

Curso Popular 2016 - Defensoria Pública de São Paulo

DIREITO CIVIL

Fernanda Bussinger

Defensora Pública na Unidade Cível Central

Ingresso no VI Concurso da DPE/SP

Febussinger@gmail.com

1) Minha trajetória de concurso

2) Estatísticas:

- 1) DPE costuma requerer um acerto inferior a 60% da prova (última foi 54% - 48/88, penúltima foi 58% - 51/88 pontos).**
- 2) O candidato que foi aprovado com menos pontos no VI concurso fez 51 e com mais fez 67 (76%).**
- 3) Eu com 53 pontos passei em 176/400 pessoas para a segunda fase.**
- 4) Com 2 anos de TJ eu sou a 16ª na antiguidade de 105 aprovados no VI Concurso (perfil jovem!).**

Meu método de estudo para a primeira fase:

- i) Revisão das aulas;**
 - Acrescentando a matéria em alguns pontos específicos.**
- i) Resumo em fichas;**
 - Obtenção de material praticamente completo resumido.**
- i) Pouca leitura de livros;**
- ii) Leitura da legislação esparsa no mês anterior (resumindo).**
 - Estudo do Edital.**

Meus 53 pontos foram divididos em:

- 10 questões em razão conferência de 3 provas feitas no mesmo ano (MP, Magis e DP/DF)
- 5 questões revisão "Dizer o Direito" um dia antes
- 8 chutes no escuro
- 30 questões cursinho semestral

Na prova anterior (2012) eu fiz 39 pontos (e a nota de corte foi 53, smj).

Impressões iniciais:

i) **Após um ano: percepção da carreira (liberdade, trabalho duro, pressão e conquistas).**



Apadep - Associação Paulista de Defensores Públicos

August 24 at 7:45pm ·

A Defensora Pública Fernanda Bussinger obteve decisão judicial que garante a um idoso de 76 anos, com deficiência e em situação de rua, o direito à vaga em centro de acolhida apto a recebê-lo e que conte com equipe de saúde.

**DIREITOS
HUMANOS**

Defensora obtém decisão que garante vaga em centro de acolhida para idoso com deficiência em...

A Defensora Pública Fernanda Bussinger obteve decisão judicial que garante a um idoso de 76 anos, com deficiência e em situação de rua, o direito à vaga...

APADEP.ORG.BR

Mudanças no Edital de Civil:

- Alguns pontos foram sintetizados.

- Prontos retirados:

~~Influência do Direito Civil estrangeiro no Código Civil brasileiro de 1916. Repersonificação e despatrimonialização do Direito Civil. Situações jurídicas subjetivas. Descodificação e microssistemas. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e fundamentais sociais nas relações privadas resolução CNJ 110/2010, Filtros tradicionais da responsabilidade civil. Princípio da restituição integral~~

- Pontos acrescentados:

- Casamento heteroafetivo e homoafetivo: capacidade, impedimentos, causas suspensivas, habilitação, celebração, eficácia, direitos e deveres.

- Pacto antenupcial

- Multiparentalidade. Ascendência genética.

- Socioafetividade.

- Tutela, curatela e tomada de decisão apoiada (dentro do tema de alimentos).

Cont. Mudanças no Edital de Civil:

- Bem de Família (Lei Federal nº 8.009/1990)
- Alimentos (Lei Federal nº 5.478/1968)
- Alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/2008)
- Parcelamento do solo (Lei Federal nº 6.766/79)
- Locação social (Lei Estadual nº 10.365/99 e Decreto Estadual nº 55.334/10, alterado pelo Decreto Estadual nº 55.370/10)
- Estatuto da pessoa com deficiência (Lei Federal nº 13.146/15)
- Provimento CNJ nº 44/15
- Provimento da Corregedoria TJ/SP nº 21/2013

Estrutura usual das últimas 3 provas de direito civil:

**Prova 2013/FCC: Examinador: Felipe Pires (Santos)
5 civil, 1 família (sucessões/guarda/lei de alienação) e
2 mistas**

**Obs.: foco direito de propriedade e resp. civil. 2 com
jurisprudência trib. superiores. 5 leis esparsas.
Questões longas e cheias de alternativa.**

**Prova 2012/FCC: Examinador: Jairo Salvador (São José
dos Campos – Atual difusos)
7 civil e 1 sucessão (letra de lei).**

**Obs.: 3 casos práticos. 2 com jurisprudências tribunais
superiores. Saiu do óbvio (resp. empresária, defeito
negócios jurídicos...). Questões longas!**

Cont. Estrutura das provas:

Em ambas: ZEIS, regularização fundiária, registros.

**Prova 2010/FCC: Examinadora: Vera Cristina C. Cavalli
– área família.**

8 questões de civil e 0 de família.

Obs.: Sem casos práticos. Registros públicos. Alienação fiduciária, arrendamento e locações. Questões mais curtas.

Pontos do Edital Abrangidos pela aula de hoje:

- Constitucionalização do Direito Civil. Princípios de interpretação constitucional. Aplicação direta da Constituição nas relações privadas. Proteção dos grupos sociais vulneráveis no âmbito do Direito Privado.
- Histórico de tramitação e aprovação do Código Civil de 2002. Base filosófica do Código Civil de 2002: O Culturalismo de Miguel Reale. Teoria Tridimensional do Direito. Fontes e modelos de Direito. Princípios informativos do Código Civil de 2002.
- Cláusulas gerais: conceito, características e funções. Cláusulas gerais no Código Civil de 2002.

Perfil da examinadora: Bruna Molina Hernandez

Atual: família em Rio Preto. Trabalhou na família central.
Núcleo de combate à discriminação, racismo e preconceito.

→ Assistente na PUC em Direitos Difusos (Prof. Patrícia Pizzol).

→ Mestrado em Direito das Relações Sociais, subárea de Direitos Difusos e Coletivos.

→ Artigo publicado na Revista da DPE/SP em 2012 sobre a Teoria Complexa do Direito.

DA VISÃO TRICOTÔMICA À VISÃO COMPLEXA DO DIREITO – UM NOVO PARADIGMA.

- Visão crítica quanto à “Visão Tricotômica do direito”.
Superação pela “Visão Complexa”:
 - Dicotomia (público X privado) superada. Dualismo visou num primeiro momento resguardar o indivíduo em face do Estado e da sociedade (limitando o agir – manutenção da liberdade). Com o advento da revolução industrial e da urbanização, as relações se tornaram massificadas e mais complexas.
 - Nascimento da percepção de tutela dos direitos METAINDIVIDUAIS (fora das duas divisões tradicionais de tutela: pública ou privada).
 - Surgimento da concepção de direitos difusos: traço marcante: leva em consideração a qualidade jurídica da pessoa sem se preocupar com o dano individualmente sofrido.
 - A partir de então: muitos autores adotaram uma visão *tricotômica* do direito.

TEORIA DA COMPLEXIDADE

Edgar Morin – francês - Livro: “O Método” (1946):

A teoria: embora as diversas áreas do saber (física, biologia, sociologia, etc) adquiram conhecimento cada vez maior, o erro, a ignorância e a cegueira progridem na mesma medida.

Principal causa: conhecimento científico com principal objetivo de dissipar complexidades. A palavra “complexidade” causa incômodo.

→ Para dissipar a complexidade e tornar o mundo mais inteligível os estudiosos fazem cortes/mutilações do conhecimento e da realidade. Paradigma da simplificação (Descartes): hiperespecialização. Isso apenas produz mais cegueira, mais ignorância

E qual a razão? Esta inteligência é cega: destrói conjuntos e isola todos os seus objetos de seu meio ambiente.

→ Ou a simplicidade vê o uno ou o múltiplo. Sem perceber que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo.

TEORIA DA COMPLEXIDADE: Continuação:

Exemplo: sociedade e o homem. O indivíduo produz a sociedade que produz o indivíduo. Somos ao mesmo tempo produtores e produto. Rompe-se a ideia linear de causa e efeito/ produto e produtor. O todo está na parte que está no todo – ideia das células do corpo.

Complexidade para Morin não é a resposta, mas sim o desafio “de pensar através da complicação, das incertezas e das contradições”.

→ A simplificação pode ser até necessária as vezes: mas deve se relativizada. Consciente de que é uma redução “e não uma redução arrogante que acredita possuir verdades simples, através da complexidade das coisas”.

■ **TEORIA DA COMPLEXIDADE APLICADA NO DIREITO:**

“Se a sociedade é complexa, como pode o Direito querer deixar de sê-lo?”.

Como aplicar a teoria da complexidade? Primeiro passo: abandonar a razão, racionalidade e racionalização absoluta do nosso pensamento.

“Não podemos ficar acreditando que o que acontece ficará para sempre acontecendo”.

- Grandes exemplos: microssistemas: afetam diversas áreas do direito (adm., civil, criminal...). A complexidade demonstrou a necessidade da criação destes sistemas abertos.

Cont. teoria da complexidade: SISTEMAS ABERTOS:

Devem ser vistos como estruturas inter-relacionáveis e nunca isolados. Superação do sistema por um metassistema.

Muitas disciplinas do direito se mantêm em sistemas fechados, reducionistas. Por isso, os direitos difusos são a maior expressão da visão complexa do direito.

SUPERAÇÃO DA VISÃO DE BOBBIO: podem sim existir normas incompatíveis!

- Um sistema complexo admite sim tais contradições e incertezas, pois a sociedade que embasa o ordenamento jurídico é assim.
- A irregularidade, desordem e imprevisibilidade são necessárias para a evolução do conhecimento.

Através da complexidade atingimos uma perspectiva transdisciplinar, que hoje significa indisciplinar.

Cont. teoria da complexidade: O QUE SE ESPERA O PROFISSIONAL DO DIREITO:

Com as reduções/cortes ensinados aos bacharéis... “depois de formados, inseridos no “mundo real”, tais profissionais são incapazes de bem atuar” (...) pois deixaram de aprender o mais importante: a visão do todo, como unir disciplinas jurídicas (...) visto que dia-a-dia da pessoal real vai além do direito adm, penal, tributário (...) os problemas do mundo real unem todos esses ramos num só emaranhado (...) o pensamento mutilador conduz necessariamente a ações mutilantes”.

“a atuação, não só do profissional, mas do indivíduo perante a sociedade em que se insere, tem que buscar o *bem comum*, sentimento e atitude de solidariedade”

Cont. Teoria da Complexidade: O QUE SE ESPERA DO PROFISSIONAL DO DIREITO

“O individualismo, característico da pós-modernidade, deve dar lugar ao ato de partilhar. Afinal, o indivíduo reflete a sociedade que reflete o indivíduo; um no todo e todo no um,

“Só o pensamento complexo nos permitirá civilizar o nosso conhecimento”.

* * * *

- **Código Civil de 1916:**
- Idealizado por Clóvis Beviláqua/Teixeira de Freitas com base no Código Napoleônico. Pretendia ser a "Constituição do Direito Privado". Tratamento infraconstitucional do Direito Civil.
- Pretensão de regulação de todos os possíveis conflitos da vida privada, colocando o juiz apenas como aplicador da lei (mera subsunção).
- Primava pelo individualismo/liberalismo exacerbado.
- Foco patrimonial: excessivo poder dado ao credor e à autonomia da vontade (pacta sunt servanda).

