, mesmo que saibam se comunicar; d) os cegos; e) os analfabetos; f) os que estejam, ainda que temporariamente, impossibilitados de assinar."

São impedidos:

a) o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge; b) os legatários; c) as pessoas que não dominem a língua do testamento.

Não se inserindo a pessoa em nenhuma dessas categorias, poderá atuar como testemunha testamentária.

3.3 Formas de testamento

O testamento, enquanto negócio jurídico extremamente solene, pode ser elaborado de várias formas, todas detalhadamente regulamentadas pelo Código Civil.

Há formas ordinárias e especiais de testamento.

a) Testamentos ordinários - Testamentos ordinários são aqueles comumente feitos.

São aqueles que seguem determinada forma, indicada pelo legislador como regra, em situação normal. São três os testamentos ordinários: o público, o cerrado e o particular.

(40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. 0i7. cit., v. VI, p. 152 e 155.) Testamento público - Testamento público é aquele ditado pelo testador ao tabelião do Registro de Notas, que o transcreverá em livro especial.

O ditado será assistido por cinco testemunhas.

Elaborado o testamento, será lido para o testador, na presença das testemunhas.

Após a leitura todos assinam o livro de notas: testador, tabelião e testemunhas.

Se o testador for analfabeto, uma das testemunhas assinará por ele. A propósito, segundo os arts. 1.637, 1.641 e 1.645 do Código Civil, ao analfabeto e ao cego só se permite testar de forma pública. O surdo-mudo poderá se utilizar de qualquer uma das formas ordinárias, de acordo com o art. 1.632, 1 do mesmo diploma.

O testamento público, como o próprio nome indica, é público, e sua leitura poderá ser requerida por qualquer pessoa ao tabelião do Registro. Em outras palavras, o livro de notas ficará à disposição de quem quiser dele extrair certidão.

Testamento cerrado - O testamento cerrado será escrito pelo testador ou por alguém a pedido seu. Sendo assim, poderá ser datilografado ou digitado em computador.

Deverá, em seguida, ser assinado pelo testador e entregue ao oficial do Registro, na presença de cinco testemunhas.

Entregue que seja o testamento, o oficial passa a exarar o auto de aprovação, que será elaborado no próprio testamento, se houver espaço.

O auto de aprovação será, então, lido e assinado pelo oficial, pelo testador e pelas testemunhas.

Depois disso, o testamento será cerrado com cera derretida e costurado em suas bordas.

Aprovado e cerrado, o testamento será entregue ao testador, e o oficial lançará em seu livro lugar e data em que o testamento foi aprovado e entregue.

Quando da morte do testador, o testamento será aberto pelo juízo do inventário, de acordo com os arts. 1.125 a 1.127 do Código de Processo Civil. Se for violado, será anulado, a não ser que se prove que o rompimento foi acidental, ou que foi perpetrado por quem não tinha o menor interesse em prejudicar a última vontade do morto ou, ainda, provando-se que as disposições testamentárias não foram afetadas em nada pela abertura ilegítima da cédula.

Testamento particular - O testamento particular será escrito pelo testador de próprio punho. Será, em seguida, lido, na presença de cinco testemunhas, e assinado pelo testador e pelas testemunhas.

O testamento particular não é sigiloso e não carece ser registrado em cartório.

Após a morte do testador, o testamento é confirmado pelo juízo do inventário, desde que estejam presentes, pelo menos, três das testemunhas testamentárias.

b) Testamentos especiais - Além das formas ordinárias de testamento, válidas para situações normais, existem formas especiais, para atender a circunstâncias extraordinárias. São especiais os testamentos marítimo e militar.

Testamento marítimo - Testamento marítimo é aquele elaborado em alto mar, por quem se veja em seus últimos momentos, temendo não chegar vivo a terra.

Será ele lavrado pelo comandante do navio, pelo escrivão de bordo, pelo próprio testador, ou por terceiro a pedido seu, sendo, em seguida, assinado por ele, pelo comandante ou escrivão de bordo e por duas testemunhas que a tudo devem ter assistido.

O testamento marítimo caducará, se o testador não morrer na viagem, nem nos três meses subseqüentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Tampouco terá validade o testamento marítimo, se o navio estiver ancorado em local em que o testador possa desembarcar e testar de forma ordinária.

Testamento militar

Testamento militar ordinário - O Código Civil, prevendo situações especiais como a do exército em campanha, em praça sitiada ou de comunicações cortadas, instituiu o testamento militar, não só para os militares, mas para toda pessoa a serviço do exército naquelas condições.

O testador fará seu testamento diante de duas testemunhas, se não houver oficial público. O número de testemunhas subirá para três, se o testador não souber ou não puder assinar, quando, então, a terceira, assinará por ele.

Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante.

Se estiver em tratamento hospitalar, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento.

Por fim, se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por seu substituto.

O testador poderá, ele mesmo, escrever o testamento de próprio punho, quando o apresentará, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou ao oficial de patente que lhe faça as vezes.

O auditor ou o oficial anotará no testamento o local e a data em que foi apresentado. Em seguida, assinará juntamente com as duas testemunhas.

O testamento militar caduca, desde que, depois dele, o testador esteja três meses seguidos em local onde possa testar de forma ordinária. Não caducará, entretanto, se for escrito pelo auditor ou oficial e assinado por duas testemunhas.

Neste caso, valerá como se fosse testamento ordinário.

Testamento nuncupativo - Os militares ou demais pessoas a serviço do exército em campanha, em praça sitiada ou de comunicações cortadas, poderão testar verbalmente, desde que estejam em combate ou feridas.

Essa modalidade é chamada de testamento nuncupativo. O testador confiará sua última vontade a duas testemunhas.

Se o testador não morrer no combate ou convalescer do ferimento, o testamento perderá seu efeito, imediatamente.

Codicilos - Codicilo, do latim codiciius (diminutivo de codex) significa, etimologicamente, codigozinho.

Codicilo não é testamento. Trata-se de escrito particular, de próprio punho, datado e assinado, em que o indivíduo faz disposições especiais sobre seu enterro, dá esmolas de pouca monta, distribui jóias e outros bens móveis de pequeno valor etc.

O importante é que as disposições do codicilo devem referir-se a bens não valiosos, pois que os de maior valia só se podem transmitir por testamento.

Sendo feito testamento posterior, o codicilo deverá ser por ele confirmado, sob pena de perder o efeito.

Se estiver fechado, será aberto pelo juízo do inventário, como o testamento cerrado.

Por fim, algumas observações de cunho genérico.

Primeiramente, a Lei proíbe o testamento conjuntivo, qual seja, aquele feito por duas pessoas em conjunto. O testamento conjuntivo pode apresentar três modalidades, todas defesas em lei.

Pode ser simultâneo, recíproco ou correspectivo. Simultâneo ou "de mão comum" é aquele em que os testadores beneficiam um terceiro. Recíproco, aquele em que se beneficiam reciprocamente.

Correspectivo quando contenha disposições feitas em retribuição de outras correspondentes. Mas nada impede que uma pessoa contemple a outra e vice-versa em testamentos separados.

Em segundo lugar, é admitido o denominado testamento por relação. Cuida-se de testamento em que o disponente se reporta a pessoa ou coisa mencionada em outro ato anterior, tenha este natureza testamentária ou não. Por exemplo, "deixo

510.000,00 ao primeiro aluno da turma de 1990", ou então, "deixo 510.000,00 ao sobrinho a que me refiro em meu testamento anterior, ora revogado".(41) Finalmente, se o testamento se perder ou for destruído, antes da abertura da sucessão, caberá ao testador substituí-lo ou não. Se a perda ou destruição ocorrerem após o falecimento, há quem entenda ser possível a reconstituição da cédula testamentária.

(41 VITALLI. Deite Successioni. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.) Isso será possível, em casos de cédula parcialmente dilacerada, no caso do testamento público ou sempre que for possível a reconstituição, sem que haja a menor sombra de dúvida sobre o conteúdo do testamento, que devi ser restaurado na íntegra.

3.4 Disposições testamentárias

a) Conteúdo do testamento - O conteúdo do testamento pode ser patrimonial ou não patrimonial, como a nomeação de tutor, reconhecimento de filhos, recomendações a respeito de funeral etc. São ineficazes, porém, todas as cláusulas ilícitas ou imorais. São consideradas não escritas as cláusulas derrogativas, pelas quais o testador declara o testamento irrevogável ou dispensalhe as formalidades legais.

Essas disposições de nada valem, por derrogarem normas legais imperativas.

O testador, dentro dos limites legais, poderá dispor de seus bens no todo ou em parte. Poderá nomear quantos herdeiros quiser e quem bem entender, salvo aqueles incapazes para adquirir por testamento, como a concubina do testador casado.

Além dos herdeiros, podem ser nomeados legatários, quantos e quem o testador quiser. Como vimos, a principal diferença entre herdeiro e legatário é que este recebe a título singular e aquele, a título universal.

