

NELSON ROSENVALD
FELIPE BRAGA NETTO

Código
Civil
Comentado

artigo por artigo

5^a | revista
Edição | atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

competente. Vale dizer, por vezes o consumidor esperará mais de um ano para ser reembolsado. Porém, se a incorporação não for submetida ao regime do patrimônio de afetação: o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 dias, contado da data do desfazimento do contrato (§§ 5º e 6º do art. 67-A). Apesar da Lei 13.786/18 contrariar a mencionada súmula, inexistente dispositivo no CDC que expressamente imponha a imediata devolução das parcelas pagas, mas tampouco é razoável cogitar de um hiato tão expressivo, como entre o momento da desistência e o do habite-se.

Por fim, a Lei nº 13.786/2018 acrescenta o art. 32-A à Lei nº 6.766/79, disciplinando as consequências da resolução do contrato em caso de fato imputado ao adquirente nos contratos de aquisição de propriedade imobiliária envolvendo o parcelamento do solo urbano por loteamento. Aqui as regras se diferenciam parcialmente daquelas previstas para os contratos de incorporação imobiliária da Lei n. 4.591/64. Ilustrativamente, haverá a dedução dos valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato e o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato (Incisos I e II do art. 32-A). Em acréscimo, o pagamento da restituição ao adquirente ocorrerá em até 12 (doze) parcelas mensais, com início, em loteamentos com obras em andamento, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após o prazo previsto em contrato para conclusão das obras; já em loteamentos com obras concluídas: no prazo máximo de 12 (doze) meses após a formalização da resolução contratual (§ 1º, incisos I e II, art. 32-A). Como forma de coerção indireta no sentido de induzir o

loteador a restituição de valores, § 2º do art. 32-A preconiza que somente será efetuado registro do contrato de nova venda caso comprovado o início da restituição do valor pago pelo vendedor ao titular do registro cancelado na forma e condições pactuadas no distrato. Lembre-se que a resolução não é automática, pois constatado atraso no pagamento das prestações, será impreterivelmente constituído o promissário comprador em mora, para o cumprimento da obrigação pelo pagamento das parcelas vencidas do saldo devedor (art. 32, Lei nº 6.766/79). O promissário será intimado a pagar as prestações vencidas e vincendas. Persistindo a inadimplência, oportuniza-se ao vendedor o exercício da ação de resolução do contrato inadimplido (Súmula 76 do STJ). É evidente, portanto, que o promitente vendedor não poderá ajuizar ação reivindicatória ou possessória contra o promissário comprador, pelo simples fato da mora. Fundamental é a prévia resolução do contrato, a fim de que a posse perca sua base jurídica e converta-se em injusta, pelo vício da precariedade. Certamente, serão indenizadas as benfeitorias necessárias e úteis realizadas pelo promissário comprador, na qualidade de possuidor de boa-fé, a teor do art. 1.219 do Código Civil. O exercício do direito formativo de resolução gera efeito liberatório, pois o credor se exonera de efetuar sua prestação (caso ainda não a tenha cumprido) ou, tendo efetuado a sua prestação, acarreta a necessidade de recomposição da situação com a restituição e a reparação dos danos. A resolução possui índole preventiva, pois impede que a prestação do credor remanesça no patrimônio do devedor inadimplente, fato que ocorreria se aquele tivesse de se contentar apenas com a ação de cumprimento ou com a responsabilidade civil (REsp 1.501.549-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, DJe 11/05/2018).

TÍTULO X

DO PENHOR, DA HIPOTECA E DA ANTICRESE

Capítulo I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Introduzimos a teoria geral dos direitos reais de garantia, direitos subjetivos constituídos para assegurar o pagamento de um crédito, mediante a afetação de um bem do devedor, o qual, no momento da execução garantirá o cumprimento da obrigação. Diante da polissemia do termo “garantia” podemos alcançar cinco níveis de concretização. Partindo do mais genérico, em um primeiro plano, referimo-nos a norma geral do art. 391, estabelecendo ser o patrimônio do devedor a garantia geral do credor; em um segundo nível, aplicamos o termo por síntese da expressão “garantias gerais do contrato”, abrangendo arras, cláusula penal, *astreintes*, vícios redibitórios e evicção; no terceiro nível, chega-se a aceção própria de institutos específicos do direito obrigacional (garantias fidejussórias) e de direito real (garantias reais) cuja função é a própria garantia e o escopo é o de ampliar a garantia geral das obrigações do referido art. 391; no quarto nível de concretização, designa ainda novas figuras não subsumíveis naquelas tradicionais garantias típicas das obrigações, sendo assim, ilustrativamente, as garantias autônomas, ou certas figuras atípicas com função de garantia; finalmente, no quinto grau, passa a designar não um instituto, como as garantias das obrigações – mas uma modalidade de obrigação, a obrigação de garantias, ao lado das obrigações de meio e de resultado, podendo ainda designar certas cláusulas de garantias como as cláusulas *negative pledge*, *pari passu* ou *cross default* (MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. As cartas de conforto: modalidades e eficácia, p. 434.)

Portanto, faremos um recorte para o terceiro estágio, mirando nas garantias das obrigações. Por mais que o patrimônio seja a prenda comum de todos os credores, essa garantia coletiva por si só é insuficiente para assegurar a cobrança de seus créditos. Em primeiro lugar, o devedor poderá contrair outras obrigações. Ademais, como conserva a faculdade de dispor de seus bens, pode também aliená-los ou gravá-los, tornando ilusórios os direitos dos credores. Por outro lado, em função do princípio *pars conductio creditorum*, todos concorrem em pé de igualdade para tornar efetivos os seus créditos, salvo quando a lei, excepcionalmente, conceda-lhes um privilégio. Quando

o devedor se torna insolvente e o produto de seus bens não é suficiente para satisfazer a totalidade de suas dívidas, os credores são obrigados a cobrar *pro rata*. Precisamente para evitar esse risco, o legislador – desde priscas eras – idealizou garantias que podem ser pessoais ou reais. Nas garantias pessoais, ao devedor se soma um responsável, tal como ocorre na fiança e no aval, mas a segurança que traz essa garantia não é absoluta, pois o perigo de queda em insolvência também pesa sobre o fiador e o avalista. Assim, despontam as garantias reais, em virtude das quais uma ou várias coisas de propriedade do devedor ficam afetadas de forma especial para assegurar o cumprimento da obrigação garantida (AREÁN, Beatriz. *Derechos Reales*, 2, p. 813).

De fato, o risco de insolvência do devedor é inerente ao regime de responsabilidade patrimonial. Isto porque o patrimônio constitui universalidade de direito, que se caracteriza pela elasticidade do seu conteúdo, que pode alterar-se, expandindo-se ou comprimindo-se, sem que disso resulte a modificação da configuração unitária do conjunto. Daí decorre que o devedor pode livremente dispor dos seus bens, dentro dos limites legais e contrair, perante diversos credores, débitos em montante superior ao conjunto do seu patrimônio. A noção de garantia de crédito denota genericamente os instrumentos de tutela do credor frente aos efeitos da inexecução obrigacional. A garantia, nessa aceção, compreende as situações subjetivas acessórias da obrigação que tenham por finalidade proporcionar segurança ao credor, oferecendo-lhe meio de extinção satisfativa do crédito, a despeito da ausência de cooperação do devedor e de sua incapacidade patrimonial para solver o débito. (RENTERIA, Pablo. Penhor e autonomia privada, p. 234/5).

Quatro são os direitos reais de garantia elencados no Código Civil: *hipoteca*, *penhor*, *anticrese* e *propriedade fiduciária*. Excluindo-se a propriedade fiduciária – regida com especificidade pelos arts. 1.361 a 1.368 –, aos outros três direitos reais aplicam-se os preceitos comuns inseridos na teoria geral dos direitos de garantia, cujo artigo em análise introduz, estendendo-se até o art. 1.430, adiante comentado. Em comum a esses modelos

jurídicos de mitigação de riscos de insolvabilidade: o favorecimento da posição jurídica do titular do crédito, dotado de *status* privilegiado em comparação aos demais credores, na busca pela satisfação do crédito, nomeadamente em face dos atributos da seqüela e preferência. A tradicional visão dos direitos reais, com espeque na relação jurídica de direito de propriedade, sempre nos traz à mente um vínculo de subordinação do titular sobre a coisa (móvel ou imóvel), oponível em face de uma coletividade de pessoas. Nos direitos reais em coisa alheia, sejam os direitos de fruição ou os de garantia, observamos que entre o proprietário e a coisa se encontra um outro sujeito de direito, titular de relações patrimoniais autônomas ao do proprietário, a exercer faculdades sobre o bem, a ponto de afastar a plenitude do direito real do proprietário sobre a coisa. Vale dizer, a pessoa exerce um direito real de caráter *erga omnes*, simultaneamente sobre o mesmo bem, que se não afasta a incidência do direito de propriedade, fatalmente limita o exercício de suas faculdades.

Contudo, a relevância dos direitos reais de garantia não se exaure na oposição a terceiros. Os titulares dos direitos reais de garantia (credor hipotecário, credor pignoratício, credor anticrético) estabelecem relações obrigacionais com os proprietários, havendo um complexo de situações jurídicas entre centros de interesse diversos, o que demonstra a inviabilidade de se manter a artificial construção da dicotomia entre direitos reais e direitos creditícios. A hipoteca, o penhor e a anticrese conferem ao credor a pretensão de obter o pagamento de uma dívida com o valor de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. A particularidade dos direitos reais de garantia reside na subserviência direta de um vínculo real a um vínculo obrigacional. Em síntese, o direito do credor concentra-se sobre determinado patrimônio do devedor, afetando-o à solução de uma obrigação por este contraída. Essa coligação de situações jurídicas reais e obrigacionais fornece um elevado estímulo ao crédito e, se bem orientado pelo sistema, à funcionalização dos contratos e da propriedade.

A garantia real contrapõe-se à pessoal. Em comum, ambas gravitam em torno de um débito. Porém, enquanto esta resulta de uma caução obrigacional restrita às partes contratantes (v. g., aval, fiança), aquela afeta o bem garantido em caráter absoluto, vinculando o objeto ao seu titular

com faculdade de oponibilidade *erga omnes*. A garantia real não oferece ao credor uma segurança absoluta, pois o bem convertido em pecúnia pode resultar insuficiente para satisfazer o crédito. Porém, sem sombra de dúvidas os riscos são bem menores do que os que subsistem nas garantias pessoais. Com efeito, as garantias representam um reforço ao vínculo obrigacional constituindo um elemento apto a facilitar a extinção satisfativa do crédito, mas, evidentemente, não asseguram de forma absoluta o seu recebimento. Diz-se que esse reforço é *quantitativo*, quando, por meio da garantia, o credor passa a ter acesso ao patrimônio de outra pessoa, o garante, que se obriga em face do credor (caso típico da fiança); e é *qualitativo*, quando se traduz numa preferência concedida ao credor sobre o valor de determinados bens (caso do penhor e da hipoteca). Vale destacar que as garantias no sistema patrimonial privado são as mais diversas, desde o patrimônio como um todo do devedor até garantias especializadas, como a propriedade fiduciária, que pode ser vista como uma hipergarantia. A obrigação mais fraca seria a obrigação natural, pois consistiria em um vínculo desprovido de qualquer garantia. Após a dívida prescrita, viria a dívida regular, que teria por garantia aquela ordinária, ou seja, o patrimônio do devedor. Na seqüência estariam as obrigações com garantia real em que uma situação jurídica de direito das coisas afetaria diretamente um bem determinado ao cumprimento de uma obrigação. Por fim estariam as hipergarantias, formadas pelas relações jurídicas cujo direito real em garantia fosse a propriedade fiduciária, a qual admite uma tutela do crédito muito mais pronta e efetiva (PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das Coisas*, p. 431).

O artigo em estudo introduz a uma das características mais importantes dos direitos reais de garantia: o direito de seqüela. O objeto da garantia ficará sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação. Vale dizer, como reflexo de sua oponibilidade *erga omnes*, o direito real adere à coisa de tal forma que a garantia subsiste, mesmo diante da transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* da propriedade do bem móvel ou imóvel vinculado ao pagamento do débito originário. Pode-se identificar como traço característico do direito real a aderência a qual traduz o vínculo especialmente intenso que se estabelece entre a situação subjetiva real e a coisa. Esta se projeta na seqüela, isto é, na proteção concedida ao titular do direito real contra

interferências que terceiros poderiam causar no exercício de seu direito. Dessa maneira, o direito real traduz no atual estágio da experiência jurídica, expediente destinado a tutelar a estabilidade da relação jurídica que tem por referência objetiva uma coisa. Exemplificando: A recebe um empréstimo de B, conferindo-lhe determinado bem em garantia real do adimplemento do mútuo. Caso o proprietário A venha a alienar o aludido bem em favor de C, antes do termo de pagamento, essa alienação será ineficaz perante o credor B, pois a coisa sobejará vinculada ao pagamento do débito. Ou seja: não obstante válida a alienação, é inoponível (ineficácia relativa) perante o credor, facultando-lhe a execução do bem, em face do novo proprietário. A seqüela pode ser explicada e assimilada pela própria essência dos direitos reais de garantia. Por força desse direito, inerente ao bem, qualquer circulação, qualquer mudança de titular, não terá influência na sobrevivência da situação real. Como consequência da oponibilidade universal, onde quer que o bem se encontre, remanesce afetado ao adimplemento do débito. Todavia, a seqüela não é decisivamente um atributo exclusivo dos direitos reais de garantia. Existem situações obrigacionais dotadas de seqüela, como o contrato de locação, quando averbado no registro imobiliário, com a cláusula de vigência em caso de transferência de propriedade (art. 8º, Lei nº 8.245/91). Importa

ressaltar que a seqüela hoje não opera de forma absoluta, sofrendo mitigação em casos de evidente quebra do princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça: “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”.

