

## COMENTÁRIO DA PROVA DA OAB 2007.1 - DIREITO CIVIL

PROF. ROMMEL BARROSO

**NOTA:** O comentário foi feito tendo por base o Caderno **B** da Prova da OAB 2007.1.

### Questão 21.

**COMENTÁRIO:** A questão aborda simultaneamente aspectos do Código Civil propriamente dito e da Lei de Introdução ao Código Civil, demandando uma análise em separado de cada item.

- A)** O art. 1911 do Código Civil cogita da imposição de cláusula de inalienabilidade (e conseqüente impenhorabilidade e incomunicabilidade) a bens objeto de um ato de liberalidade, como a doação. Em regra, o falecimento do doador não extingue a inalienabilidade (RT 389/223), mas, no caso exposto pela questão, a única razão de ser de sua imposição era a circunstância de a mesma garantir um usufruto. Em outros termos, o doador entregou a terceiro um bem, mas conservou o usufruto do mesmo, preferindo, por excesso de cautela, impedir sua alienação (note-se que, mesmo fosse possível alienar o patrimônio, o usufruto se teria mantido). Em tal contexto, a morte do doador/usufrutuário conduz à extinção do usufruto (art. 1410, I, Código Civil), fazendo desaparecer a motivação das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade (o doador impôs ambas, segundo a questão, mas a primeira, como acima dito, já incluiria a segunda) que, por isso mesmo, e considerando serem excepcionais, visto que contrárias ao livre trânsito de bens que caracteriza o Direito Civil como regra geral, devem ser extintas. **Item correto.**
- B)** A teoria da aparência pressupõe, como sua denominação indica, que uma situação irreal (simples aparência) seja aceita como verídica, desde que presentes determinados requisitos, quais sejam, objetivamente: a) situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas - *error communis facti jus* - c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. E subjetivamente: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera: b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu (TJRJ – Ap. 586-89, 28.11.89, 1ª CC, Rel. Des. Renato Maneschy, *in ADV JUR*, 1990, p. 136, v. 48146). **Item correto.**
- C)** A reprivatização, fenômeno através do qual a lei “A” teria revogado a lei “B”, mas diante de superveniente revogação da primeira, a lei “B” seria

revigorada é admissível no sistema jurídico nacional, desde que com previsão específica em lei, nos termos do preceituado pelo art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Ressalvada essa exceção, não há repristinação aceitável à luz do ordenamento pátrio. **Item correto.**

- D)** O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro realmente determina que, para reger as obrigações, aplica-se a lei do País no qual as mesmas foram constituídas. O item, entretanto, gera uma confusão entre a legislação aplicável e a eleição de um determinado foro para discutir o tema. É direito das partes, inclusive fundado na possibilidade do estabelecimento de cláusulas de eleição de foro (art. 78 do Código Civil), deliberar acerca do foro competente para discutir judicialmente as obrigações que assumem. Isso, entretanto, não se confunde com a definição acerca da lei aplicável a um determinado caso concreto. Esse segundo aspecto caracteriza norma de ordem pública, não disponível ao interesse dos particulares. Conseqüentemente, uma eventual abdicação do foro não tem relação direta com o conjunto de normas que disciplinará a relação obrigacional. **Item incorreto.**

## Questão 22.

**COMENTÁRIO:** Mais uma vez, em lugar de um comentário genérico, a abordagem de cada item individualmente mostra-se mais adequada.

