

## GAPRI INFORMA

### SUMÁRIO DAS NOTÍCIAS

#### STJ

1. [Locatária e locadora de veículo respondem por acidente com danos a ciclista](#)
2. [Mantida multa a banco por cláusulas abusivas em contrato com os clientes](#)
3. [Terceira Turma considera nulos juros de empréstimo em caso de agiotagem](#)

#### CONJUR

4. [Igreja será indenizada por ter de celebrar casamento de noiva grávida](#)
5. [Orientar testemunha antes da audiência de conciliação é má-fé processual](#)
6. [Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro](#)
7. [Viúva tem direito a morar em imóvel deixado por companheiro de união estável](#)

#### NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

8. [Regulamentação da ação rescisória no CPC/15 fere a Constituição](#)

### ÍNTEGRA DAS NOTÍCIAS

#### STJ

1. [Locatária e locadora de veículo respondem por acidente com danos a ciclista](#)

26/08/16

Nos casos de acidente automobilístico, proprietário e condutor respondem solidariamente pelo evento, impondo-se ao primeiro, quando reconhecida a culpa do segundo, responsabilidade por ter permitido que o veículo, registrado em seu nome, fosse conduzido pelo causador do acidente.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou esse entendimento, de forma analógica, para responsabilizar duas pessoas jurídicas, locadora e locatária de veículo, por acidente que provocou graves danos a uma ciclista.

Após ter sido atingida pela porta de um carro, que foi aberta de forma inesperada e abrupta pelo motorista, a vítima ajuizou ação de reparação de danos materiais, estéticos e morais contra a empresa Ouro Verde Transporte e Locação. O automóvel pertencia à empresa de transporte, contudo, no momento do acidente, estava locado para Concremat Engenharia.

Em consequência da colisão, ela caiu no chão e fraturou, de forma complexa, o joelho esquerdo. A vítima precisou ser submetida a cirurgia para implante de pinos e parafusos. Ainda assim, perdeu os movimentos normais da perna e ficou impedida de trabalhar.

#### **Assistência**

Segundo a ciclista, após a cirurgia, não teve nenhuma assistência financeira para pagamento das despesas para sua reabilitação, referentes a muletas, cadeira de rodas, cadeira de banho e sessões de fisioterapia.

Na sentença, a Ouro Verde Transporte e Locação foi condenada ao pagamento de pensão mensal, correspondente a 50% do salário mínimo vigente à época, tendo como termo inicial o momento do acidente e final, até a data em que a autora complete 65 anos de idade, ou enquanto durar a incapacidade para trabalhar.

A empresa também foi condenada a ressarcir a mulher pelos gastos com despesas comprovadas, bem como a pagar o valor de 50 salários mínimos pelos danos morais e estéticos suportados. Em tudo incidindo juros e correção monetária.

Contudo, o magistrado também julgou procedente a denunciação da lide requerida pela Ouro Verde Transporte em relação à empresa Concremat Engenharia e Tecnologia, cujo funcionário dirigia o veículo. A denunciada foi condenada a ressarcir os prejuízos suportados pela Ouro Verde.

### **Conversão**

Ambas as condenadas recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). A corte paulista deu parcial provimento aos recursos, apenas para determinar que a conversão do valor da indenização fosse feita com base na data da publicação da sentença.

Inconformadas, as empresas interpuseram recurso especial no STJ. Os ministros discutiram acerca da responsabilidade pelos danos causados a terceiros decorrentes do uso de veículo de empresa locadora, mas sob condução do locatário ou por terceiro sob seu comando.

De acordo com o ministro Luis Felipe Salomão, relator, “a responsabilidade civil do proprietário pelos danos causados pelo veículo há muito fora reconhecida pela jurisprudência e doutrina pátrias, não importando, inclusive, se o condutor é o proprietário ou terceiro autorizado por ele”.

Com base em mais de uma teoria acerca da responsabilidade civil, o relator afirmou que o proprietário do veículo responde pelos danos causados por terceiros, de modo culposos, no uso do carro. Para ele, o caso específico se enquadra na responsabilidade do proprietário de veículo automotor por danos gerados por quem o tomou de forma consentida.

### **Culpa exclusiva**

Por outro lado, o ministro defendeu que o guardião do bem somente fica isento da responsabilidade se a culpa for exclusiva da vítima – o que não se aplica ao caso analisado, “pois o motorista do veículo locado agiu de forma negligente e imprudente, causando os danos à ciclista”.

Ele ressaltou ainda a responsabilidade do proprietário do veículo como empresa de locação – visto que, por essa qualidade, a empresa também responde quanto aos danos que o veículo locado causa a terceiros.

“Afirmando-se a responsabilidade da locadora, precedentemente está-se reconhecendo a responsabilidade do locatário. A primeira decorre, na maioria dos casos, da confirmação da segunda”, explicou Salomão.