Nos comentários aos artigos subsequentes abordaremos as demais características dos direitos reais de garantia. Porém, fica uma advertência: o regime geral das garantias reais, estabelecido nos artigos 1.419 a 1.430 do CC requer atualização, posto alheio as atuais demandas do tráfego negocial. É um equívoco persistir na noção de que a garantia real joga apenas do lado do credor, para constringer o devedor ao pagamento e expropriar os seus bens. Isto desmerece a autonomia privado dos contratantes quando inovam sobre o texto legal, em detrimento a tradicional posição de supremacia normativa do credor, seja por meio da estipulação de procedimentos, como por critérios de determinação dos bens abrangidos. Fato é que a garantia real atua no interesse comum de ambos os agentes econômicos – propiciando segurança ao credor e franqueando ao devedor o acesso ao crédito em condições mais vantajosas.

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.

§ 2º A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver.

O artigo em análise trata, já no *caput*, dos requisitos subjetivo e objetivo constituição válida e eficaz dos direitos reais de garantia, dispõe no parágrafo primeiro sobre a possibilidade de se conceder eficácia ao direito real de garantia contratado por quem não era dono e, finalmente, no parágrafo segundo, estipula condições para que o bem condominial possa garantir uma obrigação.

Os direitos reais de garantia são tratados como potencial alienação, afinal, grava-se um bem em garantia do cumprimento de uma obrigação e o inadimplemento pode levar à excussão do bem, de

sorte que prescindem de três requisitos de validade: o primeiro, de caráter subjetivo, diz respeito a quem pode dar em garantia, determinando que somente quem pode alienar pode validamente dar um bem em garantia. O segundo, objetivo, determina que somente os bens que puderem ser alienados podem ser dados em garantia; O terceiro requisito, de caráter formal e não abordado diretamente pelo artigo em análise (art. 1.424, CC), diz respeito à necessidade de especialização e registro do contrato no cartório competente. Para que se possa dar o bem em garantia é necessário

ser o proprietário e ter a livre disposição da coisa, capacidade jurídica e negocial e legitimidade. Os absolutamente incapazes poderão ser representados e os relativamente incapazes assistidos pelos titulares do poder familiar. No caso de representação convencional o mandatário deve ter poderes expressos para gravar determinado bem. O conflito de interesse entre mandante e mandatário torna anulável o negócio (arts. 117 e 119, CC). Com efeito, o absolutamente incapaz, por seu representante, poderá gravar de ônus real o imóvel de sua titularidade, satisfeitos simultaneamente dois requisitos: demonstração da necessidade da medida extrema (*v.g.*, custeio de estudos ou de tratamento médico); autorização judicial mediante requerimento por parte dos titulares do poder de família, sob pena de nulidade, exigindo-se intervenção do Ministério Público, nos termos exatos do art. 1.691 do Código Civil. Os bens móveis, por poderem ser alienados, podem, da mesma forma, ser dados em penhor e garantia fiduciária. Nesta toada, o pai pode hipotecar um bem em prol de um de seus filhos, sem o consentimento dos demais uma vez que, apesar do dissídio doutrinário, se a venda sem consentimento dos demais descendentes é considerada como ato anulável, a fim de evitar eventual doação fraudulenta (art. 496, CC), o mesmo não ocorre com a mera hipoteca. Em geral, o credor hipotecário não se tornará proprietário do bem constrito, que culminará por ser arrematado por terceiro em hasta pública. Mesmo se houver adjudicação pelo próprio credor-descendente, desaparece o risco da fraude ou conluio, em face do controle administrativo presente nas alienações judiciais. Ainda em decorrência do critério subjetivo, pessoas casadas (ressalvado regime de separação absoluta ou se o pacto dispensar a participação final nos aquestos) necessitam da outorga uxória para constituir bem imóvel como objeto de direito real de garantia (artigos 1.647, I e 1.656, CC). Aqueles que estejam em recuperação judicial ou falidos são impedidos por força do art. 103 da Lei 11.101/2005 de dar bens em garantia, ressalvada autorização judicial. Da mesma forma, o inventariante somente poderá gravar um bem em garantia, se judicialmente autorizado.

O requisito objetivo, a seu turno, estabelece que somente bens alienáveis podem ser dados em

garantia real, assim, são ineficazes os contratos que prevejam como garantia um bem inalienável, tais como os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto afetados ao interesse público (art. 100, CC); o bem deixado em testamento ou doado com cláusula de inalienabilidade (arts. 1.848 e 1.911, CC); o bem de família, se não houver consentimento dos interessados, representantes legais e ouvido o Ministério Público (art. 1.717, CC). Quanto aos bens impenhoráveis, conseqüentemente, poderão ser objeto de instituição de garantia real, sempre que admitirem a alienação.

O parágrafo primeiro do artigo em estudo trata da constituição de garantia a *non domino*, em princípio, é ineficaz a garantia real estabelecida por quem não era dono, não obstante, a posterior aquisição da propriedade empresta eficácia superveniente ao ato, com efeitos *ex tunc*, operando efeitos similares àqueles do já comentado art. 1.268, ao qual remetemos o leitor.

Finalmente, o parágrafo segundo soluciona antiga pendência em relação ao condomínio ao dispor que cada condômino “pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver”. É que, incidindo o condomínio, para que a coisa possa ser objeto de hipoteca na integralidade, faz-se necessário o consentimento generalizado dos condôminos. Todavia, tratando-se de hipoteca de fração ideal de bem imóvel, havia controvérsia quanto à possibilidade de um condômino em bem indivisível oferecer em garantia a sua cota abstrata, absolutamente sanada pelo legislador que não operou qualquer distinção entre bens móveis e imóveis, como também se extrai do art. 1.314. É de bom alvitre que se conceda direito de preferência aos condôminos na aquisição da parte ideal quando da arrematação, em analogia ao exposto no art. 504, ao qual remetemos o leitor. Nada obstante, se o imóvel for divisível (*v.g.*, uma fazenda), a viabilidade de hipoteca de uma de suas partes requer a prévia divisão do imóvel, a fim de que seja individualizada a parte destacada, mediante averbação do desmembramento no registro imobiliário. Não havendo a divisão, diante do princípio da indivisibilidade da hipoteca (art. 1.421), ela se estenderia à totalidade da área.

Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

Temos aqui outro atributo dos direitos reais de garantia, a indivisibilidade. O ônus real grava a coisa por inteiro e em todas as suas partes. Via de consequência, a garantia real alcança o bem em sua totalidade, incluindo os seus acessórios e acrescidos. Mais importante: o devedor não poderá obter a liberação parcial do vínculo real pelo simples fato de amortizar parcialmente o débito.

Trata-se de relevante prerrogativa ofertada pelo ordenamento ao credor visando a constrianger o devedor ao pagamento final. A afetação dos bens persiste integralmente até a solução do último centavo do débito, exceto quando houver cláusula contratual expressa – no contrato ou em ajuste posterior – que possibilite o fracionamento da garantia, mediante previsão de exoneração parcial. Por conseguinte, se houver *favor debitoris*, não será uma concessão legal, mas convencional e oportunizada pelo credor. Caso contrário, enquanto restar uma prestação a ser paga, o bem móvel ou imóvel continua sob sequele integral. Exemplificando: se A der em garantia real uma fazenda e um apartamento, ambos possuindo o mesmo valor, não poderá pretender excluir um dos imóveis da sequele, caso venha a resgatar 50% do débito. Da mesma forma, se o imóvel foi dado em garantia por todos os condôminos, o fato de um apenas solver o seu débito não lhe autorizará a exclusão da caução sobre a sua fração ideal. A indivisibilidade da obrigação nesse caso decorre da própria razão determinante do negócio jurídico, e não do objeto em si – que, como visto, pode ser bem naturalmente divisível (vide comentários ao art. 258). Importante ressaltar que a regra inserida no art. 1.429, adiante comentado, estende o princípio da indivisibilidade aos sucessores do devedor, *inter vivos* ou *causa mortis*, impedindo-os de fazer a remição parcial da dívida na proporção dos seus quinhões.

A título de discussão jurídica, consideramos que o absolutismo da regra da indivisibilidade – apenas derogável por concessão do credor – poderá eventualmente ferir o princípio da

proporcionalidade. Há uma necessidade de controle de merecimento das cláusulas contratuais, pelo qual a equidade deverá ser introduzida pelo magistrado nas situações em que o devedor já pagou certa parte do débito, ou naquelas hipóteses em que o valor do bem garantido supera o montante do próprio débito. Essa relativização da indivisibilidade, que será aferida na concretude da situação, surge como uma forma de adequação do princípio do equilíbrio contratual mesmo para regras que em princípio a ele não façam menção. De fato, a introdução do critério da proporcionalidade visa evitar desproporções macroscópicas em favor de quem não as “merece”. O objetivo é concretizar princípios de relevância constitucional – aplicáveis aos contratos de empresa – onde vige também o princípio do não abuso da posição dominante e voltados ao pleno desenvolvimento de toda a autonomia negocial (como igualdade, solidariedade e razoabilidade), incidindo profundamente sobre a moderna concepção do contrato que, deste modo, distancia-se definitivamente da tradicional interpretação voluntarista do *pacta sunt servanda*. (Perlingieri, Pietro. *O direito civil na Legalidade Constitucional*, p. 404-405).

O art. 1.488 do Código Civil estabelece importante exceção ao princípio da indivisibilidade da garantia: “Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito”. Trata-se de direito potestativo conferido às pessoas referidas no dispositivo que se relaciona com a funcionalização da propriedade e o incentivo ao tráfego jurídico. Com efeito, só com a eliminação da indivisibilidade haverá espaço para o incorporador imobiliário financiar a edificação do bem e alienar cada unidade autônoma aos promitentes compradores, sem que cada um destes incorra no risco de garantir a totalidade do empréstimo assumido.

Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.

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

O dispositivo enfoca os atributos da excussão e preferência (ou prelação) dos direitos reais.

O princípio da excussão consiste na faculdade de o credor munido de garantia real executar judicialmente o débito garantido pelos bens móveis e imóveis. Em geral, a excussão é faculdade do credor que apenas nasce ao termo contratual, considerando-se que a acessoriedade da garantia a vincula inexoravelmente ao prazo demarcado na obrigação principal. Nada obstante, em diversas situações poderá o credor promover a prematura execução dos bens conferidos em garantia. Trata-se das hipóteses de *vencimento antecipado da dívida* (vide comentários aos arts. 333 e 1.425 do Código Civil), que, portanto, independem de estipulação contratual. Quando do inadimplemento, os bens dados em garantia e gravados de ônus reais serão necessariamente penhorados e submetidos à hasta pública. Bens móveis serão leiloados, os imóveis, pracedos. De fato, consoante a previsão do § 3º do art. 835 do CPC/15, “Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora”. De acordo com a parte final, é desnecessária a citação do terceiro para o processo. Ele poderá se opor a penhora mediante embargos de terceiro (art. 674, CPC/15). Ou seja, o terceiro garantidor não poderá propor embargos de executado em razão de eventual constrição de bem de sua titularidade, face à sua qualidade processual de terceiro.

Excepcionalmente, no direito real de *anticrese*, o credor anticrético não poderá excutir inicialmente o bem, pois a ele apenas assiste o direito de retenção, resgatando o débito originário por meio da exploração dos frutos da coisa (art. 1.423). Aqui, o direito real não recai sobre o imóvel em si, e sim sobre as suas rendas. Assim, há uma importante vantagem para o devedor, consistente na manutenção da propriedade do bem, pois o credor abaterá o débito paulatinamente, por intermédio da percepção de rendas sobre o imóvel. Todavia, considerando-se que o contrato de anticrese é um título executivo extrajudicial (art. 784, V, do CPC/15), nada impede que, ao término do período de retenção, possa o credor promover

a execução, caso não tenha auferido capital suficiente para quitar completamente a obrigação.

Quando da constituição do penhor, anticrese ou hipoteca, sobeja expressamente vedada a imposição de *cláusula comissória* no bojo do contrato (art. 1.428). Todavia, permite-se que, ao tempo do inadimplemento, credor e devedor transacionem de forma a substituir o pagamento pela entrega do próprio bem garantido, em verdadeira operação de negócio jurídico de *dação em pagamento* (vide comentários ao art. 356). Nesse instante, já não se poderia obstar tal acordo, em princípio, por suposta fraude ou lesão, prevalecendo o princípio da autonomia contratual ao propiciar a extinção da obrigação pelo pagamento (vide comentários ao art. 1.428, parágrafo único). Em acréscimo, é lícita e legítima a estipulação no contrato de hipoteca ou penhor do pacto marciano, em virtude do qual se autoriza o credor a apropriar-se da coisa dada em garantia em caso de inadimplemento, contanto que se obrigue a entregar ao garantidor a diferença entre o montante da dívida e o valor justo da coisa. Tal ajuste difere substancialmente da cláusula comissória, não incidindo na nulidade estabelecida para esta última.