- A)** A sentença judicial que decreta a nulidade ou anulação do casamento não é **registrada**, mas **averbada** no Registro de Pessoas Naturais. É o que determinam os arts 10, I, do Código Civil, e 29, § 1º, “a”, da Lei n. 6.015/73. **Item incorreto.**
- B)** Os direitos da personalidade compõem o mínimo que assegura a cada um a condição de pessoa. Exatamente por isso, não admitem transmissão ou renúncia, visto que tal implicaria em perder exatamente o *status* de ser pessoa, circunstância que o ordenamento não tolera, até por implicar ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, admitindo a instrumentalização do indivíduo. Pela mesma razão, tais direitos perpetuam-se pela vida do titular (muito embora o termo “vitalício” seja mais adequado que “perpétuo”, visto que a perpetuidade pode ser entendida como extensível além da vida do titular do direito. Assim, diz-se que a enfiteuse é perpétua, porque admite sucessão *causa mortis*, enquanto o usufruto normalmente é apenas vitalício, porque se extingue com a morte do titular, caso não lhe tenha sido fixado prazo) e não podem ser apropriados por terceiro. De último, os direitos da personalidade são, de fato, inatos, decorrentes, no caso da pessoa natural, do simples fato de se haver nascido, constituindo-se em pessoa. Exatamente nesse ponto, a expressão “decorrentes” torna-se dúbia. Se o termo é aplicado como na

frase anterior (decorrentes do nascimento) está adequado. Pode, porém, ser utilizado para fazer uma oposição à idéia de inatos, significando direitos que decorrem de alguma circunstância da vida, não se adquirindo automaticamente com o nascimento (o direito de propriedade, v.g., decorre usualmente da tradição, no caso dos bens móveis, e do registro, na hipótese dos imóveis). A utilização da locução “inatos ou decorrentes” é de pouca valia para esclarecer esse aspecto, visto que tanto pode significar uma sinonímia entre os dois termos ou a alternatividade entre eles. Em uma prova objetiva, dever-se-ia evitar tal dubiedade, que macula a questão e poderia ensejar sua anulação. A única maneira de se determinar com precisão o teor da palavra “decorrentes” é analisando os demais itens da questão, que, sendo falsos, deixariam como única opção a ora comentada. **Item correto**, mas sujeito a uma discussão sobre sua validade, ante a possibilidade de duas interpretações conflitantes dadas ao vocábulo “decorrentes”.

- C)** A capacidade civil pode ser de direito (ou de gozo) ou de exercício (ou de fato). A capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e contrair obrigações, irmanando-se com a idéia de personalidade jurídica. Assim, da mesma forma que a última não pode ser restringida e é inerente a toda e qualquer pessoa, idêntico é o raciocínio acerca da dita capacidade de direito. A capacidade de exercício, porém, refere-se à possibilidade de prática dos atos da vida civil pessoalmente e pode sofrer restrições de maior ou menor grau, que seriam as incapacidades, respectivamente, absoluta e relativa. Precisamente porque restringível, não se pode afirmar ser a capacidade de exercício “*imanente a toda pessoa*”. **Item incorreto**.
- D)** A emancipação, que antecipa os efeitos da capacidade civil plena antes do advento da maioridade, pode ser voluntária, judicial ou legal. A primeira ocorre por ato volitivo dos pais quando o menor tem pelo menos dezesseis anos. A segunda quando determinação judicial, ouvido o tutor, emancipa um menor púbere. Essas duas hipóteses se encontram previstas no art. 5º, Parágrafo Único, I, do Código Civil. Todos os demais casos cogitados pelos outros incisos dessa norma legal são de emancipação legal, inclusive o de exercício de emprego público efetivo. **Item incorreto**.

### Questão 23

**COMENTÁRIO:** dada a diversidade de assuntos (pessoa e domicílio), impõe-se analisada isolada dos itens.

- A)** Simples leitura de lei. O art. 76 do Código Civil atribui domicílio necessário ao incapaz, ao servidor público, ao militar e ao preso, como colocado na opção. **Item correto**.

- B) A desconsideração da personalidade jurídica tem como motivação precípua, em sua forma clássica, afastar a pessoa jurídica para atingir o patrimônio de seus membros. No caso da firma individual, porém, não existe essa separação patrimonial, tornando-se desnecessária a aplicação daquela figura. **Item correto.**
- C) “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, é o que dispõe o Parágrafo Único do art. 62 do Código Civil, excluindo, por sua omissão, qualquer hipótese de finalidade lucrativa. **Item correto.**
- D) A República Federativa do Brasil é pessoa jurídica de Direito Público **Externo**. A União Federal é quem detém a condição de Pessoa Jurídica de Direito Público **Interno**. **Item incorreto.**

#### Questão 24

**COMENTÁRIO:** A questão aborda as diversas classificações sobre os bens. Convém a análise de cada item individualmente.