Ele ainda ressaltou que a existência de cláusula prevendo como obrigação da locadora a contratação de seguro contra eventos danosos e a desobediência à obrigação não isentam a locatária da responsabilidade. Isso porque “ainda que cumprida a obrigação de contratar o seguro, este não socorreria a locatária em eventos como o do caso concreto”, concluiu. **REsp 1354332-SP**

26/08/16

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a cobrança de uma multa de R\$ 3 milhões, estipulada por decisão colegiada (acórdão) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao banco Cetelem, por cláusulas abusivas em contratos com os clientes da instituição financeira.

A multa administrativa foi aplicada pelo Procon de Minas Gerais, após o banco se negar a assinar termo de ajustamento de conduta (TAC). O órgão entendeu que ocorreram cobranças indevidas que variavam de R\$ 0,15 a R\$ 2,00, como tarifa de administração, taxa de emissão de boleto bancário, tarifa de débito em conta-corrente, envio de produtos e serviços sem solicitação do consumidor, entre outros.

O valor original da multa foi estipulado em quase R\$ 6 milhões. O banco Cetelem apelou ao TJMG, que reduziu o valor para R\$ 3 milhões. Inconformada, a instituição financeira recorreu então ao STJ, cabendo a relatoria do caso ao ministro Humberto Martins, da Segunda Turma, especializada em direito administrativo.

### **Defesa**

No STJ, a defesa do banco alegou que a multa, mesmo após ser reduzida pela metade pelo tribunal mineiro, “continua excessiva e deve ser adequada aos parâmetros legais, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade”.

Alegou ainda que o TJMG levou em consideração apenas a capacidade econômica da instituição, “desconsiderando, entretanto, os demais requisitos legais, como gravidade da infração, extensão do dano causado e vantagem auferida”.

No voto, o ministro Humberto Martins considerou que a prática abusiva “contraria as regras mercadológicas de boa conduta com os consumidores, sendo sua repressão um princípio geral da atividade econômica”.

### **Abusividade**

O relator ressaltou que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) cita um rol exemplificativo de práticas abusivas (artigo 39), relação também descrita em outros dispositivos da Lei 8.078/90.

“A simples presença da cláusula abusiva no contrato é reprovável, ainda que não haja abuso do poderio econômico do fornecedor, pois a mera existência da abusividade é danosa à ordem econômica e contrária às relações de consumo”, afirmou.

Para o ministro, a multa fixada pelo Procon é "graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor", segundo o artigo 57 do CDC. O voto do relator rejeitando o recurso do banco foi aprovado por unanimidade pelos demais ministros da Segunda Turma. **REsp 1539165-MG**

---

### 3. [Terceira Turma considera nulos juros de empréstimo em caso de agiotagem](#)

29/08/16

Havendo prática de agiotagem em uma situação de empréstimo pessoal entre pessoas físicas, devem ser declarados nulos apenas os juros excessivos, conservando-se o negócio jurídico com a redução dos juros aos limites legais. Além disso, a assinatura de terceiro no verso de nota promissória, sem indicação de sua finalidade, deve ser considerada aval, e não endosso.

Esse foi o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar recurso especial. No caso, o credor executou uma nota promissória no valor de R\$ 500 mil, dada em garantia de empréstimo que o devedor afirma ser de R\$ 200 mil. Segundo ele, o montante inicial da dívida foi elevado em razão de juros abusivos, fruto da prática de agiotagem.

O devedor propôs a compensação dessa dívida com o crédito que possuía em outra nota promissória. Essa segunda nota havia sido emitida por terceiro, favorecendo outro que também não é parte no processo. Porém, na promissória constava a assinatura do credor no verso como avalista do negócio.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) negou a compensação das dívidas sob o fundamento de que a relação jurídica estabelecida entre os litigantes envolveu terceiro, sendo objeto de triangulação subjetiva.

Argumentou ainda que os juros incluídos na nota promissória possivelmente foram usurários, ou seja, de prática de agiotagem, conferindo provável iliquidez à dívida. Levantou também a possibilidade de a assinatura no verso da nota se tratar de endosso.

### **Requisitos**

No STJ, o ministro João Otávio de Noronha, relator do recurso, explicou que existem alguns requisitos para configurar a compensação estabelecida pelo Código Civil. Segundo ele, deve haver duas obrigações principais entre os mesmos sujeitos, ou seja, o credor de uma deve ser devedor da outra, e vice-versa. A respeito da compensação legal, exige-se ainda “terem as prestações por objeto coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; serem as dívidas líquidas, vencidas e exigíveis”.