■ **Código Civil 2002:**

- Idealizado por M. Reale: teoria tridimensional do Direito (fato, valor e norma).
- Longo histórico de tramitação fez com os que primeiros valores fossem superados no curso da discussão (ideia inicial de manter tudo quanto possível do CC/1916).
Notou-se a mutabilidade das relações civis com o tempo.
- Princípios norteadores: eticidade, socialidade e operabilidade.
- Fim do individualismo de Beviláqua: toda questão comporta valoração, a busca à uma tábua axiomática.
- Direito Civil socializado, despatrimonializado, constitucionalizado.

Constitucionalização do Direito Civil:

Até 1988: havia uma *summa divisio*: divisão sumária do Direito em público X privado. A CF regulamentava o direito público e o CC o direito privado. “*Não há mais espaço de direito privado alheio à publicização*”.

Constitucionalização: compreensão e interpretação do Direito Civil conforme a CF e seus valores.

Tábua axiológica mínima da CF (art. 3º, CF): i) dignidade humana; ii) solidariedade social; iii) erradicação da pobreza; iv) igualdade substancial; e v) liberdade.

Dignidade da pessoa humana: passa a ser o valor máximo do jurídico. Fundamento da função social da propriedade, do contrato e da boa-fé objetiva. A ideia é de que a proteção do ter (propriedade) não pode violar a proteção do ser (pessoa humana). A propriedade não merece proteção em si mesma: será protegida a medida que for necessário para a proteção da pessoa. A isso chamamos de REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.

Constitucionalização do Direito Civil:

XL Concurso MP/MG - O Direito Civil está em crise?

A palavra crise tem diferentes significados: se for extinção, derrocada, a resposta é não. O direito civil não está em decadência. Contudo, se o vocábulo crise foi tomando no sentido de modificação, de mudança de paradigma, a resposta é sim. O direito civil está mudando seu paradigma por conta de sua constitucionalização. A Constitucionalização permitiu uma oxigenação do Direito Civil e acabou por salvá-lo.

Direito civil dividido em três grandes vértices: contrato (relações obrigacionais), propriedade (direitos reais) e família. Os três agora encontram fundamento normativos na CF, que cuidou da seguinte forma:

- Rel. obrigacionais: boa-fé objetiva.
- Propriedade: função social.
- Família: pluralidade de famílias.

Constitucionalização do Direito Civil:

O direito civil continua sendo Direito Privado, tendo como fundamento a autonomia privada. Mas este fundamento não é mais absoluto.

A ideia ainda é da intervenção mínima do Estado nas relações privadas. Todavia, o Estado deve intervir sempre que for necessário para assegurar determinado direito fundamental. Com a progressividade dos DF a conclusão que se chega é que inevitavelmente o Estado intervirá cada vez mais nas relações privadas.

As normas expressas na CF não são meramente programáticas. Deve-se partir do pressuposto que o aplicador da lei não é refém do legislador ordinário; o legislador ordinário não é o interprete maior da CF e este jamais esgotará as possibilidades existentes num caso concreto. A CF não é apenas um programa político; é sim um programa de ação. Elimina-se, assim, o conceito de mera Carta Política.

Constitucionalização do Direito Civil:

Tese institucional 1 de cível/2014: "É possível o levantamento do valor de PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor) para pessoas em situação de rua, ainda que esta não seja hipótese prevista expressamente no §1º do artigo 4º da LC 26/76, em observância do princípio da dignidade da pessoa humana, da finalidade da norma e em razão da peculiar situação de hipervulnerabilidade desta população." Autora: Fernanda Maria de Lucena Bussinger

Descodificação:

Com o abandono da utopia de produzir uma “Constituição do Direito Civil” surgem os diversos microssistemas.

Função promocional do Direito: proteção dos grupos sociais vulneráveis. Estatuto do Idoso, ECA, CDC, ações coletivas, etc., regulando diversos setores da sociedade. Possibilidade de individualizar a proteção dos grupos que demandam especial atenção (igualdade material). Tais estatutos também criam a ideia das cláusulas gerais.

* * * *

Aplicação direta da Constituição nas relações privadas:

Conceito: os direitos fundamentais contemplados no art. 5º, incidem não só no campo do direito público, mas também no campo do direito privado. É a tese da **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**.

RE 160222: caso da revista íntima da empresa De Millus S.A: revista íntima para saber se as pessoas não estavam saindo com peças da loja. Primeiro caso em que isso fica de forma mais clara pós 1988.

HC 82.424:Elwanger: cara que divulgou livro antissemita. Liberdade de expressão X igualdade, discriminação, racismo. STF entendeu que não podia divulgar o livro.

Aplicação direta da Constituição nas relações privadas:

RE 201189: Caso UBC (União Brasileira de Compositores): neste caso ela excluiu um associado sem o Devido Processo Legal.

RE 352.490: impenhorabilidade o bem de família. Disse que seria impenhorável inclusive do fiador. Mudou de ideia no RE 407.688 em que ele volta atrás. Pode penhorar, se tiver sido citado.

Apelação 583.00.2011.132644-6/TJSP: Comissão jurídica de clube esportivo de São Paulo não admitiu a inclusão de companheiro homossexual (decisão na linha do informativo 625, STF) – questão idêntica na 2ª fase do VI Concurso.

* * * *

Aplicação direta da Constituição nas relações privadas:

Eficácia horizontal dos direitos sociais (ou aplicação direta dos direitos sociais): com o mesmo fundamento dos direitos fundamentais, surgiu essa tese que aduz que os direitos sociais vinculam as relações privadas. A autonomia privada não pode afrontar os direitos e garantias sociais, assim como não pode afrontar os direitos e garantias fundamentais (inexiste hierarquia entre as gerações de direitos).

SUM 302, STJ - é abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita tempo de internação hospitalar (súmula 92 do TJSP idêntica – direito à saúde).

SUM 364, STJ - conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também as pessoas sozinhas I (direito à moradia).

MPF/05: Constitucionalização e personalização do direito civil. Esboço histórico e fontes. A eficácia privada dos direitos fundamentais.

Aplicação direta da Constituição nas relações privadas:

MORADOR INADIMPLENTE QUE FIQUE IMPEDIDO DE USAR ELEVADOR TEM DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Tem direito à indenização por danos morais a moradora que foi impedida de usar o elevador para chegar ao seu apartamento de um prédio residencial, por estar em atraso com as taxas do condomínio. STJ. 3ª Turma. Resp 1.401.815-ES, Min. Rel. Nancy Andrighi, julgado em 03/12/2013.

A propósito de condomínio: CONDÔMINO INADIMPLENTE E DIREITO A VOTO O condômino que estiver em débito com as obrigações condominiais não poderá votar nas assembleias do condomínio (art. 1.335, III, do CC). No entanto, se o condômino for proprietário de diversas unidades autônomas, ainda que inadimplente em relação a uma ou algumas destas, terá direito de participação e de voto relativamente às suas unidades que estejam em dia com as taxas do condomínio. STJ. 3ª Turma. REsp 1.375.160-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º/10/2013 (Info 530).

O culturalismo de Miguel Reale:

Ontognoseologia jurídica: teoria adotada por Reale para a formulação do CC/02.

Separação do direito em dois planos (subteorias):

Subjetivo: culturalismo jurídico.

Objetivo: teoria tridimensional do direito.

Culturalismo jurídico:

Três vetores para orientar a aplicação do Direito: cultura, história e experiência (CHE).

O culturalismo de Miguel Reale (Cont.):

Cultura: elementos culturais e valorativos são imprescindíveis para o preenchimento do conteúdo das normas. Magistrado julga de acordo com sua cultura e meio social. VALOR como elemento formador do Direito.

História: a história do processo e dos institutos jurídicos a eles relacionados; das partes que integram e a lide; e também a história do aplicador (juiz), tudo influência na decisão. Logo, o FATO é seu elemento (fato como sinônimo de "acontecimentos").

Experiência: a experiência do aplicador do direito, que reúne o FATO e o VALOR simbioticamente, visa à aplicação da NORMA.

O culturalismo de Miguel Reale (Cont.):

Teoria tridimensional do Direito: no plano objetivo, então, direito é fato, valor e norma.

Em oposição a Kelsen e as teorias anteriores a Reale, este não vê o direito como um sistema fechado, reducionista. É uma composição de 3 subsistemas (fato, valor e norma), formando um sistema aberto e em constante diálogo. Ou seja, privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, de modo que a norma/lei não é suficiente para a resolução dos conflitos.

O culturalismo de Miguel Reale (Cont.):

Reale: “o Direito não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores”.

De acordo com a Teoria Tridimensional do Direito, não há norma legal sem motivação axiológica dos fatos sobre quais os valores incidem. Daí a compreensão da norma jurídica como elemento integrante da relação fático-valorativa. Reconhecendo-se que fato, valor e norma se dialetizam de maneira complementar. Daí a necessidade de ser a norma jurídica sempre objeto de interpretação. O direito é uma realidade histórico-cultural, a qual não pode ser destacada, de forma alguma, da experiência social.

Exemplo: na bioética diversas questões podem ser descobertas após a formulação de normas. Direito contribuindo para a alteração dos fatos da vida.

* * * *

Princípios informativos do CC/02:

Foi a própria exposição de motivos, assinada por Miguel Reale, que revela que o CC tem três diretrizes que se enraízam por todos os artigos. Portanto, a interpretação de cada artigo e de todos os institutos do CC devem se dar à luz desses três paradigmas, que devem se dar como mola de propulsão.

As três diretrizes são: eiticidade, socialidade e operabilidade.

TJ/GO - "O CC de 02 persegue três grandes paradigmas, discorra sobre o significado de cada um destes paradigmas e sobre sua aplicabilidade no Direito das Obrigações."

Julgados recentes com aplicação dos três princípios:

RESCISÃO CONTRATUAL CC PERDAS E DANOS. Acordo homologado colocando fim a litígio que versava sobre rescisão de contrato, com efeitos indenizatórios. Fase de cumprimento da transação e denúncia de atraso de apenas um dia no pagamento de uma das parcelas, que estaria justificado pela internação da filha dos devedores, acometida de câncer, com óbito posterior. Típica hipótese de impossibilidade temporária não imputável ao devedor e que exclui os danos moratórios. Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, da CF). Boa-fé objetiva e função social do contrato. Inteligência dos arts. 113 e 422, do CC. Novo Diploma Civil inovou no ordenamento jurídico ao criar um arcabouço de normas pautadas nos ditames da eticidade, sociabilidade e a operabilidade, expurgando de vez do sistema as normas baseadas no individualismo então reinante. Embora rejeitada a pretensão do credor de receber multa diante da impossibilidade temporária não imputável ao devedor de cumprir no prazo, não cabe aplicar sanção de litigância de má-fé. (TJSP; EDcl 0137733-53.2010.8.26.0100/50000; Ac. 7596194; São Paulo; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani; Julg. 27/03/2014; DJESP 04/06/2014)

Questão DPE/PR 2012-FCC:

Acerca das diretrizes regentes e estruturantes do processo de codificação do Código Civil de 2002, fundadas no pensamento culturalista de Miguel Reale, é INCORRETO afirmar:

(A) A sistematicidade norteou a concepção de inseparabilidade do Código Civil com as demais normas do ordenamento jurídico, o que se verifica na forma de definição dos juros legais.

(B) A operabilidade determinou a adoção de soluções normativas para a facilitação da interpretação, aplicação e adaptação do Direito, o que se verifica na adoção das normas abertas como técnica legislativa.

(C) A socialidade implicou na funcionalização dos modelos jurídicos, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem que sejam desconsiderados os valores inerentes à pessoa, o que se verifica na previsão do instituto do abuso de direito.

(D) A eticidade provocou a opção antropocêntrica da codificação civil, implicando na prevalência de critérios éticos sobre os de natureza formal, o que se verifica nos institutos da lesão e do estado de perigo.

(E) A igualdade formal determinou o tratamento igualitário dos sujeitos de direitos e o afastamento de regimes tutelares, o que se verifica no afastamento de um regime de proteção dos incapazes, presentes na anterior codificação civil.

Questão DPE/PR 2012-FCC:

Acerca das diretrizes regentes e estruturantes do processo de codificação do Código Civil de 2002, fundadas no pensamento culturalista de Miguel Reale, é INCORRETO afirmar:

(A) A sistematicidade norteou a concepção de inseparabilidade do Código Civil com as demais normas do ordenamento jurídico, o que se verifica na forma de definição dos juros legais.

(B) A operabilidade determinou a adoção de soluções normativas para a facilitação da interpretação, aplicação e adaptação do Direito, o que se verifica na adoção das normas abertas como técnica legislativa.

(C) A socialidade implicou na funcionalização dos modelos jurídicos, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem que sejam desconsiderados os valores inerentes à pessoa, o que se verifica na previsão do instituto do abuso de direito.

(D) A eticidade provocou a opção antropocêntrica da codificação civil, implicando na prevalência de critérios éticos sobre os de natureza formal, o que se verifica nos institutos da lesão e do estado de perigo.

(E) A igualdade formal determinou o tratamento igualitário dos sujeitos de direitos e o afastamento de regimes tutelares, o que se verifica no afastamento de um regime de proteção dos incapazes, presentes na anterior codificação civil.

* * * *

Boa-fé objetiva

Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

- **Conceito:** atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte.
- Decorrência direta do princípio da eticidade (não apenas).
- Relativo ao direito das obrigações: traz um “standard” jurídico das regras de conduta.
- Examinada externamente, ou seja, a aferição dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando sua convicção. Ou seja, há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente.
- O contrário da boa-fé objetiva não é má-fé, mas a ausência de boa-fé.

Figuras parcelares da Boa-fé objetiva:

Supressio: supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar do tempo.

Surrectio: ao mesmo tempo em que um credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor. É o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes.

Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

Tu quoque: (“tu também”) significa que um contratante que violou a norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso do direito, aproveitar-se da situação anteriormente criada pelo desrespeito. Ex.: exceção de contrato não cumprido (quem não cumpriu sua parte não pode exigir do outro).

Figuras parcelares da Boa-fé objetiva (cont.):

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

Art. 582, CPC. *Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.*

Parágrafo único. O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar.

Exceptio doli: é a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias a boa-fé. O exemplo mais usual é o do artigo 476 do Código Civil que determina que ninguém pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação se primeiro não cumprir a sua.

Figuras parcelares da Boa-fé objetiva (cont.):

Venire contra factum proprium: ninguém poderá exercer um direito contrariando um comportamento anterior. Manutenção da confiança e o dever de lealdade.

Leading case: RESP 841.879: Prefeitura de Limeira celebrou diversas promessas de compra e venda de área e depois tentou anular sob o argumento de que o parcelamento não estava regularizado.

Ex. DPE: i) regulamentação em ZEIS da área e depois oposição à usucapião alegando ser área pública; e ii) em processo com Fazenda, DPE e terceiro a DPE executou honorários de ambas as partes. Fazenda (vencida/vencedora) alegou confusão. Surgindo o crédito está cobrando da DPE.

Art. 649, CPC. São absolutamente impenhoráveis: (...)

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

Figuras parcelares da Boa-fé objetiva (cont.):

Duty to mitigate the loss: é o dever imposto ao credor de mitigar suas perdas.

Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil:

O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

* * * *

ATO ILÍCITO

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Abuso de direito

Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Limites internos do direito subjetivo: a ninguém é autorizado exercer um direito ilimitadamente. A dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento faz com que o direito mereça proteção à medida de protege as pessoas. Nesta ótica, inviável o exercício de direito pelo seu titular em prejuízo de terceiro. É a ideia de que o Direito se volta à tutela de direitos constitucionalmente legítimos.

→ É instituto que se lastreia para os demais campos do Direito: Direito do Trabalho, consumidor, etc.

→ Expressão da funcionalização do Direito.

Principal função do abuso do direito: o controle sobre o exercício abusivo de posições jurídicas. Limite ao exercício de direitos. É uma das funções da tríplice função da boa-fé objetiva (interpretativa, limitativa e criadora de deveres).

Abuso de direito (cont.):

Discussão: sob a ótica topográfica do Código, o art. 187 está dentro do capítulo dos atos ilícitos, o que parece conduzir apenas ao direito de indenizar (responsabilidade civil).

Corroborar com a ideia de reparação o contido no art. 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mas não é mera reparação que o Direito Civil Constitucional busca!

Abuso de direito (cont.):

Na nova sistemática do CC/02 a atuação mais presente do poder jurisdicional é para implementação de tutelas específicas (tutelas inibitórias, tutelas específicas para impedir que o dano ocorra, controle preventivo).

→ É a **despatrimonialização** do Direito Civil, função promocional do ordenamento jurídico.

Em razão deste debate, foi aprovado enunciado na IV CJF:

“ENUNCIADO 539 – O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.”

Conclusão: o AD apenas pode ser considerado ato ilícito *lato sensu*, que se subdividiria no ato ilícito *stricto sensu* e no ato antijurídico (art. 187). No primeiro há frontal violação ao direito positivo, ao passo que no abuso do direito não, mas sim a violação dos limites axiológicos (valorativos).

Abuso de direito (cont.):

Obs.: o CC não adota a teoria dos atos emulativos (intenção de prejudicar alguém). A única hipótese em que essa teoria é contemplada é no Art. 1228, §2º, CC.

Art. 1.228. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Abuso de direito (cont.):

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1341135 SP 2012/0179180-3

(STJ) Data de publicação: 21/10/2014

Ementa: RECURSO ESPECIAL E ADESIVO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CURSO SUPERIOR DE FORMA ABRUPTA. **ABUSO DE DIREITO**. 1.

Possibilidade de extinção de curso superior por instituição educacional, no exercício de sua autonomia universitária, desde que forneça adequada e prévia informação de encerramento do curso (art. 53 da Lei 9394/96 - LDB). 2. Necessidade de oferta de alternativas ao aluno, com iguais condições e valores, de forma a minimizar os prejuízos advindos com a frustração do aluno em não poder mais cursar a faculdade escolhida. 3. Reconhecimento pela corte origem de excesso na forma como se deu o encerramento do curso superior, caracterizando a ocorrência de **abuso de direito** (artigo 187 do Código Civil de 2002). 4. Caso concreto em que a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 5. RECURSO ESPECIAL E ADESIVO DESPROVIDOS.

* * * *

Abuso ao direito de recorrer:

Há previsão na legislação processual também de sanções para o abuso do direito de recorrer (art. 538 ou 18 CPC).

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Abuso ao direito de recorrer (cont.):

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Abuso ao direito de recorrer (cont.):

NCPC - Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

VCPC - Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Aplicação larga pelo STJ/STF: ex.: o STJ aplicou multa de 1% sobre o valor da execução e mais 10% em indenização a um perito que tentava receber seus honorários havia 17 anos.

"A injustificada resistência oposta pelos recorrentes ao andamento da ação de execução e sua insistência em lançar mão de recursos e incidentes processuais manifestamente inadmissíveis caracterizam a litigância de má-fé" (Nancy Andrighi).

Abuso ao direito de recorrer (cont.):

Fazenda Nacional: condenada pela tentativa de procrastinar a efetivação de uma decisão do STJ em recurso repetitivo (REsp [1.035.847](#)). O caso tratava da correção monetária de créditos não escriturais de IPI (Fux). A Fazenda tentou inovar nas razões dos embargos de declaração, apresentando argumentos que não constavam no recurso especial.

União: "A utilização seguida de embargos declaratórios caracteriza novo abuso de direito, distinto do anterior, que deve ser repellido, agora, com as sanções do artigo 18 do CPC, em virtude da litigância de má-fé".

* * * *

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

(“excludentes de ilicitude” – “excludentes de responsabilidade civil”):

Art. 188. *Não constituem atos ilícitos:*

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR ("excludentes de ilicitude"):

Legítima defesa

O conceito de legítima defesa pode ser retirado do art. 25 do Código Penal, in verbis: "*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*". → Deve ser na medida para repelir a agressão.

→ É fundamental salientar que a legítima defesa putativa não exclui o dever de indenizar. Na legítima defesa putativa o agente imagina que está defendendo um direito seu, o que não ocorre realmente no plano fático. Segundo a jurisprudência superior, em casos tais, não há que se falar em exclusão de responsabilidade (nesse sentido, ver: STJ, REsp 513.891/RJ, Processo 2003/0032562-7, 3.^a Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2007, DJU 16.04.2007, p. 181).

→ De qualquer forma, estará assegurado o direito de regresso contra eventual culpado, seja com base no art. 930 do CC, seja com fundamento no art. 934 da mesma codificação.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR:

Do estado de necessidade ou remoção de perigo iminente

Outros dois dispositivos do atual Código Civil são aplicáveis ao instituto, merecendo transcrição integral:

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

“Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”.

No que concerne ao primeiro dispositivo, este expressa que agindo a pessoa em estado de necessidade (ou remoção de perigo iminente) em situação não causada por aquele que sofreu o prejuízo, permanecerá o dever de indenizar.

Assim, somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar.

→ **Aberração:** protege mais patrimônio do que pessoas, em afronta aos princípios do CC/02.

Mitigando a sua aplicação, pontue-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a circunstância de ter o agente atuado em estado de necessidade pode influir na fixação do valor da indenização, reduzindo o quantum debeat. Nessa esteira, “a adoção da restitutio in integrum no âmbito da responsabilidade civil por danos, sejam materiais ou extrapatrimoniais, nos conduz à inafastabilidade do direito da vítima à reparação ou compensação do prejuízo, ainda que o agente se encontre amparado por excludentes de ilicitude, nos termos dos arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 (arts. 929 e 930 do CC/2002), situação que afetará apenas o valor da indenização fixado pelo critério da proporcionalidade” (STJ, REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu Informativo n. 513).

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR:

Do exercício regular de direito ou das próprias funções

→ Um primeiro exemplo refere-se à **inclusão do nome de devedores no rol dos inadimplentes ou devedores, em cadastros de natureza privada** (Serasa e SPC). Por uma questão lógica, a inscrição nos casos de inadimplência constitui um exercício regular de direito do credor, conforme entendimento unânime de nossos Tribunais e dicção do art. 43 do CDC. O raciocínio serve para o protesto de título em casos de não pagamento no prazo fixado (nessa linha de conclusão: STJ, Ag. Rg. no Ag. 555.171/RS, Data da decisão: 25.05.2004, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.08.2004, p. 379).

→ **A mesma tese pode ser aplicada para o caso do condomínio que publica o número da unidade inadimplente na prestação de contas que circula entre os condôminos.** No caso em questão, não há que se falar em ato ilícito, mas em exercício regular de direito se a dívida realmente existir (concluindo desse modo: 2.^o TACSP, Apelação sem Revisão 646.365-00/9, 12.^a Câmara, Rel. Juiz Romeu Ricupero, j. 27.06.2002, JTA (LEX) 197/647).

→ **Importante:** é o que ocorre com o policial quanto ao combate ao crime e no caso do bombeiro ao apagar um incêndio. Por tal conclusão, no exemplo que foi exposto, quanto ao estado de necessidade, se um bombeiro arromba uma porta para salvar a criança de um incêndio, sua situação não está enquadrada no inciso II do art. 188 do CC. Dessa forma, não se aplica o art. 929 do mesmo Código, que dispõe o seu eventual dever de indenizar. Isso porque, para o caso do bombeiro, deve subsumir o inciso I do art. 188.

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR (a propósito do SERASA):

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ACP com o objetivo de impedir que as empresas incluam no cadastro de inadimplentes os consumidores em débito que estejam discutindo judicialmente a dívida. Trata-se da defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, havendo interesse social (relevância social) no caso.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.148.179-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/2/2013 (Info 516 STJ).

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR:

Da cláusula de não indenizar/de irresponsabilidade:

Considerada por parte da doutrina como uma excludente de responsabilidade, a cláusula de não indenizar constitui a previsão contratual pela qual a parte exclui totalmente a sua responsabilidade.

Aplicação muito restrita:

- 1.º) A cláusula de não indenizar somente vale para os casos de responsabilidade contratual, uma vez que a responsabilidade extracontratual, por ato ilícito, envolve ordem pública. Ressalte-se que a ordem pública é ainda mais patente nas hipóteses de atos ilícitos dolosos.
- 2.º) A cláusula também não incide nos casos em que houver conduta dolosa do agente ou na presença de atos criminosos da parte, igualmente pela motivação na ordem pública.
- 3.º) Também fica em xeque a sua estipulação para a limitação ou exclusão de danos morais, que envolvem lesões a direitos da personalidade, tidos como irrenunciáveis, em regra, pela lei (art. 11 do CC).

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR: (cont.)

4.º) A cláusula de irresponsabilidade é nula quando inserida em contrato de consumo, o que está expresso no art. 25 e no art. 51, I, da Lei 8.078/1990.

6.º) A cláusula de não indenizar é nula no contrato de transporte (art. 734 do CC e Súmula 161 do STF - *em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar*).

7.º) A cláusula de não indenizar não tem validade e eficácia nos contratos de guarda em geral em que a segurança é buscada pelo contratante, constituindo a causa contratual. Cite-se de início, o contrato de depósito em cofre de banco, sendo a cláusula nula em casos tais (ver tratado de depósito de bem empenhado: STJ, REsp 1133111/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 06.10.2009, DJe 05.11.2009) – *funcionalização*.

→ Ex.: No contrato de estacionamento, é nula a cláusula de irresponsabilidade, simbolizada por uma placa no local, com os dizeres: “O Estacionamento não responde pelos objetos deixados no interior do veículo”. Há muito tempo o STJ já sumulou que “*A empresa responde perante o cliente pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento*” (Súmula 130).

Das excludentes de nexo de causalidade:

Nexo é a correlação entre ação e dano. São, portanto, excludentes de nexo de causalidade:

- a) culpa ou fato exclusivo da vítima;
- b) culpa ou fato exclusivo de terceiro;
- c) caso fortuito e força maior.

Mantença da responsabilidade: CF e FM: existem hipóteses, sobretudo na responsabilidade contratual, em que a parte responde por caso fortuito ou por força maior, quando previsto contratualmente.

Contudo, por gerar responsabilidade civil agravada (parte responde até por tais eventos), tem aplicação restritíssima, pois será **nula**:

- i.1)** nos contratos de consumo (art. 51 do CDC);
- i.2)** nos contratos de adesão por aplicação do art. 424 do CC);

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

- i.3)** nos casos envolvendo ordem pública.

***Off-topic*: Informativo STF – Defensoria Pública:**

Juiz negou pedido da Defensoria Pública para adiar audiência de instrução considerando que, naquela data, o Defensor Público que fazia a assistência jurídica do réu já possuía audiência marcada em outra comarca. O magistrado, diante da ausência do Defensor, designou defensor dativo para acompanhar o réu na audiência. O STF entendeu que não houve violação a os princípios da ampla defesa e do "Defensor Público natural" considerando que:

- a) o inciso VI do art. 4º da LC 80/94 não garante exclusividade à Defensoria para atuar nas causas em que figure pessoa carente;
- b) o indeferimento do pedido da defesa não causou prejuízo ao réu, já que o defensor dativo teve entrevista prévia reservada com o acusado e formulou perguntas na audiência, participando ativamente do ato processual;
- c) a impossibilidade de a Defensoria atuar na comarca não acarreta direito à redesignação dos atos processuais designados. STF. 2ª Turma. HC 123494/ES, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16/2/2016 (Info 814).

* * * *

Adimplemento substancial:

Art. 475. *A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.*

Definição (Clóvis Couto e Silva): um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.

→ Origem: Direito Costumeiro Inglês (Substantial Performance). Caso Boone v. Eyre (1779).

Ou seja: nos casos em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, sendo a mora insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos. Evita-se enriquecimento ilícito por parte do credor, que pode perseguir perdas e danos.

Adimplemento substancial (cont.):

Brasil: a despeito da ausência de previsão expressa na codificação material privada (alguns países com a Itália têm), a jurisprudência tem sido generosa na aplicação, baseando o instituto com os princípios contratuais contemporâneos, especialmente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato (busca de preservação da autonomia privada e da conservação do negócio jurídico).

Há quem aponte o §1º do art. 395, CC como autorizador da aplicação do AS:

Art. 395. *Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Adimplemento substancial (cont.):

Enunciado n. 361 CJF/STJ da IV/JDC: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Jurisprudência: primeiras aplicações: i) busca e apreensão de veículo objeto de venda com reserva de domínio, confirmando-se a impossibilidade de retomada do bem, com a conseqüente extinção do negócio (STJ, Agravo n. 607.406/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004, p. 346). ii) para afastar a liminar em ação de busca e apreensão concernente a alienação fiduciária em garantia de bem móvel, considerando-se o pequeno montante da dívida em relação ao valor do bem e o fato de ser a coisa essencial à atividade da devedora (STJ, REsp. 469.577/SC, QUARTA TURMA, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.03.2003, DJ 05.05.2003, p. 310).

Adimplemento substancial (cont.):

Recente: contrato de leasing celebrado entre duas empresas (uma financeira e uma transportadora), para a aquisição de 135 carretas. Houve o adimplemento de 30 das 36 parcelas (83% do contrato). Afastou-se a reintegração de posse das carretas (STJ, REsp. 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19.06.2012, DJe 27.06.2012) - prestígio à função social da empresa (essencial à atividade).

“Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido. (REsp 76362 / MT, Min. Relator Ruy Rosado De Aguiar)” - i) vedação de comportamento contraditório; ii) adimplemento substancial.

Adimplemento substancial (cont.):

Outros: i) falta de apenas a última prestação; ii) 16 das 18 parcelas; iii) 94% do preço do imóvel na promessa de compra e venda; iv) parcela inadimplida equivalente a apenas 8,33%; v) pagamento de 62,43% do preço.

Desafio: fixação de parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa.

Análise qualitativa: ir além do cálculo matemático (os princípios do CC/02 continuam vigorando nos seus institutos decorrentes). Deve-se considerar também o aspecto qualitativo, afastando-se a sua incidência, por exemplo, em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito.

Adimplemento substancial (fim):

Não cabe: quando mesmo insignificante o descumprimento há perda total se interesse do credor, sendo possível a resolução do contrato. Será sempre decisivo é o atendimento do interesse do credor.

Filtros para a configuração do AS: i) objetivo: medida econômica do descumprimento, dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos; ii) subjetivo: sob o foco dos comportamentos das partes no processo contratual.

CDC: não obstante o CDC traga o seu fundamento, a doutrina do adimplemento substancial deve ser aplicada com cautela, de forma a não violar a proteção especial conferida ao consumidor por sua posição de vulnerabilidade. É autorizado ao consumidor o direito de optar entre a substituição por outro ou o abatimento do preço. Necessário que o julgador avalie no caso concreto a gravidade do inadimplemento, tendo em vista a posição e o grau de vulnerabilidade do consumidor.

Adimplemento substancial na prova da DPE/SP:

A caracterização do adimplemento substancial das obrigações produz os seguintes efeitos, EXCETO:

- a) inaugurar ou ratificar a possibilidade de o credor perseguir o ressarcimento pelas perdas e danos.*
- b) obstar a resolução unilateral do contrato.*
- c) impedir que o credor argua a exceção do contrato não cumprido.*
- d) liberar o devedor da obrigação.*
- e) descaracterizar a impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação.*

Adimplemento substancial na prova da DPE/SP:

A caracterização do adimplemento substancial das obrigações produz os seguintes efeitos, EXCETO:

- a) inaugurar ou ratificar a possibilidade de o credor perseguir o ressarcimento pelas perdas e danos.*
- b) obstar a resolução unilateral do contrato.*
- c) impedir que o credor argua a exceção do contrato não cumprido.*
- d) liberar o devedor da obrigação.*
- e) descaracterizar a impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação.*

*** * * ***

Tutela externa do crédito

Conceito: na perspectiva da função social e da boa-fé objetiva, terceiros não devem atuar de forma ilícita ou antiética interferindo indevidamente na execução do negócio jurídico alheio (“Teoria do Terceiro Cúmplice”).

→ A obrigação teria, além de uma eficácia interna (inter partes), uma eficácia externa, que imporia ao terceiro um dever de respeito, sob pena de responsabilidade civil.

→ **Eficácia transubjetiva da relação negocial:** pactos não devem mais ser concebidos como se respeitantes tão só às partes contratantes.

→ Relativização do princípio da relatividade dos contratos (antigo dogma).

Case: Zeca Pagodinho. Agência África condenada (REsp 1.361.149/SP).

* * * * *

CONTRATOS BANCÁRIOS

CONTRATOS BANCÁRIOS:

Definição: para a definição do que são contratos bancários existem alguns requisitos. O requisito subjetivo é a presença de um banco em um dos polos da relação contratual. Também é requisito que o banco esteja exercendo uma atividade específica: a atividade financeira.

Atividade financeira: na atividade financeira o banco coleta recursos dos poupadores (que são quem “tem recursos sobrando” e fornecem recursos aos bancos) que emprestará os recursos aos tomadores.

→ **Spread bancário:** é a diferença entre o que o banco paga nas operações bancárias passivas e o que ganha nas relações bancárias ativas. Ex.: paga ao poupador 0,3% a.m. e cobra do tomador 0,5% a.m. Basicamente é a diferença entre o custo de captação e o custo cobrado do tomador.

CONTRATOS BANCÁRIOS:

Operações bancárias ativas mais comuns: i) mútuo ou empréstimo bancário; ii) abertura de crédito (cheque especial); iii) financiamento; e iv) desconto (banco paga uma duplicata antes de seu vencimento por um valor menor do que o valor nominal dela).

Abertura de crédito: é contrato consensual. Isto é, se aperfeiçoa mediante o simples consenso das partes. O banco se obriga a colocar a disposição certa quantia e o creditado apenas pagará juros sobre o valor efetivamente utilizado. **Para pessoas físicas o contrato chama "cheque especial" e para pessoas jurídicas chama "conta garantida".**

→ Porque neste contrato o banco cobra tanto? Por duas razões: i) a primeira é que o cliente pode usar a quantia quando desejar (não tem uma data definida); e ii) o banco não exige garantia.

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO:

“**Cheque especial**”: Este contrato tem se tornado mais raro pois os bancos tem dado preferência à celebração das cédulas de crédito bancário.

→ Nesta modalidade contratual o banco coloca à disposição crédito e o consumidor se compromete a restituir a quantia que no futuro ele vier a utilizar. É um empréstimo de valor futuro.

O contrato vale como título executivo extrajudicial? A pergunta que surge aqui é: o devedor contratou valor certo? Pode neste caso o banco juntar o título, os extratos e fazer um título extrajudicial complexo? **STJ**: entendeu que não.

Súmula 233: O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

Os bancos então enfiaram na Lei nº 10.931 um artigo dizendo que a Cédula de Crédito Bancário fundada em contrato de abertura de crédito é sim título executivo extrajudicial. → necessidade de documentos comprovando a dívida (extratos, etc).

→ Legislação foi reação à jurisprudência. Preocupação do relator em não encobrir um contrato de abertura de crédito. STJ e TJSP admitem a CCB como título executivo extrajudicial.

* * * *

CONTRATO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR:

→ Incidência do CDC.

Informações suficientes: deve ter informações para celebrar ou não o contrato.

O consumidor deve ser informado de:

- Taxa efetiva de juros (contratou juros de 10% e ao final, com a soma de todos os outros encargos a taxa fica de 13%). O custo efetivo deve ser claro;
- Deve ser informado o total que o consumidor pagará (resolução do CMN);
- Deve saber o valor de cada uma das prestações; e
- Devem ficar claros nos encargos moratórios (comissão de permanência, juros de mora e multa).

Liquidação antecipada da dívida: ocorre quando o consumidor dispõe de recursos e deseja liquidar a dívida antes do seu vencimento. Isto é um direito do consumidor e deve haver o abatimento proporcional dos juros. A instituição bancária não pode cobrar por isso.

CORREÇÃO MONETÁRIA:

Definição: é a recuperação do poder de compra do valor da moeda. O índice a ser adotado para correção monetária deve estar expressamente pactuada em contrato. **Não é penalidade.**

Termo inicial:

Danos MATERIAIS: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito (contratual ou extracontratual) a partir da data do efetivo PREJUÍZO.

Súmula 43 - Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Danos MORAIS: a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do ARBITRAMENTO.

SÚMULA 362 - A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

CORREÇÃO MONETÁRIA:

Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

→ A interpretação do pedido deve ser restritiva. A lei diz que ao principal deve-se incluir os juros. O artigo citado possui a redação de 1969 na qual não se discutia a correção monetária, a qual tem por escopo manter o poder de compra da moeda substancialmente, é evidente, pois, que o fator de correção monetária não cria um enriquecimento do cidadão, pois nada acresce à moeda diferentemente dos juros.

→ Juntamente com a correção monetária, entende-se como pedidos implícitos as despesas e os honorários advocatícios.

→ O juiz ainda que na ausência do pedido deve lançar os pedidos implícitos, mas se este não o fez e há o trânsito em julgado procedendo-se o cumprimento de sentença, entende o STJ se os juros e a correção não estão previstos na sentença ainda assim estes devem ser incluídos no cumprimento, o que não se aplica aos honorários e despesas.

→ O expurgo inflacionário diz respeito a uma correção monetária e pode ser incluído no cumprimento sendo desnecessário o preceito condenatório, pois não há agregação de preceito de mérito.

TAXA DE JUROS:

Juros possíveis:

Juros compensatórios/remuneratórios: são aqueles que visam compensar o tempo em que o credor ficou com a coisa indisponível. Assim, visam remunerar o credor. Não estão relacionados a inadimplemento. Estarão inseridos na obrigação principal.

Juros moratórios: são aqueles que decorrem do inadimplemento (juros clássicos). Visam compelir ao pagamento. Podem ser legais ou convencionais.

A taxa de juros moratórios legais é a fixada pelo Art. 406 do CC: *“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”*

Há certo imbróglio quanto à qual seria essa taxa (SELIC, CTN ou 1% a.a.). Esta última corrente costuma prevalecer na doutrina e na jurisprudência.

TAXA DE JUROS MORATÓRIOS E REMUNERATÓRIOS:

Atenção: 1% a.m. é mais do que a SELIC. Na Defensoria, melhor para o assistido que seja a SELIC, apesar de a taxa legal de 1% a.m. ser mais segura.

Súmula 379: Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

Contudo, o problema é mesmo em relação aos juros compensatórios. Qual o seu limite? Em regra são convencionados; estão previstos contratualmente.

Estão disciplinados no Art. 591, do CC:

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

Pela leitura literal do artigo entenderíamos ser o limite 1% a.m. STF e STJ admitem a aplicação dessa lei pós-CRFB/88 (Súmula 596, STF e Súmula 382, STJ). A EC 40/92 retirou o Art. 192, §3º, da CF/88, que limitava em 12% a.a.

JUROS REMUNERATÓRIOS:

Evolução legislativa: CC/1916 → sucedido pelo Decreto 22.626/33 (Lei da Usura) → Lei 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária) → CF/88 → CC/02.

CC/1916: era extremamente liberal. Não estipulava limite de juros. As taxas podiam ser livremente pactuadas. Se não houvesse pacto expresse, valia o limite de 6% ao ano.

Dec. 22.626/33 (Lei de Usura): a lei vinha combater a usura pecuniária, os juros usurários. Pretendia trazer limites à cobrança de juros. O limite fixado foi de 12% ao ano, o que significava que as partes não podiam pactuar em patamar superior. **Os bancos tentavam contornar de várias formas esta estipulação.**

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS:

Lei 4.595/64 (Lei da Reforma Bancária): várias leis foram editadas nesta época (início da ditadura militar) com vistas a modernizar a economia (Lei de Mercado de Capitais, entre outras). A Lei da Reforma Bancária criou o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central. Com a criação destas duas instituições, ela instituiu o Sistema Financeiro Nacional.

→ Neste momento foi criada uma antinomia entre a Lei da Usura e a criação do SFN: neste momento, o STF decidiu acabar com a limitação de juros nas operações bancárias e determinou que quem deveria fixar os juros nas operações bancárias era o CMN.

CF/88: o constituinte decidiu colocar fim à ausência de limite à taxa de juros e estabeleceu que o limite deveria ser 12% a.a. (no já revogado art. 192, caput e §3º). Todavia, determinou que “Lei Complementar deverá regulamentar o SFN”, desta forma, a Lei 4.595/64 deveria ser substituída por Lei Complementar, o que nunca ocorreu.

TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS:

Súmula 596: As disposições da Lei de Usura (limitação em 12% dos juros) não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

→ Assim, a partir da edição da Lei 4.595/64, não incide mais o limite da Lei de Usura sobre as operações bancárias das instituições integrantes do SFN.

→ Desta forma, o limite imposto pela Lei de Usura continua para outras operações (ex.: empréstimo entre vizinhos não poderá exceder a taxa máxima de juros de 12% a.a.).

→ O CMN não tem feito uso da sua prerrogativa para a fixação de juros nas operações bancárias.

TAXA DE JUROS:

CC/02: o CC/02 trata dos contratos de mútuo, mas não de contrato bancário (capítulo específico foi retirado do projeto). A disciplina do mútuo combinada com a dos juros levou muitas pessoas a crer que o CC/02 pretendia limitar a taxa de juros dos contratos de mútuos bancários (art. 591 + 406).

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

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

TAXA DE JUROS:

STJ se manifestou: entendeu que a limitação de juros nos contratos de mútuo apenas é aplicável às instituições não bancárias e as atividades bancárias continuariam regulamentadas pela Lei 4.595/64. Desta forma, mútuos bancários podem ter a sua taxa de juros estipulada livremente.

A Súmula 496 do STF continua valendo, pois foi encampada pelo STJ. E o STJ editou a Súmula 382, que prescreve que:

Súmula 382: A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

TAXA DE JUROS:

Súmula 541 - A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada (REsp 973.827 e REsp 1.251.331).

Mas afinal, alguma taxa de juros indica abusividade? STJ tem entendido que em que se pese o sistema ser o da livre fixação, caso fique caracterizada a abusividade, poderá o juiz reduzir a taxa (caso a caso – não há em tese). Mas como comprovar a abusividade?

→ O STJ vem entendendo ser abusiva a taxa de juros muito superior à taxa média de mercado, se levando em conta as peculiaridades do caso concreto (ex.: situação pessoal do devedor, natureza da operação, se o nome do devedor estiver no SERASA). (REsp 061.530-RS sedimentou a questão).

Problemática: a taxa média de mercado é a média das taxas cobradas pelas instituições financeiras. Se todos os bancos cobram juros altos, a taxa média de mercado será alta. As instituições financeiras são poucas e elas fixam a taxa média num patamar muito alto.

→ **Onde encontrar a taxa média?** Há alguns anos os bancos foram obrigados a informar o Bacen as taxas em cada modalidade de operação.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS:

Súmula 539 - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada" (REsp 1.112.879, REsp 1.112.880 e REsp 973.827).

Evolução legislativa: CC/1916 → Dec. 22.626/33 (Lei de Usura) → MP 2.170/36 → Lei 10.931/04.

CC/1916: não havia a proibição dos juros sobre juros/capitalização/anatocismo/regime de juros compostos.

Decreto 22.626/33 (Lei de Usura): o decreto proíbe a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano (mensal, semestral...).

Atenção: a Lei 4.595/64 continua em vigor com a estipulação de que "quem fixa a taxa de juros é o CMN".

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS:

Súmula 121, STF: o STF fixou o entendimento por meio da Súmula 121 de que é livre a estipulação da taxa de juros (Súmula 596), mas que continua proibida a capitalização mensal mesmo nos mútuos bancários.

Súmula 121: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

→ O STJ assumiu a competência para julgar matéria de lei infraconstitucional não especializada e encampou este entendimento de vedação da capitalização mensal de juros. O STJ prevê apenas exceções para os casos em que a lei expressamente autoriza (Súmula 93), tais como nas Cédulas de Crédito Rurais. Mas é sempre ao comerciante e não ao consumidor final que ela é permitida.

Súmula 93: A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS:

MP 2.170/36: Aí então os bancos resolveram que não dava para remunerar o capital dos poupadores de forma capitalizada e receber de forma simples e enfiaram na MP 2.170/36 (que era sobre outro assunto) a possibilidade de capitalização mensal. O STJ aceitou a aplicabilidade da MP de forma pacífica. **Após ADIN (RE 592377) STF no começo de 2015 entendeu pela constitucionalidade de MP.** Mas deve estar pactuada expressamente!

* * * *

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA:

Lei 4.595/64: CMN criou a famosa comissão de permanência. Enquanto o devedor *permanecer* em mora, o banco cobra esta comissão.

Resolução Bacen 129/86: bancos ficam autorizados a cobrar a CP pela taxa mais alta vigente no mercado no dia da inadimplência.

Súmula 294: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

→ CP deve ser cobrada pela taxa média de mercado no dia da inadimplência e desde que não supere a taxa do contrato (estabeleceu um teto).

→ A taxa média de mercado faz uma relação com o valor que o banco "paga" pelo capital.

→ Cláusula potestativa: que fica ao arbítrio de uma das partes.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA:

Cumulação da comissão de permanência com os demais encargos: STJ → entendeu que a comissão de permanência não é cumulável com a correção monetária, isto porque a correção monetária já está embutida na taxa média de mercado.

Súmula 30: A comissão de permanência e a correção monetária são **inacumuláveis**.

→ Já a cumulação com juros moratórios e multa é permitida, visto que não se pode privilegiar o mau pagador: o consumidor em dia com suas obrigações paga juros e o inadimplente deve pagar também.

* * * *

MULTA MORATÓRIA:

Multa moratória: se o contrato for de concessão de mútuo ao consumidor, incide o CDC que estabeleceu que o limite máximo da multa é de 2% ao ano (§2º, artigo 52, CDC). Lembrar que o STJ editou a Súmula 297 que dispõe que o CDC se aplica às instituições bancárias.

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

* * * *

* * * *

MULTA - casuística:

CONTRATOS. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULAS PENAIS.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA COM INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES.

*O promitente comprador, no caso de atraso na entrega do imóvel adquirido, tem direito a exigir, além do cumprimento da obrigação e do pagamento do valor da cláusula penal moratória prevista no contrato, a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora. Enquanto a cláusula penal compensatória funciona como pré-fixação das perdas e danos, a cláusula penal moratória, cominação contratual de uma multa para o caso de mora, serve apenas como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação. A cláusula penal moratória, portanto, não compensa o inadimplemento, nem substitui o adimplemento, não interferindo na responsabilidade civil correlata, que é decorrência natural da prática de ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Assim, não há óbice a que se exija a cláusula penal moratória juntamente com o valor referente aos lucros cessantes. **REsp 1.355.554-RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 6/12/2012.***

O **STJ analisou**, neste caso concreto, o **contrato de compromisso ou promessa de compra e venda**, hoje muito comum.

MULTA - casuística:

Caso tratado no julgado: promissário comprador havia adquirido um imóvel ainda não construído (na planta) com data certa para a imissão na posse. Houve atraso e o comprador não pôde se imitar na posse.

É contrato de adesão: é a própria construtora quem redige o contrato de promessa de compra e venda. Geralmente há cláusula penal para o comprador mas não para a construtora.

→ Não obstante, STJ em diversas ocasiões expressou entendimento de que, neste caso, a cláusula penal moratória relativa ao comprador, em face de eventual atraso nas prestações, pode ser estendida à construtora, quando houver atraso na entrega do imóvel, isso com fulcro no equilíbrio e justiça contratual.

→ No mais, em razão da demora na entrega, os prejuízos por ele havidos podem ser cobrados da construtora.

→ Poderia cobrar aluguel eventual ou aluguel gasto. STJ decidiu que não tem natureza de penalidade (*non bis in idem*).

TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA:

Polêmica: muitas vezes o montante da dívida do consumidor chega num nível tão elevado que o devedor não tem como pagar e acaba celebrando um "termo de confissão de dívida". A polêmica é: pelo fato de o consumidor ter celebrado este termo, isso significa que ele está impedido de questionar eventuais ilegalidades cometidas anteriormente pelo banco? Teria o termo o papel de uma novação e de gerar uma nova obrigação por completo?

STJ: Ele pode questionar sim as ilegalidades. O fato dele ter assinado uma confissão de dívida não convalida eventuais ilegalidades anteriormente cometidas.

Súmula 286: A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO:

Conceito: este contrato envolve a concessão de crédito pela instituição financeira a partir do momento em que o devedor deixa de pagar os valores devidos na data da fatura.

→ Existe operação financeira nestes casos e a administradora de cartão de crédito é considerada instituição financeira (Súmula 283, STJ).

Portanto: juros limitados apenas se abusivos e não incidem as limitações da lei de usura.

Súmula 283: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

* * * *

CHEQUE – termo inicial para cobrança dos juros:

Juros moratórios no caso de cobrança de cheque

Os juros relacionados com a cobrança de crédito estampado em cheque são disciplinados pela Lei do Cheque (Lei n.º 7.357/85).

Segundo a referida Lei, os juros de mora devem ser contados desde a data da primeira apresentação do cheque pelo portador à instituição financeira.

Não se aplica, portanto, a regra do art. 405 do CC, que conta os juros a partir da citação inicial.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.354.934-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20/8/2013 (Info 532).

CHEQUE:

Cheque sustado pode ser levado a protesto por endossatário terceiro de boa-fé

É possível o protesto de cheque, por endossatário terceiro de boa-fé, após o decurso do prazo de apresentação, mas antes da expiração do prazo para ação cambial de execução, ainda que, em momento anterior, o título tenha sido sustado pelo emitente em razão do inadimplemento do negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.124.709-TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18/6/2013 (Info 528).

Questão de Prova DPESP 2012- Alienação fiduciária:

47. Procedimentos especiais.

(A) O pedido de alvará judicial autônomo pode ser utilizado pelos herdeiros para o levantamento dos montantes das contas individuais do FGTS e Pis-Pasep, bem como para o recebimento das restituições relativas ao imposto de renda, quando não recebidos em vida pelos respectivos titulares, sendo que, em caso de quantia depositada em conta poupança ou conta de investimento, independentemente do valor, será necessária a abertura de arrolamento ou inventário.

(B) Em ação de busca e apreensão de veículo objeto de alienação fiduciária, após a execução da liminar concedida, caso ocorra a purgação da mora pelo réu no prazo legal e o autor já tenha vendido o bem em leilão, sendo a ação improcedente, a sentença condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, sem prejuízo da reparação por eventuais perdas e danos.

(C) A sobrepartilha de bens sonegados não correrá nos autos do inventário do autor da herança, exigindo novo processo. (D) Falecendo qualquer das partes, a habilitação do espólio ou dos sucessores será feita em procedimento autônomo, não se admitindo a habilitação nos autos da causa principal.

(E) Em ação de reintegração de posse, proposta dentro de ano e dia do esbulho, a antecipação de tutela deferida liminarmente deve ser fundamentada em situação de perigo, eis que se trata de tutela de urgência.

Questão de Prova DPESP 2012- Alienação fiduciária:

47. Procedimentos especiais.

(A) O pedido de alvará judicial autônomo pode ser utilizado pelos herdeiros para o levantamento dos montantes das contas individuais do FGTS e Pis-Pasep, bem como para o recebimento das restituições relativas ao imposto de renda, quando não recebidos em vida pelos respectivos titulares, sendo que, em caso de quantia depositada em conta poupança ou conta de investimento, independentemente do valor, será necessária a abertura de arrolamento ou inventário.

(B) Em ação de busca e apreensão de veículo objeto de alienação fiduciária, após a execução da liminar concedida, caso ocorra a purgação da mora pelo réu no prazo legal e o autor já tenha vendido o bem em leilão, sendo a ação improcedente, a sentença condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, sem prejuízo da reparação por eventuais perdas e danos.

(C) A sobrepartilha de bens sonegados não correrá nos autos do inventário do autor da herança, exigindo novo processo. (D) Falecendo qualquer das partes, a habilitação do espólio ou dos sucessores será feita em procedimento autônomo, não se admitindo a habilitação nos autos da causa principal.

(E) Em ação de reintegração de posse, proposta dentro de ano e dia do esbulho, a antecipação de tutela deferida liminarmente deve ser fundamentada em situação de perigo, eis que se trata de tutela de urgência.

ARRENDAMENTO MERCANTIL/LEASING:

Conceito: empréstimo de valores com finalidade específica. Ele é celebrado quando o devedor não dispõe de recursos para a aquisição de um bem e a empresa de leasing o adquire, transferindo a posse para o arrendatário (saliente-se que a propriedade é a arrendadora).

→ Relata-se que no Brasil, as primeiras operações se deram em 1967 (durante o regime militar) entre as empresas Colina do Farol e SIAC, na aquisição experimental de equipamentos de produção.

Contrapartida: a instituição financeira recebe o valor do bem de volta e a remuneração pelo uso do bem durante certo período (como um aluguel). A obrigação do arrendatário é pagar estas contraprestações.

Ao final: o arrendatário tem três opções: i) comprar o bem; ii) devolver o bem; e iii) renovar o arrendamento.

→ Assim, o arrendamento mercantil é um contrato atípico, pois não é venda, pois o arrendatário pode devolver o bem e nem tampouco aluguel, pois o arrendatário pode ficar com o bem ao final.

ARRENDAMENTO MERCANTIL:

APLICAÇÃO DAS REGRAS PROCEDIMENTAIS DO DL 911/69 AO LEASING:

Lei n.º 6.099/74: dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, mas não trata, de forma detalhada, a respeito das regras e procedimentos aplicáveis nos casos de leasing.

Pensando nisso, a Lei n.º 13.043/2014 determinou que o procedimento adotado pelo DL 911/69 para o caso de inadimplemento do devedor na alienação fiduciária (notificação, purgação de mora, etc).

Importante:

Assim, a partir de agora, os procedimentos previstos no art. 2º, *caput* e § 2º e no art. 3º do DL 911/69 (regras relacionadas com a alienação fiduciária) deverão ser aplicadas às operações de arrendamento mercantil (leasing).

ARRENDAMENTO MERCANTIL/LEASING:

Valor residual garantido: para a aquisição do bem, normalmente se condiciona ao pagamento do VRG. É comum que se parcele o VRG ao longo do contrato. Todavia, caso ele não exerça o direito de compra, o valor não pode ser retido pela arrendatária e deverá ser devolvido.

Súmula 293: A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

ARRENDAMENTO MERCANTIL/LEASING (cont.):

Mora do arrendatário: a ação adequada neste caso é a da Reintegração de Posse, pois o bem pertence ao banco.

Requisito: prévia notificação do devedor para que ele possa purgar a mora (dessa forma também fica caracterizada o esbulho).

Súmula 369: No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.

Teoria do adimplemento substancial: no caso de consumidores que já haviam adimplido com muitas parcelas do contrato quando ficaram inadimplentes, o STJ vem decidindo no sentido de que, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, não pode o contrato ser rescindido em virtude do descumprimento de parcela mínima do contrato. Neste caso, o credor tem direito ao crédito, mas a relação contratual deve permanecer.

→ **Mas o que é uma parcela substancial?** Não há estipulação objetiva para isso. No precedente paradigma, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o consumidor havia cumprido 85% do contrato.

ARRENDAMENTO MERCANTIL (cont.):

Todavia:

1) Se VRG pago + valor do bem vendido > VRG previsto no contrato = arrendatário terá direito de receber a diferença.

2) Se VRG pago + valor do bem vendido < VRG previsto no contrato = arrendatário NÃO terá direito de receber a diferença (até porque não haverá diferença).

Outras despesas: mesmo na hipótese 1, o contrato poderá prever que, antes de devolvida a diferença para o arrendatário, o arrendador terá direito de descontar, previamente, outras despesas que tenha tido ou encargos contratuais.

Neste sentido, para os efeitos do art. 543-C do CPC (recurso repetitivo), o STJ firmou o seguinte entendimento:

"Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais". STJ. 2ª Seção. REsp 1.099.212-RJ, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/2/2013 (recurso repetitivo) (Info 517).

ARRENDAMENTO MERCANTIL - casuística:

Questão: Se o veículo adquirido apresenta vício redibitório, o banco com quem o consumidor fez o leasing terá algum tipo de responsabilidade?

No caso, a consumidor propôs ação pedindo a rescisão do contrato de compra e venda e a rescisão do contrato de arrendamento mercantil alegando que o veículo adquirido possuía vício redibitório. Requereu, ainda, a devolução da quantia paga e indenização por danos materiais e morais. Ressalte-se que a ação foi proposta contra três réus: a concessionária, a fabricante e o banco.

O banco suscitou sua ilegitimidade passiva para a causa afirmando que não poderia responder por defeito de produto que não forneceu e que o fato de ter concedido financiamento bancário, não o tornaria responsável pelo carro adquirido. Argumentou, ainda, que o seu contrato com o consumidor seria independente do contrato de compra e venda. O STJ decidiu que instituição financeira vinculada à concessionária do veículo ("banco da montadora") possui responsabilidade solidária por vício do produto (veículo novo defeituoso) uma vez que ela foi parte integrante da cadeia de consumo. STJ. 3ª Turma. Rel. para Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/11/2014 (Info 554).

ARRENDAMENTO MERCANTIL - casuística:

Questão 2: no caso concreto, o contrato de arrendamento mercantil (leasing) não é independente do contrato de compra e venda do veículo? Esse argumento do banco não estaria correto?

Não. Segundo a Min. Nancy Andrighi (REsp 1.379.839-SP)

, atualmente, a principal via para adquirir um carro é por meio de financiamento bancário (leasing ou alienação fiduciária).

Com o objetivo de facilitar a venda de automóveis e maximizar seus lucros, muitas montadoras criaram bancos que oferecem, via de regra, juros mais baixos que os “bancos de varejo”.

Os “bancos de montadoras” funcionam como “braço financeiro” da montadora a que se vinculam, atuando com o objetivo de aumentar as vendas de automóveis de determinada marca por facilitarem o crédito aos consumidores interessados.

O cliente que procura a concessionária já tem o pacote completo: além de escolher e comprar o veículo, já pode, no mesmo local, contratar um financiamento para pagar o produto.

→ obs.: comum responsabilização de seguradoras nas mesmas circunstâncias.

ARRENDAMENTO MERCANTILM (cont.):

Cadeia de consumo complexa: o contrato de arrendamento mercantil assinado entre o consumidor e um “banco de montadora” só existe porque houve, logo antes, um contrato de compra e venda de veículo da mesma marca a que se vincula esse banco. Perceba, dessa forma, que o arrendamento mercantil, nessa situação, passa a integrar a própria relação de compra e venda como um serviço adicional oferecido pela fabricante de automóveis para consecução do objetivo maior, que é a venda do veículo (“operação casada”).

Boa-fé objetiva: além disso, o STJ considerou que viola a boa-fé objetiva impor ao consumidor que continue quitando as parcelas de um contrato de arrendamento mercantil firmado com um “banco de montadora”, se o automóvel é imprestável para uso, ou mesmo que arque com os juros dessa operação quando o contrato de compra e venda já foi rescindido.

ARRENDAMENTO MERCANTILM (cont.):

Teoria base do negócio jurídico: também houve aplicação desta teoria, no sentido que as obrigações recíprocas dos contratantes são fixadas sob determinada realidade fática, que assegura a equivalência e a finalidade do contrato. Se essas circunstâncias forem substancialmente modificadas, é permitida a revisão, rescisão ou resilição do contrato. A teoria da base objetiva do negócio diferencia-se da teoria da imprevisão porque na teoria da base do negócio não há o advento de vantagem exagerada em prol de uma das partes do contrato.

Conclusão: em caso de vício redibitório no veículo financiado, o banco tem responsabilidade civil e o contrato de arrendamento mercantil poderá ser rescindido?

- Se foi feito com um "banco de varejo": NÃO.
- Se foi feito com um "banco de montadora": SIM.

Questão de concurso DPE-PR 2012 – Arrendamento Mercantil:

44. Sobre o Direito Contratual, é correto afirmar:

(A) O locatário deverá ser indenizado pelas benfeitorias úteis realizadas no imóvel locado, ainda que não expressamente autorizadas pelo locador, tendo em vista ser inválida a cláusula que dispõe sobre a renúncia à indenização destas obras, nos termos da jurisprudência majoritária.

(B) A sustação da compra e venda, por culpa do adquirente, após a pactuação de arras confirmatórias, dá ensejo ao desfazimento do negócio com a retenção do sinal, permitindo, ainda, que o vendedor requeira indenização suplementar se provar a ocorrência de prejuízo maior que o valor das arras. (correta)

(C) A fiança prestada por pessoa física em contrato de locação firmado por seu irmão, sem autorização de sua esposa, é eficaz apenas com relação ao fiador.

(D) Com relação à dívida pessoal, o proprietário do imóvel poderá opor a impenhorabilidade da sua vaga de garagem, devidamente registrada, na condição de bem de família.

(E) A empresa X, ao prever e cobrar antecipadamente o Valor Residual Garantido (VRG) do contrato de arrendamento mercantil firmado por pessoa física, acaba transformando a pactuação em compra e venda a prestação.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA X ARRENDAMENTO MERCANTIL:

Alienação Fiduciária: é a aquisição de um bem à crédito. O credor (geralmente financeira) toma o próprio bem em garantia, de forma que o comprador fica impedido de negociar o bem com terceiros, que usufrui do bem normalmente.

→ **Registro:** no caso de veículos adquiridos sob essa modalidade, a alienação fiduciária fica registrada no documento de posse do próprio veículo e só é retirado o registro após todo o crédito ser quitado (publicidade).

Diferença com o arrendamento mercantil: a propriedade o bem é desde logo transferida ao devedor, que dá o bem em garantia da dívida.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (cont.):

Atenção: a alienação fiduciária é sempre acessória a um contrato principal. Extinto o contrato principal, extingue também a garantia.

Propriedade resolúvel: se não cumprida a obrigação, o credor deve reaver o bem (por meio de ação de busca e apreensão) e não pode ficar com ele, deve aliená-lo.

Formalidade: é fundamental a especialização do bem e da dívida, sem isso não está constituída a alienação fiduciária em garantia e ela não poderá ser registrada no registro competente.

Registro do contrato: o registro do contrato serve para que terceiros tomem ciência da obrigação.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

Legislação pertinente: Lei 4.728/65 (Lei de Mercado de Capitais – início da disciplina da matéria, quando o instituto ainda começava a surgir no ordenamento), Dec. Lei 911/69, Lei 9.514/97 (quando estenderam a alienação fiduciária em garantia a bens imóveis também) e Lei 10.931/04 (passaram a autorizar a cessão fiduciária de crédito – e não mais apenas de bem móvel e imóvel).

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.

Portanto, atualmente é autorizada a alienação fiduciária em garantia de bens: i) móveis; ii) imóveis; e iii) créditos (faturamento dado em garantia).

Garantia real: este é o contrato que confere ao credor a garantia mais forte de todas. Há a garantia real. A diferença entre esta modalidade de garantia e o penhor, a hipoteca e o caução é que nestas três modalidades o devedor era proprietário do imóvel. A vantagem é a forma mais célere e simples de executar a garantia.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Mora:

(regulada pelo DL 911/69):

1. Protesto do título ou notificação do credor: o credor (mutuante) deverá fazer o protesto do título ou a notificação extrajudicial do devedor, por meio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, de que este se encontra em débito.

Súmula 72 do STJ: A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

→ A notificação não precisa ser pessoal, bastando que seja entregue no endereço do devedor:

Na alienação fiduciária, a mora do devedor deve ser comprovada pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, entregue no endereço do domicílio do devedor, sendo dispensada a sua notificação pessoal. STJ. 3ª Turma. AgRg no AREsp 418.617/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 06/02/2014.

2. Ajuizamento da ação:

Após comprovar a mora, o mutuante poderá ingressar com uma ação de busca e apreensão

requerendo que lhe seja entregue o bem (art. 3º). É uma ação especial autônoma e independente de qualquer procedimento posterior.

3. Concessão da liminar:

O juiz concederá a busca e apreensão de forma liminar (sem ouvir o devedor), desde que comprovada a mora (notificação) bem como o inadimplemento do devedor.

4. Apreensão do bem: O bem é apreendido e entregue ao credor.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Mora:

5. Possibilidade de pagamento integral da dívida: no prazo de 5 dias após o cumprimento da liminar (apreensão do bem), o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus (§ 2º do art. 3º).

Art. 3º (...)

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931/2004)

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Redação dada pela Lei 10.931/2004)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Mora:

"Integralidade pendente": Todo o débito. Segundo decidiu o STJ, a Lei n.º 10.931/2004, que alterou o DL 911/69, não mais faculta ao devedor a possibilidade de purgação de mora, ou seja, não mais permite que ele pague somente as prestações vencidas.

→ Antes: o devedor purgava a mora quando ele oferece ao credor as prestações que estão vencidas e mais o valor dos prejuízos que este sofreu (art. 401, I, do CC). Nesse caso, purgando a mora, o devedor consegue evitar as consequências do inadimplemento.

→ Ocorre que na alienação fiduciária em garantia, a Lei n.º 10.931/2004 passou a não mais permitir a purgação da mora. O tema acima foi decidido em sede de recurso repetitivo, tendo o STJ firmado a seguinte conclusão, que será aplicado em todos os processos semelhantes:

Nos contratos firmados na vigência da Lei n.º 10.931/2004, que alterou o art. 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei 911/1969, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária. STJ. 2ª Seção. REsp 1.418.593-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/5/2014 (recurso repetitivo).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - Mora:

Contratos anteriores à vigência da Lei n.º 10.931/2004 ainda é permitida a purgação da mora: antes da Lei n.º 10.931/2004 era permitida a purgação da mora desde que o devedor já tivesse pago no mínimo 40% do valor financiado. Tal entendimento estava, inclusive, consagrado em um enunciado do STJ:
Súmula 284-STJ: A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.
→ *Válida apenas para contratos anteriores à Lei 10.931/2004.*

6. Contestação:

No prazo de 15 dias após o cumprimento da liminar (apreensão do bem), o devedor fiduciante apresentará resposta (uma espécie de contestação).

→ A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha decidido pagar a integralidade da dívida, caso entenda ter havido pagamento a maior e deseje a restituição.

→ Nesta defesa apresentada pelo devedor, é possível que ele invoque a ilegalidade das cláusulas contratuais (ex: juros remuneratórios abusivos, retenção do VRG). Se ficar provado que o contrato era abusivo, isso justificaria o inadimplemento e descaracterizaria a mora.

7. Sentença: da sentença proferida cabe apelação, apenas no efeito devolutivo.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

8. VENDA DO BEM: se houve o inadimplemento ou mora e o bem foi apreendido, o credor (proprietário fiduciário) poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato (art. 2º do DL 911/69).

Preço da venda: o preço da venda, isto é, o valor apurado com a alienação, deverá ser utilizado para pagar os débitos do devedor para com o credor e também para custear as despesas decorrentes da cobrança dessa dívida.

→ Se após o pagamento da dívida ainda sobrar dinheiro esse saldo apurado deverá ser entregue ao devedor.

Dever do credor de prestar contas: a Lei n.º 13.043/2014 alterou o caput do art. 2º do DL 911/69, deixando expresso que o credor, após promover a alienação do bem, tem o dever de prestar contas ao devedor a fim de que este tenha ciência do valor que foi apurado com a venda e possa fiscalizar para saber se sobrou algum saldo, já que tais recursos lhe pertencem.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – a venda:

Venda extrajudicial do bem móvel: se não houver o pagamento após 5 dias da busca e apreensão do veículo, haverá a venda extrajudicial do bem (rapidamente, sem intervenção do judiciário). Aí então a instituição financeira deverá debitar o valor da venda extrajudicial do bem do saldo devedor e apurar se há algum valor por adimplir.

Havendo, deverá a instituição se valer de ação monitória (com base no contrato, no documento do leilão). Não cabe simples execução.

Venda extrajudicial do bem imóvel: registra a alienação na matrícula do imóvel. Se não pagar o empréstimo, é notificado por meio de registro de imóveis, com o prazo previsto em lei de 15 dias para purgar a mora (da publicação do edital). Se não purgar, o registrador de imóveis já cancela a matrícula e o registro passa para o credor. Ele, que era proprietário resolúvel se torna proprietário (mas também não pode ficar com o bem). Ocorre o leilão extrajudicial e enquanto o devedor fica no imóvel ele paga por isso (aluguel). Devedor fica no imóvel até que o arrematante entre com ação de reintegração de posse. Tudo isto está previsto na Lei 10.931/04.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

10. BEM NÃO ENCONTRADO: se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva (execução para a entrega de coisa) *(art. 4º do DL 911/69, com redação dada pela Lei n.º 13.043/2014)*.

Bloqueio judicial por outros débitos: não será aceito bloqueio judicial de bens constituídos por alienação fiduciária de que trata o DL 911/69. Se os outros credores quiserem alegar que possuem créditos preferenciais em relação à instituição financeira mutuante, tal discussão sobre concursos de preferências deverá ser resolvida pelo valor da venda do bem após ele ser apreendido (art. 7º-A do DL 911/69, inserido pela Lei n.º 13.043/2014).

Bem de família: se o devedor deu em garantia o seu imóvel, ele deixou de ser impenhorável e ele pode sim perder o bem de família em caso de inadimplência.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

Responsabilidades do credor fiduciário pelo bem em caso de consolidação da propriedade: o credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitado na posse direta do bem (*parágrafo único do art. 1.368-B do CC, inserido pela Lei n.º 13.043/2014*).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

Bem imóvel: a consequência do inadimplemento é muito grave, então, o procedimento é bastante rígido e protetivo do devedor. Info 550, STJ:

DIREITO CIVIL. ERRO NA INDICAÇÃO DO CREDOR FIDUCIÁRIO EM NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

É nula a notificação extrajudicial realizada com o fim de constituir em mora o devedor fiduciante de imóvel, quando na referida comunicação constar nome diverso do real credor fiduciário. A notificação em questão (art. 26 da Lei 9.514/1997), para além das consequências naturais da constituição do devedor fiduciante em mora, permite, em não havendo a purgação da mora, o surgimento do direito de averbar na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em nome do credor notificante, isto é, do fiduciário. Justamente por isso que a referida notificação/intimação do devedor fiduciante possui requisitos especiais que, se não seguidos, acarretam sua nulidade. Desse modo, a repercussão da notificação é tamanha que qualquer vício em seu conteúdo é hábil a tornar nulos seus efeitos, principalmente quando se trata de erro crasso, como há na troca da pessoa notificante. REsp 1.172.025-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/10/2014.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

Info 552, STJ: **POSSIBILIDADE DE PURGAÇÃO DA MORA MESMO APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR FIDUCIÁRIO.**

Mesmo que já consolidada a propriedade do imóvel dado em garantia em nome do credor fiduciário, é possível, até a assinatura do auto de arrematação, a purgação da mora em contrato de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei 9.514/1997). À luz da dinâmica estabelecida pela Lei 9.514/1997, o devedor fiduciante transfere a propriedade do imóvel ao credor fiduciário até o pagamento da dívida. Essa transferência caracteriza-se pela temporariedade e pela transitoriedade, pois o credor fiduciário adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como de sua propriedade, em definitivo, mas sim com a finalidade de garantia da obrigação principal, mantendo-o sob seu domínio até que o devedor fiduciante pague a dívida. No caso de inadimplemento da obrigação, o devedor terá quinze dias para purgar a mora. Caso não o faça, a propriedade do bem se consolida em nome do credor fiduciário, que pode, a partir daí, buscar a posse direta do bem e deve, em prazo determinado, aliená-lo nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997. Nesse ponto, cumpre destacar que o art. 34 do Decreto-Lei 70/1966 diz que "É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito". Desse modo, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, tendo em vista que o credor fiduciário – nos termos do art. 27 da Lei 9.514/1997 – não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário e, por fim, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para o credor. Além disso, a purgação da mora até a data da arrematação atende a todas as expectativas do credor quanto ao contrato firmado, visto que o crédito é adimplido. Precedente citado: REsp 1.433.031-DF, Terceira Turma, DJe 18/6/2014. REsp 1.462.210-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/11/2014.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA:

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

Precedentes da Súmula 308: CIVIL E CONSUMIDOR. IMÓVEL. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. SFH. HIPOTECA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. NÃO PREVALÊNCIA DO GRAVAME. 1 - O entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. 2 - Recurso especial conhecido, mas não provido.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INSTITUÍDA PELA CONSTRUTORA JUNTO AO AGENTE FINANCEIRO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. ARESTOS PARADIGMAS. BASES FÁTICAS DIVERSAS.

Pacificou-se na Segunda Seção não prevalecer, em relação aos compradores, a hipoteca instituída pela construtora ou incorporadora de imóvel junto ao agente financeiro, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito. Embargos de divergência rejeitados.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - JULGADO:

Credor fiduciário é devedor solidário de IPVA

(junho/2015): "APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULO AUTOMOTOR - IPVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO DEVEDOR E CREDOR FIDUCIÁRIO - LEI Nº. 14.937/2003 - SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade pelo pagamento do IPVA incidente sobre veículo objeto de alienação fiduciária é solidária entre o devedor e o credor fiduciário, consoante o artigo 5º da Lei nº.14.937/2003." RESP 1.344.288 MG

CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO:

INFORMATIVO 515 - LEGITIMIDADE DE CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO DIREITO DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE DE CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO EM CONTRATO DE TELEFONIA.

*A cláusula de fidelização é, em regra, legítima em contrato de telefonia. Isso porque o assinante recebe benefícios em contrapartida à adesão dessa cláusula, havendo, além disso, a necessidade de garantir um retorno mínimo à empresa contratada pelas benesses conferidas. Precedente citado: AgRg no REsp 1.204.952-DF, DJe de 20/8/2012. **AgRg no AREsp 253.609-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012.***

Caso julgado: empresa de telefonia fornece aparelho com desconto e, em contrapartida, exigia a fidelidade, isto é, vinculação do cliente àquela empresa telefônica de 18 ou 24 meses. Se o consumidor quisesse romper o vínculo contratual, poderia mas seria devida uma multa compensatória pela rescisão unilateral da avença, tratando-se de cláusula penal compensatória.

→ STJ entendeu válida se comprovada a efetiva vantagem do consumidor.

Sobre multa e penalidade, devemos olvidar a dicção do art. 413, CC, que diz:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

→ Juiz pode reduzir equitativamente.

Precedente citado: AgRg no REsp 1.204.952-DF, DJe de 20/8/2012. AgRg no AREsp 253.609-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012.

CADASTRO DE INADIMPLENTES (SCPC e SERASA):

Dever de informação: a abertura de qualquer cadastro, ficha, registro e dados pessoais ou de consumo referentes ao consumidor deverá ser comunicada por escrito a ele (§ 2º do art. 43 do CDC).

Notificação: o órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito deverá notificar o devedor antes de proceder à inscrição (Súmula 359-STJ).

→ Necessidade de oportunizar ao consumidor a quitação do débito.

Ausência de comunicação: a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja indenização por danos morais, a ser paga pelos órgãos mantenedores de cadastros restritivos (exs.: SERASA, SPC).

Responsável pela indenização: apenas o órgão de proteção ao crédito. O credor não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de indenização por danos morais decorrentes da inscrição em cadastros de inadimplentes sem prévia comunicação.

→ A responsabilidade pela inclusão do nome do devedor no cadastro incumbe à entidade que o mantém, e não ao credor, que apenas informa a existência da dívida (STJ AgRg nos EDcl no REsp 907.608/RS).

→ A situação será diferente se o consumidor for negativado por conta de uma dívida que não existia realmente. Nesse caso, o credor é quem será responsabilizado.

CADASTRO DE INADIMPLENTES (SCPC e SERASA):

Para fins de indenização pela ausência da notificação, irrelevante a regularidade do crédito.

Dano moral in re ipsa/presumido: a indenização por danos morais decorre da simples ausência de prévia notificação, circunstância que se mostra suficiente à caracterização do dano moral.

Dano material: para que haja condenação por danos materiais, é indispensável a prova dos prejuízos sofridos.

Demonstração da notificação: basta que seja provado que foi enviada uma correspondência ao endereço do consumidor notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento (AR).

Súmula 404-STJ: É dispensável o Aviso de Recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.

CADASTRO DE INADIMPLENTES (SCPC e SERASA):

Anotação anterior: o consumidor que possui uma negativação anterior legítima e sofre uma nova anotação, porém desta vez ele não é notificado previamente, não terá direito a danos morais. Ele terá direito apenas de pedir o cancelamento da segunda anotação feita sem notificá-lo.

Súmula 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

STJ: a simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstar a negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.
→ Desincentivo ao ajuizamento de ações temerárias.

Obrigação de comunicar o cadastro: cumpre ao CREDOR (e não ao devedor) providenciar o cancelamento da anotação negativa do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, quando paga a dívida (REsp 255.269/PR).

Caracteriza crime pelo CDC:

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:
Pena — Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

CADASTRO DE INADIMPLENTES (SCPC e SERASA):

Existe um prazo máximo no qual o nome do devedor pode ficar negativado?

SIM. Os cadastros e bancos de dados não poderão conter informações negativas do consumidor referentes a período superior a 5 anos (art. 43, CDC).

Passado esse prazo, o próprio órgão de cadastro deve retirar a anotação negativa, independentemente de como esteja a situação da dívida (não importa se ainda está sendo cobrada em juízo ou se ainda não foi prescrita).

Súmula 323-STJ: A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.

Prazo para "dar baixa" no cadastro: o prazo é de 5 (cinco) dias úteis. Assim, mesmo havendo regular inscrição do nome do devedor em cadastro de órgão de proteção ao crédito, após o integral pagamento da dívida, incumbe ao CREDOR requerer a exclusão do registro desabonador, no prazo de 5 dias úteis, a contar do primeiro dia útil subsequente à completa disponibilização do numerário necessário à quitação do débito vencido.

STJ. 2ª Seção. REsp 1.424.792-BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/9/2014 (recurso repetitivo) (Info 548).

CADASTRO DE INADIMPLENTES (SCPC e SERASA):

Fundamento do prazo: aplicação analógica do art. 43, § 3º do CDC:

Art. 43 (...) § 3º — O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

→ Termo inicial é o efetivo pagamento.

→ Prazo diverso pode ser estipulado, se não abusivo.

→ Após 5 dias, a inscrição fica indevida e enseja indenização por dano moral.

Dispensa de notificação prévia: se estiver apenas reproduzindo informação negativa que conste de registro público (exs.: anotações de protestos que constem do Tabelionato de Protesto, anotações de execução fiscal que sejam divulgadas no Diário Oficial).

(...) É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, não dá ensejo à reparação de danos morais quando oriunda de informações contidas em assentamentos provenientes de serviços notariais e de registros, bem como de distribuição de processos judiciais, por serem de domínio público. (...)

(STJ. 2ª Seção, Rcl 6.173/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 29/02/2012)

Inscrição em valor errado: o STJ entende que o simples erro no valor inscrito da dívida em órgão de proteção de crédito não tem o condão de causar dano moral ao devedor, haja vista que não é o valor do débito que promove o dano moral ou o abalo de crédito, mas o registro indevido, que, no caso, não ocorreu, uma vez que a dívida existe, foi reconhecida pelo autor e comprovada, expressamente (REsp 831162/ES).

INADIMPLEMENTO ANTECIPADO:

Inadimplemento antecipado

É o exemplo clássico de se ter contratado com uma construtora para entrega em abril/2015. Em fevereiro o comprador passa pelo terreno e sequer se construiu a fundação do edifício. É claro que o prazo de 2 meses é inexecutável. Nesse caso, o STJ tem admitido ações para obrigação de construir ou de devolução dos valores já pagos e resolução do contrato. Mais tutelados os contratos que visem à moradia. (STJ , Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 07/04/2015, T3 - TERCEIRA TURMA)

- EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO – MP de julho/2015 (de 30% para 35%).