- A) A moeda é, claramente, bem móvel fungível, que pode ser substituído por outros de mesmo gênero, quantidade e qualidade, atendendo ao disposto no art. 87 do Código Civil. Precisamente por isso, se “A” assume o dever jurídico (em sentido lato) de entregar determinada quantia a “B”, tem-se obrigação de dar coisa incerta, visto que “*indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade*” (art. 243, Código Civil). Nesse contexto, pode-se afirmar que a moeda é incerta e fungível. **Item correto.**
- B) Os bens públicos dominicais caracterizam-se precisamente por não serem afetados, disso resultando que nada obsta sua alienação (e, portanto, sua disposição), desde que autorizado em lei (art. 101, Código Civil). **Item correto.**
- C) Trata-se de previsões legais expressas. O art. 82, I, do Código Civil, elenca as energias com valor econômico (como a energia elétrica) na categoria de bens móveis, enquanto o art. 3º da Lei n. 9.610/98 faz o mesmo com os direitos autorais. **Item correto.**
- D) A categoria dos imóveis por acessão intelectual, cuja permanência após o novo Código civil vem sendo contestada (o Enunciado n. 11 da I Jornada de Direito Civil afirma sua extinção, com o respaldo de diversos doutrinadores, embora o ponto não seja unânime), pressupõe bens móveis que estejam sendo utilizados a serviço de um imóvel, como o rebanho de uma fazenda produtora de leite. Aquilo que o homem faz aderir permanentemente ao

solo, que não pode ser retirado sem sua destruição é imóvel por acessão física. **Item incorreto.**

## Questão 25

**COMENTÁRIO:** Questão suscetível de **anulação**, por indagar acerca de uma opção incorreta quando duas, dependendo de um critério interpretativo, atenderiam a tal qualificação. Verifique-se.

- A)** A representação pode ser legal ou convencional, mas, quando lastreada em mandato, indiscutivelmente decorre da vontade, sendo, pois, convencional. **Item incorreto.**
- B)** O negócio jurídico pode ser classificado em unilateral, bilateral ou plurilateral quando sua formação depender de apenas uma vontade, de duas ou de várias, respectivamente (não se deve confundir esse aspecto com a classificação de um contrato em unilateral – porque todas as obrigações se concentram em um pólo da relação – e bilateral – porque as obrigações se distribuem entre os contratantes). Se unilateral, o negócio pode envolver uma declaração receptícia de vontade, que precisa ser conhecida e mesmo aceita pela outra parte para gerar efeitos plenos (é o que ocorre, v. g., com a denúncia de contrato), ou não receptícia (que dispensa o referido conhecimento. Por exemplo, a renúncia de herança). **Item correto.**
- C)** A capacidade do agente é pressuposto de validade do negócio jurídico (art. 104, I, do Código Civil). Classificá-la, porém, como elemento de existência admite alguma controvérsia doutrinária, visto que é essencial para a existência do negócio que haja manifestação de vontade, válida ou não. Como, todavia, é lícito argumentar que o incapaz sequer manifesta vontade em casos extremos, pode-se, de fato, sustentar a convergência dos requisitos de existência e validade no caso. **Item correto.**
- D)** A reserva mental, nos termos do art. 110 do Código Civil, pressupõe que seu autor não queira o que realmente manifestou. A denominada reserva mental ilícita, classificação admitida pela doutrina, é usualmente aceita quando presente a má-fé, a intenção de prejudicar. O item, porém, faz uma associação discutível ao afirmar: *“a reserva mental ilícita ou irregular torna nula a declaração da vontade **se desconhecida da outra parte** do tempo da consumação do negócio”*. Realmente, a intenção fraudulenta pode resultar em nulidade, mas o conhecimento pela parte contrária, de per si, não é condicionante para que o ato seja válido, como a redação deixa transparecer. Na verdade, pode-se ler o item de duas formas: a) a reserva mental ilícita, no caso de desconhecimento pela outra parte, gera nulidade (não condiciona a invalidade ao desconhecimento, mas apenas o elenca