De acordo com Noronha, a compensação da dívida pode ocorrer independentemente de a assinatura no verso da nota se tratar de endosso ou aval. O ministro esclareceu que o aval é uma garantia pessoal, específica para títulos cambiais, do cumprimento da obrigação contida no título. Segundo o relator, “o avalista não se equipara à figura do devedor principal, mas é responsável como ele”, inclusive sua obrigação é assumida de forma autônoma, ou seja, independente do devedor.

Já o endosso “é ato cambial de transferência e de garantia ao mesmo tempo, porque o endossante, ao alienar o título, fica, por força de lei, responsável pela solução da dívida”.

Nesse sentido, a assinatura posta no verso pelo credor “não pode ser endosso, deve ser considerada aval”, visto que, conforme a Lei 8.021/90, o endosso “em branco” não mais vigora, afirmou.

No que diz respeito à discussão sobre juros onzenários, Noronha entendeu que, mesmo havendo a prática de agiotagem, “isso não implica que o título seja automaticamente nulo. Conserva-se o negócio jurídico e extirpa-se dele o excesso de juros”. [REsp 1560576-ES](#)

## **CONJUR**

### 4. [Igreja será indenizada por ter de celebrar casamento de noiva grávida](#)

27/08/16

Igrejas podem se recusar a atender membros que atuam de forma contrária às suas doutrinas eclesiais, devendo ser indenizadas por medidas que ofendam suas próprias regras. Assim entendeu a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás ao determinar que um casal pague R\$ 50 mil à Primeira Igreja Batista em Goiânia, que foi obrigada a celebrar um matrimônio por decisão judicial.

A ação foi movida pelo próprio casal em 2005, depois que a instituição negou-se a celebrar a cerimônia, sob o argumento de que a noiva já estava grávida. Ainda naquele ano, os autores conseguiram liminar obrigando a igreja a sediar o casamento. Como oficiais de Justiça tiveram dificuldade para intimar os pastores, um juiz plantonista autorizou até que eles abrissem as portas do templo por conta própria.

Noivos conseguiram liminar para se casar em igreja evangélica, mas agora vão pagar indenização por terem ido à Justiça.

O processo continuou mesmo depois da cerimônia, pois os recém-casados afirmaram ter sofrido danos morais com a negativa. Na contestação, a ré solicitou exatamente o inverso: ser indenizada pela obrigação de executar o casamento.

A sentença — assinada por outra juíza — reconheceu ofensa à honra objetiva da igreja, pela “atitude impensada dos autores de forçarem a realização do casamento religioso sem o preenchimento dos requisitos mínimos necessários pela suplicada”.

### **Pré-requisito**

O casal recorreu, mas o TJ-GO manteve o entendimento. O relator, juiz substituto em segundo grau Delintro Belo de Almeida Filho, não viu ato discriminatório, considerando que o regulamento era claro ao estabelecer que só tinham direito ao matrimônio fiéis “em plena comunhão com a igreja”.

Ele disse ainda que a noiva, “à época dos fatos, embora fosse membro da referida instituição, não estava em plena comunhão com a igreja, pois conforme assevera a nobre magistrada sentenciante, “(...) notório e independe de provas que a religião evangélica não aceita as relações sexuais antes do casamento (...) sendo que este dogma é da Igreja e contra o qual o Estado não pode se voltar a título de infringência à regras constitucionais”.

Ainda citando trecho da sentença, o relator disse que “os autores não foram surpreendidos com as decisões do pastor da igreja ré, uma vez que violaram as normas de conduta da religião a que pertenciam e resolveram correr o risco, quanto a manutenção de relações sexuais antes do casamento, de forma que não podem querer, após descumprirem as regras, impor a todos os membros da igreja suas opiniões e vontades pessoais”.

O problema, para ele, foi a igreja ser obrigada a agir contra as suas crenças, embora a Constituição Federal garanta que conflitos ligados à liturgia são *interna corporis*, ou seja, devem ser resolvidos pela própria instituição. O voto foi seguido por unanimidade.

### **Detalhe**

O relator assina o voto como “diác.”, uma abreviação para diácono — além de juiz, ele é registrado como colaborador na Paróquia Santuário Santo Antônio, no município goiano de Anápolis. *Com informações do Centro de Comunicação Social do TJ-GO.*

Clique [aqui](#) para ler o acórdão.

Processo 58752-10.2005.8.09.0051

---

## 5. [Orientar testemunha antes da audiência de conciliação é má-fé processual](#)

28/08/16

Instruir testemunhas é nítida afronta aos artigos 17 e 18 do antigo Código de Processo Civil e ao artigo 80, inciso V, do novo CPC, pois é conduta que depõe contra a lealdade processual, a boa-fé e a dignidade da Justiça. Por isso, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) manteve sentença que multou a parte reclamante em 1% do valor da causa em reclamationária que tramita na 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. É que sua advogada foi flagrada em gravação “industriando” uma testemunha durante sessão de audiência de conciliação. O vídeo teria sido feito pela advogada de uma das partes reclamadas.