O princípio da excussão também elide a possibilidade de alienação extrajudicial do bem, a fim de dificultar lesão contra o devedor. No penhor, a execução da garantia poderá dispensar o leilão. Excepcionalmente, será possível a venda amigável do bem se expressamente o contrato permiti-la ou o próprio devedor autorizá-la, mediante procuração (vide art. 1.433, IV). Apesar da disposição expressa, poder-se-ia questionar a sua constitucionalidade, pois sabemos que grande parte dos contratos de mútuo que são vinculados ao penhor forma-se pela técnica da adesão. Destarte, deve-se alertar ao disposto no art. 424 do Código Civil, que impede sejam subtraídas garantias materiais da parte aderente. Na espécie, à evidência, restaria ultrajado o devido processo legal.

Contudo, é possível que os contratantes, no âmbito de sua autonomia privada (CC, art. 421), prevejam a possibilidade de o credor alienar extrajudicialmente o objeto da garantia oferta-

da pelo devedor ou terceiro para satisfação do crédito inadimplido. É recomendável que as regras da alienação constem do contrato, a fim de evitar disputa judicial sobre o procedimento a ser adotado, nos moldes do que ocorre com o negócio jurídico processual (CPC, art. 190). Por isso, o contrato deverá prever a avaliação do bem (que poderá ser feita pelos contratantes ou por especialista neutro e imparcial, por eles escolhido), bem como a necessidade de que eventual excesso obtido com a venda do bem seja restituído ao devedor, após descontados os custos com a alienação e pagamento da dívida. Eventuais abusos podem ser coibidos judicialmente. De fato, o Enunciado 30 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal, em 2021, preconiza que “A autorização para que o credor aliene extrajudicialmente o objeto dado em garantia de seu crédito deve constar do respectivo contrato, que também determinará: (i) o preço mínimo para alienação, ou a necessidade de avaliação previa do bem, a ser feita, por exemplo, em conjunto pelas partes ou avaliador por eles escolhido; e, (ii) a restituição ao devedor do excesso obtido com a venda, após quitação integral do débito. É sempre assegurado aos contratantes o direito de questionamento em juízo”.

Poderá acontecer de a alienação do bem chegar ao ponto de prescindir do próprio processo de execução. Como veremos adiante, nas hipotecas constituídas pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH), advoga-se a execução extrajudicial do bem imóvel (Decreto-Lei nº 70, de 21.11.1966). A nosso visio, a previsão contratual de execução extrajudicial não prevalece em face do monopólio estatal da jurisdição. A execução forçada extrajudicial, na qual o agente financeiro substitui o magistrado, não está prevista na Carta Magna e o legislador ordinário não poderia autorizá-la, pois o exercício da jurisdição executiva por particulares é incompatível com o art. 5º, LIV, da CF, eis que por implicar perda de propriedade, deve observar o devido processo legal, que pressupõe um juiz natural, o que os ditames do DL nº 70/66 ofendem. Aliás, o Código de Processo Civil de 1973 revogou o decreto-lei ao estabelecer em seu art. 1º que a jurisdição civil, contenciosa e voluntária é exercida por juizes, sendo infensa tal atividade por pessoas ou instituições não integrantes do Poder Judiciário. Todavia, em 2021

o STF reconhece a constitucionalidade do mencionado decreto, podendo o credor, efetivamente, tanto cobrar o débito pela execução tradicional, prevista no CPC, como pela via extrajudicial. A Suprema Corte considera que as disposições constantes do Decreto-Lei n. 70/1966 não apresentam nenhum vício de inconstitucionalidade e que tal compreensão decorre da constatação de que o procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial, em ao menos uma de suas fases. A tese de repercussão geral é a seguinte: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”.

Além da excussão, o artigo também estabelece o direito de preferência o qual não é uma característica de todos os direitos reais, mas somente de penhor e hipoteca. O titular de uma garantia real preferirá no pagamento aos outros credores apenas em relação ao produto da venda do bem dado em garantia real. Assim, ao tempo do inadimplemento, o bem gravado será subtraído à execução coletiva, pois o credor preferencial excluirá os que possuem créditos obrigacionais desprovidos de tais garantias e sujeitos ao rateio proporcional (art. 961, CC). Quando da satisfação do crédito exequendo, o juiz só autorizará que o credor se pague – seja com o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados, bem como do faturamento de empresa ou de outros frutos e rendimentos de coisas ou empresas penhoradas –, quando não houver sobre os bens alienados as preferências instituídas anteriormente à penhora (art. 905, II, CPC/15).

Apesar da deferência material e processual à histórica noção de que hipoteca e penhor sejam preferências reais oponíveis *erga omnes*, na prática acabam tornando-se meramente *erga aliquos* (contra alguns), diante de uma série de situações em que os titulares de direitos reais de garantia sobre coisa alheia são preteridos por outros credores, o que acaba por estimular a migração de muitos para a propriedade fiduciária, modelo que confere maior segurança jurídica. Acentue-se que, atualmente, a preferência dos direitos reais de garantia perdeu parte de seu rigor diante da criação por outras normas dos chamados *privilegios legais*, conforme enunciado no parágrafo único do artigo em estudo. A teor do art. 958, os títulos legais de preferência são os direitos reais e

os privilégios, que ostentam natureza obrigacional. Consistem eles em créditos a que a lei atribui prioridade pela relevância de sua natureza ou do significado social da pessoa do credor, apesar de não serem classificados como direitos reais. Em princípio, o privilégio das garantias reais só era ultrapassado no concurso, pelo confronto com créditos que incidissem sobre o próprio bem (*v. g.*, créditos tributários); com o tempo, o legislador abriu o leque para várias outras hipóteses, como as despesas de condomínio edilício em relação ao imóvel. Nesse diapasão, foi materializada a Súmula 478, do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte texto: “Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário.” Ao contrário da garantia real, que se projeta em um determinado bem cujo valor passa a ser a garantia para a obrigação principal, o direito do credor privilegiado se estende, como regra, a todo o patrimônio do devedor, sendo hipótese prevista em lei devido à causa e à qualidade do crédito. O privilégio não outorga poder imediato sobre a coisa, apenas atribui uma preferência em favor do credor privilegiado relativamente ao patrimônio do devedor (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*, *op. cit.*, p. 567).

No chamado concurso universal, seja na falência do comerciante ou na execução por quantia certa por insolvência contra o não comerciante, sobressaem os privilégios legais. Dispensam convenção, especialização e registro para sua validade, recaindo indistintamente sobre todo o patrimônio do devedor (exceto os impenhoráveis – art. 833 do CPC/15). Exemplificando: na falência de uma empresa, a par da existência de credores hipotecários e pignoratícios *anteriormente constituídos*, primeiramente serão satisfeitos os créditos de natureza alimentar acidentários, trabalhistas e previdenciários (art. 83 da Lei nº 11.101/05). A preferência sobre os créditos fiscais – introduzida no direito brasileiro pela Lei de Falências – pode ser explicada pela necessidade de atenuar os prejuízos que o credor real possa sofrer, socializando o risco associado à insolvência do devedor com a sociedade como um todo. Explica o eminente comercialista que, “como a maioria dos credores com garantia real são os bancos, aposta-se que a inversão na ordem de classificação aumentará o volume de recuperação dos créditos abertos a empresários ou sociedades empresárias e, conseqüentemente,

levará à prática de *spreads* menores”. (COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, *op. cit.*, p. 219).

Desde a vigência da Lei nº 11.101, em 8 de junho de 2005, foram revogados os dispositivos do Código Tributário Nacional que impunham preferência do pagamento ao crédito tributário, mesmo que a constituição do direito real tenha se dado em época anterior (arts. 184 e 186 do CTN). Tal entendimento era equivocado a nosso visio. Os dispositivos revogados afrontavam os princípios da segurança jurídica e do direito adquirido ao admitir-se que, no momento da execução de um débito, prevalecesse um crédito fiscal que nem ao menos existia ao tempo em que se constituiu o direito real sobre o bem. Todavia, afigura-se sensato conferir precedência aos que credores que financiam a sociedade em recuperação judicial. Essa é a sanção premial para compensar aqueles que participem ativamente do processo de soerguimento da empresa. Assegurando mecanismos de proteção àqueles que negociarem com a sociedade em crise durante o período de recuperação judicial, o Parágrafo único do art. 67, com a redação dada pela Lei nº 14.112/20 dispõe que “O plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura”. Prestigia-se o chamado “Credor Parceiro” ou “Credor Estratégico”, que é aquele que recebe vantagens e privilégios caso continue a fornecer insumos, mercadorias, créditos ou que adquira papéis e debêntures da recuperanda. Em 2021, o STJ se pronunciou sobre o tema (Informativo nº 703), ressaltando que a Lei n. 14.112/2020 atende a valiosas recomendações de toda a comunidade jurídica e empresarial envolvida no processo de modernização do microsistema de recuperação judicial: “A preservação da atividade produtiva, um dos principais objetivos da recuperação judicial, necessita, assim como o enfermo de oxigênio, da continuidade da cadeia de fornecimento de insumos, mercadorias e crédito. Em troca, se deve assegurar condições diferenciadas de pagamento e fortalecimento

de garantias a tais credores e fornecedores, essenciais à continuidade da atividade produtiva, atribuindo-se-lhes a natureza de parceiros essenciais. As assinaladas vantagens e privilégios podem compreender melhores condições para recebimento dos créditos, menores deságios do que aqueles impostos aos demais credores, ou mesmo, tudo "ad exemplum", a redução das parcelas de resgate do crédito. A permissão legal para essas negociações acarreta significativa melhora nos relacionamentos no ambiente empresarial" (REsp 1.828.248-MT, Rel. Ac. Min. Raul Araújo, 4.T, por maioria, 5/8/2021).

A preferência inerente aos direitos de garantia não surte efeitos apenas no cotejo da garantia real com créditos obrigacionais. Detém a importante função de, na colisão de vários direitos reais, determinar qual receberá tratamento prioritário (art. 1.493, parágrafo único, CC). Estabelece o art. 186 da Lei nº 6.015/73 que "o número de ordem determinará a prioridade do título, e este a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente". É certo que determinado bem poderá ser caucionado várias vezes, desde que as garantias caibam em seu valor. Dentre os credores reais, os que registraram suas preferências *a posteriori* poderão amargar, caso o valor obtido na excussão do bem não alcance o valor de sua garantia. Nesse caso, o crédito ulterior sofrerá a redução de sua eficácia de atuação ao âmbito dos direitos obrigacionais, passando a concorrer como quirografário. Daí, conclui-se que a preferência se exaure no valor do patrimônio afetado pelo direito de seqüela (art. 1.430, CC). A regra da preferência é derogada pelo art. 1.495, adiante comentado, que dispõe que "quando se apresentar ao oficial do registro título de hipoteca que mencione a constituição de anterior, não registrada, sobrestará ele na inscrição da nova, depois de a prenotar, até trinta dias, aguardando que o interessado inscreva a precedente; esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência".

Há de observar-se que, mesmo o titular de um crédito obrigacional, desprovido de qualquer privilégio de direito material, poderá obter os requisitos da seqüela e preferência perante outros credores da mesma classe, sendo para tanto necessário que, no âmbito do processo de execução,

culmine por promover o registro da *penhora* (art. 844 CPC/15). Em hipótese de inadimplemento do débito garantido pelo penhor, poderá o credor pignoratício promover a excussão, recaindo a penhora sobre o bem dado em garantia. Daí cabe diferenciar os modelos da hipoteca e *penhor* da *penhora*, ato essencial do procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente, que possui natureza executiva de apreensão de bens do executado, como sujeição patrimonial decorrente de inadimplemento de débito. Se a penhora for promovida por outro credor, incumbirá ao exequente requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético quando a penhora recair sobre a propriedade de imóvel submetido ao regime do penhor, hipoteca ou anticrese (art. 799, I, CPC/15). Com efeito, a alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado, *ex vi* do art. 804 do CPC/15. Apesar de a penhora gerar para o exequente direito de preferência (art. 797 do CPC/15), tal preferência não afasta aquelas preferências nascidas anteriormente, e que serão respeitadas como a nascida da hipoteca, por exemplo. Caso não existam preferências legais ou garantias reais, o dinheiro será distribuído entre os exequentes, observando-se a anterioridade de cada penhora (§ 2º, art. 908, CPC/15). Porém, é de se afastar a tese doutrinária da natureza real da preferência instituída pela penhora. A preferência gerada pela penhora de natureza meramente processual (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. II, p. 294). Nesse caso, a preferência terá como objetivo a fixação da responsabilidade patrimonial do devedor sobre um bem individualizado (art. 905, I, CPC/15). Não basta a simples efetivação prévia do ato de penhora; hodiernamente, é o registro que se impõe como elemento indispensável à oponibilidade do ato processual, sobremaneira perante terceiros. O registro da penhora – mediante mera apresentação de certidão e independentemente de mandado judicial – não gera a inalienabilidade do bem nem invalida qualquer transação posterior. Todavia, importa em eficácia plena da penhora perante terceiros, acarretando a ineficácia relativa do negócio jurídico perante o credor, pois importará em presunção absoluta de fraude à execução, inibindo a arguição de boa-fé do eventual terceiro adquirente.