como uma das hipóteses); b) a reserva mental ilícita gera nulidade se desconhecida pela outra parte (condiciona a invalidade ao desconhecimento). No segundo caso, ter-se-ia sério equívoco. De fato, quando a reserva mental é comunicada para a outra parte (portanto, não desconhecida) e ambas a utilizam para lesar terceiro, tem-se, segundo diversos autores, situação fronteira com a simulação (posição com relação à qual se guarda alguma reserva, mas que, de qualquer sorte, torna discutível uma questão objetiva, que não deveria suscitar dúvida). É essa a posição, por exemplo, de Maria Helena Diniz, segundo a qual *“a reserva mental desconhecida do declaratório apresenta-se como divergência intencional entre a vontade interna e a declarada; de total irrelevância para o direito é o que ficou no íntimo do declarante ... **A reserva mental ilícita conhecida do declaratório é vício social do negócio ensejando sua nulidade** e, como há uma aparência de negócio ou declaração sem vontade, deve prevalecer a vontade real sobre a declarada, equiparando-se, aos efeitos, à simulação; acarreta a nulidade do ato negocial, porque a simulação enseja que o negócio seja nulo”* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro*, vol. I, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 437). Logo, pode haver nulidade na reserva mental ilícita ainda quando comunicada à outra parte, sendo certo que, em tal contexto, sustentar a invalidade condicionando-a ao desconhecimento é equivocado. Conseqüentemente, versando a questão sobre uma classificação doutrinária, não se afigura adequado adotar ponto de vista sujeito a controvérsia ou redação dúbia, que pode facilmente resultar na conclusão de que o item está incorreto, invalidando a questão.

## Questão 26

**COMENTÁRIO:** A resposta à questão exige apenas a análise das quatro assertivas, cuja correção deve ser verificada, em lugar das opções propriamente ditas.

Nessa ordem de idéias, na assertiva I, pode-se afirmar que a condição, nos termos do art. 121 do Código Civil, é *“a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”*. O referido negócio tanto pode ser gratuito quanto oneroso, visto que a lei não estabeleceu limitação nesse sentido. Logo, a afirmação está correta.

A assertiva II, entretanto, está incorreta, porque a condição resolutiva preserva o negócio até sua ocorrência, conforme dispõe o art. 127 do Código Civil. Conseqüentemente, não se pode cuidar de mera expectativa de direito ou direito eventual pendente quando o negócio já está gerando efeitos (e, portanto, direitos e obrigações) até o momento da verificação da condição.

A assertiva III está correta ao sustentar que a coação, como de resto, todos os denominados vícios de consentimento, torna o negócio anulável (art. 171,

II, Código Civil), podendo ser confirmada pela vontade das partes (art. 172, Código Civil).

Finalmente, a quarta afirmação, de que a fraude contra credores gera nulidade ofende o disposto no art. 171, II, Código Civil, que a elenca como causa de anulabilidade. Há, decerto, respeitável corrente doutrinária que sustenta, ao arrepio da letra da lei, ser caso de ineficácia, mas, de qualquer sorte, a hipótese de nulidade está descartada.