A instituição opera desde a abertura da sucessão, ainda que não aberto ou desconhecido mesmo o testamento. O nome do herdeiro ou legatário deve vir no corpo do testamento, não valendo se vier em documento separado, ainda que autenticado e induvidoso.

O herdeiro ou legatário poderá ser instituído sob impropérios ou críticas. São as chamadas disposições contumeliosas, que desde o Direito Romano têm valor.

(41) A instituição de herdeiro ou legatário poderá ser pura e simples, sob condição ou com encargo.

Se o herdeiro é simplesmente instituído, a instituição será pura e simples.

Por exemplo: "deixo meus bens ao fulano".

A instituição sob condição ocorrerá, quando o testador condicionar a transmissão hereditária a certo evento futuro e incerto. Exemplo: "deixo meus bens ao Fulano, desde que ele construa uma escola, em dois anos da abertura da sucessão".

No caso, se o herdeiro não construir a escola no prazo designado, perderá a herança. Mas, e se o herdeiro puser as mãos nos bens e dissipá-los, sem construir a escola? Pensando nisso, é que é lícito exigir-se do herdeiro em questão, garantia de restituição, que poderá ser pessoal (fiança) ou real (hipoteca, penhor etc.).

(42 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. W, p. 174.

WARNKÒNIG,LA. Commentari 1uris romani privati - De familia et Succession Op.

cit., p. 252.

As condições devem ser lícitas, morais e possíveis, caso contrário, serão tidas por não escritas e o herdeiro receberá seu quinhão, como se não houvesse condição. Se a condição visar beneficiar terceiro, considera-se executada, se o beneficiário se negar a cooperar ou se recusar-se a receber o benefício.

A instituição de herdeiro ou legatário poderá ser ainda com encargo. Encargo é ônus que suporta o beneficiário de certa benesse. Tratando-se de testamento, podemos ter algo assim: "deixo meus bens ao fulano, ficando ele com a obrigação de construir escola, em dois anos da abertura da sucessão".

O encargo difere da condição, primeiro pelos termos em que é expresso, segundo porque, se descumprido, o beneficiário não perde a herança. Poderá, todavia, ser forçado a cumprir o encargo, por meio de ação própria.

Se o Juiz não conseguir distinguir se é condição ou encargo, deve optar pelo

encargo.

O cumprimento do encargo poderá ser exigido pelo testamenteiro ou qualquer interessado direto ou indireto. Se o encargo tiver caráter social, como

"construir escola", seu cumprimento poderá ser também exigido pelo Ministério Público.

Os herdeiros ou legatários podem ser ainda instituídos por disposição causal.

Disposição causal é a que vem acompanhada de sua razão determinante.

Exemplo: "nomeio João meu herdeiro, por ser meu filho". Se for descoberto que João não é meu filho, sua instituição perderá o valor.

O Direito Brasileiro proíbe a fixação do tempo em que deve começar ou cessar o direito do herdeiro. A instituição de herdeiro é, como regra, perpétua e universal. Em outras palavras, nosso Direito proíbe a instituição de herdeiro a termo. A instituição a termo tem-se por não escrita. Não se pode, assim, admitir cláusula testamentária como a seguinte: "deixo meus bens ao fulano por dez anos, contados da abertura da sucessão".

Não obstante, a instituição de legado a termo é permitida, sem falar no fideicomisso, que veremos mais adiante.

Por fim a instituição de herdeiro poderá vir gravada com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade. A tendência jurisprudencial é entender que a impenhorabilidade inclui as outras duas.

Quantos aos frutos e rendimentos do bem gravado, entende-se que só são impenhoráveis por cláusula expressa, não cabendo a inalienabilidade, com relação a eles.

Cabe ainda acrescentar que o testador poderá instituir condomínio entre herdeiros e ou legatários, por período não superior a cinco anos.

b) Interpretação do testamento - No que respeita à interpretação dos testamentos, é seguida a regra geral, válida para todos os negócios jurídicos, ou seja, há que buscar a vontade real do agente e não só a letra escrita. A vontade declarada deve ser de fonte na busca da vontade real.

Segundo art. 1.666 do Código Civil, quando a cláusula testamentária for passível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a vontade real do testador.

Sendo o testamento negócio jurídico gratuito, sua interpretação nunca será ampliativa. Assim, se deixo meus bens a meus empregados, entende-se que sejam aqueles do tempo da abertura da sucessão e não todos os eventuais empregados que tive durante minha vida.

Por fim, em relação à depreciação da moeda, esta deve ser corrigida monetariamente, para que se cumpra o objetivo do testador.

3.5 Herdeiros necessários e herança legítima

Pode o testador dispor sempre da totalidade de seus bens?

Em algum lugar, já respondemos a essa pergunta.

Na verdade, depende. Depende da existência ou não de herdeiros necessários.

Herdeiros necessários são os descendentes e ascendentes. Estes, na falta daqueles, têm direito à metade da herança. Esta metade à qual fazem jus os herdeiros necessários é chamada de herança legítima, parte legítima ou, simplesmente, legítima. A outra metade, denominada parte disponível, o testador pode deixar para quem quiser, inclusive para um ou alguns dos herdeiros necessários.

Assim é que poderíamos ter a seguinte disposição: "deixo a metade de meus bens para meus filhos e a outra metade para meu filho, Pedro".

Por fim, cabe ressaltar que os herdeiros necessários receberão obrigatoriamente quinhões iguais. Em outras palavras, a herança legítima será dividida igualmente entre os herdeiros necessários.

3.6 Substituições

a) Generalidades - Substituição, do latim sub-institutio, significa instituição em segundo plano.(43)

No Direito Brasileiro atual, sobreviveram três tipos de substituição: a vulgar, a

recíproca e a fideicomissária. As duas primeiras são agrupadas na categoria denominada substituição direta. Já a terceira se denomina substituição indireta.

Na verdade, as substituições vêm suprir eventual lacuna na cadeia sucessória.

Assim, se herdeiro ou legatário não puder, ou não quiser herdar, é lícito ao testador nomear-lhe substituto. A cláusula testamentária poderia ser algo como:

"deixo meus bens para'A'. Se não puder ou não quiser receber a herança, recebe-la-á em seu lugar 'B'".

Podem ser substituídos tanto os herdeiros quanto os legatários, pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser substitutos tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, parentes ou não do testador, desde que sejam capazes para herdar.

(43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 200.) Não pode haver instituição de substituto para herdeiro necessário, relativamente à legítima. Se o herdeiro necessário não puder ou não quiser receber a herança, recebe-la-ão seus próprios herdeiros, em última instância.

A nomeação do substituto pode ser no próprio testamento que instituiu o herdeiro ou em outro autônomo, que preencha os requisitos formais de validade." A substituição pode vir subordinada a condição, a termo ou com encargo.

Assim poderíamos ter: "deixo meus bens a João. Caso não queira ou não possa herdar, receberá a herança em seu lugar, Pedro, desde que construa escola, em dois anos".

Se a herança já vinha desde a origem subordinada a condição ou encargo, o substituto terá que cumpri-los. Assim, na cláusula: "deixo meus bens a Pedro, sob a condição de construir escola, em dois anos. Se não quiser ou não puder receber a herança, ou se não cumprir a condição, herdará Manoel". Neste caso, Manoel também deverá cumprir a condição, se quiser a herança.(44) Vejamos, agora, algumas especifi#idades de cada uma das três substituições.

b) substituição vulgar ou ordinária - É a mais comum de todas. Ocorre quando é nomeado substituto para o caso de o herdeiro ou legatário não querer ou não poder receber a herança ou legado.

Se o substituto morrer após a abertura da sucessão, mas antes do substituído, receberão seus herdeiros. Não se trata de dupla substituição, mas tão-somente da aplicação pUra e simples dos princípios informadores do Direito das Sucessões.

Devemos ter em vista que o substituto é também herdeiro, posto que em segundo plano. É herdeiro do testador e não do substituído. Se morreu depois do autor da herança, significa que teoricamente herdou.

Uma pessoa pode ser nomeada substituta de várias outras, assim como várias podem substituir a uma só.

As substituições podem se estender, em tese, até o infinito.

Consequentemente, seria válida uma cláusula como a seguinte: "deixo meus bens a Fulano. Se não quiser ou não puder herdar, herdará Beltrano em seu lugar. Se Beltrano não puder ou não quiser, herdará, então, Sicrano", e assim por diante.

A substituição caducará pela aceitação do instituído; pelo falecimento do substituto antes da abertura da substituição; pela incapacidade do substituto para receber por testamento.

(44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instit«ições. Op. cit., v. VI, p. 201.) (45 Idem, ib idem.)

c) substituição recíproca - Ocorre substituição recíproca, quando o testador designar pluralidade de herdeiros e legatários, eles mesmos se substituindo entre si: "deixo meus bens a Fulano, Beltrano e Sicrano. Se Fulano não puder ou não quiser receber, herdarão Beltrano e Sicrano. Se Beltrano não puder ou não quiser, herdarão Fulano e Sicrano. E se Sicrano não puder ou não quiser, herdarão Fulano e Beltrano". Este, um exemplo.