Conforme a sentença, o exame do vídeo juntado ao processo mostra, em dois momentos específicos, a procuradora da reclamante orientando o depoimento da testemunha, minutos antes da audiência. Aos 29 segundos do vídeo, a procuradora afirma que “o foco da questão [...] é teu horário de trabalho”; logo a seguir, que trabalhava “10 horas por dia” e “existia habitualidade [...] era todos os dias”. Aos 57 segundos da gravação, diz à reclamante e à testemunha que o foco é também “comprovar que a M. (segunda reclamada) tinha uma sociedade”.

Para o juiz do trabalho Daniel Souza de Nonohay, a procuradora, diferentemente do que afirmou à Justiça, não pediu que a testemunha apenas dissesse a verdade. Antes, a orientou diretamente sobre assunto que condiz com o objeto da prova requerida na audiência — a jornada de trabalho.

“Comprovado o fato de a testemunha ter sido orientada, especificamente naquilo que deveria referir ao juízo, não se reveste o seu depoimento da credibilidade necessária à formação da convicção do juízo. Desconsidero-o, dessarte, para fins probatórios”, escreveu na sentença. Nonohay determinou a expedição de ofício à OAB gaúcha, com cópia integral do processo e da filmagem, para averiguar a possibilidade do cometimento de infração ética pela advogada.

### **Recurso negado**

Em recurso ordinário interposto na corte, a reclamante alegou que a sua conduta não causou dano à parte contrária, pois não houve dolo ou culpa. Disse que a jornada informada na petição inicial foi acolhida pela vara de origem e sustentou que o áudio é precário, contendo ruídos “a ponto de não se compreender uma frase inteira”. Afirmou ainda que a condenação da reclamante como litigante de má-fé e o comando do ofício à OAB geram prejuízos à carreira profissional da procuradora.

O relator do recurso ordinário, desembargador André Reverbel Fernandes, no entanto, entendeu como correta e adequada a aplicação da multa de litigância de má-fé à reclamante, diante da “prova robusta dos atos temerários e da consciência do litigante em praticá-los”, bem como a determinação de expedição de ofício à OAB, a fim de prestigiar a dignidade da Justiça.

“Sinale-se que compete ao juiz zelar pelo cumprimento da lei, inclusive comunicando às autoridades competentes acerca de eventuais infrações aos seus dispositivos. Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso da reclamante”, escreveu no acórdão, lavrado na sessão de 10 de agosto, em entendimento unânime.

### **Recurso Ordinário 0021030-28.2014.5.04.0014**

---

## 6. [Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro](#)

28/08/16 – Por José Fernando Simão

Ao escrever algumas linhas a respeito da guarda de menores por seus genitores, para a publicação na *Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR*, atendendo ao honroso convite de Marcelo Bürger, notei uma questão que foi confirmada por meu amigo Flávio Tartuce<sup>[1]</sup>: parte da doutrina afirma que a guarda dos pais quantos aos filhos menores (artigos 1.583 e 1.584 do CC) é distinta da guarda de menores prevista pelo artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vamos ao texto de lei para delimitar a controvérsia:

Segundo o estatuto: “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Segundo o Código Civil: “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A questão que se coloca é a seguinte: temos no Direito brasileiro dois institutos denominados “guarda” ou temos apenas um instituto com diferenças em termos de efeitos? Há estruturalmente duas guardas?

Foi com a leitura de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que verifiquei a afirmação de que são dois os institutos existentes. Afirmam os autores, ao trabalharem os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, que “não é a medida de colocação em família substituta prevista no ECA, mas sim o instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais”<sup>[2]</sup>.

A existência de um ou dois institutos depende de sua natureza jurídica e definição. Em ocasião anterior defini, na própria **ConJur**, que “a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança”<sup>[3]</sup>.

Será que essa companhia fática ou convívio decorrentes do Código Civil e do estatuto são iguais? A resposta é afirmativa. Os efeitos são iguais? Não são, o que não altera a natureza das coisas.

No estatuto, a guarda se encontra no Título III, denominado “Direito à Convivência Familiar e Comunitária” e com a seguinte divisão: na Seção II, trata da “Família Natural” e, na Seção III, da “Família Substituta”. Em termos de Família Substituta, temos as seguintes subseções: “da Guarda”, “da Tutela” e “da Adoção”.

O artigo 28 do estatuto assim esclarece: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”. A razão de ser da lei é o melhor interesse do menor que, não podendo permanecer com seus pais, ficará com terceiros.

Isso significa que a colocação em família substituta é um passo que antecede a adoção? Não necessariamente, pois a guarda dada a terceiro pode ser simplesmente provisória para que os pais voltem a ter a guarda dos filhos em havendo mudança de condições pessoais. É o caso de pai e/ou mãe viciado em tóxico que, momentaneamente, não podem ter os filhos em sua companhia. O juiz pode, suspendendo o poder familiar, fixar a tutela ou, sem a suspensão, fixar a guarda em favor de terceiros.