Verdadeiras as assertivas I e III, **correto está o item B.**

### Questão 27

**COMENTÁRIO:** A mistura de assuntos (negócio jurídico e obrigações) favorece o seu trato individual.

- A) Remissão é a “*exoneração ou a salvação do ônus ou encargo ou da execução, pelo resgate ou pagamento, que se efetiva, do valor do débito, da obrigação, do ônus ou da execução*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 698). Pressupõe, portanto, o adimplemento de valores, não uma renúncia. **Item incorreto.**
- B) A “*frustração subjetiva dos contraentes*”, cogitada pela afirmação da questão, nada mais seria que a dissociação entre sua vontade real e a manifestada (visto ser a vontade elemento subjetivo), disso resultando que, de fato, o negócio pode restar comprometido, inclusive por erro essencial. **Item correto.**
- C) A mora do devedor pressupõe que, malgrado o descumprimento do negócio, seu adimplemento tardio ainda seria juridicamente útil ao credor. Caracteriza, portanto, inadimplemento relativo, que se diferencia do absoluto, precisamente porque, no último, não subsiste a referida utilidade. A violação positiva do contrato, por sua vez, admite a idéia de que o pacto foi cumprido, mas os denominados “deveres laterais”, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva (como a lealdade) não o foram. Mantém-se claramente a utilidade da prestação para a parte contrária, que, inclusive, já a teria recebido, ainda que eivada de má-fé, caracterizando, também inadimplemento relativo. **Item correto.**
- D) A multa cominatória tem por objetivo funcionar como medida coercitiva, tornando mais oneroso o descumprimento da obrigação. É, porém, mero reforço ao vínculo obrigacional e seu pagamento não extingue o último. **Item correto.**

## Questão 28

**COMENTÁRIO:** Mais uma vez, a disparidade de temas favorece uma análise isolada de cada item, cumprindo, porém, destacar que a divergência quanto ao início da contagem dos juros de mora, objeto do item “c” recomenda a **anulação** da questão, visto que poderia induzir a convicção de dois itens corretos.

- A)** A aluvião é uma forma de acessão física, ou seja, de acréscimo natural à propriedade, constituindo meio de sua aquisição. As definições do item sobre aluvião própria e imprópria não merecem qualquer correção, mas cabe um alerta: a aluvião imprópria não é forma de aquisição da propriedade, somente a própria, visto que, na primeira, a expansão e retração das águas ocorrem ciclicamente, o que significa dizer que nem se perde nem se ganha propriedade com o fenômeno. Tal circunstância não chega a comprometer o item, dado que o mesmo não afirmou ser exatamente a aluvião imprópria uma forma de aquisição de propriedade. **Item correto.**
- B)** Mera questão de terminologia: mora *accipiendi* é a mora do credor, enquanto mora *solvendi* é referente ao devedor. **Item incorreto.**
- C)** O item é discutível. O Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 54, afirma que, na responsabilidade extracontratual, os juros de mora são contados a partir do evento danoso. E claro está que a obrigação decorrente de ato ilícito não encontra qualquer óbice em ser extracontratual. O Código Civil, posteriormente àquela súmula, definiu, genericamente, em seu art. 405, que os juros de mora fluem a partir da citação, o que tornaria o item correto. Porém, mesmo depois do advento da nova Lei Civil, o Enunciado n. 163 da III Jornada de Direito Civil defende: *"a regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na súmula 54 do STJ."* Sob tal prisma, o item seria incorreto, visto que tratou de juros moratórios sem limitá-los à responsabilidade contratual. Essa dubiedade de respostas claramente repele a utilização desse ponto em uma prova objetiva, máxime quando a questão proclama existir apenas um item correto.