Em 2022 o STJ entendeu que “Em contrato garantido por hipoteca, a efetivação de penhora sobre o bem dado em garantia, por si só, não impede que o credor requeira a falência do devedor com fundamento no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005”. Isso porque, se o referido bem, atualmente, não for suficiente para quitar a dívida - inexistindo pagamento, depósito ou ainda a indicação de outros bens à penhora, pelo devedor -, estará caracterizada a execução frustrada disci-

plinada no referido dispositivo. A inidoneidade do bem penhorado - ainda que objeto de garantia real - pode revelar-se em momento ulterior ao da constrição ou da hipoteca, o que deve ser aferido pelo juiz para avaliar a suficiência da garantia durante todo o trâmite processual, bem assim para fundamentar o decreto de falência do devedor com amparo no art. 94, II, da Lei n. 11.101/2005 (REsp 1.698.997-SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4. T, julgado em 16/8/2022).

Art. 1.423. O credor anticrético tem direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição.

No direito real de anticrese, diferentemente do que ocorre em favor do credor pignoratício e hipotecário (vide comentários ao art. 1.423), o credor anticrético não terá direito de preferência e nem tampouco poderá executar inicialmente o bem, pois a ele apenas assiste o direito de sequela e de retenção, resgatando o débito originário por meio da exploração dos frutos e rendimentos do bem imóvel dado em garantia, como é da própria essência da anticrese. Aqui, o direito real não recai sobre o imóvel em si, e sim sobre as suas rendas. Assim, há uma importante vantagem para o devedor, consistente na manutenção da propriedade do bem, não há transferência do *jus fruendi* ao credor, porém, o credor abaterá o débito paulatinamente, por intermédio da percepção de rendas sobre o imóvel.

O credor anticrético se paga com os frutos e não com o preço da excussão, assim, só restará o direito de retenção sobre a coisa imóvel, por prazo máximo limitado a 15 anos, cuja contagem se inicia com a constituição do direito real,

portanto com o registro imobiliário, a teor do art. 1.227, ao qual remetemos o leitor. O aludido prazo não é prescricional, já que inexistente previsão de violação de direito, portanto, trata-se de prazo decadencial, pois a caducidade é determinada pela perda do direito potestativo de desfrutar a coisa. A partir da decadência, o credor anticrético converte-se em quirografário.

O prazo é contínuo e, transcorrido, com ou sem satisfação do credor anticrético, haverá o automático cancelamento do direito real e sua posse converter-se-á em precária (por abuso de confiança), portanto, injusta, ensejando ao proprietário, e então possuidor indireto, o ajuizamento de ação de reintegração de posse. Todavia, considerando-se que o contrato de anticrese é um título executivo extrajudicial (art. 784, V, do CPC/15), nada impede que, ao término do período de retenção, possa o credor promover a execução, caso não tenha auferido capital suficiente para quitar completamente a obrigação.

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

- I – o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;
- II – o prazo fixado para pagamento;
- III – a taxa dos juros, se houver;
- IV – o bem dado em garantia com as suas especificações.

O artigo estabelece condições formais para que sejam constituídos os direitos reais de garantia, trata-se do requisito da especialização, fator fundamental de eficácia do contrato que institui

a garantia real de penhor, anticrese ou hipoteca, consistente na vinculação de bens determinados do devedor ou de terceiro, para garantia da obrigação principal. Especializar é determinar formal

e pormenorizadamente os bens móveis ou imóveis dados em hipoteca, penhor e anticrese, assim como o valor e o prazo de vencimento da dívida garantida (na omissão, aplica-se o disposto no art. 331), além da taxa de juros praticada, sejam convencionais, compensatórios ou moratórios, não havendo necessidade de menção expressa aos juros legais ou correção monetária, já que decorrem da lei.

Não são admitidas garantias reais genéricas. Os direitos reais de garantia não se compadecem com bens não individualizados, pois em nossa legislação um patrimônio não pode ser alheado de forma indiscriminada, sem perfeita individualização. Portanto, se o desiderato é assegurar a efetividade da execução da garantia, não se cogite de um penhor ou de uma hipoteca que abstratamente possam incidir sobre todo um patrimônio. Além de proteger o devedor da criação de um privilégio de extensão indeterminada, a especialização também serve como garantia de terceiros. A garantia real é o primeiro passo para uma alienação. Isto é, outras pessoas que desejem praticar negócios com o devedor, necessariamente, precisam avaliar a sua evolução patrimonial, os bens que já estiverem afetados e aqueles ainda livres.

Ao cogitar-se da exata determinação da dívida garantida, pode eventualmente ocorrer que o valor não seja ainda determinado, porém determinável no futuro. Não sendo possível fixar o montante do débito, cabe a estipulação do valor máximo garantido, reputando-se o ocasional excedente na qualidade de crédito quirografário. Porém, mesmo em se tratando de débito atual, não poderão os contratantes fugir do princípio da especialização. Assim, o contrato conterà um valor máximo de garantia, não só como forma de tutela patrimonial do devedor, como proteção a outros credores do devedor, que poderão calcular seus riscos. Vale dizer, a hipoteca também pode ser constituída para garantia de dívida futura – desligada de relação jurídica preexistente – ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido (art. 1.487, CC). Pode-se exemplificar pela Lei de Locações (art. 38 da Lei nº 8.245/91), que, ao dispor sobre as garantias locatícias, criou a caução sobre bens imóveis, introduzindo interessante modalidade de hipoteca em nosso contexto legislativo. Aqui, o locatário oferece em garantia bens imóveis

de sua propriedade ou de terceiros. Já há responsabilidade, mas o débito é latente. Podemos qualificar a dívida como eventual, pois dependerá de um hipotético inadimplemento do locatário, não só no tocante às prestações, como também quanto à perfeita entrega do imóvel ao término do contrato. Aliás, o penhor de direitos também poderá recair sobre créditos futuros, desde que se delimite o seu objeto, mesmo que sejam desconhecidos vencimento e montante quando da efetivação da garantia.

Até mesmo no que tange à existência atual do bem dado em garantia, é razoável e lícito supor que a garantia poderá recair sobre bens futuros. Fato é que os elementos (v.g., vencimento e valor) dos créditos futuros empenhados não são, de ordinário, conhecidos ao tempo da constituição da garantia. Se o proprietário der em hipoteca o terreno, qualquer construção desenvolvida posteriormente por ela será abrangida, como consequência de uma relação de acessoriedade. É comum essa prática na edificação de prédios de apartamentos (art. 1.488, CC). Na mesma linha, com relação ao penhor, o princípio da especialização será por vezes satisfeito pela inserção de um objeto determinável a partir de critérios objetivos definidos no contrato constitutivo, ao invés da singularização de cada bem empenhado.

Consoante a parte final do *caput*, se não for atendido algum dos requisitos estabelecidos pelo artigo em estudo, o contrato de penhor, anticrese ou hipoteca não será privado de sua validade, eis que respeitados os requisitos genéticos do art. 104 do Código Civil. Enquanto a capacidade geral para os atos da vida civil e para alienar é requisito de validade do negócio jurídico, a especialização se insere no plano da sua eficácia. A sua omissão será caso de inoponibilidade (ineficácia relativa) perante terceiros. Em suma, a relação jurídica se restringirá ao âmbito obrigacional, deixando de constituir efeitos reais, inexistindo direitos de sequela e preferência, ou seja, não se falará em garantia real, mas apenas em mera relação contratual.

O equívoco do legislador consistiu em aplicar a especificação como requisito indistintamente a todas as modalidades de garantia real, exigindo, indistintamente, a declaração do “bem dado em garantia com as suas especificações” no contrato constitutivo (não apenas neste inciso IV, como o art. 1.362, IV, da propriedade fiduciária). Se a

especificação é necessária à hipoteca e à anticrese - recaindo sobre bens inscritos no RGI -, é inadequada para as garantias mobiliárias que recaem sobre bens fungíveis massificados ou futuros, que, por sua própria natureza, são incompatíveis com a sua singularização no ato constitutivo.

Nessa linha, destacamos o acerto do Enunciado 666 da IX Jornada de Direito Civil do CJF: “No penhor de créditos futuros, satisfaz o requisito da especificação, de que trata o art. 1.424, IV, do Código Civil, a definição, no ato constitutivo, de critérios ou procedimentos objetivos que permitam a determinação dos créditos alcançados pela garantia”. Não se mostra necessária, portanto, a exata identificação dos créditos, o que sequer seria viável, uma vez que alguns de seus elementos (como vencimento e valor) não são, usualmente, conhecidos ao tempo da constituição da garantia. Basta, em vez disso, a previsão contratual dos critérios ou procedimentos que permitam a determinação dos créditos abarcados pela garantia.

Por último, traga-se a baila, o Enunciado 667 da IX Jornada de Direito Civil do CJF: “No penhor constituído sobre bens fungíveis, satisfaz o requisito da especificação de que trata o art. 1.424, IV, do Código Civil, a definição, no ato constitutivo, da espécie, qualidade e quantidade dos bens dados em garantia”. Assim como o Enunciado 666, tal enunciado afasta a necessidade da exata identificação de cada bem dado em garantia. O enunciado traz como Justificativa: “O Código Civil prevê a especificação do bem dado em garantia como regra única aplicável a todas as modalidades de garantia real... tal interpretação, porém, não se mostra compatível com o atual tráfego negocial, em que são constituídas usualmente garantias sobre bens fungíveis, como estoques de insumos e produtos, por naturezas incompatíveis com a individuação de cada bem no ato constitutivo. Como observa Bevilacqua, os bens fungíveis “não têm existência individual, existem como representativas do

gênero, a que pertencem” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. III, p. 275), e segundo Darcy Bessone, “a individuação variará conforme as particularidades da coisa dada em garantia (móvel, semovente, imóvel, coisa incorpórea” (Direitos Reais, Saraiva, 1996, p. 315). A especificação tem por finalidade assegurar a efetividade da garantia e, ao mesmo tempo, proteger devedor e terceiros da criação de privilégio de extensão indeterminada. Tal propósito, no caso de bens fungíveis, pode ser plenamente atendido por meio da previsão, no ato constitutivo, da espécie, qualidade e quantidade dos bens dados em garantia”.

Como coloca Pablo Renteria, “ambos os enunciados representam a afirmação de uma hermenêutica mais afinada às necessidades das relações negociais, na medida em que consagram o entendimento de que a especialização pode ser realizada por diferentes técnicas contratuais, que se amoldem à natureza do bem e à operação econômica pretendida pelas partes. A especialização sai, assim, funcionalizada, afastando-se da vetusta ideia de exata identificação da coisa. Passa a expressar, mais precisamente, a suficiente individuação do bem jurídico para a realização dos fins da garantia real. Mais do que isso, a aprovação dos enunciados reflete o amplo espaço de atuação reservado à autonomia negocial na definição do objeto da garantia, inclusive por meio da estipulação de procedimentos e critérios de determinação dos bens abrangidos. Dessa maneira, criam-se as condições necessárias para o florescimento de garantias reais adaptáveis à realidade fática de cada operação econômica, que sejam, assim, capazes de melhor atender aos legítimos interesses de ambas as partes, sem prejudicar os direitos de terceiros” (RENTERIA, Pablo. *Os enunciados da IX Jornada de Direito Civil sobre a especialização das garantias reais - Resignificação da regra a partir da sua função*. In AGIRE n. 33, 19.9.2022).

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I – se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

II – se o devedor cair em insolvência ou falir;

III – se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento

invalidades para protegê-las e, contra elas, não há de fluir qualquer prazo extintivo, com supedâneo na teoria *contra non valentem*” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. 15ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 358).

Vejamos, de modo específico, o art. 1.728 do Código Civil. A tutela se apresenta como ferramenta para concretizar, em certos casos extremos (ou não tão extremos assim), o melhor interesse do menor – seja criança, seja adolescente. A ordem jurídica deseja, em linha de princípio, que os filhos vivam com os pais e sejam criados por eles. Por razões variadas, nem sempre isso é possível. Seja por falecimento de ambos os pais (CC, art. 1.635, I), seja por ausência deles (CC, art. 22), seja ainda porque foram destituídos da autoridade parental (poder familiar, CC, art. 1.638), é preciso que existam pessoas que representem legalmente o incapaz e promovam a gestão de seus bens. Não só isso: também que promovam, de modo geral, seus interesses, nos atos da vida civil. A tutela, portanto, só tem lugar quando os pais *não estão* no exercício do poder familiar. Do contrário, não cabe invocar o instituto da tutela. A tutela tem, de um lado, o tutor; de outro, o tutelado (também chamado de *pupilo*).