Guarda e tutela, no estatuto, não indicam provisoriedade ou medida preparatória para adoção. As regras simplesmente dão concretude ao melhor interesse da criança e do adolescente preconizado na Constituição Federal.

Há quem afirme que se não há diferença de causas: a guarda do Código Civil se aplica em razão do poder familiar e a do estatuto em caso de perigo/ofensa, pois é medida protetiva (Flávio Tartuce e Salomão Resedá Filho). Assim, as causas diferentes gerariam institutos diferentes. Aliás, frisa Tartuce que, anteriormente, o estatuto utilizava o termo “infante exposto”.

O fato de a guarda do Código Civil ter por causa o poder familiar, e a do estatuto a proteção da criança, significa que existem duas guardas? A resposta é negativa, pois o conteúdo da guarda é único: ter o menor em sua companhia, cuidado, convivência.

Aliás, a obrigação pode ter por fonte o ato ilícito ou o contrato (assim como a guarda pode ter por causa o poder familiar ou o perigo/ofensa ao menor), mas estruturalmente falamos de obrigação e não de duas modalidades.

Outro argumento possível, para que se diferenciem “as guardas”, lembrado por Flávio Tartuce, é que a guarda do estatuto é provisória, e a decorrente do poder familiar, não. Salomão Resedá Filho fala em “guarda precária”.

O efeito da transitoriedade não cria dois institutos. Lembro que os alimentos provisórios (fixados em decorrência da Lei de Alimentos 5.478/68) não são categoria autônoma se comparados aos alimentos fixados de maneira definitiva. Se é verdade que o valor pode modificar quando da produção de provas, estruturalmente temos “alimentos”, na modalidade provisórios, provisionais ou definitivos. Logo, temos uma guarda em duas modalidades: definitiva e provisória.

Outro argumento trazido por Salomão Resedá Filho é que a “guarda do Código Civil é a regularização de um dos elementos do poder familiar que seria a permanência da criança/adolescente na companhia dos pais. A outra é mais ampla, pois poderá ser colocada na guarda de pessoa que não seja pai ou mãe, pois estes podem ser fontes de agressão”.

Efetivamente é essa a razão de ser (causa) da guarda: poder familiar ou perigo ao menor. Contudo, o argumento se inviabiliza quando o próprio Código Civil permite a guarda a terceiros que não os pais. É a redação do parágrafo 5º do artigo 1584:

“§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

Ora, se o Código Civil prevê guarda que não decorra do poder familiar, no melhor interesse do menor, a guarda é evidentemente um conceito unitário, seja ela exercida pelos pais ou terceiros, seja ela precária ou definitiva, seja ela decorrente de perigo ou ofensa ao menor ou de simples observância do interesse deste.

A guarda por terceiros prevista no Código Civil inviabiliza a existência de duas guardas. Há dois diplomas que falam de guarda.

Autores que cuidam do Estatuto indicam a existência de diferenças entre a guarda do Código Civil e do ECA, quanto às razões e efeitos, mas curiosamente não indicam “duas guardas”.

Wilson Donizeti Liberati indica que a guarda cuidada pelo Código Civil não trata de crianças e adolescentes que estão em situação de risco pessoal e social, como faz o estatuto.<sup>[4]</sup> E mais. O autor trabalha, após cuidar dos dispositivos do estatuto, da disciplina da guarda pelo Código Civil, ou seja, artigos 1583 e 1584 do Código Civil, o que indica claramente unicidade do instituto, apesar de causas distintas e efeitos próprios.

Também Antonio Cezar Lima da Fonseca, ao tratar da guarda, começa por defini-la segundo lição de Edgard de Moura Bittencourt, como algo que não é de conceituação simples, e afirma que ela “é um feixe de obrigações e deveres, pois contém a vigilância, amparo, cuidado, assistência material e moral, resguardo dos filhos (criança ou adolescente)”<sup>[5]</sup>.

Depois inicia a diferenciação dos modelos designando a guarda do Código Civil como familiar e a outra como estatutária. Novamente, a diferenciação se faz pelos efeitos, inclusive na competência do juízo de Família para a primeira e da Infância e Juventude para a segunda. Conclui que “em ambas, prevalece o melhor interesse do menor” e que, “embora possam ser distinguidas, ambas têm sempre em mira a solução que atenda aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente (dos filhos)”.

O problema na suposta "dualidade" é exatamente a ausência de definição do que seja guarda. Sem o conceito, a doutrina se perde em seus efeitos e causas.

É comum duas leis cuidarem de um mesmo instituto, conferindo tratamento próprio por conta da especialidade. A locação de imóvel não deixa de ser locação por ser cuidada pela lei especial, mantendo o Código Civil a disciplina do contrato de locação de bens móveis. O Código Civil cuida dos alimentos e a Lei Especial também (5478/68), e nem por isso existem dois institutos denominados alimentos.

Se guarda é convívio, dever de cuidado sem representação, nem assistência por parte do guardião, sendo este o pai ou a mãe, sendo este um terceiro, sendo o menor órfão ou não, a guarda é instituto único, ainda que tratado por duas leis diferentes[6].

---

[1] Citações a Flávio Tartuce e Salomão Resedá Filho são feitas a partir de um debate virtual por Whatsapp.

[2] *Novo Curso de Direito Civil*, v. 6, Família, Saraiva, 2016.

[3] SIMÃO, José Fernando. Disponível in <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>>. Acesso em 20 de julho de 2016.

[4] Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 12ª edição Malheiros, 2015, p. 42.

[5] *Direitos da criança e do adolescente*, 3ª edição, Atlas, 2015, p. 153.

[6] No debate virtual, Mario Delgado filiou-se a essa conclusão.

---

## 7. [Viúva tem direito a morar em imóvel deixado por companheiro de união estável](#)

29/08/16

Se um dos companheiros em união estável morre, o outro poderá continuar morando no imóvel, mesmo que a posse seja dos filhos, enquanto ele viver ou não constituir nova união ou casamento. Baseado no artigo 7º da Lei 9.278/1996. a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmar, na íntegra, sentença que manteve uma mulher na posse do imóvel em que morou com seu companheiro de 2002 até 2010, quando este morreu.

A ação de imissão de posse foi movida pelos parentes do falecido, para obrigar a ex-companheira a deixar o imóvel. Argumentam que ex não tem participação no inventário, já que o patriarca já contava com mais de 60 anos quando passou a morar com a mulher em regime de união estável. E mais: no contrato de união estável, a mulher se comprometeu a desocupar o imóvel no prazo de 90 dias após a morte do companheiro, renunciando tacitamente ao direito real de habitação.

No primeiro grau, a juíza Marisa Gatelli, da Vara Judicial da Comarca de Feliz, ponderou que, de fato, os artigos 1.790 e 1.831 de Código Civil não preveem o direito real de habitação aos companheiros. Embora tal omissão, advertiu, o Código também não revogou o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/1996. Assim, em consonância com o disposto no artigo 6º, caput, da Constituição Federal, o direito à moradia deve ser estendido aos companheiros, por aplicação analógica do disposto no referido artigo 1.831.

"Como, na hipótese, a requerida [parte ré] mantinha uma união estável com o pai/sogro dos autores, como por esses expressamente reconhecido nos autos, resta inequívoco que tem ela direito real de habitação sobre o imóvel deixado pelo falecido A., ainda que pertença ele aos autores, por força da morte de A. e de sua primeira esposa", escreveu na sentença.

No segundo grau, o relator da Apelação, desembargador Voltaire de Lima Moraes, também derrubou a alegação da parte autora, de que a ré teria renunciado ao "direito real de habitação" ao consignar esta intenção no documento que formalizou a união estável. Para tanto, citou a jurisprudência da corte.

"Eventual renúncia ao direito real de habitação necessita de manifestação de vontade por ato formal da companheira, seja no bojo do inventário, seja através de escritura pública, na esteira do

Enunciado n.º 271 das Jornadas de Direito Civil do CECJF", escreveu, em referência ao Agravo de Instrumento 70054645734, julgado em 1º de agosto de 2013.

Clique [aqui](#) para ler a sentença modificada.

Clique [aqui](#) para ler o acórdão modificado.

## NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 8. [Regulamentação da ação rescisória no CPC/15 fere a Constituição](#)

27/08/16 – *Conjur* - Por Jorge Octávio Lavocat Galvão

#### 1.

No meio de um semestre de agenda bastante tumultuada, principalmente em razão dos inúmeros questionamentos levados ao STF acerca do *impeachment*, passou despercebido o julgamento da ADI 2.418, ajuizada pela OAB para impugnar, dentre outros, o parágrafo único do artigo 741 do revogado CPC de 1973. Tal dispositivo permitia ao devedor que em sede de embargos à execução alegasse a inexigibilidade do título judicial ao argumento de que ele estaria “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”.

O referido julgamento foi inovador não apenas por romper com a jurisprudência do tribunal, de julgar prejudicada ADI movida contra ato normativo revogado durante sua tramitação, mas, principalmente, por cancelar uma hipótese de *rescisão da coisa julgada* por meio de simples petição de defesa do executado. O parágrafo único do artigo 741 do CPC/73 tratava daquilo que a doutrina passou a chamar de *coisa julgada inconstitucional*, disciplinando que, independentemente de ação rescisória, título judicial passado em julgado se tornaria inexigível após decisão do STF no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei que lhe deu ensejo[1]. Não há dúvida de que se trata de um dos temas mais palpitantes no âmbito do Direito Processual Civil, que envolve o conflito entre o princípio da segurança jurídica e o da supremacia da Constituição.

O tema ganha mais relevo quando se verifica que o CPC de 2015 prevê hipótese semelhante de desconstituição de coisa julgada em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, especificando que o precedente que dá ensejo à inexigibilidade do título pode ser proferido tanto em sede de controle concentrado quanto difuso (artigo 535, parágrafo 5º) e, mais importante, que, se o precedente do STF for posterior ao trânsito em julgado da ação executada, será necessário o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir o título, cujo prazo decadencial de dois anos terá início após o trânsito em julgado do precedente do STF invocado (artigo 535, parágrafo 8º)[2]. Ou seja, de acordo com o novo marco processual, toda decisão proferida pela corte constitucional, em qualquer modalidade de controle, terá o condão de reiniciar o prazo para propositura de ação rescisória de títulos judiciais há muito transitados em julgado, desde que incompatíveis com a nova orientação constitucional firmada pelo STF.

Trata-se de significativa mudança no perfil da coisa julgada em nosso ordenamento jurídico, que inevitavelmente ensejará questionamentos quanto à constitucionalidade do dispositivo em questão (artigo 535, parágrafo 8º)[3]. O presente ensaio parte de alguns precedentes recentes do STF sobre os limites da coisa julgada, inclusive a mencionada ADI 2.418, para, a partir de uma análise sistemática desses julgados, tentar antever o posicionamento do Supremo sobre o tema.

#### 2.

Inicialmente, é importante observar que, desde 2014, o STF vem decidindo inúmeros casos relevantes sobre a eficácia de decisões da corte constitucional contrárias a títulos judiciais transitados em julgado. Pode-se citar, como exemplo, os recursos extraordinários 590.809, 730.462

e 611.503 (este ainda pendente de julgamento), além da ADI 2.418. Tais julgamentos devem ser interpretados em conjunto a fim de se extrair uma rede coerente de princípios que permita identificar a essência da concepção de coisa julgada adotada pela Constituição Federal de 1988. Assim, ainda que o STF já tenha assentado que o instituto da coisa julgada tem sua conformação essencialmente delineada pelo legislador ordinário (RE 681.953), se a solução legal adotada pelo Congresso Nacional retira por completo a eficácia normativa do referido princípio, não há alternativa senão considerá-la inconstitucional. Dito isso, passa-se à análise dos casos.

O primeiro precedente importante para a análise da questão é o RE 590.809, de relatoria do ministro Marco Aurélio, em que se discutia se a mudança de orientação jurisprudencial do STF sobre creditamento de IPI de insumos sujeitos à alíquota zero seria motivo apto a ensejar a rescisão do julgado. No caso, a Fazenda Nacional ajuizou ação rescisória no tribunal de origem, julgada procedente, para desconstituir título judicial que conferiu benefício para particular, posteriormente considerado inconstitucional pelo STF. Contra o acórdão rescisório, a empresa prejudicada interpôs recurso extraordinário, alegando violação à coisa julgada e à segurança jurídica. Em julgamento realizado em outubro de 2014, o Pretório Excelso decidiu modificar sua orientação quanto à Súmula 343/STF<sup>[4]</sup> — que até então não se aplicava a matérias constitucionais — para afirmar que, se no momento da decisão rescindenda havia controvérsia sobre a interpretação da norma constitucional, não seria cabível ação rescisória. Em outras palavras, o STF proveu o recurso extraordinário para afirmar que a ação rescisória não serve como instrumento de uniformização de jurisprudência, mesmo nos casos envolvendo interpretação do texto constitucional, privilegiando-se, assim, a coisa julgada.

Em maio de 2015, outro caso emblemático foi decidido pelo STF quanto à desconstituição de títulos judiciais transitados em julgado por posterior decisão proferida em sede de controle concentrado. Como se sabe, o parágrafo 2º do artigo 102 da CF/88 confere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ADI, o que levou vários doutrinadores a defender a automática rescisão dos julgados contrários à decisão do STF. No RE 730.462, de relatoria do ministro Teori Zavascki, discutiu-se se após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164 em sede de ADI, que proibia a condenação de honorários advocatícios em demandas sobre FGTS, seria possível a execução de tais verbas nos casos em que não houve a sua fixação por força da referida lei. O STF fixou a tese de que a decisão em controle concentrado não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente, sendo indispensável, para tanto, o ajuizamento da ação rescisória dentro do prazo decadencial. Nesse contexto, caso a sentença tenha transitado em julgado há mais de dois anos da decisão da ADI, não haveria nenhum remédio processual apto a proteger o direito daquele que seria beneficiado pela decisão em controle concentrado.

Mais recentemente, em maio do corrente ano, na já mencionada ADI 2.418, também de relatoria do ministro Teori Zavascki, o STF considerou constitucional o parágrafo único do artigo 741 do CPC/73, mas limitou drasticamente o seu alcance. Com efeito, restou assentado nesse precedente que a inexigibilidade de título judicial baseado em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo tribunal somente poderia ser arguida como matéria de defesa em embargos à execução caso “o reconhecimento dessa inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda”. Ou seja, uma vez transitado o título judicial, decisão posterior do STF em sentido contrário não pode ser utilizada como matéria de defesa na execução. O mesmo entendimento foi reafirmado por nove ministros no julgamento do RE 611.503, iniciado em junho de 2016, faltando, apenas, o voto-vista do ministro Ricardo Lewandowski.

### 3.

Extrai-se dos referidos julgados algumas conclusões. Em primeiro lugar, a mudança de jurisprudência do STF não tem o condão de modificar a natureza dos títulos judiciais já transitados em julgado em razão da Súmula 343/STF. Em segundo lugar, a decisão do STF em sede de controle concentrado pode dar ensejo à desconstituição de títulos executivos transitados em julgado, por meio de ação rescisória, desde que não seja hipótese de alteração de entendimento do STF. Em outras palavras, a decisão proferida no RE 590.809 garante que uma decisão do STF acerca da constitucionalidade de determinada lei pode dar ensejo à rescisão de título judicial transitado em julgado que não se subordine à orientação da corte constitucional, desde que a ação seja proposta dentro do prazo de dois anos e que se trate de matéria nova na jurisprudência da corte, e não mera mudança de jurisprudência. Por derradeiro, a ADI 2.418 autoriza que, se o STF declarar a inconstitucionalidade de determinada interpretação que deu ensejo a um título judicial antes de seu trânsito em julgado, será possível arguir a inexigibilidade de tal título em sede de embargos à execução.

O CPC/15, por seu turno, em seu artigo 535, parágrafo 8º, é explícito em afirmar que o prazo da rescisória começa a contar da data da decisão da corte constitucional que declara a inconstitucionalidade da lei que deu ensejo à decisão judicial. Então, no regime do novo código, haverá um termo inicial distinto para a rescisória no caso de o STF vir a interpretar a Constituição de maneira diferente daquela estipulada em título judicial transitado em julgado. Pelo CPC/15, uma sentença transitada em julgado há mais de uma década poderá estar sujeita à rescisão no caso de o STF mudar o seu entendimento quanto à constitucionalidade da norma que lhe deu ensejo. Tal orientação, obviamente, fere de morte a segurança jurídica, na medida em que qualquer título judicial estaria sob perigo no caso de mudança de jurisprudência do Supremo. Pelo CPC/15, nem mesmo a fluência do prazo decadencial de dois anos seria suficiente para deixar o cidadão tranquilo quanto à certeza de seu direito, visto que a mudança de jurisprudência constitucional sobre o tema seria motivo hábil a provocar a rescisão do julgado.

Como dito anteriormente, não obstante a definição de coisa julgada ser eminentemente legal, não se pode conceber que o legislador ordinário venha a esvaziar por completo o referido conceito constitucional. A coisa julgada impõe a observância de determinados princípios, como o da segurança jurídica, que foram frontalmente atingidos pelo CPC/15. O próprio STF deu pistas, em seus últimos precedentes, de que a concepção adotada pelo novel códex não se coaduna com o texto e o espírito da Constituição.

*Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).*

---

[1] Com bem alerta o ministro Teori Zavascki, não é apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade que o referido disposto teria aplicação: “A interpretação literal desse dispositivo sugere que são três os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação da lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação de lei com um sentido (=uma interpretação) inconstitucional. (...) Considerando o atual sistema de controle de constitucionalidade e dos efeitos da sentença do STF dele decorrentes, não há como negar que há outra situação, nele implícita, que autoriza a invocação da inexigibilidade da obrigação contida no título executivo judicial: é quando a sentença exequenda reconheceu a inconstitucionalidade de norma que o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional” (ADI 2.418). Para facilitar a compreensão do texto, todas as hipóteses de aplicação da norma serão tratadas como hipótese de inconstitucionalidade da lei que deu ensejo ao

título judicial.

[2] Artigo 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

II - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a [Constituição Federal](#), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

[3] Não custa mencionar que o artigo 535, §8º, do CPC/15 tem redação idêntica ao artigo 525, parágrafo 15º, do mesmo diploma, que disciplina a impugnação ao cumprimento de sentença. As críticas do presente ensaio obviamente valem para ambos os dispositivos.

[4] Súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Jorge Octávio Lavocat Galvão é procurador do Distrito Federal, mestre em Direito pela New York University e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo.

---