## Questão 29

**COMENTÁRIO:** À semelhança da maioria das questões, o trato individualizado dos itens é necessário.

- A)** A morte de uma das partes do processo de divórcio antes de seu término, visto que ainda pendente de apreciação um recurso, extingue o feito sem julgamento de mérito (STJ, REsp. n. 331924/SP). Conseqüentemente, o sobrevivente terá o estado civil de viúvo, o que não necessariamente, convém destacar, significar que herdará na sucessão do finado, visto que pode estar separado de fato (ou judicialmente) há mais de dois anos, sendo o culpado por tal situação, hipótese na qual não poderá herdar (art. 1830, Código Civil). **Item correto.**
- B)** A cessão de crédito será onerosa quando o cessionário paga ao cedente para obter o crédito. Será gratuita, quando não houver estipulação de pagamento. Em sua espécie onerosa, a cessão gera responsabilidade do cedente pela existência da dívida (art. 295, Código Civil) e, desde que haja previsão entre as partes, pode ensejá-la também quanto à solvência do devedor (art. 296, Código Civil). Na última situação, decorre da lei civil, em seu art. 297, a limitação dessa responsabilidade em função do valor pago pelo cessionário, mais juros (além das despesas de cessão). **Item correto.**
- C)** Regra geral, somente o que pode ser alienado pode sofrer usucapião de propriedade imobiliária. Como exceções tem-se os bens dominicais que, embora alienáveis, sendo bens públicos, não podem ser usucapidos, e os imóveis gravados com cláusula de inalienabilidade, que admitem usucapião porque a cláusula não é oponível contra o possuidor, estranho ao negócio no qual foi ela estabelecida. **Item correto.**
- D)** O penhor tem por objeto bem **móvel** como regra geral e se pode verificar das várias espécies estabelecidas no Código Civil, muito embora seja possível questionar alguns casos, como o penhor de safra (partindo do pressuposto que, enquanto vinculada ao solo, a mesma seria imóvel, havendo, porém, quem a considere móvel por antecipação), o caráter móvel predomina na doutrina e jurisprudência como característica do penhor. **Item incorreto.**

### Questão 30

**COMENTÁRIO:** Amálgama de Direito de Família e Sucessões, recomendando, ainda uma vez, a análise individualizada dos itens. A validade da questão é passível de discussão pela dubiedade de seu item “d”.

- A)** A definição de codicilo constante da afirmação é praticamente a reprodução parcial do disposto no art. 1881 do Código Civil. **Item correto.**

- B)** O parentesco por afinidade em linha reta (aquele estabelecido com os parentes do cônjuge ou companheiro por ocasião do casamento ou união estável) não se extingue com a dissolução do vínculo matrimonial ou do companheirismo, conforme dispõe o art. 1595, § 2º, do Código Civil. **Item incorreto.**
- C)** Em matéria de alimentos, a regra é a impossibilidade de repetição, partindo do pressuposto que os valores já pagos foram consumidos para fins de subsistência. A jurisprudência, mesmo diante da constatação de posterior descabimento do pagamento de tais verbas, não autoriza normalmente sua devolução. **Item correto.**
- D)** O item admite duas interpretações. De fato, são herdeiros necessários, genericamente considerados, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. É o que dispõe o art. 1845 do Código Civil: “*são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge*”. Sob esse prisma, seria adequado afirmar que o cônjuge é herdeiro necessário, independentemente de maiores considerações. Claro está, porém, que se, em uma determinada sucessão, houver descendentes, os ascendentes estarão excluídos e o cônjuge poderá ou não concorrer com os primeiros, a depender de seu regime de bens, conforme se depreende do art. 1829 da Lei Civil. A questão alude a um casamento sob o regime de separação obrigatória, justamente uma das três hipóteses que não gera concorrência entre cônjuge e descendentes, fazendo com que a presença dos últimos exclua o primeiro. Nesse contexto, o cônjuge não teria vocação hereditária, ou seja, não atenderia à ordem de chamamento para a sucessão legítima. Assim, nessa sucessão específica, não seria chamado a herdar, razão de se afirmar que não seria herdeiro necessário. Foi essa, claramente, a abordagem adotada pela questão: se não há vocação hereditária, não se chega a herdar efetivamente. Logo, descabe a qualificação de herdeiro necessário. Mais uma vez, porém, considerando que se está a cuidar de uma prova objetiva e que o art. 1845 do Código, acima citado, alude genericamente a descendentes, ascendentes e cônjuge como herdeiros necessários, sem mencionar evidentemente um caso em concreto no qual uns excluam outros, o item deveria ser anulado, por permitir certa dubiedade, muito embora sua interpretação seja perfeitamente plausível numa sucessão específica.