Hoje enxergamos os institutos civis, quaisquer que sejam, não só a partir de uma perspectiva estrutural, mas funcional. Não só patrimonial, mas sobretudo existencial. Nesse prisma, não são apenas os interesses patrimoniais das crianças e adolescentes que devem ser resguardados, mas os interesses existenciais, entendida a expressão em seu sentido mais generoso e amplo. Aliás, já anotamos que a teoria das capacidades civis caminha em direção a uma valorização da autodeterminação das pessoas. A maturidade, aliás, passa por fazer escolhas e lidar com as consequências delas. Hoje cada vez mais se postula que, no que se refere ao exercício de direitos, tanto maior deverá ser a atuação das pessoas quanto maior for o discernimento, sobretudo para questões existenciais. Em sentido semelhante, o Enunciado n. 138 das *Jornadas de Direito Civil*, do CJF, destacou: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art.

3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

A tutela é um múnus, tem feição de encargo que não pode ser recusado – salvo nas hipóteses que a lei assim autoriza. Tem nítido caráter assistencial, busca resguardar interesses de pessoas vulneráveis. Convém recordar que o tutor não pode emancipar o menor. Na emancipação judicial, o menor, estando sob tutela (imaginemos que os pais faleceram, ou perderam o poder familiar), não pode ser voluntariamente emancipado pelo tutor. O tutor pode, no entanto, solicitar tal emancipação ao juiz. Teremos, nesta hipótese, um caso de emancipação judicial. É preciso que o menor tenha, pelo menos, 16 anos completos (CC, art. 5, I). Os tutores respondem pelos atos dos tutelados (CC, art. 932, II). Se se estivermos diante de uma representação legal (representantes, assistentes, tutores, curadores), e se houver dolo desse representante, o representado só responderá civilmente “até a importância do proveito que teve” (CC, art. 149). Não corre prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela (CC, art. 197, III). O CPC/2015 estabelece no art. 759: “O tutor ou o curador será intimado a prestar compromisso no prazo de 5 (cinco) dias contado da: I - nomeação feita em conformidade com a lei; II - intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído. § 1º O tutor ou o curador prestará o compromisso por termo em livro rubricado pelo juiz. § 2º Prestado o compromisso, o tutor ou o curador assume a administração dos bens do tutelado ou do interditado”. Incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse requerer, nos casos previstos em lei, a remoção do tutor ou do curador. O tutor ou o curador será citado para contestar a arguição no prazo de 5 dias, findo o qual observar-se-á o procedimento comum (CPC/2015, art. 761). Cessada a tutela ou a curatela, é indispensável a prestação de contas pelo tutor ou pelo curador, na forma da lei civil (CPC/2015, art. 763, § 2º).

Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

O Código Civil confere aos pais, em conjunto, o direito de nomear o tutor. É essa prioritariamente a forma através da qual o tutor será escolhido. O legislador supõe, corretamente, pelo menos em princípio, que os pais conhecem quem escolherão para exercer o encargo, e conhecem ainda as necessidades dos filhos. O poder de nomear tutor é uma das decorrências da autoridade parental, do poder familiar. O parágrafo único do art. 1.729 dispõe que a nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. O documento em questão não precisará ser necessariamente público, podendo ser privado.

Se for feita através de testamento, os pais não poderão se valer de um único testamento para, em conjunto, nomear o tutor. Isso porque o Código Civil veda o chamado testamento conjuntivo (CC,

art. 1.863), que é aquele efetuado por mais de uma pessoa. Cada um dos pais, portanto, de modo separado, deverá fazer a nomeação em testamento, para que ela tenha validade. O testamento não precisará ser exclusivo para a nomeação do tutor, naturalmente. Poderá versar sobre outros pontos, e eventual invalidade em relação a outras partes não afeta, necessariamente, a nomeação do tutor. Tenha sido feita através de testamento ou através de documento público ou particular, a manifestação de vontade que nomeia tutor é revogável a qualquer tempo, observado apenas o *princípio do paralelismo das formas*. Curioso é que, ainda que a nomeação do tutor tenha sido feita pelos pais, ainda assim seguirá sendo um múnus. Isto é, não poderá ser recusada pelo tutor nomeado, a menos que incidam alguma das hipóteses legais que autorizem a recusa.

Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

O Código Civil determina que se os pais, quando de suas mortes, não titularizavam o poder familiar, a nomeação do tutor será nula. Ainda que, quando ela houver sido feita, os pais estivessem no legítimo exercício do poder familiar. A regra jurídica pareceria mais adequada

caso tivesse explicitado que teria como destinatários aqueles pais que optaram por nomear tutor através de testamento. Como o testamento só produzirá efeitos com a morte do testador, a presença do poder familiar é antecedente lógico da carga eficaz da nomeação.

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

O Código Civil, art. 1.731, cuida da ordem de escolha do tutor, não tendo sido ele escolhido pelos pais (que é a preferência legal). Esse modo de tutela do art. 1.731 é conhecida como *legítima* ou *legal*. Dessa forma, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, nesta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor. Cabe anotar que “entre

parentes colaterais de mesmo grau, a lei estabeleceu critério objetivo de preferência para o mais velho (o mais velho dos irmãos ou, na falta destes, o mais velho dos tios). As ordens não são absolutas, pois o juiz pode dispensá-las escolhendo, em vez de um irmão, um tio, em vez do mais velho o mais novo, desde que motive a decisão na consideração de ser o nomeado o mais apto a exercer a tutela no melhor interesse do menor” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 424). Podemos ir além: nada impede que o magistrado faça a tutela recair sobre terceiros, ainda que não inseridos na lista legal. O melhor

interesse do menor, à luz das singularidades dos casos concretos (e são tantas), pode assim justificar. Naturalmente, nessas hipóteses, impõe-se consistente dever de fundamentação. Ademais,

o art. 1.731 deve ser lido à luz dos nossos dias, isto é, abrangendo não só o parentesco biológico mas também o socioafetivo.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

- I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;
- II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;
- III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Se não houver tutor nomeado pelos pais (CC, art. 1.729) e se também não houver o chamado tutor legal ou legítimo (CC, art. 1.731), o juiz poderá nomear o tutor na forma do art. 1.732. Essa última forma é conhecida como *tutela dativa*. Ela também ocorrerá se os tutores forem, por qualquer motivo, excluídos da tutela. Como também se há uma autorização legal para que eles não aceitem o múnus (CC, art. 1.736).

Advirta-se mais uma vez que o princípio do melhor interesse do menor deverá iluminar a solução das controvérsias nesse campo, autorizando a substituição de tutores sempre que houver, de modo concreto, provas ou indícios que a tutela não vem se mostrando funcionalmente adequada ao desenvolvimento do menor, seja nos aspectos existenciais, seja por questões patrimoniais.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

§ 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

§ 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

O Código Civil busca, no art. 1.733, promover a unidade familiar, que deve realmente ser sempre tentada. Prescreve que aos irmãos órfãos será nomeado um só tutor (princípio da *unicidade da tutela*). Essa é a regra a ser seguida, só podendo ser afastando quando as razões do caso concreto – ou a absoluta impossibilidade – assim determinarem. Se os pais nomearem mais de um tutor sem fixar a ordem de precedência, entende-se que a tutela caberá ao primeiro e que os outros, de modo sucessivo, serão chamados havendo necessidade. O § 2º do art. 1.733 dispõe que quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial

para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela. Digamos que alguém pretende deixar um bem para o neto, mas tem dúvidas sobre como o pai da criança – que tem, digamos, problemas com drogas – vai administrar aquele bem. É possível, assim, deixar o bem por herança ou legado ao menor, porém impor que haverá uma terceira pessoa, um curador especial, que administrará esse bem, até que o menor atinja a maioridade. A atuação desse curador é estritamente vinculada ao bem em questão, não tendo, fora disso, qualquer ingerência em outros aspectos existenciais ou patrimoniais do menor.

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

O artigo em questão prevê a possibilidade do magistrado, nas situações apontadas, incluir as crianças ou os adolescentes em programas de *colocação familiar*. O ECA, art. 90, prevê a propósito: “As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: I - orientação e apoio sócio-familiar; II - apoio sócio-educativo em meio aberto; III - colocação familiar; IV - acolhimento institucional”. O art. 92 complementa: “As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar; II - integração em família substituta, quando

esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa; III - atendimento personalizado e em pequenos grupos; IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação; V - não desmembramento de grupos de irmãos; VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados; VII - participação na vida da comunidade local; VIII - preparação gradativa para o desligamento; IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo”. A redação anterior do art. 1.734, ademais, valia-se da expressão “menores abandonados”, que se era comum nas décadas passadas, hoje deve ser evitada. A forma como nos referimos uns aos outros, como pessoas, deixa marcas, e o estigma do abandono é sempre muito forte, difícil de ser psicologicamente superado.

Seção II

Dos Incapazes de Exercer a Tutela

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

O Código Civil, no art. 1.735, trata – em rol exemplificativo – das hipóteses de ilegitimidade para o exercício da tutela. Todas hipóteses mais ou menos óbvias, em enunciados ora excessivamente abertos, ora tradutores que situações que afastariam o exercício da tutela na lógica do razoável. O inciso I estatui que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens. Razões de intuitiva compreensão levam à vedação em análise, pois sequer se concebe que alguém legalmente privado de administrar os próprios bens possa exercer múnus de administrar bens alheios, sobretudo bens de pessoas tidas como vulneráveis. O inciso II dispõe que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor. O inciso em questão veicula hipótese que traduz conflito de interesses, não sendo recomendável que alguém, por exemplo, credor ou devedor do menor, seja nomeado tutor dele, ou tenha pais, filhos ou cônjuges que tenham demanda contra o menor.

O inciso III determina que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam, os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela. A expressão “inimigos do menor”, embora tradicionalmente usada nas legislações dos séculos passados, parece um pouco fora de contexto em nosso século. Se antes essas situações eram algo comuns – nas pequenas cidades do interior do Nordeste, por exemplo, mas não apenas lá, era conhecida a situação de famílias que se odiavam por gerações, histórias geralmente escritas com tintas trágicas – hoje são menos frequentes, pelo menos de modo explícito. O ódio parece ter se transferido para a internet – é exercício quase sempre de modo anônimo. Como lembra o provérbio, o covarde só ameaça quando está a salvo. Seja como for, caracterizada que esteja a inimizade, por óbvio a tutela não poderá ser exercida em semelhantes condições. Talvez, de todo modo, andasse melhor o legislador criando uma cláusula geral afirmando que a tutela não poderia ser exercida sempre que contrariasse o melhor interesse

do menor, presumível à luz das circunstâncias concretas. Sabemos que as cláusulas gerais “tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 234).

O inciso IV estatui que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam, os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena. O inciso traduz hipótese com algum grau de objetividade, ainda que se mostrasse em tese pouco provável que o juiz, diante da informação dessas condenações criminais, optasse por nomear alguém como tutor, mesmo que a proibição do inciso IV não existisse. De todo modo, as *Jornadas de Direito Civil*, em 2018, através do Enunciado 636, decidiram: “O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança”. A justificativa do enunciado nos parece questionável: “A intenção do legislador de proteger criança e adolescente de um eventual tutor inepto para o cuidado de sua pessoa e dos seus bens gerou um texto de lei que flagrantemente ultrapassa a razoabilidade no sistema jurídico brasileiro, em choque com normas constitucionais e infraconstitucionais. Nota-se no texto a desconsideração do direito ao esquecimento daquele que, em débito com a lei criminal, tenha cumprido sua pena. Ao mesmo tempo, o texto não deixa claro que a aplicação deve se fazer conforme à verificação da gravidade do crime cometido”. De todo modo, como temos sempre sustentado, a razoabilidade deverá iluminar as soluções, sendo dever do intérprete – de modo criativo e responsável – buscar ferramentas hermenêuticas funcionais que confirmem unidade ao sistema jurídico, à luz das opções valorativas básicas da Constituição.

O inciso V enfatiza que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam, as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. A veiculação, de caráter um tanto genérico, também ficaria melhor se inserida numa cláusula geral conforme antes sugerimos. Por fim, o inciso VI determina que não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a

exercçam, aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela. Há funções públicas que realmente sugerem a incompatibilidade com a tutela. Porém, não só públicas. Hoje há muitas funções privadas que se mostrariam francamente incompatíveis, seja por conta de viagens, seja por circunstâncias outras.

Como dissemos no início, o rol é exemplificativo, e os variáveis contextos podem recomendar que se afaste alguém do exercício da tutela por razões razoáveis e proporcionais. O que talvez apenas evidencie que melhor faria o legislador se não redigisse o art. 1.735 ou o fizesse de outro modo.

Seção III

Da Escusa dos Tutores

Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:

I - mulheres casadas;

II - maiores de sessenta anos;

III - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;

IV - os impossibilitados por enfermidade;

V - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;

VI - aqueles que já exercerem tutela ou curatela;

VII - militares em serviço.

A tutela é um *múnus*. Ao contrário do que muitos de nós poderia imaginar, ela *pode ser imposta* à pessoa nomeada como tutor. O nomeado não é livre para, em qualquer situação, recusar, dizer “não, obrigado”. O que de certa forma não deixa de contrariar certas expectativas sociais atuais, diante da progressiva autodeterminação que o direito civil hoje reconhece às pessoas e, sobretudo, diante dos graves encargos que a tutela traz. Por outro lado, pode-se argumentar que a tutela tem nítido caráter assistencial, busca resguardar interesses de pessoas vulneráveis. E supõe-se que o tutor terá alguma relação, mais ou menos próxima, com o menor, do contrário não seria nomeado, pelo menos em regra.