Se os quinhões hereditários forem distribuídos em partes desiguais, a substituição será nas mesmas proporções. Eis exemplo: "deixo metade de meus bens para João, 20% para Pedro e 30% para Manoel. Se João não quiser ou não puder receber, herdarão sua parte Pedro e Manoel etc." Se ocorrer de João não poder ou não querer receber, Pedro e Manoel herdarão sua parte, que será distribuída entre eles, respeitada a proporção de 20% e 30%, calculada por regra de três.

Admitir-se outra distribuição seria desrespeitar a vontade do testador que quis que Pedro e Manoel só recebessem 20% e 30%, respectivamente.

Não obstante essa regra, se for incluída nova pessoa junto com os substitutos, o rateio do quinhão vago será em partes iguais e não na proporção anterior.

Estudemos exemplo: "deixo metade de meus bens para João, 20% para Pedro e 30%

para Manoel. Se João não quiser ou não puder receber, herdarão sua parte Pedro, Manoel e Joaquim". Observa-se que, dentre os substitutos, há um novo, qual seja, Joaquim. Dessarte, se a parte de João ficar vaga, será distribuída em partes iguais entre Pedro, Manoel e Joaquim. Não serão respeitados os percentuais de 20% e 30%, para Pedro e Manoel. Neste caso, por ter sido admitido um novo herdeiro, na condição de substituto eventual, abrindo-se a sucessão do substituto, é como se todos os herdeiros se igualassem, começando tudo de novo.

d) substituição fideicomissária - Fideicomisso é substituição indireta.

Ocorre, quando for instituído herdeiro ou legatário, que será substituído por outro, após o decurso de certo prazo, ou após o implemento de condição.

Exemplo seria: "deixo meus bens a João. Mas, casando-se ele, passarão os bens a Pedro", ou então, "deixo meus bens a João. Mas, morrendo ele, passarão os bens a Pedro", ou ainda, "deixo meus bens a João. Mas, após dez anos, passarão os bens a Pedro".

O importante é observar que João herda, tornando-se dono dos bens. Seu direito de propriedade é, porém, resolúvel, uma vez que tem término previsto.

No fideicomisso concorrem três pessoas, o fideicomitente, que é o testador; o fiduciário, que é o herdeiro instituído em primeiro lugar; e o fideicomissário, que é o substituto.

O fideicomisso pode ser particular, quando se referir a legado, ou seja, a um ou mais bens determinados. Pode ser também universal, quando se referir à totalidade da herança ou a uma quota-parte abstrata ia parte de Manoel; ou 25%, por exemplo).

Não é lícito nomear-se fideicomissário para o fideicomissário. Assim, não teria

valor a seguinte cláusula: "deixo meus bens a Manoel que, após o decurso de l0

anos, os transmitirá a Pedro. Após a morte de Pedro, os bens serão entregues a Joaquim". Esta última parte, referente a Joaquim, não terá efeito. O que pode ocorrer é a substituição compendiosa, ou nomeação de substituto vulgar para o caso de o fideicomissário não poder ou não querer receber.

Tampouco é lícito ao fideicomitente gravar os bens com cláusula de inalienabilidade, para quando forem transmitidos ao fideicomissário. Tal cláusula seria julgada não escrita.

Pode ser nomeado fideicomissário pessoa que ainda não tenha nascido ou nem mesmo sido concebida. Neste caso, se o nascimento não ocorrer, o fideicomisso será tido por não escrito.

Se a instituição do herdeiro fiduciário for anulada, nulo será o fideicomisso, pois que o acessório segue o principal. Mas a recíproca não é verdadeira. Em outras palavras, se a cláusula fideicomissária for anulada, prevalecerá a instituição do fiduciário, como se nunca tivesse havido fideicomisso.(46) O fiduciário receberá os bens da herança, tornando-se seu dono e possuidor.

Poderá deles usufruir livremente, percebendo-lhes os frutos e rendimentos.

Poderá gravar (hipotecar, por exemplo) ou alienar os bens fideicometidos. Mas, aberta a sucessão fideicomissária, quem quer que tenha adquirido os bens, deverá entregá-los ao fideicomissário.

O fiduciário deverá indenizar o fiduciário de toda perda ou deterioração que ocorra por negligência, imprudência, imperícia ou dolo de sua parte. Não responde, todavia, pelas perdas e deteriorações fortuitas ou provenientes do uso normal.

Terá o fiduciário direito ao reembolso de toda despesa extraordinária, necessária ou útil, desde que não seja despesa normal com a conservação dos bens, como, por exemplo, desentupir pia, trocar vidro quebrado ou pneu desgastado.

Por fim, caberá ao fiduciário relacionar os bens fideicometidos, tendo o fideicomissário direito de exigir caução de restituição, que poderá ser pessoal ou real.(47)

O fideicomisso é instituto em franco processo de extinção, dele não se tendo notícia na prática. Até hoje só presenciei, pessoalmente, um caso de fideicomisso, o qual, por engano ou ignorância, foi tratado como se fosse usufruto.

Realmente, fideicomisso e usufruto podem parecer, à primeira vista, semelhantes, embora nada tenham em comum.

No fideicomisso, como vimos, é instituído um herdeiro, o fiduciário, que recebe a propriedade e a posse da herança, com o dever de transmiti-la a terceiro, o fideicomissário, após certo tempo ou implementada certa condição.

(46 MALUF, Antônio Nagib. Fideicomisso no direito brasileiro. São Paulo: Hemus, 1987, p. 35 et Seq.)

(47 A caução ou garantia poderá ser pessoal (fiança) ou real (hipoteca, penhor etc.).

Já no usufruto, uma pessoa é designada herdeiro, ficando os bens com outra pessoa, o usufrutuário. O testador nomeia o herdeiro e o usufrutuário, que pode ser por certo tempo, pode ser vitaliciamente ou até que se implemente certa condição. Fato é que o herdeiro será o proprietário dos bens. Mas a posse direta e o direito de usufruir ficarão com o usufrutuário, até que se implemente a condição ou se escoe o prazo dado.

Não há, portanto, confundir os dois institutos.

3.7 Deserdação

Deserdação é exclusão de um ou mais herdeiros necessários, pelo próprio testador, no testamento.

Assim é que a deserdação só atinge os herdeiros necessários, uma vez que, em relação aos demais, basta que o testador não os contemple. Mas os necessários que, como visto, têm que ser contemplados com 50% da herança, estes sim podem ser deserdados pelo sucedido, desde que o faça em testamento.

Para deserdar, não basta que o testador queira. A deserdação, assim como a exclusão por indignidade, tem que ter fundamento. E este fundamento é dado pela própria Lei. São, portanto, causas para se deserdar:

a) autoria ou co-autoria de homicídio tentado contra o testador; b) denunciação caluniosa, calúnia, difamação ou injúria contra o testador; c) atentado contra a liberdade de testar; d) ofensas físicas contra o testador; e) relações amorosas com a madrasta ou padrasto. Se o testador for descendente, poderá deserdar o ascendente que mantiver relações amorosas com seu consorte; (desamparo ou negativa de alimentos ao testador.

Tanto nos casos da letra "a", quanto nos da letra "b", não é necessária condenação criminal para que se possa deserdar. É lógico que a sentença criminal absolutória extingue o motivo da deserdação.

O Código Civil previa mais um motivo, qual seja, a desonestidade da filha solteira que vivesse em casa paterna.

Evidentemente, o dispositivo foi tacitamente revogado pela Constituição Federal, art. 5° 1.

A deserdação é pena civil que não pode ultrapassar a pessoa do deserdado.

Sendo assim, seus herdeiros não estariam excluídos. Se, "A" tem dois filhos, "B"

e "C", e se deserda "B", por exemplo, o quinhão de "B" será herdado por seus filhos, netos de "A".

Por fim, não basta que o testador deserde o herdeiro. Cumpre ainda aos outros herdeiros promover, no prazo de quatro anos da abertura da sucessão, ação de deserdação para confirmar a vontade do morto. O deserdado terá direito de defesa e se não conseguirem provar a causa de sua deserdação, não será deserdado.

O deserdado poderá ser perdoado. O perdão, por sua vez, será expresso, se por ato autêntico; ou tácito, se em testamento posterior o testador contemplar o herdeiro anteriormente deserdado.

3.8 Legados

Legado é, em termos grosseiros e simplistas, a doação de um ou mais bens determinados em testamento. Em termos mais sofisticados, é a transmissão por testamento de um bem determinado a uma pessoa.

O importante é frisar que o legatário recebe a título singular. Recebe um ou mais bens específicos e não um percentual abstrato da herança, como os herdeiros.

É fácil, na prática distinguir herdeiros e legatários.

Vejamos exemplo: "deixo meus bens a João e Manoel, à exceção de meu automóvel que caberá a Pedro". Aqui no caso, temos dois herdeiros, João e Manoel, que receberão a herança, com tudo o que nela houver, em partes iguais. Há também um legatário, Pedro, que receberá bem determinado, ou seja, um carro.

Podem ser objeto de legado todas as coisas corpóreas e incorpóreas, alimentos, créditos, dívidas etc. O bem legado há de ser lícito, possível e útil ao legatário.

Enfim, tudo que possa ser apreciado economicamente pode ser objeto de legado.

Há várias espécies de legado. Em primeiro lugar, pode ser o legado puro e simples. O testador contempla o legatário sem impor nenhuma condição ou encargo.

Será, por outro lado, condicional o legado, se sujeito a condição. Por exemplo,

"deixo o imóvel da Rua x a João, desde que, no prazo de dois anos da abertura da sucessão, construa escola".

Poderá ser modal ou com encargo, se subordinado a encargo.

"Deixo o imóvel da Rua X a João, ficando ele com o encargo de, no prazo de dois anos da abertura da sucessão, construir escola".

Poderá o legado se subordinar a termo. Por exemplo, "deixo minha casa da Rua Y a Joaquim, ficando ele com a obrigação de transmiti-la a João, depois de 20 anos, ou quando de sua morte". Neste caso, teremos fideicomisso de legado.

A coisa legada deve pertencer ao patrimônio do testador. Se for alienada entre a feitura do testamento e a abertura da sucessão, o legado não prevalecerá.

Ao testador é lícito estabelecer que o espólio adquira a coisa para ser entregue ao legatário. Pode-se estabelecer que o legado saia do monte ou do quinhão de um herdeiro ou dos bens deixados a outro legatário.

O legado pode ser determinado só pelo gênero, por exemplo, um carro, cabendo aos herdeiros especificar e entregar a coisa ao legatário. Os imóveis, todavia, não podem ser legados genericamente.

O legado pode se referir a bem universal, como biblioteca.

Legado com lugar determinado só vale se for ali encontrado e dentro da quantidade que ali se achar. Se houver remoção temporária, subsiste o legado.

Pode-se deixar, por exemplo, a prataria da casa de campo.

Legado de crédito somente vale até a quantia do crédito na data do falecimento.

Se o testador receber antes da morte, esvazia-se o legado, a não ser que o testador reserve a quantia em destacado, prevendo esta hipótese. O espólio só responde pela existência do crédito, não sendo responsável por sua liquidez. O

legatário é que terá que acionar o devedor para recebê-lo.

Através de legado pode o testador liberar o legatário de dívida. Por exemplo:

"deixo ao João a dívida que tinha para comigo". Neste caso, os herdeiros não poderão cobrar essa dívida.

O testador pode deixar alimentos em legado, englobando alimentação, vestuário, habitação, tratamento e educação. O valor pode ser estipulado no testamento ou pelo juízo do inventário.

O legado do principal abrange os acessórios.

Por fim, pode o legado ser remuneratório, quando se destinar a remunerar dívidas não exigíveis, porém, lícitas.

Como dito, o legatário sucede a título singular, não se imitindo na posse por autoridade própria. Terá que pedir a entrega do bem, salvo disposição em contrário. Pedirá a um dos herdeiros, ao testamenteiro ou a todos os herdeiros, ou seja, ao espólio.

No legado puro e simples, a coisa e seus frutos pertencem ao legatário desde a morte. Os herdeiros respondem pelos prejuízos causados por culpa ou dolo.

Sendo o legado de dinheiro, correrão juros desde a data em que o espólio for interpelado a entregar. Mas, sendo de renda, a data inicial para o primeiro pagamento, corre desde a morte.

Se o legado for de gênero, por exemplo, um carro, este será escolhido, atendendo-se a meio-termo entre seus congêneres. Nem o pior, nem o melhor.

Nem o mais barato, nem o mais caro, dependendo muito do tamanho da herança.

Salvo disposição em contrário, cabem ao legatário todas as despesas com a entrega da coisa.

O legatário não é obrigado a aceitar o legado, podendo renunciar tácita ou expressamente. A renúncia parcial só é possível se o legado se compuser de coisas divisíveis.

Os legados podem caducar por motivo superveniente ao testamento. Os casos de caducidade são os seguintes:

1° anulação do testamento; 2° modificação da coisa; 3° impossibilidade ou iliceidade do objeto; 4° alienação da coisa. Se a coisa for alienada e readquirida, o legado continua vazio, salvo disposição contrária; 5° evicção ou perecimento. Se houver culpa de herdeiro, responderá por perdas e danos; 6°

indignidade;

7° falecimento do legatário antes do testador; 8° revogação expressa ou tácita; 9° legado alternativo: se perecer uma coisa, subsiste o legado em relação à outra.

3.9 Execução de testamentos

Executar testamento é, antes de tudo, zelar para que seja cumprida a vontade do morto. A quem caberá executar o testamento?

Como será a execução do testamento, se um dos herdeiros morrer?

A essas e outras perguntas tentaremos responder a seguir.

a) Testamenteiro - Justamente para que o testamento não seja desrespeitado pelos herdeiros ou outras pessoas de má-fé, a Lei confere ao testador a faculdade de

nomear testamenteiro que lhe faça cumprir a última vontade.

O testamenteiro pode ser nomeado no próprio testamento ou em codicilo.

Por ser faculdade do testador, é válido o testamento em que não seja nomeado testamenteiro.

O testador poderá nomear um só testamenteiro ou vários. Se vários, podem ser eles sucessivos, conjuntos ou solidários. Serão sucessivos se forem nomeados de sorte a que um só atue na falta do outro. Conjuntos serão os testamenteiros se só puderem atuar juntos, de modo a que os atos praticados por um só deles não tenham valor. Serão solidários se puderem atuar cada um por si, independentemente dos demais. Na falta de disposição do testador, os testamenteiros se presumem conjuntos. A nomeação de vários testamenteiros poderá, ainda, ser de forma a que cada um receba tarefas distintas. São testamenteiros separados, na terminologia do Código Civil, art. 1.753.

Não sendo separados os testamenteiros, responderão solidariamente pelos danos que eventualmente venham a causar.

Se o testador não nomear testamenteiro, ou se o nomeado recusar, caberá ao juízo do inventário a nomeação. Esta recairá de preferência sobre o cônjuge viúvo. Na falta dele, em algum herdeiro. Sendo, porém, necessário, por serem os herdeiros incapazes, por exemplo, o juiz nomeará estranho para exercer a testamentaria. E

o chamado testamenteiro dativo.

Se a herança for toda distribuída em legados, o testamenteiro dativo será de preferência o principal legatário.(48)

O juiz mandará intimar o testamenteiro no próprio despacho em que ordenar a execução do testamento. Uma vez intimado, o testamenteiro comparecerá em juízo, assinando termo de compromisso.

(48 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 219.) A testamentaria é munus privatum(49) e ninguém é obrigado a aceitá-la. Nem é preciso indicar as razões da recusa.

Outra situação é a do testamenteiro que, já tendo aceitado, deseje renunciar. A

renúncia deverá ser comunicada ao Juiz, com a devida motivação. Deverá também ser em bom tempo, não causando prejuízo à execução do testamento.

Aceita a renúncia pelo Juiz, será nomeado outro testamenteiro.

Para ser testamenteiro, é necessária a capacidade genérica e, especificamente, aquela para se obrigar. Quem não for capaz para assumir obrigações na esfera privada, não poderá ser testamenteiro.

Tampouco podem exercer a testamentaria as pessoas jurídicas, os devedores do testador, quem quer que esteja em litígik com os herdeiros, quem escreveu o testamento a rogo,(50) bem como seu ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

As atribuições do testamenteiro são intransferíveis. O máximo que pode ele fazer é nomear procurador com poderes especiais, para representá-lo no exercício da testamentaria. Mas transferir suas funções, delas se desencumbindo em definitivo, isto ele não pode fazer.

São deveres do testamenteiro:

a) apresentar o testamento ao juízo do inventário ou apontar a pessoa que o detenha; b) prestar compromisso de bem servir; c) caso seja testamenteiro universal, ou seja, caso denha a posse % administração dos bens da herança, é dever 3eu requerer o inventário. Caso não tenha, ou seja, caso seja testamenteiro particular, exigirá que os herdeiros promovam o inventário; d) defender o testamento, sustentando sua validade total ou parcial; e) providenciar as exéquias do testador, conforme os costumes do local e os recursos do morto; f) prestar contas da testamentaria, submetendo-as ao Juiz em foRma contábil, com a indicação das despesas, haveres e créditos. Homologadas as contas pelo Juiz, estará liberado o testamenteiro; g) não adquirir bens da herança. Se o fizer, estará a eventual aquisição maculada de vício grave.

Além dessas obrigações ordinárias, o testador pode encarregar o testamenteiro de outras tantas, especiais, como zelar pela educação de seus filhos.

(49 Munus privatum significa encargo de ordem privada. Os munera privados ou munera privata são diferentes dos munera públicos ou munera pública, como o pátrio poder, por exemplo, pois a estes não se pode renunciar.

(50 A rogo, ou seja, a pedido do testador.)

Neste caso, a aceitação da testamentaria importa aceitação dessas incumbências, das quais também deverá prestar contas.(51)

O testamenteiro responde aos herdeiros e legatários por todo prejuízo causado por culpa ou dolo seu, seja por ação ou omissão.

As ações contra o testamenteiro prescrevem em vinte anos da cessação da testamentaria.

Sendo o testamenteiro herdeiro ou legatário, não fará jus a qualquer remuneração, a não ser que especificada no testamento.

Não obstante se não for nem herdeiro nem legatário, terá direito a pro labore que, se não for fixado no testamento, deverá ser arbitrado pelo Juiz em percentual de um a cinco por cento da herança líquida. Para se chegar à herança líquida, há de se subtrair o passivo do ativo. Esta remuneração do testamenteiro se denomina vintena, porque o máximo de cinco por cento corresponde a um vigésimo da herança líquida.

Havendo herdeiros necessários, a vintena será deduzida apenas da parte disponível. A legítima não poderá sofrer redução a esse título.

A vintena deverá ser paga em dinheiro, não sendo o testamenteiro obrigado a receber outros bens em pagamento.

Se o testamento for anulado, o testamenteiro não terá direito a qualquer remuneração.

Encerra-se a testamentaria por várias causas. Dentre elas: a) pela conclusão dos trabalhos e respectiva prestação de contas; b) pelo decurso do prazo de seis meses, a não ser que haja prorrogação.

c) pela morte do testamenteiro; d) pela renúncia; e) pela incapacidade superveniente do testamenteiro; f) pela destituição do testamenteiro pelo Juiz; g) pela anulação do testamento.

b) Direito de acrescer - Morto o testador, abre-se a sucessão, tornando-se os herdeiros e legatários instituídos no testamento, desde logo, donos e possuidores

da herança. Portanto, se um deles morrer depois do testador, os bens que a ele seriam destinados, serão transmitidos a seus próprios herdeiros.

Mas que ocorrerá se o herdeiro ou legatário instituído no testamento morrer antes do testador? É lógico que o testador poderá fazer outro testamento, mas e se não fizer? Quem herdará a parte do herdeiro ou legatário pré-morto?

(51 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 226.)
Vejamos a solução, tratando-se de herdeiro e de legatário.

Direito de acrescer entre herdeiros - Haverá direito de acrescer entre herdeiros, se forem nomeados conjuntamente, no mesmo testamento, sem que se faça qualquer designação de quinhões. Por exemplo: "deixo meus bens a João, Pedro e Joaquim". Assim, se um deles falecer antes do testador, renunciar à herança ou for excluído por indignidade, sua parte retornará ao monte, acrescendo no quinhão dos outros dois. Em outras palavras, se João morrer antes do testador, se renunciar à herança ou se for excluído por indignidade, sua parte será repartida igualmente entre Pedro e Joaquim. Diz-se, então, que Pedro e Joaquim terão direito de acrescer na parte de João.

Se forem designados quinhões fixos para cada um, a estória muda de figura.

Por exemplo: "deixo 50% de meus bens a João, 25% a Pedro e 25% a Joaquim".

Supondo que João morra antes do testador, que renuncie ou que seja excluído por indignidade, que ocorrerá com seu quinhão? Será ele distribuído entre Pedro e Joaquim? A reposta é negativa. Ora, se o testador deixou 25% de seus bens a Pédro e 25% a Joaquim é porque não queria que recebessem mais. Assim, não têm eles direito de acrescer na parte de João, que será, então, transmitida aos herdeiros legítimos, como se testamento não houvesse. Que herdeiros legítimos?

No caso o cônjuge viúvo, os colaterais até o quarto grau ou a Administração Pública. E os descendentes e ascendentes? Nada receberão? Bem, se o testador contemplou João, Pedro e Joaquim em seu testamento, significa que não tinha nem descendentes, nem ascendentes que, sendo herdeiros necessários, teriam que receber a metade da herança.

Tampouco haverá direito de acrescer, se houver substituto nomeado para o herdeiro, cuja parte vagar ou se o testamento for anulado.

Direito de acrescer entre legatários - Cuidando-se de legatário, as regras mudam um pouquinho.

Haverá direito de acrescer entre legatários, se forem nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, ou quando a coisa legada for indivisível.

Por exemplo: "deixo meu automóvel a José e Manoel". Se Manoel morrer antes do testador, se renunciar ao legado ou se for excluído por indignidade, José tetá direito de acrescer em sua parte. Em outras palavras, José ficará com o carro todo.

Não haverá direito de acrescer entre legatários, se a cada um for destinada coisa distinta; se houver substituto para o legatário faltoso; se o testamento for anulado; se o legado for revogado, sendo a coisa transmitida a outra pessoa; se o legado caducar pelo perecimento do objeto; e, por fim, quando o legado se anular pelo fato de a coisa já pertencer a outra pessoa ou ao próprio legatário.

Não havendo direito de acrescer entre legatários, quem receberá o bem do legatário que faltar? Receberá o herdeiro ou legatário incumbido de satisfazer o legado; ou receberão todos herdeiros, na proporção de seus quinhões, se o legado for tirado do monte. Vejamos exemplo de cada uma das hipóteses.

"Deixo $20.000,00 a Joaquim, ficando ele com o dever de entregar $5.000,00 a Sebastião". Se Sebastião morrer antes do testador, se for excluído por indignidade ou se renunciar ao legado, Joaquim, o legatário incumbido de satisfazer o legado, ficará com os 55.000,00.

"Deixo 20% de meus bens a João, ficando ele com o dever de entregar $5.000,00 a Sebastião". Aqui adota-se o mesmo raciocínio. Só que João é herdeiro e não legatário. Assim, se Sebastião morrer antes do testador, se for excluído por indignidade ou se renunciar ao legado, João, o herdeiro incumbido de satisfazer o legado, ficará com os 55.000,00.

"Deixo 75% de meus bens a João e 25% a José, ficando eles com o dever de entregar $5.000,00 a Sebastião". O raciocínio continua o mesmo. O legado está sendo tirado do monte. Se Sebastião morrer antes do testador, se for excluído por indignidade ou se renunciar ao legado, joão e José ficarão com os 55.000,00, na proporção de 75% e 25%, respectivamente.

3.10 Inexecução de testamentos

No item antecedente, estudamos a execução dos testamentos. Passemos, agora, ao estudo de situações em que os testamentos não se executam. Essa inexecução pode ocorrer por várias razões. O testamento pode ser revogado ou anulado; suas disposições podem caducar; as liberalidades podem ser reduzidas na medida da legítima. Vejamos cada caso.

a) Revogação - Revogação de testamento é ato pelo qual o testador o torna inválido.

Quanto a sua extensão, a revogação poderá ser total, quando abranger todo o testamento; ou parcial, quando invalidar apenas parte dele.

Quanto à forma, a revogação será expressa, tácita ou presumida.

A revogação expressa ou direta se dá pela vontade explícita do testador que, em outro testamento posterior, revoga expressamente o anterior.

A revogação expressa só ocorre por testamento posterior, desde que este seja válido. Não se admite revogação de testamento por nenhum outro ato, como codicilo, ou escrito público para este fim. Só por testamento é admissível a revogação.

Revogação tácita ou indireta é a que ocorre pela elaboração de testamento posterior ou pela destruição do testamento.

Ao elaborar testamento posterior, o testador, ainda que não o faça expressamente, estará revogando todo e qualquer testamento anterior. Se uma pessoa faz testamento hoje, elaborando um novo amanhã, este novo estará revogando o primeiro, ainda que não de forma expressa. Em outros termos, não é necessário que o testador diga que está revogando o testamento anterior. O

simples fato de ter feito um novo, já implica revogação do antigo.

Para que haja revogação tácita, é absolutamente imprescindível que as disposições do testamento novo sejam incompatíveis com as do antigo. Se forem compatíveis, um complementará o outro.

Também se reputa tacitamente revogado o testamento riscado, rasgado ou cancelado, a não ser que se prove que o risco ou o rasgão ocorreram por acaso, sendo possível a restauração da cédula. Mas não se admite testamento colado ou

refeito com durex ou qualquer outro meio, ainda que tenha sido o próprio testador que o haja restaurado.

Por fim, equipara-se a revogação tácita, a alienação dos bens da herança pelo testador, em vida.

Revogação presumida ou legal é a que ocorre por força de lei, em certas situações.

O mais comum é a situação do testamento rupto. Será rupto o testamento em duas hipóteses.

Primeiramente, rompe-se o testamento, se surgir, após sua elaboração, algum descendente sucessível, que o testador não tinha ou não conhecia.

O testador pode ter um filho, depois de feito o testamento; ou pode vir a reconhecer um filho, de cuja existência podia nem saber; pode adotar um filho; etc.

A segunda hipótese é a da constatação da existência de herdeiros necessários, ignorados pelo testador, ou porque os julgava já mortos; ou porque não sabia mesmo de sua existência etc.

Nestes casos, o testamento se rompe, a não ser que tenha sido confeccionado de forma a não prejudicar os herdeiros necessários, sejam eles quem forem.

Exemplo seria o seguinte: "Deixo 50% de meus bens a meus herdeiros necessários, na forma da Lei. A outra metade deixo a Joaquim e Sebastião, repartindo-se-a igualmente entre os dois". No caso dado, a legítima foi respeitada, sendo os herdeiros necessários quem forem. Sendo assim, o testamento não se rompe.

Finalmente, resta observar que, se a revogação for apenas parcial, o testamento será cumprido na parte válida, abrindo-se a sucessão legítima quanto à parte revogada. Se a revogação for total, abre-se a sucessão legítima, desconsiderando-se por completo as disposições testamentárias.

Outro é o caso do testamento destituto, que ocorrerá quando, aberta a sucessão, verificar-se que não há herdeiros, seja por terem morrido, por renunciarem, ou por serem excluídos por indignidade. Também neste caso, haverá revogação

presumida, abrindo-se a sucessão legítima.

b) caducidade - Assim como um passaporte ou uma carteira de motorista caducam com o transcorrer de certo prazo, também as disposições testamentárias podem caducar pela ocorrência de determinado obstáculo à sua vigência. Esse obstáculo pode ser o decurso de prazo ou outro qualquer.

Não há confundir caducidade com prescrição e decadência. Na prescrição e na decadência, perde-se o direito, seja material ou de ação, por seu não exercício no prazo fixado em lei. Tratando-se de caducidade, o direito se perde pelo decurso de prazo, ou por outro obstáculo qualquer, independentemente de ser exercido ou não. A carteira de motorista, por exemplo, perde a validade, ou seja, caduca, independentemente de ser usada ou não.

Fato é que as disposições testamentárias caducam, mesmo sendo o testamento válido. Aliás, se o testamento não for válido, nem há falar em caducidade de suas disposições.

Os casos de caducidade são, basicamente, seis. Caducam as disposições testamentárias favoráveis:

a) ao herdeiro ou legatário excluído por indignidade; b) ao herdeiro ou legatário que renunciar à herança ou legado; c) ao herdeiro ou legatário que morrer antes do testador, salvo eventual direito de representação de seus descendentes.

Também caducam as disposições testamentárias favoráveis a herdeiro ou legatário, mas sujeitas a condição que não se implementa. Por exemplo, se estiverem condicionadas a que o beneficiário se forme em Direito, graduando-se ele em Medicina.(51)

Se a coisa legada perecer ou, por algum motivo, tornar-se impossível, sem culpa de quem quer que seja, caduca o legado. Se houver culpa de alguém, o legatário deverá ser indenizado.

Caducará o testamento marítimo, três meses após o momento em que o testador podia testar de forma ordinária e não o fez.

O testamento militar caduca, desde que, depois dele, o testador esteja três meses seguidos em local em que possa testar de forma ordinária. E o testamento nuncupativo caducará se o testador não morrer na guerra ou convalescer do

ferimento.

c) Redução das liberalidades - Como já estudamos, se o testador possuir herdeiros necessários, não poderá dispor livremente de seu patrimônio, mas apenas de 50%. 50% serão obrigatoriamente deixados aos herdeiros necessários, os descendentes e os ascendentes, estes na falta daqueles, o grau mais próximo excluindo o mais remoto.

A metade da herança reservada aos herdeiros necessários se denomina herança legítima, parte legítima ou apenas legítima. A outra metade se denomina parte disponível.

(52 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 248.) Se por meio de doações, legados ou outra liberalidade, o autor da herança ultrapassar a parte disponível, a liberalidade deverá sofrer redução, a fim de que se restaure a legítima.

Como conseqüência, uma vez aberta a sucessão devem ser pesadas todas as liberalidades, tanto as realizadas em vida (como, por exemplo, doações), quanto as realizadas em testamento (legados, por exemplo), a fim de que se possa verificar se está sendo respeitada a legítima dos herdeiros necessários.

A redução será efetuada no processo de inventário ou em ação de redução, intentada contra o favorecido. Será parte legítima para intentar a ação de redução o herdeiro necessário, seus sucessores, cessionários ou credores.

A ação de redução poderá ser proposta por um ou mais prejudicados. Mas só os que a propuseram se beneficiarão. Em outras palavras, se todos os herdeiros necessários foram prejudicados, mas apenas um propôs a ação de redução, só a parte dele será restaurada. A dos demais ficará como estava, até que proponham a ação.

Verificado o excesso da liberalidade, não será ela anulada, tão-somente reduzida. Dessarte, se a doação de S10.000,00 feriu a legítima, os herdeiros necessários poderão reivindicar a redução deste valor, na proporção suficiente para que lhes seja garantida a parte a que fazem jus. Suponhamos que o patrimônio do de cuius fosse de $15.000,00. Só poderia ter doado $7.500,00. Se doou $10.000,00, o donatário terá que restituir $2.500,00. O exemplo é simples, mas, esperamos, esclarecedor.

Se o bem for, por exemplo, uma casa, o beneficiário poderá compensar, em dinheiro, a parte inoficiosa.(53)

Em última instância, se não fizer a compensação devida, terá que entregar a casa, para que seja vendida e feita a redução necessária.

Por fim, em que liberalidades se deve imputar a redução?

Suponhamos que tenham sido várias as doações. Quais serão reduzidas? Obviamente, as reduções se farão das mais recentes para as mais antigas. Se a legítima for ferida por doações e legados, sofrerão redução primeiro os legados, depois as doações, sempre da mais recente para a mais antiga.

d) Anulação do testamento - O testamento pode ser anulado por conter defeito grave ou defeito leve.

Se o defeito for grave, poderá ser anulado a qualquer tempo, a requerimento de qualquer interessado, do Ministério Público ou de ofício, pelo Juiz.

Sendo o defeito leve, poderá ser anulado apenas a pedido de algum interessado, respeitado o prazo de decadência que varia conforme o defeito.

Outra observação importante é que a anulação pode atingir o testamento em sua totalidade ou apenas em parte. Se anulado por inteiro, abre-se a sucessão legítima. Se a anulação for parcial, prevalece a parte válida do testamento, abrindo-se a sucessão legítima, se for o caso, quanto ao que for anulado.

(53 Parte inoficiosa é a que fere a legitima.)

São considerados defeitos graves:

a) a inobservância de forma; b) a incapacidade do testador; c) a impossibilidade do objeto; d) o testamento conjuntivo; e) a disposição que institua herdeiro ou legatário, sob condição captatória, ou seja, sob a condição de que o herdeiro ou legatário faça, também ele, disposição testamentária a favor do testador; f) a disposição que se refira a pessoa incerta, cuja identidade seja de impossível averiguação; g) a disposição que deixa ao encargo de terceiro a identificação de herdeiro ou legatário; h) a disposição que deixe ao arbítrio de herdeiro ou de terceiro a fixação do legado; 1) erro na designação de herdeiro ou legatário, ou seja, quis-se indicar João e se indicou Pedro.

São considerados defeitos leves:

a) o erro em torno das circunstâncias que envolveram a própria elaboração do testamento. O testador, enganado pela situação, fez em seu testamento disposições que não teria feito, se conhecesse as reais circunstâncias; b) coação; c) dolo.

Por fim, provando o prejudicado que a anulação do testamento se deveu a defeito imputável a culpa ou dolo do tabelião, responderá ele pessoalmente por todos os prejuízos.

e) Testamento inexistente - Além de anulável, por conter defeito grave ou lave, o testamento pode nem existir. Caso de testamento inexistente é o do testamento verbal, que só será cumprido se os herdeiros quiserem, mas nem será levado em conta pelo juízo do inventário, que apenas respeitará a partilha efetuada pelos herdeiros, dentro dos limites da Lei.

4 LIQUIDAÇÃO E PARTILHA DA HERANÇA

Faremos agora breve estudo dos processos de inventário e partilha, mais atinentes ao Direito Processual que ao Direito Material em si mesmo.

4.1 Inventário

a) Definição e considerações gerais - Inventário é meio de liquidação da herança. É processo judicial pelo - qual se ap5ra o atito e o passivo da herança, pagam-se $ívidas e legados, recebem-se créditos etc. O patrimônio resultante dessa liquidação se denominará herança líquida e será distribuída entre os herdeiros, conforme a Lei ou o testamento.

Do latim invenire - achar, encontrar, é meio técnico para anotar e registrar o que for encontrado, pertencente ao morto, para ser atribuído a seus sucessores.(54)

O inventáriO será sempre judicial, iniciando-se no prazo de um mês da abertura da sucessão e findando-se em 6 meses, admitida a prorrogação por motivo justo.

No Direito Romano admitia-se a realização do inventário extrajudicialmente, se não houvesse disputa entre os herdeiros.(55)

Em nosso Direito tal não se admite. A abertura do processo judicial de inventário

é obrigatória, mesmo que a herança seja composta só de dívidas. Nesta hipótese o inventário será negativo.

Deverá ser aberto em um mês da abertura da sucessão, ou seja, da morte, sob pena de multa. O foro competente será o do último domicílio do defunto, ainda que seus bens se encontrem em outro local.

O procedimento de inventário acha-se inteiramente regulado pelo Código de Processo Civil (CPC), arts. 982 a 1.045, aí incluído o processo de partilha.

b) Legitimidade para requerer abertura de inventário - Segundo o art. 988 do CPC, são partes legítimas para requerer a abertura de inventário o cônjuge sobrevivente, o herdeiro, o cessionário, o credor, o testamenteiro, o curador do herdeiro interdito, o síndico da falência do herdeiro ou do cônjuge sobrevivo; o MP se houver herdeiro incapaz, ou então, e por último, a Fazenda Pública. A capacidade processual é cumulativa e não sucessiva, isto é, qualquer dessas pessoas pode requerer, não necessariamente nessa ordem. Se nenhuma dessas pessoas requerer a abertura no prazo legal, o juiz, de ofício, determinará que se inicie o inventário.

c) Foro competente - O foro competente para nele se instaurar o juízo do inventário é o do último domicílio do finado. Se teve diversos domicílios, prevalece o princípio da prevenção, ou seja, competente será o foro, em que houver sido primeiramente requerida a abertura do inventário.

(54 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 266.) (55 NOBREGA, Vandick Londres da. Compêndio. Op. cit., v. II, p. 506 et Seq.) O juízo do inventário é universal, competindo a ele decidir todas as ações relativas à herança, ainda que concorram outras razões definidoras do poder jurisdicional. Por outros termos, todas as ações relativas ao patrimônio e à pessoa do autor da herança serão atraídas pelo juízo do inventário, devendo ser nele propostas e por ele decididas.

d) Inventariante - Iniciado o inventário, o Juiz nomeará inventariante. O

inventariante é administrador da herança, representando ativa e passivamente o espólio. Está, entretanto, sujeito à fiscalização dos herdeiros, do Juiz e do Ministério Público.

O inventariante será nomeado pelo Juiz, respeitada a ordem do art. 990 do

Código de Processo Civil:

1° o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão de bens, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste. Terá também direito à inventariança o cônjuge sobrevivo, independente do regime, desde que estivesse coabitando com o outro ao tempo da morte deste e desde que tivesse a posse e a administração da herança; 2° o herdeiro que se achar na posse e administração da herança; 3° qualquer herdeiro idôneo; 4° o testamenteiro, a quem tiver sido confiada a administração da herança ou se toda a herança constituir-se de legados; 5° o inventariante judicial, se houver; 6° estranho idôneo, onde não houver inventariante judicial.

O inventariante judicial e o estranho idôneo, denominado inventariante dativo, não são representantes do espólio, mas apenas administradores da herança e responsáveis pelo andamento do inventário, assim como por atos de defesa do acervo.(56)

O inventariante, cinco dias após sua nomeação, deverá prestar compromisso de inventariante, pelo qual se obriga a se desincumbir bem de suas atribuições.

O compromisso pode ser assinado por advogado com poderes especiais para tanto.

São atribuições do inventariante, segundo o art. 991 do CPC: - representar o espólio ativa e passivamente;

- seqüestrar os bens nas mãos de quem não os quiser apresentar e entregar;

- relacionar e convocar herdeiros e legatários;

- apresentar, arrolar e descrever os bens;

- separar as coisas alheias da herança;

- entregar os bens à avaliação;

(56 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições. Op. cit., v. VI, p. 269/270.)

- recolher os tributos;

- submeter ao Juiz os planos de partilha;

- custear o processo, movimentando o numerário existente ou o arrecadado;

- vender os bens destinados à alienação. Sendo necessária a alienação de algum bem da herança, fora desse caso, será necessário alvará judicial. A alienação só poderá ser onerosa;

- fazer as primeiras declarações, vinte dias após o compromisso prestado.

Nas primeiras declarações o inventariante individuará o autor da herança, os herdeiros, assim como o ativo e o passivo, de acordo com o art. 993 do CPC;

- dar conta aos herdeiros de sua atuação, quando findo o inventário, ou se deixar o cargo por renúncia ou destituição.

O inventariante é responsável por todos os danos causados por culpa sua, podendo ser destituído ex oficio, pelo Juiz, ou a requerimento dos herdeiros ou Ministério Público.

Poderíamos resumir as obrigações do inventariante em três principais, das quais decorrem as outras: representar o espólio, administrar a herança e agilizar o inventário.

e) Administrador provisório - Pode ocorrer que, até que o inventariante seja nomeado e preste compromisso, a massa inventariada fique sob a gerência de administrador provisório.

Este tem, assim como o inventariante, legitimidade para representar o espólio ativa e passivamente. Em outras palavras, será ele o representante do espólio nas ações em que for autor ou em que for réu.

O administrador provisório deverá prestar contas de sua gestão, tendo direito a ser reembolsado de toda despesa útil ou necessária que haja efetuado.

Por ser provisório seu cargo, poderá ser nomeado, independentemente de qualquer ordem de preferência, sendo dispensada a assinatura de compromisso.

f) Procedimento - Os herdeiros, legítimos ou testamentários, deverão comparecer ao processo espontaneamente ou mediante intimação, constituindo procurador

que os representem. Todos os atos do inventário devem ser acompanhados pelos herdeiros. Sua audiência é necessária em tudo que lhes diga respeito: descrição de bens, avaliação, pagamento do passivo, plano e esboço de partilha, prestação de contas do inventariante.

Os cessionários são os beneficiários de cessão de herança, que se dá sempre após a abertura da sucessão. O cessionário, seja a cessão a título gratuito ou oneroso, assume o lugar do herdeiro no processo de inventário. A cessão da herança nunca será especificada em coisa certa, mas sempre em quinhão abstrato.

Caso contrário, não obriga os demais herdeiros. A cessão da herança será feita por escritura pública, por ser a herança bem imóvel.

Sendo um único herdeiro, será aberto o inventário, liquidada a herança e os bens líquidos serão adjudicados a este herdeiro, mediante a inscrição do competente instrumento judicial no Registro Imobiliário.

O processo de inventário em si, como vimos acima, deve ter início em, no máximo, um mês após a abertura da sucessão.

O inventariante é nomeado e presta compromisso 5 dias após a nomeação.

O procurador do inventariante, normalmente seu advogado, poderá prestar o compromisso, representando-o, desde que a procuração lhe confira poderes específicos para tanto.

Dentro de vinte dias apresentam-se as primeiras declarações, em que individuar-se-ão o defunto, os herdeiros e legatários, o ativo e o passivo da herança.

Nesta primeira fase, até a avaliação dos bens, a qualidade de inventariante poderá ser impugnada, decidindo o Juiz se ele fica ou sai, após ouvidos os interessados em audiência.

Para toda questão de alta indagação será instaurado processo ordinário, correndo em apenso aos autos do inventário.

São questões de alta indagação as relativas à propriedade dos bens e à condição dos herdeiros; à nulidade de atos praticados pelo finado; a investigação de paternidade ou eficácia de reconhecimento espontâneo de filho; a exclusão de herdeiro; a sonegação de bens.

No processo de inventário não é admitida prova testemunhal. Esta somente será admitida nas ações ordinárias em apenso.

Se houver testamento, juntar-se-á cópia aos autos.

Serão citados os herdeiros e, quando necessário, o Ministério Público e a Fazenda. Dispensa-se a citação para os herdeiros que comparecerem espontaneamente.

Ouvidos todos sobre as primeiras declarações, o Juiz decidirá as questões suscitadas, remeterá as de alta indagação para as vias ordinárias e remeterá a herança para a avaliação, que será feita pelo avaliador judicial.

A avaliação será submetida aos herdeiros que a impugnarão ou aprovarão.

Em seguida são prestadas as declarações finais, que são uma confirmação das primeiras declarações, podendo o inventariante, entretanto, completá-las.

São expurgados os bens alheios.

São pagos os legados e as dívidas.

Para o pagamento das dívidas, será obedecida certa ordem de preferência. O art.

1.569 do Código Civil estabelece a seguinte seqüência:

1° Dívidas póstumas, surgidas após as exéquias, tais como despesas funerárias, custas e despesas processuais, além de gastos com o luto do cônjuge viúvo e seus filhos, desde que moderados.(57)

(57 DINIZ, Maria Helena. C«me de direito civil brasileiro. Op. cit., 6° v., p.

295.)

2° Dívidas do decujo, contraídas em vida e transmitidas aos herdeiros, lembramos, dentro das forças da herança. Nesse rol se elencam as despesas com a doença de que tenha falecido o autor da herança, os gastos necessários com a mantença do devedor falecido e sua família, o salário devido aos empregados domésticos além de outros débitos, ainda que não vencidos.

Os credores deverão habilitar seu crédito no processo de inventário, antes da liquidação da herança, é evidente. Mas nada impede a que façam a habilitação posteriormente, em ação ordinária ou executiva, mesmo porque, com a morte, não se antecipam as obrigações vincendas. Em outras palavras, se o decujo morreu, deixando uma promissória a ser paga em data futura, o credor só poderá cobrar dos herdeiros, depois do vencimento, quando o inventário poderá já estar concluído. Este credor terá, assim, duas opções: ou bem habilita seu crédito, para ser pago quando do vencimento, já lhe ficando reservada a soma necessária a sua satisfação; ou bem executa o espólio posteriormente, mesmo já findo o i.ventário e a partilha.

Bem, pagas dívidas, /uvem-se os interessados e o Juiz julga por sentença, decidindo as reclamações dos herdeiros.

Em seguida a sentença é liquidada, homologa-se o cálculo, recolhem-se os tributos e encerra-se o inventário, iniciando-se a partilha.

g) Arrolamento - O processo de inventário pode processar-se por via de arrolamento em dois casos. Primeiramente, se a heranæa for dE pequeno porte (até 2.000 ORTN, segundo o art. 1.036 do CPC). Em segundo lugar, se todos os herdeiros forem capazes e o processo for amigável.

O inventário por arrolamento é bem mais rápido. Na própria petição inicial, já se apresenta a relação de bens e sua estimativa, que será a base de cálculo do ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis). Também se apresenta plano de partilha, que será efetuada em audiência, com a presença dos interessados.

h) Inventário negativo - Quando não existirem bens a inventariar, os herdeiros promoverão processo judicial, denominado inventário negativo, com a citação dos possíveis interessados, do Ministério Público e da Fazenda.

Será prestado compromisso de inventariante.

Os interessados e o representante do Ministério Público e da Fazenda darão seu

"de acordo".

Em seguida os autos irão para sentença que será o documento dos herdeiros para todos os fins legais.

i) Colação - Realizadas as citações dos herdeiros, no processo de inventário, aqueles herdeiros que tiverem sido agraciados com doações em vida do inventariado, deverão, no prazo de dez dias, apresentar os bens doados à colação, a fim de que se verifique se não houve prejuízo à legítima dos herdeiros necessários.

Na verdade, a colação é a conferência dos bens da herança com bens que os descendentes, herdeiros necessários, tenham recebido gratuitamente em vida, a fim de se igualar os quinhões da parte legítima da herança. Em outras palavras, se o de cuius fez, por exemplo, alguma doação a um filho, esta se considera adiantamento de legítima e deverá ser descontada da parte da herança legítima que este filho venha a receber. O objetivo é o de não favorecer qualquer um dos descendentes, pelo menos na parte legítima. Todos hão de receber por igual.

Somente os descendentes devem colacionar os bens recebidos em vida.

Descendentes, aí englobados todos os graus. Aqueles que herdem por direito de representação, deverão colacionar os bens recebidos pelo representado. Assim, se os netos representam seu pai na sucessão do avô, deverão trazer à colação todos os bens que seu pai tenha recebido em vida.

Se o descendente já houver dissipado os bens que recebeu em doação, deverá colacionar seu valor.

Mas e os ascendentes? Também eles são herdeiros necessários, devendo receber quinhões iguais, no que diz respeito à herança legítima. E se um deles houver recebido alguma doação em vida, que haja ultrapassado a parte disponível?

Neste caso, a doação será reduzida até a parte disponível, para que não seja ferida a legítima. Não haverá necessidade de colação.

O doador poderá dispensar a colação, desde que a doação não haja ultrapassado a parte disponível. A dispensa, para valer, deverá constar do contrato de doação ou do próprio testamento.

Por fim, cabe esclarecer que os bens colacionados não aumentam a parte disponível, servindo apenas para igualar os quinhões da herança legítima dos herdeiros necessários. A outra parte, ou seja, a disponível será calculada com base no patrimônio deixado pelo decujo, quando de seu passamento.

j) sonegados - Se algum herdeiro, terceiro ou o próprio inventariante dolosamente ocultar algum bem da herança de que tinha posse, poderá ser proposta contra ele ação de sonegados, a fim de obrigá-lo a apresentar o dito bem.

A sonegação, em palavras simples, é a ocultação dolosa de bens que devam ser inventariados ou levados à colação.(58)

A pena pela sonegação é a perda do direito sobre o bem, que será repartido entre os herdeiros, como se o sonegador nunca houvesse existido. Se quem sonegar for inventariante sem direitos hereditários, será removido da inventariança.

(58 OLIVEIRA, Itabaiana. Tratado de direito das Sucessões. 4ªed., São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 3, p. 838.)

Só se pode impor a pena de sonegação em ação ordinária, chamada ação de sonegados. A ação será proposta perante o juízo do inventário, dentro do prazo prescricional de 20 anos, de acordo com o art. 177 do Código Civil.(59) Têm legitimidade para propor a ação os herdeiros prejudicados, seja por si mesmos ou representados pelo inventariante, ou ainda os credores. Tanto uns como outros só poderão intentar a ação contra o herdeiro sonegador, depois que este declarar no inventário que não possui os bens sonegados. Se o sonegador for o inventariante, a ação só poderá ser aviada, depois que se encerrar a descrição dos bens, com a declaração de que não existam outros além daqueles apontados.

Se o sonegador houver dissipado os bens, deverá restituir seu valor, acrescido de perdas e danos.

4.2 Partilha

a) Generalidades - Não sendo o inventário por arrolamento, liquidada a herança, inicia-se o processo de partilha que, aliás, segue-se incontinenti ao processo de inventário. Wilson de Oliveira fala em processo de inventário-partilha, composto de duas partes, sendo a primeira o inventário e a segunda, a partilha.(60)

A partilha tem início, por iniciativa das partes, que formularão ao Juiz do próprio inventário o pedido de quinhão. Em dez dias, o juiz proferirá o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

Em seguida o partidor judicial organizará o esboço de partilha, de acordo com o despacho de deliberação.

Feito o esboço, as partes terão o prazo de cinco dias para se pronunciarem.

Resolvidas as eventuais reclamações, será a partilha lançada nos autos.

A partilha constará de auto de orçamento, que conterá as informações do art.

1.025, a, ou, b e c do CPC, e folha de pagamento, indicando o quinhão de cada herdeiro.

Uma vez que sejam pagos os tributos (ITBI e outro que porventura venha a existir), e que se junte aos autos certidão negativa de dívida junto à Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.

Transitada em julgado essa sentença, os herdeiros receberão os bens que lhes tocarem e um formal de partilha, do qual constarão o termo de inventariante e o título de herdeiro; a avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro; o pagamento do quinhão e dos impostos e a sentença. Com este formal, o herdeiro poderá, então, transferir os bens para seu nome.

(59 DINIZ, Maria Helena. C«me de direito civil brasileiro. Op. cit., 6° v., p.

303.)

(60 OLIVEIRA, Wilson de. Inventários e partilhas. 4ªed., São Paulo: Saraiva, 1979, p. 6.)

Se a partilha contiver algum erro material, poderá ser emendada nos próprios autos do inventário, desde que todos estejam de acordo.

b) Anulação da partilha - A partilha amigável poderá ser anulada por dolo, coação, erro ou intervenção de incapaz. O prazo para a propositura da ação anulatória é de um ano, contado do dia em que cessou a coação; do dia em que cessou a incapacidade; ou do dia em que se praticou o ato, no caso de dolo ou erro.

Já a partilha julgada por sentença poderá ser rescindida, também, em caso de erro, dolo, coação ou intervenção de incapaz; se feita com preterição de forma

ou se houver preterido herdeiro ou incluído quem não o era.

c) Ação de petição de herança - Por fim, se algum herdeiro não for contemplado com herança a que fazia jus, poderá reclamar seus direitos, após a abertura da sucessão, pela ação de petição de herança.

Esta ação poderá ser propos4a mesmo após o encerramento da partilha, qua.do então será ela revista, recebendo o herdeiro peticionante sua quota-parte.

Se esta já não mais existir, terá que ser indenizado pelos herdeiros.

d) sobrepartilha - Pode ocorrer que, dentre os bens da herança, haja alguns situados em local remoto, outros sobre os quais haja disputa, ou ainda bens ilíquidos. Por exemplo poderíamos citar alguma inddnizaçãòpor acidente de veículo devida ao decujo, mas ainda não calculada, por estar se processando a ação indenizatória.

Em todos estes casos, podem os herdeiros decidir deixar a partilha desses bens para momento futuro, a fim de não retardar a partilha dos bens líquidos, certos e presentes com a apuração dos ilíquidos, incertos e remotos.

A sobrepartilha não é obrigatória, desde que os herdeiros quanto a ela deliberem. Só será obrigatória, como é lógico, se for descoberto algum bem, após o encerramento da partilha.

A sobrepartilha é, na verdade, uma nova ação de inventário-partilha que se processa nos autos do mesmo inventário original, para se repartir os bens acima referidos.