

INOVAÇÕES PRINCIPAIS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Dilvanir José da Costa*

Sumário: Das pessoas – ns. 1 a 6; Dos bens – n.º 7; Dos fatos jurídicos – ns. 8 a 14; Direito das obrigações – ns. 15 a 27; Direito de empresa – n.º 28; Direito das coisas – ns. 29 a 42; Direito de família – ns. 43 a 58; Direito das sucessões – ns. 59 a 65; Disposições gerais e transitórias – ns. 66 a 70; Bibliografia; Índice da matéria; Resumo; Abstract.

PARTE GERAL

LIVRO I – DAS PESSOAS

Pessoas naturais

1) Capacidade

a) *Capacidade plena* aos 18 anos, para a prática de todos os atos da vida civil (art. 5º, *caput*); b) *emancipação* aos 16 anos, por concessão dos pais ou sentença do juiz e pelo estabelecimento civil ou comercial ou relação de emprego com economia própria; pelo casamento, emprego público efetivo ou conclusão de curso superior (§ único do art. 5º); c) *incapacidade absoluta* para exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – menores de 16 anos; II – falta de discernimento, por enfermidade ou deficiência mental; III – falta de discernimento, mesmo transitória (art. 3º); d) *incapacidade relativa*: I – maiores de 16 e menores de 18 anos; II discernimento reduzido por deficiência mental, embriagues habitual ou vício em tóxicos; III – excepcionais; IV – pródigos (art. 4º). O Código racionalizou e moder-

* Professor e doutor em Direito Civil pela UFMG Advogado

nizou o instituto da capacidade, estabelecendo graus de discernimento e substituindo a expressão “loucos de todo o gênero”.

2) Direitos da personalidade

O Código inseriu disciplina autônoma desses direitos, com destaque para seus caracteres, defesa e proteção, limites à disposição do próprio corpo e submissão a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Direito ao nome e pseudônimo, seu uso e proteção. Os escritos, a palavra, a imagem e a intimidade das pessoas são protegidos contra atos prejudiciais ou não autorizados pelos titulares ou pela lei, com direito a indenização pelos danos decorrentes, inclusive à honra, boa fama e respeitabilidade (arts. 11 a 21).

Leis especiais complementam essa proteção, a exemplo da Lei 9.610/98, sobre direitos autorais, que revogou expressamente os artigos 649 a 673 do Código de 1916, sobre a propriedade literária, científica e artística, que por isso deixou de ser regulada no novo Código.

3) O instituto da ausência no título das pessoas naturais

O instituto da ausência saiu do direito de família para figurar no título das pessoas naturais, na parte geral do Código, sob o tríplice aspecto ou interesse: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva (arts. 22 a 39). Aperfeiçoando o sistema, ao tratar do fim da pessoa natural, o Código distinguiu a ausência da morte presumida pelo desaparecimento da pessoa em acidentes, campanha ou outras circunstâncias evidenciadoras da morte e comprováveis mediante simples justificação e sentença, sem depender das etapas formais do processo de ausência (art. 7º).

Pessoas jurídicas

4) Responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes

Foi consagrada a responsabilidade objetiva, eliminando-se, no artigo 43, a ex-

pressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever previsto por lei”, contida no artigo 15 do Código revogado. Mas faltou adaptar o novo Código, já que se disciplinou a matéria ali, ao parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição, que ampliou o elenco dos responsáveis pelos danos causados por prestadores de serviços públicos. O projeto se orientou pelo artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

5) Desconsideração da personalidade jurídica

Uma das vantagens da pessoa jurídica é a autonomia existencial e patrimonial que a distingue de seus membros, como já dispunha o artigo 20 do Código revogado. A separação patrimonial constitui estímulo à atividade econômica sem envolver nos riscos bens particulares dos sócios. Mas sobrevieram os desvios e os abusos que transformaram essa garantia em fonte de enriquecimento dos sócios com o anteparo da pessoa jurídica, com prejuízo de terceiros e da Fazenda Pública. O Código Tributário Nacional lançou a semente da reação, colhida no direito comparado (art. 134, VII). Em relação aos danos ao consumidor, o artigo 28 do Código do Consumidor consagrou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica em 1990. Já agora o novo Código Civil, depois de reconhecer como regra a responsabilidade limitada ou restrita de cada sócio na sociedade mais praticada nos meios econômicos (art. 1052), dispôs, de forma ampla, em sua parte geral, sobre o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, quando o juiz poderá intervir e estender os efeitos de obrigações sociais aos bens particulares dos administradores e sócios da pessoa jurídica (art. 50).

6) Pessoa jurídica e direitos da personalidade

O Código estendeu às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (art. 52). Cabe lembrar o dispositivo constitucional que dispõe: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X).

LIVRO II – DOS BENS

7) Usucapião de bens públicos

O Código de 1916 dispunha que os bens públicos “só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever” (art. 67). Sendo inalienáveis, a Súmula 340 do STF os considerou, depois de longos debates, não sujeitos a aquisição por usucapião desde a vigência do referido Código. Outras disposições legais posteriores proclamaram essa imprescritibilidade expressa e claramente (daí surgindo a dúvida sobre a vigência desse regime antes dessas leis), até que a própria Constituição de 1988 ratificou essa condição dos bens públicos (arts. 183, § 3º e 191, § único).

O novo Código não poderia dispor de outra forma no artigo 102.

LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS

8) Distinção entre ato e negócio jurídico

Partindo da distinção técnica moderna entre ato e negócio jurídico, o Código adota o *negócio jurídico* como conceito e modelo de ato jurídico peculiar ao Direito Civil, em que predomina a autonomia da vontade, com as exceções cabíveis. Já os alemães e italianos haviam feito a distinção entre ato e negócio jurídico. Numa visão ampla, o negócio seria a expressão da vontade e do interesse individual, enquanto que o ato seria a manifestação do interesse e da vontade social, através da lei. O negócio jurídico é a exaltação da liberdade individual e a expressão da autonomia da vontade na vida em sociedade. O ato jurídico é a limitação da liberdade individual e a intervenção na esfera privada em nome do interesse social. Enfim, negócio jurídico é manifestação do individualismo e do liberalismo, enquanto que ato jurídico é expressão do intervencionismo e da socialização do direito. Assim, nos atos e transações da vida em sociedade, quando os cidadãos agirem com mais liberdade, com maior autonomia e poder de regulamentação dos interesses e, conseqüentemente, com menor disciplina ou intervenção legal, teremos

a figura do negócio jurídico, em que os seus autores não só estabelecem entre si um vínculo jurídico como também regulam todos os seus efeitos. Por isso poucos contratos hoje constituem negócios jurídicos típicos. A maior parte das transações já é previamente disciplinada pela lei, em nome do interesse e da vontade social, constituindo, portanto, atos jurídicos. Resumindo, o ato jurídico é o ato voluntário de efeitos legais, enquanto que o negócio jurídico é o ato voluntário de efeitos também voluntários. Este é fruto da autonomia privada e aquele é criação da heteronomia ou dirigismo contratual. O Direito Civil ainda adota como regra de atuação a liberdade e a autonomia dos cidadãos, dentro dos limites, cada vez mais amplos, da ordem pública e do interesse social. Exemplos típicos de atos jurídicos são o casamento, a adoção, o reconhecimento de filho, no direito de família, cujos efeitos decorrem da lei. No direito das obrigações prevalecem ainda os negócios jurídicos, embora existam os negócios menos autônomos que vão se transformando em atos no sentido estrito, como o contrato de locação de imóveis e o de trabalho subordinado, que até se extrapolou do Direito Civil. O Código fez a distinção.

9) Regra da forma, forma mínima e negócios jurídicos formais

Os três conceitos supra resumem os problemas formais dos negócios jurídicos, que o Código assim disciplinou:

- a) *regra da forma*: as declarações de vontade não dependerão de forma especial (consensualismo, art. 107); ex. : negócios verbais e por instrumento particular; gesto, mímica e silêncio qualificado;
- b) *forma mínima*: o silêncio circunstanciado ou qualificado com uma advertência prévia; o silêncio puro não obriga (art. 111);
- c) *negócios formais*: a lei pode exigir instrumento escrito ou escritura pública (arts. 107, final, 108 e 109); ex. : formal por instrumento particular: quando não puder ser verbal, como os títulos de crédito; escritura pública: os direitos reais sobre imóveis, em regra.

O novo Código caracterizou melhor os conceitos supra.

10) O instituto da representação

O Código deu tratamento autônomo à representação, como fenômeno jurídico genérico que entra no conceito de negócios especiais como o mandato e a gestão de negócios. A essência da representação consiste na repercussão ou produção de efeitos, no patrimônio do representado, dos atos praticados pelo representante (art. 116). A representação autêntica decorre do mandato legal ou contratual (contrato típico, arts. 653 a 692), mas pode ocorrer *representação sem mandato*, como a gestão de negócios, que o novo Código tratou como *ato unilateral* (arts. 861 a 875), assim como existe o fenômeno do *mandato sem representação*, que compreende as várias formas de *preposição* ou delegação de serviços ou atividades sem representação ou com exclusão desta (contrato de trabalho, prestação de serviço, empreitada etc.). Ao regular a representação, o Código procura moralizar o instituto, proibindo o representante de celebrar negócio consigo mesmo, inclusive por meio de substabelecimento, extrapolar os limites do mandato e agir em conflito de interesses com o representado (arts. 115 a 120).

11) Defeitos dos negócios jurídicos. Simulação, estado de perigo e lesão

A simulação passou a gerar nulidade e não apenas anulabilidade do negócio jurídico (art. 167), seguindo assim o modelo do Código Civil português (art. 240). Foi regulada também a reserva mental ou simulação unilateral, que gera responsabilidade para o autor da reserva, que assim responde pela declaração perante o destinatário que ignora a reserva (art. 110).

Também foi regulado o “estado de perigo” como defeito do negócio, ou seja, a realização deste sob risco de grave dano pessoal ou à família e por isso de forma excessivamente onerosa. Difere da coação, que decorre de grave e injusta ameaça do próprio beneficiário ou de terceiro. No estado de perigo, o dano provém de outras circunstâncias.

Finalmente a lesão veio a ser incorporada ao novo Código, com as caracterís-

ticas de nova técnica de intervenção nos negócios jurídicos. Predomina aqui o interesse social de suprir a incapacidade ou limitação econômica, social e cultural do agente. O velho instituto da lesão enorme ressurgiu no direito moderno com o caráter preventivo predominante de neutralizar os prejuízos decorrentes dos contratos realizados em condições de desigualdade econômico-sócio-cultural: a fixação de salário mínimo e outros direitos no contrato de trabalho; a disciplina da locação de imóveis quanto a aluguel e outros encargos e de sua revisão; a limitação de juros e multas contratuais; o controle de preços de produtos e serviços essenciais como alimentos, remédios e transporte coletivo. Renasceu o instituto na doutrina e em leis especiais de proteção à economia popular. Atingiu o seu ponto mais alto no Código de defesa do consumidor, como atentado à justiça e ao equilíbrio das prestações nos contratos comutativos. O desequilíbrio objetivo das prestações deve associar-se a uma condição subjetiva da vítima: ter participado do contrato em situação de desnível (necessidade ou inexperiência). Nem se faz necessário o dolo de aproveitamento. O Código do consumidor foi adiante, reconhecendo e proclamando a **“vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”** (Lei 8.078/90, art. 4º, I) e condenando a **lesão inicial** ou na formação dos contratos de consumo. Constitui direito básico do consumidor a proteção contra cláusulas abusivas e com prestações desproporcionais (arts. 6º, IV e V, 51, IV e §§ da Lei referida).

O novo Código determinou a anulação do negócio ou a redução do proveito do contrato lesivo em que uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao resultado visado (art. 157). Sobre lesão superveniente veja o nº 24 infra.

12) Ato ilícito. Dano moral. Abuso de direito

A polêmica sobre o dano moral, sua natureza e ressarcibilidade finalmente teve o desfecho almejado. A indenização do dano moral vem a ser o reconhecimento e a valorização dos direitos da personalidade, com a sua proteção através de duas providências: a satisfação da vítima e seus familiares e a punição de seus agressores. A Constituição federal veio ao encontro dessas metas, ao associar o dano moral à proteção dos valores da personalidade, nestes termos: “Art. 5º, X –

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Vencida essa etapa, sobreveio outra referente à discussão sobre os critérios da indenização, a fim de não se anular o direito com ínfima compensação e não supervalorizá-lo com o enriquecimento das vítimas e empobrecimento dos autores. Com os subsídios da doutrina, a jurisprudência vem fixando esses critérios, apoiados em três pilares: a) a gravidade do dano; b) a intensidade da culpa; c) e a condição social e econômica das partes envolvidas.

Ao definir o ato ilícito, o novo Código reconheceu como dano também o “exclusivamente moral” (art. 186). Veja outros comentários sobre o dano moral no título “Responsabilidade Civil. Dano moral”, nº 26 infra.

Abuso de direito. O Código de 1916 só indiretamente condenou o exercício irregular de direito, ao declarar que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito (art. 160, I). O novo Código foi direto ao preceituar: “Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.”

Além de condicionar o uso do direito subjetivo à sua finalidade econômica (utilidade) e à sua função social, ainda o ligou à boa fé (sem malícia) e aos bons costumes (moralidade).

13) Prescrição e decadência

O novo Código distinguiu e deu tratamento separado aos dois institutos afins. O traço comum a ambos, a grosso modo, é a perda de direito subjetivo por inércia ou negligência do titular em propor as ações respectivas nos prazos legais. O primeiro traço diferencial está em que a prescrição pressupõe um direito subjetivo existente e violado ou transformado em pretensão, que por sua vez é provida de ação para defendê-la no prazo legal, sob pena de prescrição. Esse conceito está no artigo 189. Na decadência, o direito subjetivo nasce para o titular condicionado ao

exercício de uma ação, no prazo legal, sob pena de extinção do mesmo. Por ser extintivo do próprio direito, o prazo de decadência não se suspende nem se interrompe, como está no artigo 207. Extinguindo o direito mesmo, o juiz deve pronunciar de ofício a decadência, por inexistência do direito postulado (210). Não extinguindo o próprio direito, mas a ação para defendê-lo, a não arguição de prescrição pelo interessado importa em renúncia à mesma, não podendo o juiz reconhecê-la de ofício: deve admitir a pretensão não extinta pela prescrição renunciada. É o que decorre do artigo 194.

O novo Código reduziu substancialmente os prazos de prescrição, além de separá-los dos prazos extintivos de direitos ou de decadência, os quais vêm geralmente acoplados aos direitos dependentes dos mesmos para o seu exercício. O prazo máximo de prescrição foi reduzido para dez anos (art. 205), salvo o da ação reivindicatória ou prescrição aquisitiva para usucapião extraordinário, que é de quinze anos (art. 1238). Os dois artigos ficaram em contradição evidente, prevalecendo o último como exceção. Os demais variam de um a cinco anos (206), merecendo destaque a grande redução, para três anos apenas, do prazo para as ações de reparação civil e enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV e V).

14) Da prova dos fatos jurídicos

O Código trata dos aspectos materiais da prova nos arts. 212 a 232. O tema de maior relevância está no artigo 232, segundo o qual “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.” Vai interessar nos exames de DNA para a prova de paternidade. O texto parte do pressuposto de que a parte pode se recusar a submeter-se ao exame. Conclui que “a recusa poderá suprir a prova pretendida”. Tendo dito “poderá” o Código foi cauteloso. Vai depender do juiz e das circunstâncias da causa. Existem ações investigatórias com motivações diversas: em favor do filho; em favor de parentes distantes, contra o filho; contra o pai que reconheceu; pelo pai que reconheceu por erro e outras situações. Corre ainda paralela a tese da desbiologização da paternidade. Só mesmo analisando o conjunto das provas e comparando os interesses em conflito, no interesse maior da família e sua preservação, poderá ou não o juiz admitir a presunção.

PARTE ESPECIAL

LIVRO I – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

15) Anteposição das obrigações

Assim dispondo, andou bem o novo Código, afinando-se com a codificação civil moderna e com o magistério jurídico, que por seu turno se apoiam em razões lógicas e didáticas. Com efeito, na vida civil o cidadão *se obriga* antes de constituir família e *contrata* antes de se tornar titular de um direito real. A própria família se funda num esquema contratual. Logo, é mais fácil o acesso ao direito das coisas e à instituição familiar com o pré-conhecimento da teoria e das regras básicas das obrigações, que constituem a armadura não só do Direito Civil mas de toda a ciência do direito e até das ciências sociais, como acentuou Jossierand.

Clóvis teve suas razões ao antecipar a disciplina da família, na seqüência das pessoas, bem como das coisas logo após a família e como apoio econômico desta e das pessoas. O novo Código Civil de Quebec, de 1994, ainda segue a tradição de antepor a família, as coisas e até as sucessões às obrigações, inclusive pela maior complexidade destas. Optamos, contudo, pela colocação do novo Código, que segue o alemão e o português de 1966.

16) Cessão de crédito: localização correta

O novo Código colocou a cessão de crédito sob o título “Da transmissão das obrigações”, logo após as modalidades ou espécies e antes de tratar dos efeitos e da extinção. A obrigação nasce sob uma modalidade e circula ou se transmite antes de se extinguir por uma das causas previstas. O Código de 1916 não foi lógico, colocando a cessão de crédito como última matéria da parte geral das obrigações, após tratar da extinção e de suas conseqüências.

17) Assunção de dívida: inclusão

Ainda sob o título “Da transmissão das obrigações”, o novo Código disciplina com autonomia, erigida em novo instituto, a *assunção de dívida* ou cessão de débito, ao lado da cessão de crédito, ficando em perfeita simetria a transmissão das obrigações. A cessão de crédito se distingue dos institutos afins da novação subjetiva ativa e do pagamento com sub-rogação do credor.

Existe também a cessão de débito e as figuras afins novação subjetiva passiva e sub-rogação do devedor. O novo Código, tal como os Códigos alemão e português, disciplinou a “assunção de dívida”, completando, de forma simétrica, o regime da transmissão das obrigações. O requisito essencial é a concordância do credor com a mudança do devedor, logicamente.

18) Adimplemento e inadimplemento

O Código de 1916 engloba em um só título, de forma tumultuada, uma série de institutos de natureza diversa, tudo sob a designação restrita “Dos efeitos das obrigações”. Ali se trata: a) da sucessão na obrigação; b) da obrigação por fato de terceiro; c) do pagamento indevido; d) da extinção da obrigação em suas várias formas: I – pagamento normal; II – pagamentos especiais; III – extinção sem pagamento; e) da inexecução da obrigação e suas conseqüências.

O novo Código começa por separar a disciplina dos dois principais temas supra (letras *d* e *e*), sob os seguintes títulos:

- Do adimplemento e extinção das obrigações
- Do inadimplemento das obrigações.

Pelo menos duas vantagens resultam da nova sistematização da matéria:

I. separa e distingue dois fenômenos diversos: o adimplemento e o inadimplemento;

II. sistematiza e ordena, lógica e pedagogicamente, os temas do inadimplemento, com suas causas e efeitos, na seguinte seqüência: a) causas: mora e descumprimento (inadimplemento absoluto e relativo, total e parcial); b) efeitos: perdas e danos, juros, cláusula penal e arras ou sinal.

19) Do inadimplemento, suas causas e conseqüências

No Código de 1916, os temas do inadimplemento se acham dispersos. Como visto acima, o novo Código os aproximou e disciplinou em função da inexecução da obrigação, começando pela mora, como causa do inadimplemento e tratando dos demais temas como conseqüências ou efeitos do descumprimento, no que foi adotado, pelo autor do projeto, professor Agostinho Alvim, o sistema de sua obra *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, Saraiva, SP. Podemos enumerar as seguintes vantagens da nova disciplina, em relação ao Código anterior:

I – *Mora* – O instituto da mora é tratado em local impróprio no Código de 1916, logo após as condições subjetivas e objetivas do pagamento, em seguida à seção “do tempo do pagamento”. Embora tendo relação com o tempo do pagamento, a mora se relaciona mais com o inadimplemento e por isso não pode ser distanciada do mesmo, pois é causa de inexecução relativa (simples retardamento) e até de inexecução absoluta, quando o simples atraso for causa de resolução. Logo, o novo Código veio corrigir o desvio de colocação, ganhando a mora maior amplitude e autonomia dentro do sistema.

II – *Perdas e danos. Correção monetária* – A correção monetária entra no artigo 404 do novo Código, como componente das perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro. É prevista ainda no “objeto do pagamento”, como forma de atualização das dívidas de dinheiro (realismo monetário), seja por cláusula contratual ou por decisão judicial em caso de desproporção manifesta e imprevisível entre o valor da prestação pactuada e o do momento de seu pagamento (arts. 315 a 317). Continuam em vigor as leis especiais sobre correção, inclusive a Lei 6.899/81 (correção dos débitos judiciais), o Plano Real (limita a correção no interesse da estabilidade econômica) e outras compatíveis com as normas do Código, que não teve o propósito de esgotar matéria tão complexa. Mas não podia deixar

de incluir, nas perdas e danos, a devolução da identidade da prestação monetária, sob pena de sancionar o enriquecimento do devedor de prestação diferida ou de trato sucessivo.

III – *Cláusula penal* – Pelas mesmas razões lógicas e pedagógicas, a cláusula penal não pode continuar sendo tratada como simples modalidade ou espécie de obrigação, encerrando o título “Das modalidades das obrigações”, no Código de 1916. Sua verdadeira natureza é a de perdas e danos prefixados ou pré-liquidados, mais do que modalidade de reforço da obrigação. Interessa mais como efeito ou remédio do que como profilaxia. Daí a vantagem da sua inclusão no sistema do inadimplemento, como decorrência deste.

IV – *Arras* – Outra transposição feita pelo Código refere-se às arras, cuja disciplina saiu da parte geral dos contratos para figurar entre os efeitos da inexecução da obrigação. Não procede a crítica baseada no fato casuístico de que as arras só se referem a contratos. Prevaecem as razões de sistema. O astro do sistema projetado é o inadimplemento, em cuja órbita devem gravitar os satélites relacionados com o tema central.

As arras devem figurar no título da inexecução, como consequência desta, por mais estas razões: a) têm analogia com a cláusula penal e com as perdas e danos: arra penitencial constitui pena ou indenização – o preço do descumprimento, pactuado e adiantado; b) arra confirmatória é também pena convencional com caráter real – antecipação de perdas e danos; c) essa analogia recomenda a disciplina conjunta, para confronto de semelhanças e distinções.

20) Fontes das obrigações

O Código de 1916 contém as seguintes fontes: I – contratos; II – declarações unilaterais de vontade: a) títulos ao portador; b) promessas de recompensa; III – atos ilícitos.

O novo Código prevê as seguintes fontes: I – contratos; II – atos unilaterais: a) promessa de recompensa; b) gestão de negócios; c) pagamento indevido; d) enriquecimento sem causa; III – títulos de crédito: a) títulos ao portador; b) títulos à

ordem; c) títulos nominativos; IV – responsabilidade civil.

I – *Gestão de negócios* – A primeira inovação, no setor das fontes, foi a inclusão da gestão de negócios como ato unilateral, retirando-lhe o caráter contratual atribuído pelo Código de 1916. O instituto constitui, na verdade, uma ingerência de alguém no negócio de outrem, conquanto sua analogia com o mandato (representação sem mandato).

II – *Pagamento indevido* – A exemplo da mora, que foi relacionada ao “tempo do pagamento” e disciplinada logo em seguida, sem vinculação sistemática com o pagamento, também o pagamento indevido foi vítima de colocação imprópria no Código de 1916, ao ser inserido na disciplina do pagamento. Pagamento é forma normal de extinção da obrigação, enquanto que o sentido lógico-jurídico do pagamento indevido é o inverso: predomina a idéia de repetição ou devolução, de nascimento e não de extinção da obrigação. Ficou bem situado como fonte unilateral, ao nível de sua importância conceitual.

III – *Enriquecimento sem causa* – Ao lado do pagamento indevido e entre as fontes unilaterais, mereceu justa disciplina no novo Código o enriquecimento sem causa, princípio basilar do direito das obrigações, que em nosso Direito Civil ainda busca suporte no *neminem laedere* e no *jus suum cuique tribuere* dos romanos. Como esforço de sistematização e de consolidação da matéria obrigacional, é válida a disciplina autônoma e positiva do instituto, em seus lineamentos básicos.

IV – *Títulos de crédito* – A disciplina, como fonte obrigacional, ainda que em linhas gerais, de todos os títulos de crédito e não só dos títulos ao portador, veio completar e enriquecer o direito das obrigações. Interessando a todos os cidadãos e não só aos comerciantes e empresários, não se justifica a ausência de normas fundamentais sobre os títulos de crédito, de tão ampla prática, tanto mais num Código que unificou as obrigações civis e comerciais.

O novo Código não os incluiu entre os atos unilaterais nem os classificou como contratos. Erigiu-os em fonte autônoma e destacada.

21) Dos contratos

As inovações que se destacam na parte geral dos contratos, além da mudança de princípios, consistem na inclusão de novos contratos e na supressão de outros. Entre os acréscimos estão a transação e o compromisso, que foram emancipados da categoria de simples atos extintivos das obrigações para ganharem autonomia contratual. Já o Código francês disciplinara a transação como contrato no início do século XIX, o mesmo fazendo o Código alemão, considerado modelo de técnica, e finalmente o recente Código Civil português de 1966. Pelas afinidades com a transação (ambos põem fim a obrigações duvidosas ou litigiosas – *res dubia aut litigiosa*), o compromisso merece o mesmo tratamento, tanto mais quando lei especial (9. 307/96) o disciplinou sob tríplice enfoque – cláusula compromissória, compromisso e arbitragem. Como contratos novos, o novo Código incluiu ainda o estimatório, a comissão, a agência e distribuição, a corretagem e o transporte.

Foram excluídas da disciplina, nos contratos em espécie, a sociedade, que ganhou destaque e relevo no Livro II – Do direito de empresa, e a parceria, que é hoje objeto do Direito Agrário. Já os contratos de edição e representação dramática passaram a ser regulados em leis especiais sobre direito autoral, atualmente a Lei 9. 610/98, cujo artigo 115 revogou expressamente os artigos 1346 a 1362 do Código de 1916.

22) Função social do contrato, probidade e boa fé

Os artigos 421 e 422 do novo Código consagram, respectivamente, os princípios dominantes da teoria contratual moderna. O primeiro é a regra conciliadora dos interesses público e privado na sociedade socializada dos séculos XX e XXI. A liberdade de contratar, na sociedade organizada, encontra limites na justiça e no equilíbrio das prestações recíprocas, assim como a liberdade individual deve ser instrumento racional para a prática do justo.

O segundo postulado se dirige aos próprios contratantes, no seu interesse e segurança. A boa fé tem duas acepções: a subjetiva ou psicológica, que é o estado de espírito ou crença das pessoas, ao contratarem, que estão agindo corretamente e sem obstáculo legal, como a boa fé no casamento, a posse de boa fé, o

pagamento de boa fé ao credor aparente ou putativo, circunstâncias que produzem efeitos favoráveis ao agente de boa fé; enquanto que a boa fé objetiva opera como regra de conduta ou comportamento nos negócios jurídicos. Os direitos devem formar-se e exercitar-se conforme as exigências da boa fé. Esta a regra inspirada no § 242 do Código Civil alemão, que preceitua: “O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa fé o exige, em atenção aos usos e costumes.” Nosso Código foi além, exigindo a boa fé também na conclusão do contrato. A boa fé constitui uma das mais destacadas cláusulas gerais ou aberturas com que o direito moderno supera o sistema hermético dos códigos tradicionais, com previsões casuístas. Obriga as partes a agir com lealdade na contratação e na execução das obrigações recíprocas. Não podendo cooperar, não devem dificultar a realização das mesmas. Além disso, orienta o intérprete diante das omissões da lei e das convenções, integrando-as. Proibição e boa fé na conclusão e na execução do contrato é a nova regra dos contratos, positivada no artigo 422 do novo Código. O agir com surpresa, abuso de confiança, mudança de comportamento usual são exemplos de condutas maliciosas. A mesma regra de interpretação está contida no artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.”

23) Contrato preliminar

Nos artigos 1417 e 1418 do novo Código, sob o título “Do direito do promitente comprador”, foi regulado o “direito real de aquisição”. O contrato preliminar de compra e venda de imóvel, por instrumento público ou particular, sem cláusula de arrependimento, inscrito no respectivo registro imobiliário, passa a constituir direito real de adquirir o imóvel, ou seja, passa a ter eficácia *erga omnes*. O promitente comprador pode contar com todas as garantias, inclusive adjudicação judicial do imóvel, que não poderá ser alienado a outra pessoa antes de cancelada a inscrição da promessa.

Outro fenômeno é o contrato preliminar dos artigos 462 a 466, de natureza obrigacional, mas que poderá ou não se transformar no direito real de aquisição acima referido. Para se transformar, o principal requisito é a inscrição no registro imobiliário. Estando registrado e não contendo cláusula de arrependimento, o con-

trato preliminar passa a reger-se pelos artigos 1417 e 1418 supra referidos. Não estando registrado, o artigo 464 prevê outra solução: a ação de outorga de escritura, mediante sentença, conforme já vem ocorrendo pela forma prevista no artigo 639 do CPC e jurisprudência a respeito. Por isso ficou estranha a exigência do § único do artigo 463 do novo Código: "O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente". Se for levado, transformar-se-á em direito real de aquisição, conforme artigos 1417/18. E se não o for? Entendemos que então se aplica o artigo 464, combinado com o 639 do CPC. Por que então a exigência do registro da promessa? Seria o propósito de garantir melhor o promitente comprador com direito real de aquisição; ou seria por razões fiscais; ou seria mera exigência burocrática ou decorrente de *lobby* cartorário. (Ver a promessa de compra e venda como direito real de aquisição no nº 38 infra).

24) Resolução por onerosidade excessiva

A revisão ou mesmo a resolução do contrato por onerosidade excessiva de uma das partes, superveniente à sua formação, constitui forma objetiva ou despersonalizada de se afastarem ou atenuarem os efeitos do contrato validamente ajustado. Embora menos grave, guarda afinidade com o caso fortuito ou de força maior, que, segundo o § único do artigo 1058 do Código Civil, "verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir." Este libera totalmente o devedor. No caso fortuito ocorre impossibilidade objetiva e absoluta de se cumprir o contrato, enquanto que na imprevisão ocorre dificuldade ou onerosidade excessiva para uma parte e correlato enriquecimento ou vantagem excessiva para a outra, em conseqüência de acontecimento extraordinário e imprevisível superveniente à formação do contrato de execução diferida ou de trato sucessivo.

Por motivo de guerras, revoluções, crises econômicas e outros fenômenos que vieram alterar a economia e o equilíbrio das prestações, nos contratos de longa duração, já na Idade Média os juristas formularam a teoria revisionista com o nome de cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto permanecerem as coisas ou as circunstâncias contemporâneas à formação do contrato). A sua versão moderna é a teoria da imprevisão, que alguns códigos modernos chegaram a adotar, como o polonês de 1934 e o italiano de 1942. O nosso, individualista e liberal, optou pelo

pacta sunt servanda. Mas a jurisprudência, com apoio e incentivo da doutrina, vem aplicando-a em hipóteses típicas, independentemente de legislação específica. O suporte jurídico tem sido o princípio geral de direito (art. 4º da Lei de Introdução) do enriquecimento injusto em prejuízo do contratante. Os projetos de Código de Obrigações de 1941 e 1963 incluíram a resolução por onerosidade excessiva.

Somente o Código do Consumidor (Lei 8.078/90) veio consagrar a teoria (arts. 6º, V e 51, § 1º, III). O novo Código a disciplinou nos artigos 478 a 480. Trata-se de vício do contrato decorrente de conjuntura econômica provocada por crises sócio-político-econômicas e monetárias, geradoras de grave inflação ou de depressão econômica intensa. Falhando os políticos e os economistas, os juristas entram em cena e atuam em defesa do equilíbrio das prestações e da justiça nos contratos de longa duração. Esse o critério final da obrigatoriedade das convenções numa sociedade justa e solidária. Sobre lesão inicial veja o nº 11 supra.

25) Inovações na compra e venda

Novas cláusulas especiais – Ao lado da venda a contento, foi disciplinada a “venda sujeita a prova” ou experimentação, ambas com o efeito imediato de comodato e efeito suspensivo de compra e venda, até a manifestação de agrado e aceitação (arts. 509 a 512). Foi regulada a venda de coisa móvel com reserva de domínio (arts. 521 a 528), bem como a “venda sobre documentos” ou independente da tradição da coisa, substituída pelo título representativo (arts. 529 a 532).

Cláusulas especiais suprimidas – Foi eliminado o pacto de melhor comprador, pouco usado e fonte de atritos. Deixou de existir regulamentação autônoma do “pacto comissório”, que, segundo o autor do projeto, pode ser suprido pela cláusula resolutiva expressa (arts. 128 c/c 474).

26) Responsabilidade civil – dano moral

Antes de a Constituição federal de 1988 consagrar a indenização por dano moral (art. 5º, X) e de o Código do Consumidor o admitir (Lei 8078/90, art. 6º, VI),

já o projeto de novo Código Civil a regulava e assim o comentamos naquela época:

No setor da responsabilidade civil foi onde mais se destacaram as inovações admitidas pelo projeto. A primeira e mais importante foi a consagração do dano moral como objeto de indenização.

A doutrina conhece pelo menos três teorias sobre o dano moral: a que o admite como indenizável, a que não o admite e a que só admite o dano moral com reflexo patrimonial. Caio Mário sustenta que esta última integra a segunda, pois a repercussão patrimonial exclui o caráter de dano moral.

Na pura e típica conceituação, o dano moral está ligado ao sentimento, às sensações de dor, tristeza, saudade, afeição e fenômenos correlatos. Pontes de Miranda dá exemplo de reparação do dano moral puro: o financiamento de viagem ao exterior, para que a vítima se recupere do sofrimento pela perda de um filho menor. No parecer de Agostinho Alvim, no Código de 1916 só há uma hipótese de dano moral puro e típico – o preço de afeição (art. 1543), eis que nas demais aproximações – injúria, calúnia, difamação, ofensa à honra e deformidade da mulher, há sempre uma perda de conteúdo econômico. Partindo desse conceito, o maior óbice à institucionalização do seu ressarcimento tem sido a dificuldade de critério para a liquidação do dano, contando com elementos puramente subjetivos. Não obstante, renomados tratadistas são entusiasticamente favoráveis ao seu amparo legal, ainda que se adote critério tarifário ou se transfira ao juiz a liquidação, em cada caso, mas contanto que não se desamparem as vítimas nem se deixe de punir civilmente os autores de atentados aos valores mais íntimos da personalidade.

A jurisprudência foi evoluindo no sentido de admitir essa reparação. Como exemplo desse avanço, o STF consagrou esta Súmula: “491 – É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”

Num dos acórdãos da Referência dessa Súmula, consta o seguinte trecho do voto do Ministro Aliomar Baleeiro:

“Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a responsabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa (RF 37/201 e 24/473) a Orosimbo Nonato (RF 127/397), de Aguiar Dias (*Respons. Civ.*, VII, n. 227 e segs., além de comentários na RF 107/397) ao atual Presidente do TJ da GB (RF 97/698). Na doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que Clóvis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola e outras estrelas de primeira grandeza” (*Referências da Súmula do STF*, Jardel Noronha e Odaléa Martins, v. 26, Súm. 491, p. 123).

O novo Código admite a reparação do dano, “ainda que simplesmente moral” (art. 186). Valorizou os direitos da personalidade e alargou as fronteiras do direito das obrigações. Mais sobre dano moral no nº 12 supra.

27) Responsabilidade objetiva

No plano da responsabilidade civil ou dos atos ilícitos, o direito das obrigações tem por meta a reparação completa e irrestrita. O dano é inevitável na vida em sociedade, seja decorrente de dolo, de culpa ou de força maior. Completa na sua extensão ou valor econômico e moral. Ampla ou irrestrita na compreensão de todos os danos ou do maior número possível, a fim de não deixar vítima sem reparação. Sob ambos os aspectos tem evoluído o direito obrigacional nos últimos tempos. Na longa caminhada, desde o Direito Romano aos nossos dias, a história da responsabilidade civil tem sido a do abrandamento e do desaparecimento do requisito **culpa** como causa de reparação. Os impactos à teoria da culpa se deram por várias técnicas: a) desaparecimento da distinção clássica entre culpa lata, leve e levíssima; b) substituição da culpa *in abstracto*, cujo padrão era o *bonus pater familias*, pela culpa *in concreto*, cujo modelo é o próprio agente, em sua vida diária e normal; c) concepção de novas formas de culpa, ampliadoras da responsabilidade: *in contraendo*, *in eligendo*, *in vigilando*; d) inversão do ônus da prova de culpa, a cargo do autor do dano (culpa presumida); e) responsabilidade sem culpa ou objetiva, através da teoria do risco criado, risco profissional e outras técnicas; f) substituição da idéia de responsabilidade pela de reparação, mediante a socialização e securitização de todos os riscos.

O novo Código teve a preocupação de ampliar o elenco dos danos reparáveis, com as seguintes inovações e atualizações:

I. reparação dos danos exclusivamente morais e dos decorrentes do exercício abusivo dos direitos subjetivos (arts. 186 e 187);

II. haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (§ único do art. 927); prevalece a regra da responsabilidade subjetiva, com as exceções legais (responsabilidade civil do Estado e seus agentes, acidentes no trabalho, transporte aéreo, ferroviário etc.);

III. haverá a mesma obrigação, sem culpa, se o dano resultar de atividade perigosa – risco criado (§ único do art. 927, final);

IV. incapaz responde pelo dano que causar, não sendo seus responsáveis (pais, tutores, curadores) obrigados a fazê-lo ou não dispor de meios suficientes para tanto, salvo se a indenização privar do necessário o incapaz (§ único do art. 928);

V. a responsabilidade dos pais, tutores e curadores será independente de culpa dos mesmos, pelos atos ilícitos dos filhos menores, pupilos e curatelados que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (arts. 932, I e II e 933);

VI. a responsabilidade do patrão ou comitente será independente de culpa sua, pelos atos ilícitos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III e 933);

VII. empresário individual e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931).

Já vimos o impacto das Constituições federais sobre a responsabilidade civil do Estado pelos atos e omissões de seus agentes (nº 4 supra).

O Código do Consumidor (Lei 8078/ 90) considerou este vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I) e inverteu o ônus da prova a seu favor, na defesa de seus direitos (arts. 6º, VIII e 51, VI).

LIVRO II – DIREITO DE EMPRESA

28) Unificação do Direito Privado

O novo Código procurou fazer, tanto quanto possível, a unificação do Direito Privado, sobretudo a unificação formal das obrigações civis e comerciais, através das seguintes medidas:

I. inclusão de novos contratos com acento mercantil (estimatório, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte, transação e compromisso);

II. inclusão dos títulos de crédito (ao portador, à ordem e nominativos), com remissão às leis especiais e convenções internacionais, como fonte das obrigações, ao lado dos contratos, dos atos unilaterais e dos atos ilícitos ou responsabilidade civil;

III. inclusão do empresário e das sociedades em geral (civis e mercantis), com toda a sua disciplina básica e remissão a leis especiais, como pessoas ou sujeitos de direitos e obrigações nas relações privadas;

IV. inclusão do estabelecimento como bem jurídico dinâmico ou propriedade empresária, com seu conceito, registro, identidade, contabilidade e disciplina de suas relações.

Ficou assim revogada mais uma parte do velho Código Comercial de 1850 (1ª parte, sobre comerciante e seus agentes, contratos e obrigações mercantis – compra e venda, troca, mandato, locação, mútuo, comissão, fiança, carta de crédito, depósito, hipoteca e penhor e sociedades comerciais – cuja manutenção constituiria um *bis in idem* legislativo sobre matérias com a mesma estrutura jurídica essencial.

Foi atribuído enfoque especializado e peculiar à empresa, com as distinções específicas, a serem complementados em leis especiais e melhor esclarecidos na doutrina, na jurisprudência e na cátedra.

Já os “títulos de crédito” haviam sido revogados antes e regulados em leis especiais, com base, inclusive, em tratados e convenções internacionais (Título XVI da 1ª parte, desde a Lei 2. 044/1908), assim como a parte 3ª – Das quebras – pela Lei de Falências – Lei 7. 661/45. Resta apenas o Direito Comercial Marítimo – 2ª parte. O Direito Aeronáutico rege-se pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7. 565/86. As sociedades anônimas regem-se por seu estatuto próprio, conforme o artigo 1089 do novo Código.

Prevaleceu, finalmente, em nosso direito positivo privado, a tese de Teixeira de Freitas, seguida pelo comercialista italiano Vivante, adotada pelo Código Suíço das Obrigações e pelo Código Civil italiano de 1942, que atingiu, na unificação, o Direito do Trabalho, direito privado de ordem pública ou mesmo social que ganhou maior autonomia com a criação da Justiça do Trabalho. Segundo Afrânio de Carvalho, com apoio no professor José Ferreira de Souza, o novo Código devia ter regulado ou pelo menos definido o contrato de trabalho, como prestação de serviço subordinado e permanente, como relação privada de interesse social, assim como regulou, basicamente, o contrato de locação de imóveis, com remessa para as respectivas leis especiais (art. 2. 037). A autonomia seria “fantasiosa” (*Revista de Direito Civil*, Edit. Rev. dos Tribs. , SP, nº 34, pág. 7).

Na carta de Teixeira de Freitas ao Ministro da Justiça, em 20/09/1867, a qual deu ensejo ao rompimento de seu contrato com o Governo para codificar o Direito Civil, ficou clara sua posição firme e convicta:

“... e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio.

.....

Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que se deu o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência.

.....

Tal é o plano, que nos permitirá erigir um monumento glorioso, plantar as

verdadeiras bases da codificação, prestar à ciência um serviço assinalado.”
(*Revista de Direito Civil*, Edit. R. dos Tribs. , v. 1, págs. 362 a 367).

LIVRO III – DIREITO DAS COISAS

29) Natureza da posse

A posse pode ter por fonte um direito real (propriedade, usufruto) ou obrigacional (locação, comodato). Daí a discussão sobre a sua natureza real ou obrigacional. Mesmo tendo por fonte uma obrigação, como a locação, a posse procede do direito real do proprietário, de usar a coisa por intermédio de terceiro (fruir). A dúvida surgiu porque o Código de 1916 não incluiu a posse na enumeração taxativa dos direitos reais (art. 674), mas colocou a sua disciplina no Título I do direito das coisas. Seria um direito especial ou instrumento indispensável e manifestação dos direitos reais. Tem a mesma natureza de direito *erga omnes*, inerente aos direitos reais. O que lhe falta é o “exercício de direito” dos poderes dos direitos reais. Por isso não foi catalogada como direito real típico no velho Código. O novo considera a posse como direito das coisas mas não como direito real típico. Está localizada no direito das coisas, mas antes dos direitos reais. Essa a sutileza ou distinção que transparece. Isso decorre da complexidade do instituto, que se distingue da mera detenção (não posse) por critérios técnicos. Os efeitos da posse são mais amplos para gozar de proteção possessória, confinando-se com o direito real, e mais restritos para gerar usucapião, exigindo requisitos especiais.

30) Limitações ao direito de propriedade: função social – abuso de direito – expropriação – Direito Ambiental – outras restrições

O novo Código, assim como procedeu em relação às obrigações, adaptou o regime da propriedade às concepções socializadoras e inovadoras do direito já incorporadas à Constituição federal.

A propriedade privada vigora como regra, mas cada vez mais limitada pelas restrições impostas por sua função social, cujo conceito vai se ampliando

O Direito Ambiental ganhou autonomia e se expandiu como o novo direito de vizinhança, protetor da flora, da fauna, da natureza, do ar, das águas e do patrimônio histórico e artístico.

A interdição do abuso de direito no exercício da propriedade foi consagrada, assim como nos contratos.

A desapropriação por interesse social, ampliando os conceitos superados de necessidade e utilidade pública, bem como a desapropriação no âmbito de ações reivindicatórias de áreas ocupadas por coletividades (interesse social e econômico relevantes), tudo isso foi incorporado ao novo Código.

Finalmente, os recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica e os monumentos arqueológicos, conforme a Constituição e as respectivas leis especiais, deixaram de constituir acessórios do solo para efeito de propriedade. (Arts. 1228 e §§ e 1230).

31) Sistema de constituição dos direitos reais

Foi mantido o sistema romano-germânico de constituição dos direitos reais pela *tradição* dos móveis e pela *transcrição* dos títulos no registro imobiliário, e não pelo simples *acordo de vontades*, como no sistema franco-italiano-português (arts. 1226 e 1227).

32) Modos de aquisição da propriedade imóvel

Usucapião – redução dos prazos

- a) Extraordinário ou independente de título e boa fé: 15 anos de posse (art. 1238);
- b) Extraordinário ou independente de título e boa fé, mas com moradia habitual, obras e serviços de caráter produtivo: 10 anos de posse (§ único do mesmo artigo);

- c) Ordinário ou com justo título e boa fé: 10 anos de posse (art. 1242);
- d) Ordinário ou com justo título e boa fé, com aquisição onerosa transcrita, moradia ou investimentos de interesse social e econômico: 5 anos de posse (§ único do art. Supra);
- e) Constitucional rural – área de até 50 hectares e demais requisitos: 5 anos de ocupação (art. 191 CF e 1239 CC);
- f) Constitucional urbano – área de até 250m² e demais requisitos: 5 anos de posse (art. 183 CF e 1240 CC); a recente Lei 10.257, de 10.07.01 – Estatuto da Cidade, regulou esse usucapião no seu artigo 9º, como parte da reforma urbana ali contida;
- g) Usucapião expropriatório: ocupação por mais de 5 anos, por coletividade, de área extensa, com obras e serviços de interesse social e econômico relevante: expropriação judicial mediante justa indenização (§§ 4º e 5º do art. 1228).

Usucapião coletivo. A mesma Lei 10.257, de 10.07.01 – Estatuto da Cidade ou Lei da Reforma Urbana, em seu artigo 10º e §§ instituiu o usucapião coletivo, assim entendido o de área urbana com mais de 250m², ocupada por população de baixa renda, para sua moradia, por 5 anos, não sendo possível identificar as áreas ocupadas pelos respectivos possuidores individualmente. A sentença atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, salvo acordo em contrário. A área formará condomínio especial indivisível, salvo deliberação em contrário de 2/3 dos condôminos, e será administrado conforme deliberação da maioria.

33) Modos de aquisição da propriedade imóvel

Acessão – construção – invasão de solo alheio

O novo Código consagrou a jurisprudência que, por equidade, derogava o princípio da acessão e considerava principal a edificação, de boa fé, em pequena parte do solo alheio, de menor valor do que a construção.

Os critérios e soluções são os seguintes: a) construção feita parcialmente em solo próprio; b) invasão de solo alheio não superior à vigésima parte deste; c) construtor de boa fé; d) valor da construção superior ao da parte invadida; e) indenização da área perdida, acrescida da desvalorização da remanescente (art. 1258 *caput*).

Se o construtor agiu de má fé, mas o valor da construção excede consideravelmente o da área invadida e não se pode demolir a parte invasora sem grave prejuízo para a construção, a indenização será o décuplo da prevista no *caput* (§ único do art. 1258). Se a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, mas se o construtor estiver de boa fé, este adquirirá a parte invadida, pagando o valor da área adquirida, acrescido da desvalorização da área remanescente e mais o valor que a invasão acrescer à construção (art. 1259, 1ª parte). Se o construtor estiver de má fé, nas mesmas circunstâncias supra, será obrigado a demolir o que construiu no solo alheio, pagando ainda, em dobro, os danos apurados (art. 1259, parte final).

34) Condomínio edifício ou em edifícios e similares

O novo Código regula, nos artigos 1331/1358, o que se contém no título I da Lei 4.591/64, ficando seus 27 artigos revogados, *ex. vi* do artigo 2.046, que revogou toda a legislação civil abrangida pelo mesmo ou com ele incompatível.

35) Propriedade fiduciária

Nos artigos 1361 a 1368 o Código regula a propriedade fiduciária resolúvel de coisa infungível, com escopo de garantia. Essa disciplina revoga o DL 911/69, *ex. vi* do artigo 2.046. A alienação fiduciária de coisa imóvel continua regida pela Lei 9.514/97, cap. II, arts. 22 e seguintes.

36) Propriedade literária, científica e artística

Continua regida por leis especiais, atualmente a Lei 9.610/98 (regula os direi-

tos autorais ou a propriedade intelectual).

37) Direito de superfície

O novo direito real de superfície derroga o princípio da acessão imobiliária. A construção e a plantação em solo alheio, se contratado esse direito por escritura pública e registro imobiliário, deixam de sofrer a atração do solo para constituírem propriedades imobiliárias autônomas, pelo prazo convencionado, com possibilidade de transferência a terceiro, *inter-vivos* ou *causa-mortis*. O instituto visa a estimular a construção nova e a plantação em terreno alheio desocupado. Não prevê o desdobramento do conjunto já existente. Veio, inclusive, para substituir a enfiteuse. (Arts. 1369 a 1377).

Similar da superfície, já dispomos da **concessão de uso** de terrenos públicos e particulares e do espaço aéreo sobre os mesmos (DL 271/67, arts. 7º e 8º). Mais recentemente, a Lei 10.257, de 10.07.01 – Estatuto da Cidade ou Lei da Reforma Urbana, nos artigos 21 a 24, instituiu a **superfície urbana**, ou o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo do terreno, (distinto da propriedade do solo e em caráter real, constituído por escritura pública transcrita no registro imobiliário).

38) Direito real de aquisição – direito do promitente comprador

A promessa de compra e venda de imóveis é regulada no novo Código sob dois aspectos e em lugares diversos: como direito obrigacional, sob o título “Do contrato preliminar”, nos artigos 462/466 (ver o nº 23 supra); e como direito real de aquisição nos artigos 1417 e 1418, aqui examinados.

O artigo 1417 conceitua o direito real: a promessa de compra e venda de imóvel sem cláusula de arrependimento, por instrumento público ou particular, inscrita no registro imobiliário, constitui direito real de adquirir o imóvel respectivo.

O artigo 1418 prevê os efeitos: em caso de recusa da escritura definitiva, o promitente comprador poderá requerer a adjudicação judicial do imóvel. Esse o efeito máximo da promessa inscrita no registro imobiliário, a qual passa a consti-

tuir direito real de aquisição. Não só autoriza a adjudicação compulsória como impede qualquer outro compromisso com o imóvel enquanto não extinta a promessa e cancelado o registro público.

Mas continuam prevalecendo os efeitos obrigatórios da promessa não inscrita no registro, com menos potencial de eficácia (entre as partes) mas passível de execução coativa através da ação de outorga de escritura, conforme o artigo 464 do mesmo Código, artigo 639 do CPC e jurisprudência firmada sobre o tema.

O direito real de aquisição já existia desde o DL 58/37, art. 22 e da Lei 6.766/79, art. 25.

39) Direitos reais suprimidos – enfiteuse ou aforamento

Além de não incluir a enfiteuse entre os direitos reais (art. 1225), o artigo 2039 determinou: I – fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses; II – as existentes continuam regidas pelo Código de 1916 e leis posteriores, mas com a proibição de cobrança de laudêmio nas transmissões de bem aforado; III – a enfiteuse de terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

40) Direitos reais suprimidos – rendas constituídas sobre imóveis

O Código de 1916 regulou o contrato de constituição de renda (arts. 1424/1431) e o direito real de renda constituída sobre imóvel (arts. 749/754).

Pelo contrato, constitui-se uma renda ou prestação periódica, entregando-se um imóvel a pessoa que se obriga a satisfazê-la. O imóvel cai no domínio do obrigado à renda. O não pagamento conduz à rescisão do contrato. A renda vinculada a um imóvel constitui direito real, de acordo com os artigos referidos. Ao dono do imóvel gravado incumbe o ônus do pagamento da renda ou gravame, com direito de preferência do credor na execução que recaia sobre o imóvel.

O novo Código suprimiu o direito real sobre imóvel decorrente da constituição de renda. Não figura no artigo 1225. Mas sobreviveu o contrato de constituição de renda nos artigos 803/813. Os artigos 804 e 805 dispõem:

I. pode-se entregar bem imóvel à pessoa que se obriga a satisfazer as prestações a favor do credor ou de terceiros;

II. pode o credor exigir que o rendeiro lhe preste garantia real, ou fidejussória.

Logo, a diferença é que antes a renda vinculada a um imóvel constituía direito real automático sobre o mesmo; e pelo novo Código a garantia real imobiliária, que será hipoteca, dependerá de acordo das partes e inscrição no registro imobiliário (art. 805).

41) Direitos reais de garantia e privilégios creditórios

Dispõe o novo Código:

“Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Art. 1422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição.

Parágrafo único. Excetuam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.”

Em nota ao artigo 1560 do Código de 1916, a que corresponde o artigo 961 supra, Theotônio Negrão conclui: “e o da Fazenda Pública prefere a qualquer outro, inclusive ao crédito real (CTN, art. 186)”

Dispõe o art. 186 do CTN: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

42) Arrendamento mercantil

O novo Código regulou a propriedade fiduciária resolúvel com escopo de garantia (nº 34 supra), mas não cogitou do arrendamento mercantil, que tem o mesmo escopo de alienação com garantia. Constitui técnica de garantia de uma compra e venda a prestação ou financiada, sob a forma ou aparência e até com efeito de locação, que assim mantém o pleno domínio do vendedor-credor-locador sobre o objeto da compra e venda-locação-financiamento-garantia, a fim de assegurar a eficiente e rápida execução do contrato e recuperação do objeto em caso de inadimplemento. O contrato é de locação com opção de compra pelo preço residual, ao final do contrato ou conforme se estipular, tudo nos termos da lei específica (Lei 6. 099/74). A Lei do Inquilinato excluiu expressamente essa locação de seu regime (Lei 8245/91, art. 1º, § único, “b”). Assim como procedeu relativamente à locação de prédio urbano (art. 2037) e outros institutos, o Código deixou o *leasing* sujeito à lei especial.

LIVRO IV – DIREITO DE FAMÍLIA

43) Conteúdo do direito de família

O direito de família no novo Código tem o seguinte conteúdo, em quatro títulos:

I. Do direito pessoal

II. Do direito patrimonial

III. Da união estável

IV. Da tutela e da curatela

O direito pessoal compreende: o casamento, sua validade, eficácia ou efeitos e sua dissolução; a proteção aos filhos menores e aos incapazes em caso de separação, divórcio, nulidade do casamento e novas núpcias; o parentesco; a filiação e seu reconhecimento; a adoção; e o poder familiar.

O direito patrimonial compreende: os regimes de bens; o usufruto e a administração de bens de filhos menores; os alimentos; e o bem de família.

44) Dissolução do casamento pelo divórcio

A atualização do Código, nessa parte, decorre da Emenda Constitucional nº 9/77 e da Lei 6.515, de 26. 12. 77, reiteradas e ampliadas pela Constituição federal de 1988, art. 226, § 6º. Pelo princípio do artigo 2. 046, fica revogada a Lei do Divórcio. O Código facilita ainda mais o instituto, ao admitir a sua concessão sem que haja prévia partilha dos bens (art. 1. 581).

45) A união estável como entidade familiar

Reconhecida pela Constituição federal de 1988 (art. 226, § 3º) e regulamentada pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. O conceito do Código é “convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família” (art. 1723), em disposição aberta, sem fixação de prazo, como convém a uma instituição dependente de muitas circunstâncias fáticas. A conversão em casamento só depende de pedido de ambos os conviventes ao juiz e assento no registro civil, mediante habilitação mas independente de celebração (art. 1726). A “união estável” entre os impedidos de casar constitui concubinato (art. 1727), regido pelo direito das obrigações. Não há no Código referência a entidade familiar decorrente da “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CF, art. 226, § 4º), porque ninguém jamais pôs dúvida a respeito, como muito bem observou o Ministro Moreira Alves. Melhor andou o Estatuto da Criança ao designá-la “família natural” (art. 25).

46) Igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal

Decorre do artigo 226, § 5º da CF de 1988 e se manifesta nos artigos 1511, 1517, 1566 a 1569, 1631, 1634, principalmente. Como consequência, foi substituído o pátrio poder pelo poder familiar (arts. 1630/38).

47) Igualdade de direitos e qualificações de todos os filhos, inclusive os adotivos

Consagrada a partir do artigo 227, § 6º da CF e do artigo 41 e §§ 1º e 2º do ECA (Lei 8. 069/90). O Código a acolhe no artigo 1596. A repercussão maior dessa igualdade foi no direito sucessório.

48) Guarda dos filhos menores – critério

O critério para a guarda dos filhos menores passa a ser “a melhor condição do guardião, no interesse do menor” (arts. 1583/90). O interesse do menor é decisivo. A melhor condição do guardião é cláusula aberta para decisão do juiz, mas não significa condição econômica e sim em todos os sentidos e aspectos: materiais, morais, afetivos etc.

49) Inseminação artificial

O Código reconhece como concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga (art. 1597, III e IV) e por inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido (art. 1597, V).

50) Contestação de paternidade pelo marido em qualquer tempo

Tornou-se imprescritível essa ação, ao contrário dos prazos exíguos do Código revogado (art. 1601). A jurisprudência já vinha flexibilizando as soluções.

51) Reconhecimento de paternidade facilitado e irrevogável

Tornou-se irrevogável e facilitado, por várias formas, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, o que já fora precedido pela denominada Lei da paternidade responsável – Lei 8. 560/92 e pelo próprio ECA, arts. 26 e 27 (art. 1609).

52) Capacidade matrimonial aos 16 anos para ambos os sexos

A capacidade matrimonial foi fixada em 16 anos para o homem e a mulher, mas dependente de autorização dos pais ou tutor antes dos 18 anos (art. 1517). Antes dos 16 anos só se admite o casamento mediante suprimento de idade núbil ou autorização judicial, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal pelo homem ou em caso de gravidez da mulher (art. 1520).

53) Colaterais do 3º grau: proibição de casamento

O Código de 1916 também proibia o casamento de tio com sobrinha (art. 183, IV). O DL 3200/41 chegou a permiti-lo mediante laudo médico liberatório, confirmado pela Lei 5. 891/73. O novo Código proíbe esse casamento sem abrir exceção (art. 1521, IV). Ficou revogada a permissão.

54) Defloramento da mulher como erro essencial

O artigo 219, IV do Código de 1916 prevê o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. O novo Código ignorou essa causa de nulidade do casamento (art. 1557), permanecendo o erro essencial quanto à identidade, honra e boa fama (art. 1557, I). Muitos já consideravam que a igualdade constitucional dos cônjuges já pusera fim a essa discriminação.

55) Adoção

O Código regula a adoção no sentido amplo – normas gerais sobre adoção de menor em situação regular e irregular e de maiores. Prevalcem as leis especiais compatíveis e reguladoras de situações especiais (ECA). Só a pessoa maior de 18 anos pode adotar. Sendo casados ou conviventes, basta um ter 18 anos. Exige-se estabilidade da família. O adotante há de ser pelo menos 16 anos mais velho do que o adotado. A adoção do maior de 18 anos dependerá também de processo judicial e intervenção do Ministério Público (§ do art. 1623). A adoção deve constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1625).

A adoção desliga o adotado de seus pais e parentes consangüíneos, salvo quanto a impedimentos matrimoniais. Pode-se modificar até o prenome do adotado. O novo parentesco se estabelece entre adotante e adotado e também entre o adotante e os descendentes do adotado. Logo, o adotado não se torna irmão dos filhos biológicos do adotante... Só há irmão bilateral e unilateral. Não há irmão adotivo. A igualdade constitucional dos filhos não implica em igualdade dos irmãos. Essa é uma das conseqüências do artigo 1628, parte final. Esses os princípios gerais ou básicos da adoção, os quais derogam disposições em contrário, prevalecendo outras regras compatíveis, *ex. vi* do artigo 2. 046.

56) Alimentos na separação

O cônjuge, mesmo culpado da separação, pode pedir alimentos para sua sobrevivência, se incapaz para o trabalho e não tendo parente em condições de prestá-los. O juiz fixará o indispensável à sobrevivência. (§ do art. 1704).

57) Tutela, curatela e hipoteca legal

O Código pôs fim a essa garantia, *ex. vi* do § do artigo 1745, combinado com os artigos 1781 e 2041.

58) Uniões homossexuais

Não se admite no Brasil casamento nem união estável homossexual. Seria inconstitucional, em face do artigo 226, §§ 3º e 5º. Nessa linha o artigo 1723 do novo Código. Até as relações contínuas ou duradouras entre o homem e a mulher impedidos de casar não constituem união estável, mas simples concubinato, regido pelo direito das obrigações (contrato de trabalho subordinado, prestação de serviço, empreitada ou sociedade civil ou comercial – art. 1727). Com maior razão as uniões homossexuais não encontram agasalho no direito de família, pelos mesmos fundamentos constitucionais. A própria adoção por duas pessoas há de ser por marido e mulher ou pelos conviventes em união estável (art. 1622). Logo, as uniões homossexuais seguem as regras dos contratos obrigacionais, inclusive

de sociedade com participação nos lucros eventuais, sujeita a dissolução e liquidação amigável ou litigiosa e por morte de um dos sócios ou parceiros. Quanto a herança e alimentos, só mesmo decorrente de testamento ou de contrato, respectivamente. Nem os conviventes na união estável foram equiparados aos cônjuges pelo novo Código, para efeito sucessório, como já vinha ocorrendo por leis especiais. Só participam na sucessão “**quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável**” (art. 1790). Já Napoleão Bonaparte dissera que os concubinos driblam a lei (não se casando) e por isso esta os ignora. Daí a tradição de não incluir nos códigos sua proteção. Mas leis especiais certamente o farão.

LIVRO V – DIREITO DAS SUCESSÕES

59) Herança necessária

O cônjuge passou a ser herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e dos ascendentes (art. 1845). Pertence aos herdeiros necessários metade dos bens da herança, constituindo a legítima (art. 1846). Qualquer herdeiro necessário que sobreviva ao autor da herança, inclusive o cônjuge, poderá exercer esse direito mínimo sobre a herança, do qual só será afastado por indignidade ou por deserdação. É vedada a gravação da legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, salvo justa causa em testamento. É vedada a conversão de bens da legítima em outros. Pode haver sub-rogação com justa causa. (Art. 1848).

60) Ordem da vocação – A sucessão do cônjuge no Código de 1916 e no novo Código

Para melhor compreensão da reforma, convém começar pelo regime atual.

60.1) O regime do Código de 1916

O cônjuge está em terceiro lugar na ordem da vocação, sendo chamado à sucessão na falta de descendentes e de ascendentes do *de cujus* (art. 1611, *caput*). O cônjuge não é herdeiro necessário, podendo ser afastado da sucessão por

disposição testamentária (art. 1725). Necessários são os descendentes e os ascendentes. Embora o artigo 1725 disponha, de forma ampla, que “para excluir da sucessão o cônjuge ou parentes colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio, sem os contemplar”, lei posterior veio a derogá-lo, atribuindo a determinados cônjuges (casados sob regime diverso da comunhão universal de bens) direitos sucessórios especiais, com o caráter impositivo ou de ordem pública. Tais são o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido (concorrendo o sobrevivente com filhos) e o usufruto da metade dos bens (concorrendo com ascendentes do *de cuius* – § 1º do art. 1611, introduzido pela Lei 4.121/62). O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, sendo o único daquela natureza a inventariar (§ 2º do art. 1611).

O principal efeito do parágrafo primeiro foi instituir um legado necessário de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente casado sob regime diverso da comunhão universal de bens, em concorrência com herdeiros necessários. Disposição testamentária não poderá afastar esse direito do cônjuge, de caráter protetivo, assim como não poderá afastar a herança necessária dos descendentes e dos ascendentes. A jurisprudência, em cada caso, tem admitido a compensação ou exclusão do legado *ex lege* de usufruto, diante das vantagens auferidas sob o regime da comunhão parcial (participação nos aquestos), ou mesmo em face de doações que compensem o legado sem a ressalva de poder acumular.

60.2) O regime do novo Código

Pelo novo Código, o cônjuge passa a herdar **em concorrência** com os descendentes e com os ascendentes (art. 1829, I e II). O cônjuge só herda se, ao tempo da abertura da sucessão, não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo se sem culpa do sobrevivente (art. 1830).

Em concorrência com descendente, o cônjuge só herda se não era casado com comunhão universal de bens ou com separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial, o *de cuius* não deixou bens particulares (art. 1829). Em concorrência com descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não sendo inferior à quarta parte se for ascendente dos herdeiros com os quais concorrer (art. 1832).

Em concorrência com ascendente, o cônjuge herda sem restrições quanto a regime de bens (art. 1829, II). Concorrendo com ascendente em 1º grau, o cônjuge herda um terço da herança; receberá metade da mesma, se houver um

só ascendente ou se for maior o grau (art. 1837).

Em falta de descendente e ascendente, o cônjuge herdará tudo (art. 1838)

O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da herança, terá direito real de habitação sobre o imóvel residência da família, se for o único residencial existente (art. 1831).

Os tios herdam após os sobrinhos, esclarece melhor o artigo 1843.

No quarto grau (sobrinho neto, tio avô e primo) não há distinção: todos participam igualmente.

A fim de atenuar os efeitos da sucessão legítima e atender às exigências especiais de determinadas sucessões, existe a sucessão testamentária, tanto mais agora com a valorização do cônjuge e sua participação em concorrência com descendentes e ascendentes.

A primeira regra é o respeito, pelo testamento, à herança necessária dos descendentes, ascendentes e cônjuge (metade da herança, qualquer deles que sobreviva). Logo, o testador poderá dispor livremente da outra metade em favor de quem necessite mais ou de quem mereça mais.

61) União estável – A sucessão do companheiro pelo Direito Civil vigente e pelo novo Código

61.1) O regime ainda vigente

O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição federal reconheceu a **união estável** entre o homem e a mulher como **entidade familiar**, para efeito de proteção do Estado. A Lei 8.971/94 regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Seu artigo 2º reproduz, em relação aos companheiros, o que dispõem o arti-

go 1611 e seu § 1º do Código Civil, relativamente aos cônjuges. O parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, por sua vez, reproduziu, em favor dos companheiros, o parágrafo 2º do artigo 1611 do mesmo Código, no tocante ao direito real de habitação. Essas duas leis devem ser harmonizadas no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge. Nem mais nem menos.

61.2) O regime do novo Código

Pelo novo Código o(a) companheiro(a) só participa da sucessão do outro “**quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável**” (art. 1790 *caput*).

Observada a regra supra, o companheiro terá direito:

- a) se concorrer com filhos comuns: cota igual à do filho;
- b) se concorrer com descendente só do falecido: metade do que couber a cada um;
- c) se concorrer com outros parentes do *de cujus*: direito a um terço da herança;
- d) não havendo parentes sucessíveis (até o quarto grau): terá direito à herança toda, mas entendida esta com a restrição do *caput* do artigo 1790, pelo que o remanescente será do município;
- e) não havendo cônjuge ou companheiro, nem parente sucessível, a herança se devolve ao município. É o que dispõe o artigo 1844, lançando dúvida sobre a prevalência da ressalva do artigo 1790 *caput*.

62) Sucessão testamentária

62.1) Capacidade testamentária ativa

Foi racionalizada. São incapazes: a) os menores de 16 anos; b) os incapazes civilmente (arts. 3º e 4º, II e III); c) os sem pleno discernimento;

62.2) Testamento público

Basta a leitura, em voz alta, do testamento já lavrado, seguida das assinaturas. Bastam duas testemunhas. Pode ser manuscrito ou feito mecanicamente pelo tabelião. Em se tratando de analfabeto, surdo ou cego haverá cautelas especiais. (Arts. 1864/67).

62.3) Testamento cerrado

Pode ser manuscrito ou elaborado por processo mecânico, pelo testador ou por outra pessoa, mas assinado e rubricado pelo testador. Deve ser entregue ao oficial em presença de duas testemunhas. Será lavrado o auto de aprovação pelo oficial, na presença das testemunhas, o qual será lido pelo oficial perante o testador e as testemunhas e em seguida todos o assinarão. Depois de aprovado, cerrado e cosido, o testamento será entregue ao testador.

Morto o testador, o testamento será apresentado ao juiz para abertura, publicação e registro. Ordenará o seu cumprimento, se não encontrar vício externo. (1868/75).

62.4) Testamento particular

1ª etapa: o testamento é redigido (manuscrito ou por processo mecânico), lido, assinado e rubricado pelo testador na presença de três testemunhas que o subcrevam; 2ª etapa: morto o testador, o testamento será apresentado em juízo para confirmação das testemunhas, com citação dos herdeiros legítimos. A critério do juiz, poderá ser confirmado o testamento pelo depoimento de uma das testemunhas apenas, não sendo encontradas as demais. E em circunstâncias excepcionais, mencionadas no instrumento, poderá valer o testamento particular sem testemunha, desde que escrito do próprio punho e assinado pelo testador.

63) Cessão de direitos hereditários – direito de preferência

O direito à herança passou a ser considerado indivisível até a partilha, regendo-se pelas normas do condomínio (art. 1791). Os co-herdeiros têm preferência,

em igualdade de condições, na cessão a estranho, com direito de adjudicação em 180 dias (art. 1794/95). Essa disposição consagra a jurisprudência do STJ e contraria a do STF, que permitia a cessão sem o direito de preferência, com o apoio de renomados civilistas, que só consideram a herança indivisível para determinados efeitos transitórios.

64) Exclusão de herdeiro

Foi ampliado o instituto para compreender também os atentados ao cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do *de cuius* (art. 1814).

65) Fideicomisso – restrição

O Código somente admite o instituto em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, sob pena de se converter em usufruto o direito do fiduciário (art. 1952).

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

66) Os prazos reduzidos neste Código – tratamento

Se já decorridos mais de metade do prazo previsto na lei anterior, ao entrar em vigor este: os prazos serão os da lei anterior (art. 2029).

67) Usucapião: acréscimo de prazo

Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no § único do artigo 1238 e no § único do artigo 1242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do regime anterior (art. 2030). Idem § 4º do art. 1228 (art. 2031).

68) Regimes de bens

Os casamentos celebrados na vigência do Código anterior regem-se pelo mesmo. (Art. 2. 040).

69) Ordem da vocação

As alterações introduzidas por este Código não se aplicam às sucessões abertas antes de sua vigência. (Art. 2. 042).

70) Revogações

O presente Código, ao entrar em vigor, revoga o Código Civil de 1916, a parte Primeira do Código Comercial e toda a legislação civil e mercantil abrangida pelo mesmo, ou com ele incompatível, ressalvado o disposto no presente Livro. (art. 2. 046).

BIBLIOGRAFIA

- AARÃO REIS, Carlos David Santos. Da desnecessidade de novo Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 39, 68-81.
- BARBERO, Omar U. El proyecto de 1975 de Código Civil para Brasil, en cuanto a familia y sucesiones, comparado com el Derecho Civil argentino. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 8, 43-50.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 60, p. 105.
- CARVALHO, Afrânio de. O futuro Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 34, p. 7-28.
- CHAVES, Antônio. A teoria da unificação do Direito Privado, in Lições de Direito Civil, Parte Geral, Bushatsky, SP, 1972

- CHAVES, Antônio. O novo anteprojeto de Código Civil, in Lições de Direito Civil, Parte Geral, Bushatsky, SP, 1972.
- COSTA, Dilvanir José da. O direito das obrigações no anteprojeto de Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 2, p. 59-66.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Direito patrimonial de família no Projeto de CCB, Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 62, p. 133.
- DE MATTIA, Fábio Maria. Estudo comparativo entre o Código Civil e o Projeto de Código Civil de 1975 em matéria de regime de bens entre os cônjuges. Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 62, p. 169.
- EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e a teoria dos sistemas de direito. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 2, pp 43-58.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Inovações da parte geral do Projeto de Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 30, p. 122.
- GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas, in Novos temas de Direito Civil, Forense, Rio, 1983, pp 40-50.
- INACARATO, Márcio Antônio. A disciplina das sociedades comerciais no anteprojeto do Código Civil. Revista de Informação Legislativa, Senado, v.39, p. 133.
- KARAM, Munir. O processo de codificação do Direito Civil – Inovações da Parte Geral e do Livro das Obrigações. Revista dos Tribunais, SP, v. 757, pp 11-28
- LIRA, Pereira. O anteprojeto de Código Civil. Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 40, p. 95.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Inovações do novo Anteprojeto de Código Civil. Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 40, p. 5.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. O novo Código Civil. Boletim da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG, nov. 2000, pp 13-30.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reforma do Direito Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 58, pp 7-26.
- REALE, Miguel. Anteprojeto de Código Civil: exposição no Instituto dos Advogados do D. F. – Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 35, pp 3-24.
- RIOS, Arthur. Os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 36, pp 68-82.
- TAVARES, Osvaldo Hamílton. Aspectos fundamentais do projeto de Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 59, pp 60-76.
- TEIXEIRA DE FREITAS. Carta de 20. 09. 1867 ao Ministro da Justiça, sobre a unificação do Direito Privado. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 1, pp 362-367.
- THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. Revista dos Tribunais, SP, v. 771, pp 11-37.
- VALADÃO, Haroldo. O Direito Civil, o CC brasileiro e o projeto de sua reforma. Revista de Informação Legislativa, Senado, v. 48, p. 3.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. Revista de Direito Civil, RT, SP, v. 28, pp 91-111.

ÍNDICE DA MATÉRIA

PARTE GERAL

LIVRO I – DAS PESSOAS

Pessoas naturais

- 1) Capacidade
- 2) Direitos da personalidade
- 3) O instituto da ausência no título das pessoas naturais

Pessoas jurídicas

- 4) Responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes
- 5) Desconsideração da personalidade jurídica
- 6) Pessoa jurídica e direitos da personalidade

LIVRO II – DOS BENS

- 7) Usucapião de bens públicos

LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS

- 8) Distinção entre ato e negócio jurídico
- 9) Regra da forma, forma mínima e negócios jurídicos formais

- 10) O instituto da representação
- 11) Defeitos dos negócios jurídicos: simulação, estado de perigo e lesão
- 12) Ato ilícito. Dano moral. Abuso de direito
- 13) Prescrição e decadência
- 14) Da prova dos fatos jurídicos

PARTE ESPECIAL

LIVRO I – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

- 15) Anteposição das obrigações
- 16) Cessão de crédito: localização correta
- 17) Assunção de dívida: inclusão
- 18) Adimplemento e inadimplemento
- 19) Do inadimplemento, suas causas e conseqüências: mora, perdas e danos, correção monetária, cláusula penal e arras penitenciais
- 20) Fontes das obrigações: gestão de negócios, pagamento indevido, enriquecimento sem causa, títulos de crédito
- 21) Dos contratos
- 22) Função social do contrato, probidade e boa fé
- 23) Contrato preliminar
- 24) Resolução por onerosidade excessiva

- 25) Inovações na compra e venda
- 26) Responsabilidade civil – dano moral
- 27) Responsabilidade objetiva

LIVRO II – DIREITO DE EMPRESA

- 28) Unificação do Direito Privado

LIVRO III – DIREITO DAS COISAS

- 29) Natureza da posse
- 30) Limitações ao direito de propriedade: função social – abuso de direito -expropriação – Direito Ambiental – outras restrições
- 31) Sistema de constituição dos direitos reais
- 32) Modos de aquisição da propriedade imóvel
 - Usucapião: redução dos prazos
- 33) Modos de aquisição da propriedade imóvel
 - Acessão: construção – invasão de solo alheio
- 34) Condomínio edifício ou em edifícios e similares
- 35) Propriedade fiduciária
- 36) Propriedade literária, científica e artística
- 37) Direito de superfície

- 38) Direito real de aquisição – direito do promitente comprador
- 39) Direitos reais suprimidos: enfiteuse ou aforamento
- 40) Direitos reais suprimidos: rendas constituídas sobre imóveis
- 41) Direitos reais de garantia e privilégios creditórios
- 42) Arrendamento mercantil

LIVRO IV – DIREITO DE FAMÍLIA

- 43) Conteúdo do direito de família
- 44) Dissolução do casamento pelo divórcio
- 45) A união estável como entidade familiar
- 46) Igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal
- 47) Igualdade de direitos e qualificações de todos os filhos, inclusive os adotivos
- 48) Guarda dos filhos menores: critério
- 49) Inseminação artificial
- 50) Contestação de paternidade pelo marido em qualquer tempo
- 51) Reconhecimento de paternidade facilitado e irrevogável
- 52) Capacidade matrimonial aos 16 anos para ambos os sexos
- 53) Colaterais do 3º grau: proibição de casamento

54) Defloração da mulher como erro essencial

55) Adoção

56) Alimentos na separação

57) Tutela, curatela e hipoteca legal

58) Uniões homossexuais

LIVRO V – DIREITO DAS SUCESSÕES

59) Herança necessária

60) Ordem da vocação – A sucessão do cônjuge

61) União estável – A sucessão do companheiro

62) Sucessão testamentária

63) Cessão de direitos hereditários: direito de preferência

64) Exclusão de herdeiro

65) Fideicomisso: restrição

DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

66) Os prazos reduzidos neste Código: tratamento

67) Usucapião: acréscimo de prazo

68) Regimes de bens

69) Ordem da vocação

70) Revogações

RESUMO

O autor efetua um meticoloso trabalho sobre as principais inovações do novo Código Civil Brasileiro, e as oferece de maneira disciplinada e altamente didática.

Não se limita, entretanto, ao simples registro, nem tão pouco à comparação com o texto do Código de 1916. Pelo contrário, nos pontos em que estas inovações deixam de ser apenas alterações, penetra também na teoria e na doutrina, oferecendo argumentos tanto sobre o que produziu a cultura jurídica nacional durante a vigência do Código anterior, como procede também a comparação com as legislações e doutrinas de outros países com referências aos temas. Enfrenta posições adotadas no texto, ora aceitando, ora criticando com argumentos seguros, o que faz do repositório de nada menos que 55 itens, cada um referente a uma das inovações destacadas, em conjunto analisado e comentado da maior facilidade para a identificação das partes e sua visão geral que procura oferecer em face de modificações profundas na sistemática da legislação brasileira.

ABSTRACT

The author develops a meticulous work on the main innovations of the new "Código Civil Brasileiro" (Brazilian Civil Code), and offers it in disciplined and highly didactic way.

He neither limits himself to the simple register, nor to the comparison with the text of 1916's Code. On the contrary, on the points that these innovations are not simple alterations, he also makes a profound study in the theory and doctrine, offering arguments about what has been produced by the national juridical culture while the former Code was in vigour, he makes as well a comparison with legislations and doctrines from other countries concerning the themes. Faces positions used in the text, either accepting, or criticizing with reliable arguments, making the index of not less than 55 items, each one referring to one of the pointed out innovations,

an analyzed and commented set in which it is very easy to identify the parts and the overview that it intends to offer in face of profound modifications on the Brazilian legislation system.

Emo Roberto Grossi

Senhoras, senhores:

É curioso, extremamente curioso o comportamento do ser humano sedido, do ser humano dotado do instinto de auto-preservação.

Quando Marcello me convocou, no dia 23 de setembro, por mensagem eletrônica, a dizer algumas palavras no ato pela paz que era celebrando, respondi apontando minha imensa perplexidade diante de tudo que se passava e com uma série de indagações.

Recorro alguns trechos dessa minha resposta ao nosso Presidente:

"O que e quando Você pretende em relação ao ato pela paz?"

É um assunto extremamente delicado. O que poderia ser dito?"

Que guerra é esta? Um declínio sobre a guerra, já que a paz sempre vem após a guerra?

O que me parece..."

— continuei a reproduzir minha mensagem do dia 23 de setembro, a saber: —

"O que me parece é estarmos diante de um tipo de Direito Penal, não do Direito Internacional. Isso poderia/deveria ser dito, já que o conceito é jurídico. Mas o que vem justo é, o que deve ser dito? depois disso?"

As nações haveriam de estar sendo convocadas não para uma guerra, no sentido atribuído ao termo no plano do Direito Internacional, mas para o combate a um tipo de crime. Qual será a próxima? Será declarada guerra à Colômbia, por conta do narcotráfico?

O que poderia ser dito de mais?"