Seja como for, a tutela tem feição de encargo que não pode ser recusado – salvo nas hipóteses que a lei assim autoriza. E essas hipóteses estão previstas no art. 1.736.

É fácil ver que aqui também cabem certas críticas que fizemos nos comentários de outros artigos, a propósito dessa ou daquela norma. A regra jurídica do art. 1.736 exibe certo sabor de outros tempos, certo ar de outras décadas (outros séculos?). Há nela certo gosto arcaico. O inciso I já não começa bem, dispensando maio-

res argumentações. Seria possível, hoje, à luz da Constituição, diferenciar mulher casada de homem casado? E a isonomia constitucional? Nem se diga seria um benefício às mulheres, porque traduz subjacente a ideia de que a mulher não seria apta a certas tarefas alheias ao lar. Enfim, a norma traduz outros tempos, sendo claramente inadequada. Ou se considera que o homem também está incluído – aliás, homens e mulheres em união estável deveriam ser igualmente contemplados – ou se entende que a só condição da mulher ser casada não é bastante para se escusar da tutela. Cremos que muito melhor seria – tal como sugerimos em relação ao artigo anterior – que houvesse uma cláusula geral que autorizasse o juiz, diante de razões ponderáveis e concretas, a aceitar as escusas para alguém não ser tutor. Que são muitas, não só as do art. 1.735. A dinamicidade da vida e sua originalidade em criar situações inéditas (muito mais incríveis que a ficção) desautoriza fórmulas rígidas.

Também podem escusar-se da tutela os maiores de 60 anos (CC, art. 1.735, II). O Estatuto da Pessoa Idosa considera idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (Lei n. 10.741/2003, art. 1º). Atualmente, com o progressivo envelhecimento da população brasileira, e com o

aumento crescente da expectativa de vida, boa parte dos brasileiros se encontrará nessa situação. Talvez seja o caso de traçar, normativamente, outros degraus de proteção para os chamados hipervulneráveis – no caso da idade, os maiores de 80 anos, por exemplo. Seja como for, o Código Civil optou por 60 e é uma escolha válida, possível. Os maiores de 60 podem recusar a tutela, caso nomeados.

Podem escusar-se da tutela aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos (CC, art. 1.735, III). O legislador, aqui, de modo abstrato, traçou um critério que reputou razoável: ter mais de 3 filhos. Quem tem mais de 3 filhos, supõe o Código Civil, não teria tempo livre para exercer as funções da tutela. Mas a realidade é mais complexa do que isso. Hoje, em família monoparental, por exemplo, ainda que com um único filho, a mãe que trabalha fora e cuida desse filho será que teria tempo para a tutela? Ou o pai na mesma situação? E se um deles – ou mesmo um casal – tem filho que necessita de cuidados especiais? Não seria uma razão bastante – e extremamente razoável – para se escusar da tutela? Percebe-se, em exemplos rápidos, que não andou bem o legislador ao traçar linhas abstratas nesse tema.

Também podem escusar-se da tutela os impossibilitados por enfermidade (CC, art. 1.735, IV). A situação, óbvia por si mesma, também se encaixaria melhor numa cláusula geral que autorizasse o juiz a analisar a razoabilidade concreta das escusas. Basta lembrar que a doença pode não ser do tutor, mas de alguém próximo dele: não seria o caso de aceitar o motivo? Por certo que sim. Também podem escusar-se da tutela aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela (CC, art. 1.735, V). O tutor deverá residir no mesmo domicílio do menor (CC, art. 1.732).

Art. 1.737. Quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la.

O Código Civil dispõe que o dever de nomear o tutor é dos pais, em linha de princípio (CC, art. 1.729). Se não houver – ou se não for válida – nomeação feita pelos pais, caberá a tutela aos parentes (CC, art. 1.731). Primeiro, os ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto. Depois, os colaterais até o terceiro grau

Pelo menos em princípio. O morar em regiões metropolitanas pode eventualmente ser possível. Mas, de fato, haverá dificuldades, ainda com a agilidade da comunicação digital em nossos dias. Por isso tudo recomenda que sejam nomeadas apenas pessoas que residam na mesma cidade do menor. A respeito das cláusulas gerais, vale anotar que “a técnica legislativa das cláusulas gerais se difunde cada vez mais, ao passo que entra em crise a concepção tradicional do princípio da segurança jurídica, baseada na subsunção como procedimento hermenêutico. Neste contexto, a reformulação das técnicas de controle da atividade interpretativa torna-se o objeto central do debate doutrinário e, com isso, a noção de segurança jurídica (*giusto processo*) adquire conteúdo substancial inserido numa perspectiva de desenvolvimento de ferramentas hermenêuticas funcionais para garantir a efetividade da proteção da pessoa” (TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 285-297, p. 285).

Também podem escusar-se da tutela aqueles que já exercerem tutela ou curatela (CC, art. 1.735, VI). Seria realmente pouco razoável imputar a alguém o exercício de mais de uma tutela. Haveria uma sobrecarga em cima do tutor e possivelmente não consultaria ao princípio do melhor interesse do menor. Por fim, também podem escusar-se da tutela os militares em serviço (CC, art. 1.735, VII). Cabem aqui as mesmas críticas de antes. Se a exceção em si pode ser razoável, poderíamos lembrar outras que também o seriam. Por isso o elenco legal deve ser visto como exemplificativo, jamais exaustivo.

(nesse caso, não só preferindo os mais próximos aos mais remotos, como também, no mesmo grau, os mais velhos aos mais jovens). Em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor. Por fim – à luz do art. 1.737 – o Código Civil dispõe que quem não for parente do menor *não poderá*

ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la. Sob o ângulo doutrinário, a menção aos parentes afins costuma ser criticada: “É injusta a inclusão de afins no dispositivo, pois se não têm direito de pleitear alimentos e nem

estão arrolados na ordem de vocação hereditária, não deveriam ter de suportar tal encargo público” (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil Comentado*. Claudio Luiz Bueno de Godoy *et al.* Coordenação Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2018, p. 2022).

Art. 1.738. A escusa apresentar-se-á nos dez dias subsequentes à designação, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do em que ele sobrevier.

O Código Civil no artigo em questão estabelece um prazo dentro do qual a escusa deverá ser apresentada, caso o tutor argumente que não poderá assumir a tutela. Isso segundo o a lei civil deveria ser feito nos 10 dias seguintes à designação. Trata-se de prazo decadencial. Se o motivo da escusa surgir depois, no entanto, o prazo seria de 10 dias a partir do surgimento do motivo (o tutor atingiu os 60 anos, por exemplo). Usamos os verbos no condicional (“deveria” e “seria”) porque os referidos prazos, hoje, não são de 10, mas de 5 dias. O CPC/2015, art. 759, alterou os prazos do art. 1.738 do Código Civil: “O tutor ou o curador será intimado a prestar compromisso no prazo de 5 (cinco) dias contado da: I - nomeação feita em conformidade com a lei; II - intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou do instrumento público que o houver instituído. §

1º O tutor ou o curador prestará o compromisso por termo em livro rubricado pelo juiz. § 2º Prestado o compromisso, o tutor ou o curador assume a administração dos bens do tutelado ou do interditado”. Acreditamos, apesar da fórmula legal peremptória – seja no CC, seja no CPC –, que ainda que superado o prazo (o motivo da escusa sendo anterior ou posterior à nomeação), sendo razoáveis os motivos o juiz poderá por conta própria providenciar a substituição do tutor. Há situações que impossibilitam por completo o exercício da tutela (digamos que o tutor esteja em coma por causa de acidente automobilístico, e não comunica o fato; ou o mesmo acontece à pessoa nomeada para exercer a tutela, no prazo entre a nomeação e o efetivo exercício). Outras situações, menos dramáticas, também podem ocorrer e ser aceitas.

Art. 1.739. Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.

A escusa apresentada por quem foi nomeado tutor poderá ou não ser aceita. A análise será judicial. Caso seja, o nomeado está livre do encargo. Caso não, poderá haver recurso, porém quem foi nomeado tutor deverá exercer a tutela enquanto o recurso não for julgado. Em outras palavras, o recurso não terá efeito suspensivo, apenas devolutivo. O CPC, art. 760, § 2º, prevê:

“O juiz decidirá de plano o pedido de escusa, e, não o admitindo, exercerá o nomeado a tutela ou a curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado”. Se, agindo ou deixando de agir, o tutor causar danos ao menor nesse período, responderá por eles. Se houver provimento do recurso, os atos praticados pelo tutor, enquanto o era, serão válidos.

Seção IV

Do Exercício da Tutela

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;

II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;

III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

O Código Civil a partir do art. 1.740 cuida do exercício da tutela. Já vimos que não são apenas interesses patrimoniais do tutelado que exigem o zelo do tutor. Também, e sobretudo, os interesses existenciais assim o fazem. Aliás, se mostram ainda mais relevantes. Dentre eles certamente está o interesse do menor de ter a melhor educação possível. Desnecessário sublinhar a importância da educação, sobretudo em nossos dias. Em relação às escolhas educacionais, essas cabem ao tutor – não, porém, de modo arbitrário e impositivo, mas de modo respeitoso e ouvindo sempre o menor. Quando maior o discernimento do menor, mais deve ser respeitada sua autodeterminação, sobretudo em temas existenciais (como a educação o é, embora tenha dimensões também patrimoniais). Em sentido semelhante o Enunciado n. 138 das *Jornadas de Direito Civil*, do CJF frisou: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”).

O inciso I do art. 1.740 afirma caber ao tutor, quanto à pessoa do menor: dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição. Em relação à prestação de alimentos, havendo bens ou rendimentos do menor que permitam essas despesas, elas serão feitas com esse patrimônio (CC, art. 1.746). Se o menor não tiver bens nem houver parentes que possam prestar alimentos, caberá ao tutor fazê-lo. Em relação à educação, há outro aspecto relevante. O ECA, art. 55, estabelece: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. Diante disso cabe indagar: seria possível aos tutores pretender educar os filhos sem matriculá-los na rede regular de ensino? O STF, em 2018, entendeu que não (RE 888.815, com repercussão geral). A questão é essencialmente esta: os menores podem ser educados fora da rede de ensino oficial, pública e privada? Isso seria um meio lícito de cumprir o dever de educação previsto no art. 205 da Constituição? Sabe-se que nos EUA o

tema é bastante discutido, encontrando certo enraizamento cultural ligado a questões religiosas (e também relacionadas à questão da autonomia do indivíduo e da acentuada valorização da liberdade individual). Algumas das decisões da corte americana parecem autorizar que os pais recusem o ensino formal e compulsório aos filhos, mas apenas poderiam fazê-lo por razões religiosas – o que, por certo, não encontra amparo algum na Constituição brasileira. Seja como for, existem leis em vários Estados norte-americanos que autorizam o *homeschooling*. As cortes americanas – seja a Suprema Corte, sejam cortes estaduais – consideram lícita a prática do *homeschooling*, ainda que haja visões opostas expressas nos votos vencidos. Portanto, no Brasil, o *homeschooling* não é possível, à luz do entendimento do STF.

O Código Civil, no art. 1.740, II, estabelece que incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: “reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção”. Já frisamos que a tutela se apresenta como ferramenta para concretizar o melhor interesse do menor – seja criança, seja adolescente – quando os pais *não estão* no exercício do poder familiar. Do contrário, não cabe invocar o instituto da tutela. Porém, ainda assim, o tutor não detém esfera de atribuição tão larga como a dos pais. Seu espaço de movimentação é menor. Nesse sentido deve ser lido o inciso em questão. O tutor não tem poder para castigar o menor. Aliás, até os castigos físicos, em nossos dias, são progressivamente esvaziados, *mesmo em relação aos pais*. Lembremos que o Código Civil, art. 1.638, I, determina que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho. A propósito, vale citar a Lei n. 1.3010/2014, que alterou o ECA para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. O castigo é violência contra a integridade física do filho e participa de uma educação mais própria dos séculos passados. Não que os pais não possam – e devam – *estabelecer limites e ter autoridade*. Autoridade e limite

é algo essencial (e muito em falta) nos nossos dias. Porém há um abismo imenso entre isso e o ato de agredir fisicamente os filhos.

O inciso II autoriza ao tutor “reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção”. Mais uma vez – e são tantas – uma regra jurídica com certo sabor arcaico. Primeiro a expressão “como houver por bem” sugere arbítrio judicial, o que é completamente inadequado. O juiz não pode julgar com voluntarismo, mas sempre à luz das balizas do sistema jurídico e da teoria dos direitos fundamentais. O melhor modo de ler a norma é, diante da solicitação do tutor – rara, convenhamos – que o juiz, de modo criativo e responsável, pense modos e formas que façam o menor refletir sobre a própria conduta. Às vezes, o mero contato com pessoas em situações difíceis,

passando por problemas (muito) maiores que os nossos, fazem com que repensemos a forma como vínhamos agindo.

Por fim, o inciso III aduz que cabe ao tutor, quanto à pessoa do menor, adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade. Quanto a ouvir o menor, parece-nos sempre importante, mesmo antes dos 12 anos. A regra hermenêutica deverá ser esta: quanto maior o discernimento, mais a voz do menor deve ser ouvida (e, dentro de certos limites, respeitada). No mais, já escrevemos que o tutor não tem esfera de atribuição tão larga como a dos pais. Seu espaço de movimentação é menor. O tutor não tem direito, por exemplo, de ter o tutelado em sua companhia, nem de castigá-lo, como já vimos.

Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

O tutor será intimado a prestar compromisso no prazo de 5 dias contado da nomeação ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído. O tutor deverá prestar compromisso em livro rubricado pelo juiz. Prestado o compromisso, o tutor assume a administração dos bens do tute-

lado. Cessada a tutela, é indispensável a prestação de contas pelo tutor ou pelo curador, na forma da lei civil. O art. 1.741 explicita algo que temos sublinhado nos comentários de outros artigos: a tutela é funcionalizada para proteger o tutelado, é pensada em proveito dele. O tutor, no exercício desses graves deveres, deverá ser zeloso e agir à luz da boa-fé.

Art. 1.742. Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor.

O protutor tem uma função singular: ajudará o Juízo a fiscalizar o exercício da tutela. Em outras palavras: fiscalizará o tutor. O protutor também poderá receber remuneração, porém módica. Suas funções são mais simples que a do tutor e,

como dissemos, se resumem a fiscalizar o exercício da tutela. A função do protutor terá mais razão de ser, pelo menos em princípio, no caso de vultosos patrimônios, de valores que impõem cautelas e cuidados especiais.

Art. 1.743. Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.

É possível, presentes as situações previstas no art. 1.743, que o tutor, mediante aprovação judicial, delegue a outras pessoas o exercício parcial da tutela. A tutela, nesse contexto, é delegável, pelo menos em parte, desde que haja razões substanciais que justifiquem a delegação,

nos termos do artigo citado (seria a chamada tutela parcial ou cotutoria). A tutela poderá ser delegada não só para pessoa física, mas também para pessoa jurídica. A delegação não afasta do tutor o dever de acompanhar o desenvolvimento dos atos e funções delegados (embora caiba

constatar: se os atos delegados exigem conhecimento técnico, são realmente complexos, seu acompanhamento será de pouca ou nenhuma valia, já que seria fácil enganar inclusive o tutor, pelo menos em tese). A responsabilidade do

tutor, mesmo na hipótese do art. 1.743, será subjetiva, não cabendo responsabilizá-lo sem a presença de culpa. Obviamente, os terceiros a quem foi delegada parcialmente a tutela também poderão ser responsabilizados.

Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:

I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;

II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

O Código Civil reputa tão grave os deveres da tutela, e tão importante proteger o menor, que determina no art. 1.744: “A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito”. Vejamos inicialmente os conteúdos dos deveres impostos ao juiz: ele deverá não só nomear o tutor, como ainda o fazer de modo tempestivo e oportuno. E mais: deverá exigir garantia legal do tutor e o remover se verificar que ele se tornou suspeito. Em razão da hipótese do inciso I, afirma o Código Civil, o magistrado responde direta e pessoalmente. Em razão da hipótese do inciso II, responde de modo subsidiário, ainda de acordo com o Código Civil.

A questão que pode suscitar polêmica, aqui, não diz respeito ao conteúdo dos deveres impostos ao juiz. Diz respeito, isso sim, à natureza da responsabilidade – se direta e pessoal ou não.

A regra no Brasil é a responsabilidade do agente público mediante culpa (negligência, imperícia ou imprudência). O Estado, depois de indenizar a vítima, deverá propor ação de regresso contra o agente, provando-lhe a culpa. Há casos, porém, em que a legislação não se satisfaz apenas com a prova de culpa (negligência, imperícia e imprudência), exigindo o dolo para que haja responsabilização pessoal do agente público. O juiz responde pessoalmente por danos (materiais ou morais) quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. O mesmo vale para o membro do Ministério Público. O CPC/2015, art. 143, prevê: “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de

suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. É preciso lembrar que a fraude, sendo intencional, confunde-se com o dolo. Em relação ao Ministério Público, o CPC/2015, art. 181, consignou: “O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”. Percebe-se, em ambos os casos, que a responsabilização do agente público só se dará regressivamente, em virtude de dicção expressa de lei. Nesse contexto o CPC de 2015 – repetindo, neste ponto, a orientação do CPC de 1973 – prevê que o magistrado e o membro do Ministério Público apenas respondem civilmente, quando “no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude” (CPC/2015, art. 143 e art. 181). Houve, porém, no CPC/2015, inovações: a regra passa a ser aplicável também aos membros da Advocacia Pública (CPC/2015, art. 184) e em relação aos membros da Defensoria Pública (CPC/2015, art. 187). A propósito, é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa, desde que esteja configurada a existência de culpa ou erro grosseiro (STF, MS 27.876, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 18/09/2012).

Certo é, ainda, que a vítima poderá, caso prefira, propor a ação contra o Estado. Cabe nesse contexto indagar: é possível propor a ação diretamente contra o agente público? A questão que se põe é a seguinte: tendo o particular sofrido um dano, contra quem ele poderá manejar a ação de indenização? Se, digamos, um adolescente é morto por um policial militar, sua mãe poderá propor a ação de danos morais e materiais apenas contra o Estado da Federação ou poderá, se preferir, acionar diretamente o militar? Existem,

na doutrina e na jurisprudência, duas visões sobre o tema.

Vejamos primeiro a *teoria da dupla garantia*. A teoria da *dupla garantia* postula que o agente público não poderá ser diretamente acionado pelo dano que (supostamente) tiver causado. A demanda apenas poderá ser proposta pelo Estado. Este, em regresso, é que poderá acionar o agente público, provando-lhe a culpa. Argumenta-se, em favor da teoria, que ela confere uma garantia a favor do particular (responsabilidade objetiva do Estado, o que possibilita uma maior possibilidade de ressarcimento do dano) e também do agente público (que não terá sua atuação ameaçada, a cada instante, por ações judiciais postulando indenizações).

Já a teoria da *inexistência do benefício de ordem* perfilha visão oposta. Entende que a vítima pode, querendo, propor a ação diretamente contra o agente público (deverá, por certo, nesse caso, provar-lhe a culpa). Marçal Justen Filho pondera que “não há obstáculo a que o particular promova a responsabilização civil do Estado concomitantemente com a do agente estatal” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246). Partilhando de semelhante entendimento, Tepedino aponta: “Igualmente criticável seria a rejeição da propositura de ação indenizatória diretamente contra o funcionário (no caso, o médico servidor público), com base na culpa, em detrimento da ação contra a Administração Pública. A hipótese ocorre com frequência, sobretudo quando a prova da culpa ou dolo se mostra evidente e a execução contra o patrimônio do agente se apresenta, para o autor, mais atraente (imaginem-se o não implausível contraste: de um lado, o robusto patrimônio do médico faltoso e, de outro, os cofres endividados de um modesto município)” (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, 109). A favor dessa teoria pode ser dito que as razões, históricas e conceituais, que construíram a responsabilidade civil (objetiva) do Estado entre nós – como algo que valiosamente participa de nossa tradição constitucional desde 1946 – evidenciam claro tom de proteção do cidadão, e não necessariamente do agente público (que só responderá se houver culpa). Não

seria adequado, nesse contexto, argumenta-se, extrair da norma constitucional dimensões de sentido que limitem a proteção dos cidadãos.

STF e STJ tem visões distintas sobre a matéria, ainda que isso nem sempre seja percebido (talvez nem os tribunais tenham percebido a dualidade, pelo menos atual, de posições sobre o tema). O STJ entende ser possível que se proponha a ação contra quem a vítima escolher (contra o Estado, contra o autor do dano ou contra ambos). O STJ afirma explicitamente que a questão é pacífica por lá (STJ, REsp 687.300, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T, DJ 24/08/10. Precedentes: REsp 731.746, DJ 05/08/08). Posteriormente essa orientação foi reafirmada: “Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ” (STJ, REsp 1.325.862, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T, DJ 10/12/2013).

O STF, algumas décadas atrás, já havia decidido que não há benefício de ordem em favor do agente público (STF, RE 99.214, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª T, DJ 20/05/83). Hoje, porém, outro é o entendimento que prevalece no STF. Já há mais de uma década o STF tem entendido que a ação deverá ser proposta apenas contra o Estado (STF, RE 327.904, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª T, DJ 08/09/06, aludindo a uma: “garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”). Alguns denominam essa posição de “tese da dupla garantia”. Posteriormente, em 2008 e 2009, ambas as Turmas do STF reafirmaram que: “Consoante dispõe o § 6º do art. 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento – direito de regresso contra o responsável nos casos

de dolo ou culpa” (STF, RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T, DJ 14/11/08). Há julgado de 2009 no mesmo sentido, da segunda Turma (STF, RE 470.996, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T, DJ 11/09/09). Pode ser citado ainda o RE 720.275, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 04/02/2013).

É bem provável que esta posição – a chamada teoria da dupla garantia – acabe por prevalecer na jurisprudência (que é o entendimento atual do STF). Convém lembrar que essa última posição (do STF) foi reforçada com o advento do CPC/2015, que previu que juízes (CPC, art. 143),

membros do Ministério Público (CPC, art. 181), membros da advocacia pública (CPC, art. 184) e membros da Defensoria Pública (CPC, art. 187) apenas respondem “civil e regressivamente”. Pelo menos em relação aos agentes públicos citados, não parece haver dúvida que a partir do CPC/2015 eles apenas responderão regressivamente. A triste verdade, porém, é que as ações de regresso apenas muito raramente são propostas. Não temos essa cultura institucional no Brasil, o que talvez seja resquício de nosso proverbial patrimonialismo.

Art. 1.745. Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.

Parágrafo único. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade.

O tutor assume a administração dos bens do tutelado depois de prestado o compromisso. Esse compromisso deverá ser prestado em livro rubricado pelo juiz. E mais: o Código Civil, no art. 1.745, exige que haja termo especificado quando da entrega dos bens do menor ao tutor – e também que haja especificação dos respectivos valores. Trata-se de norma cogente que não pode ser objeto de disposição em contrário dos pais, nem por testamento ou documento público. O parágrafo único enfatiza que se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade. No modelo ante-

rior, existente quando do Código Civil de 1916, havia a imposição da hipoteca legal (que também estava prevista no ECA, art. 37). O Código Civil atual, de modo menos rígido e mais flexível, aceitou que a caução possa ser em dinheiro e outros bens móveis. Assim, a caução poderá ser real (incidindo sobre bens) ou fidejussória (fiança, por exemplo). Ainda assim ela poderá ser dispensada, sendo essa a regra para a tutela. A exigência de caução, na verdade, impõe-se quando o patrimônio do menor for considerável. Nesse caso, o juiz só poderá dispensá-la se houver elementos objetivos e claros de que o patrimônio do menor não correrá riscos, do contrário poderá responder pelos danos (CC, art. 1.744).

Art. 1.746. Se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas deles, arbitrando o juiz para tal fim as quantias que lhe pareçam necessárias, considerado o rendimento da fortuna do pupilo quando o pai ou a mãe não as houver fixado.

Em relação à manutenção e despesas de educação do menor, havendo bens ou rendimentos dele, menor, que permitam essas despesas, elas serão feitas com esse patrimônio, conforme prevê o art. 1.746. Se o menor não tiver bens nem houver parentes que possam prestar alimentos, caberá ao tutor fazê-lo. Nes-

ses termos, a responsabilidade do tutor pelos valores relativos à manutenção e alimentação do tutelado é subsidiária. Se os pais, em testamento ou no documento que nomeou o tutor, não especificaram o valor destinado a essas despesas, caberá ao magistrado fazê-lo, ouvido o Ministério Público.

Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

- I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;
- II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;
- III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;
- IV - alienar os bens do menor destinados a venda;
- V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

O art. 1.747 traz, em outro elenco possivelmente desnecessário, outras atribuições do tutor. A tutela existe em função do menor, para protegê-lo, seja em relação às suas dimensões existenciais, seja em relação às suas dimensões patrimoniais (e o Código Civil parece privilegiar essas). O tutor representa ou assiste o menor, realizando atos diversos em favor de seus interesses e gerindo seus bens. É instituto funcionalizado aos interesses do menor, cuja

vulnerabilidade se presume, ainda que cada vez mais ele deva ser ouvido à medida que demonstrar discernimento. As hipóteses previstas no art. 1.747 ou decorrem do próprio Código Civil (estão previstas em outros artigos e com eles se relacionam) ou resultam da própria estrutura conceitual da tutela. Lembrando sempre que cessada a tutela é indispensável a prestação de contas pelo tutor ou pelo curador, na forma da lei civil (CPC, art. 763, § 2º).

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

- I - pagar as dívidas do menor;
- II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;
- III - transigir;
- IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;
- V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

O Código Civil, no art. 1.748, explicita para quais atos o tutor necessita de autorização judicial. São eles: pagamento de dívidas do menor; aceitação de heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; transações; venda de bens móveis cuja conservação não convier e imóveis nos casos em que for permitido; representar e assistir

o menor, de modo amplo, nas demandas judiciais. O parágrafo único dispõe que, inexistindo autorização judicial, o ato não terá eficácia. Contudo, a outorga judicial, ainda que posterior, confere eficácia ao ato. O legislador optou pela categoria conceitual da ineficácia, e não da invalidade, nas hipóteses do art. 1.748.

Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

- I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;
- II - dispor dos bens do menor a título gratuito;
- III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

Há certos atos em relação aos quais o Código Civil veda, de modo peremptório, a prática pelo tutor. Nem mesmo com autorização judicial esses atos são aceitos pela ordem jurídica. O art. 1.749 traz, em três incisos, essa proibição absoluta: a) o tutor não pode adquirir, por si ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens mó-

veis ou imóveis do menor; b) o tutor não pode dispor dos bens do menor a título gratuito; c) o tutor não pode se constituir cessionário de crédito ou de direito, contra o menor. Em qualquer dessas hipóteses, praticado o negócio jurídico, estamos diante de nulidade.

Art. 1.750. Os imóveis pertencentes aos menores sob tutela somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz.

O Código Civil, como frisamos em outras oportunidades desta obra, confere especial ênfase aos bens imóveis. No art. 1.750 temos mais uma projeção dessa tendência legislativa: os imóveis pertencentes dos tutelados só podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz. Temos, portanto, dois requisitos de presença cumulativa, para que o negócio jurídico seja válido: a) que haja prévia avaliação judicial

e autorização do juiz (fator objetivo); b) e que haja manifesta vantagem na venda (fator cuja objetividade é menos clara, mas ainda assim deverá ser buscada). Deve-se, nesse caso, buscar análise de corretores – vários, não um – acerca da venda, pesquisas do mercado imobiliário, enfim, deve-se evitar vendas precipitadas e obscuras. As vendas dos imóveis descritos no art. 1.750 do Código Civil devem ser permeadas de saudável publicidade.

Art. 1.751. Antes de assumir a tutela, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu.

Já mencionamos que o Código Civil, art. 1.745, exige que haja termo especificado quando da entrega dos bens do menor ao tutor – e também que haja especificação dos respectivos valores. Trata-se de norma cogente que não pode ser objeto de disposição em contrário dos pais, nem por testamento ou documento público. O art. 1.751 de certo modo dialoga com a previsão anterior, exigindo que o tutor, antes de assumir a tutela, declare tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu. Busca-se evitar, com essa previsão, que tutores mal-intencionados se utilizem de supostos créditos para avançar sobre o patrimônio do menor, em prejuízo deste. Se o tutor não se valer do procedimento declaratório do art. 1.751, o crédito, de que é titular, poderá ser cobrado posteriormente, porém não enquanto a tutela subsistir.

Tentamos, no parágrafo anterior, conferir algum sentido útil à regra jurídica do art. 1.751 do Código Civil, porém não é difícil perceber

que ela contraria disposição do próprio Código, em falha de coerência intrasistemática. Basta lembrar que o art. 1.735 traz – em rol exemplificativo – as hipóteses de ilegitimidade para o exercício da tutela. E o inciso II estabelece que não pode ser tutor e será exonerado da tutela, caso a exerça: “aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor”. Ou seja, o legislador, antes, entendeu que a hipótese veiculava conflito de interesses, e depois parece ter se esquecido da vedação que veiculou. Acreditamos ser mais prudente aplicar o art. 1.735, evitando que o credor do menor assumia a função de tutor. Se, porém, por uma razão qualquer, isso acontecer, o art. 1.751 deverá incidir, não podendo o crédito ser cobrado sem a observância do que ele determina.

Art. 1.752. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despendeu no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.

§ 1º Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada.

§ 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano.

É importante distinguir duas formas de responsabilidade civil do tutor: a) em relação aos danos causados pelo tutor ao tutelado, a responsabilidade é subjetiva, exigindo a prova de dolo ou culpa (CC, art. 1.752); b) em relação aos danos causados pelo tutelado perante terceiros, o tutor responde objetivamente, isto é, sem culpa (CC, art. 932, II e art. 933). O que não deixa de ser curioso e gerador de certa perplexidade, já que o vulnerável, que é o menor tutelado, se sofrer dano, precisará provar a culpa do tutor para ser indenizado, o que não ocorre com o terceiro que sofrer um dano causado pelo tutelado. Escrevemos sobre o tema em outra oportunidade, e pedimos licença para transcrever alguns desses parágrafos (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Volume 3. Responsabilidade Civil*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 569-571).

Em princípio, aplica-se aos tutores e curadores o que dissemos a respeito da responsabilidade civil dos pais. A única linha distintiva relevante diz respeito ao direito de regresso (possível para os tutores e curadores, e vedada para os pais: Código Civil, art. 934). Os tutores (Código Civil, art. 1.728) são nomeados: a) em caso de falecimento dos pais, ou se eles forem julgados ausentes; ou b) se os pais perderem o poder familiar sobre os filhos. O tutor representará o menor até os dezesseis anos, e o assistirá após essa idade (Código Civil, art. 3º, I; art. 4º, I; art. 1.747, I). Já os curadores são nomeados para os incapazes maiores de idade (Código Civil, art. 1.767, I a V). Pode haver curatela em caso de incapacidade absoluta ou relativa. Apesar do curador ser nomeado, em regra, como dissemos, para incapazes maiores, há situações específicas, como a curatela do nascituro (Código Civil, art. 1.779). Em geral, aplicam-se à curatela as normas concernentes à tutela (Código Civil, art. 1.774 e art. 1.781). Convém lembrar, em diálogo das fontes, do *Es-*

tatuto da Pessoa com Deficiência, que redefiniu os termos da teoria da incapacidade entre nós.

O tutor e o curador respondem pelos atos dos incapazes (respectivamente, pupilos e curatelados) que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (Código Civil, art. 932, II). O Código, no inciso II, faz referência ao inciso anterior, reproduzindo, no que respeita aos tutores e curadores, as mesmas exigências que estabeleceu em relação aos pais (autoridade e companhia). Vale, portanto, quanto à configuração da responsabilidade, o que foi dito em relação aos pais.

Questão que acende os ânimos doutrinários diz respeito à ação de regresso nesse caso. Teriam os tutores e curadores direito de regresso contra os pupilos e curatelados, pelos danos por estes causados, e pagos por aqueles? (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143). O art. 934, dispondo sobre a matéria, não faz exceção, e apenas particulariza a situação dos ascendentes relativamente aos descendentes. Somente nesse caso, diz a norma, é que o direito de regresso estaria excluído. Há vozes doutrinárias, contudo, que apresentam severas restrições contra tal regresso, argumentando, em essência, que o tutor e curador, quando indenizam o dano causado pelo incapaz, pagam dívida própria descabendo, por esse motivo, o direito de regresso.

Trata-se, porém, segundo pensamos, de excessiva restrição. Os tutores e curadores podem, em regresso, exigir dos incapazes o que pagaram em nome deles. Imagine-se alguém, de modesta situação econômica – antigo empregado da família, por exemplo (Código Civil, art. 1.775, § 3º) – tendo sido nomeado curador de um senhor abastado, de idade avançada, seja obrigado a ressarcir o dano causado pelo curatelado, sem possibilidade de reaver o que pagou. É certo que a vítima – sendo solidária a responsabilidade (Código Civil, art. 942, parágrafo único) – poderá

voltar-se diretamente contra o curatelado, mas nada impede que, por razões circunstanciais, o curador pague pelo dano. Destoa da razoabilidade jurídica afastar, nessa hipótese, a ação de regresso, equitativa e justa. O mesmo ocorre na tutela. O tutor, por mais diligente e zeloso que seja, não pode vigiar, vinte e quatro horas por dia, o tutelado. Há danos, ademais, que escapam à mais severa vigilância. A lei já impõe, de modo particularmente gravoso, a responsabilidade solidária do tutor por esses danos (Código Civil, art. 932, II; art. 942, parágrafo único). Como – sob que fundamento jurídico – se poderia, razoavelmente, excluir a possibilidade de o tutor valer-se o direito de regresso?

A teoria do risco não se presta a fundamentar tal imposição (LIMA, Alvinio. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 50). As funções de tutela e curatela são um múnus, com severos encargos. Ademais, nem sempre se pode recusar a função de tutor. O Código Civil traça os poucos casos em que a recusa é possível (Código Civil, artigos 1.736 a 1.739). Trata-se, no mais das vezes, de ônus com severos encargos. Pode haver – e por certo houve, no passado – abusos e ilícitos praticados no exercício da tutela e da curatela. Devem, por óbvio, ser combatidos com raro rigor, sobretudo porque as vítimas são incapazes, pessoas conceitualmente mais frágeis, com pouca ou nenhuma possibilidade de defesa. Isso, porém, não autoriza, em absoluto, pressupor – contra norma do Código Civil – a inexistência de direito de regresso dos tutores e curadores em matéria de responsabilidade civil. O regresso existe, desde que o dano tenha sido real, e igualmente verdadeira tenha sido a indenização paga pelo tutor ou curador.

Seria, nessa trilha, pouco realista pretender que tutores e curadores arquem sozinhos com os prejuízos causados pelos incapazes. Não esqueçamos que a responsabilidade dos tutores e curadores, de acordo com o Código Civil, é objetiva, não lhes ocorrendo sequer a prova de que não foram negligentes. Ou seja: ainda que, no caso concreto, toda diligência, cuidado e zelo tenham sido observados, tutor e curador, mesmo assim, responderão, se o dano aconteceu. Nesse sentido, aliás, é o Enunciado 450 das *Jornadas de Direito Civil*: “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o

modelo de culpa presumida”. Há, a propósito, um enunciado mais antigo (CJF, 39), que aborda a matéria: “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

De toda sorte, a indenização – neste e em qualquer outro caso – não poderia privar o tutor ou curador do necessário à subsistência. A responsabilidade civil, de certo modo, encontra limite no patrimônio mínimo. Configura uma espécie de limite humanitário da responsabilidade civil. Sob tal orientação foi pensado o Enunciado n. 39 das *Jornadas de Direito Civil* (CJF): “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção da dignidade humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

Que os pais respondam e não tenham direito de regresso contra os filhos, compreende-se, mercê dos íntimos vínculos familiares e afetivos. Mas, ainda assim, há regra expressa nesse sentido (Código Civil, art. 934, segunda parte). Não há, todavia, norma que exclua o regresso na ação proposta por tutores ou curadores. Aliás, Pontes de Miranda já observara que a exclusão do direito de regresso, por parte dos pais, pode ensejar injustiças nos casos concretos.

O Código Civil afirma que o tutor tem direito a ser remunerado, desde que as condições financeiras do menor o permitam. Essa remuneração, afirma o art. 1.752, será proporcional ao valor dos bens administrados. Não será todo exercício de tutela que será remunerado, pois, sendo parcos e insuficientes os bens do menor, não haverá remuneração alguma. A tutela pode até, em certos casos, se dar mais para cuidar de

aspectos de representação legal do menor do que propriamente administrar seu patrimônio (que pode não existir, pelo menos realisticamente, embora a literatura civilística afirme que todos temos patrimônio). O tutor deverá ser ressarcido dos custos que teve no exercício da tutela, pelo menos essa é a regra amplamente geral. O art. 1.752, § 2º, estatui que são responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano, o que traduz a orientação geral que impõe a solidariedade na responsabilidade civil, isto é, havendo mais de um causador do dano, todos respondem solidariamente. O protutor também poderá receber remuneração, mas essa será módica. Suas funções são mais simples e se resumem a fiscalizar o exercício da tutela. Conforme destacamos acima, o tutor responde pelos prejuízos que causar ao tutelado, mas essa responsabilidade exige a prova de culpa. A princípio, qualquer grau de culpa, mesmo a leve, pode ensejar o dever de indenizar, porém mesmo essa dicção clássica deverá passar pelo teste da proporcionalidade em nossos dias.

Talvez caiba, antes de concluir, falar algo a respeito da responsabilidade civil dos incapazes. O tutelado, sendo menor, poderia responder civilmente em nome próprio? A resposta é positiva, ainda que com certas ponderações. No modelo do Código Civil anterior essa responsabilidade não era possível, mas é uma realidade à luz do Código Civil de 2002,

cujo art. 928 prevê: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. Temos, portanto, a partir do Código Civil vigente, dispositivo legal que autoriza responsabilizar pessoalmente o incapaz por um dano que cause. Duas conclusões extraem-se do texto legal: (a) a responsabilidade civil do incapaz, à luz do art. 928, é subsidiária; (b) a indenização, na espécie, deverá ser equitativa, e só terá lugar se não privar o incapaz do mínimo existencial. O STJ reconheceu que a “responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada”. Afirmou que “é subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante” e “deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz” (STJ, 1.436.401, DJ 16/03/2017). No mesmo julgado frisou-se que não há litisconsórcio passivo necessário entre o responsável e o incapaz. Isto é, a vítima não precisará propor a ação contra ambos. Se isso ocorrer, haverá um litisconsórcio facultativo simples.

Seção V

Dos Bens do Tutelado

Art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens.

§ 1º Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz.

§ 2º O mesmo destino previsto no parágrafo antecedente terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência.