



O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO LUXO, O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO AGRACIADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENEROSO

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO LUXO, O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO AGRACIADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENEROSO

Carlos Eduardo Elias de Oliveira¹

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário.
E-mail: carlosee@senado.leg.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **O princípio da proteção simplificada do luxo, o princípio da proteção simplificada do agraciado e a responsabilidade civil do generoso**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Dezembro/2018 (Texto para Discussão nº 254). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 4 de dezembro de 2018.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO LUXO, O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO AGRACIADO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENEROSO¹

Carlos Eduardo Elias de Oliveira²

RESUMO

O estudo identifica dois novos princípios no Direito Civil Brasileiro: o da proteção simplificada do luxo e o da proteção simplificada do agraciado. Inspira-se no conceito de “paradigma da essencialidade”, da Professora Teresa Negreiros. Apontam-se diversos exemplos de aplicação desses princípios. Aproveita para apontar uma interpretação mais adequada de dispositivos legais, como os dos arts. 161 e 167, § 2º, do CC, que representam exemplos de caso de “propriedade aparente” e que deveriam ser interpretados restritivamente para proteger apenas terceiros de boa-fé que tenham adquirido o bem onerosamente. Trata também da responsabilidade civil do generoso e critica a tendência jurisprudencial de elastecer o art. 392 do CC para responsabilizar o generoso não apenas por dolo, mas também por culpa grave. Socorre-se de uma interpretação histórica e comparada, com remissão ao Direito Civil alemão, para esclarecer a opção brasileira. Aponta-se a importância do tema para a sociedade e, inclusive, critica-se o fato de que a jurisprudência atual chega a desestimular práticas generosas importantes, como a de restaurantes doarem sobras de comidas a pessoas famintas. Trata de inúmeros casos concretos vinculados a esses princípios, sugere novas interpretações e propõe ajustes legislativos.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da proteção simplificada do luxo e do agraciado, função social, boa-fé objetiva, livre iniciativa, solidarismo, paradigma da essencialidade (Teresa Negreiros), benfeitorias voluptuárias, bem de família, fraude contra credores, vício redibitório, evicção, comodato, cessão de crédito, filiação socioafetiva, dolo, culpa grave, transporte de pessoas, carona, empréstimo de veículo, liberalidade, generoso.

¹ Deixo meus agradecimentos a vários amigos que colaboraram com essa reflexão, com inclusão do consultor legislativo Gil Wadson e dos civilistas Marcel Simões, Atalá Correia, Fernando Speck, Ricardo Freoa, Daniel Carnaúba.

² Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário. Advogado. Professor de Direito Civil (IDP-Brasília). Coordenador da Pós-Graduação de Direito Imobiliário na Faculdade Atame em Brasília/DF. Doutorando, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Currículo: <http://www12.senado.gov.br/senado/institucional/conleg/perfis/carlos-eduardo-elias-de-oliveira>. E-mail: carlosee@senado.leg.br

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	FUNDAMENTOS.....	1
3	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO LUXO	2
	3.1. DEFINIÇÃO	2
	3.2. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIOS	3
	3.2.1. BENFEITORIAS VOLUPTUÁRIAS E A INDENIZAÇÃO AO POSSUIDOR DE BOA-FÉ	3
	3.2.2. <i>QUORUM</i> MAIS RIGOROSO EM CONDOMÍNIO EDILÍCIO.....	3
	3.2.3. ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, CC.....	4
	3.2.4. BEM DE FAMÍLIA E MÓVEIS Suntuosos	4
	3.2.5. AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIA VOLUPTUÁRIA NA DESAPROPRIAÇÃO	5
4	PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO AGRACIADO.....	5
	4.1. DEFINIÇÃO	5
	4.2. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO PRÁTICA	7
	4.2.1. FRAUDE CONTRA CREDORES	7
	4.2.2. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA	7
	4.2.3. FORMALIDADE PARA NEGÓCIOS GRATUITOS	7
	4.2.4. VÍCIOS REDIBITÓRIOS E EVICÇÃO	7
	4.2.5. CONCESSÃO GENEROSA DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO	8
	4.2.6. CESSÃO DE CRÉDITO E EXISTÊNCIA DO CRÉDITO.....	8
	4.2.7. IMÓVEL ADQUIRIDO GRATUITAMENTE DE BOA-FÉ: PAGAMENTO INDEVIDO.....	8
	4.2.8. PROPRIEDADE APARENTE NOS CASOS DE FRAUDE CONTRA CREDORES OU SIMULAÇÃO	8
	4.2.9. GESTÃO DE NEGÓCIOS GRATUITAMENTE	9
	4.2.10. COMODATO E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS.....	9
	4.2.11. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM “PAI OU MÃE DE CRIAÇÃO”	10
	4.2.12. USUCAPIÃO TABULAR	11
5	RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENEROSO: UMA CRÍTICA À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.....	12
	5.1. REGRA GERAL	12
	5.2. A CULPA GRAVE E O GENEROSO: DISTORÇÕES DO ART. 392 DO CC PELA JURISPRUDÊNCIA	12
	5.3. CASOS DE DISTORÇÕES JURISPRUDENCIAIS	17
	5.3.1. “CARONA”: TRANSPORTE GRATUITO	17
	5.3.2. EMPRÉSTIMO GRATUITO DE VEÍCULO	18
6	CONCLUSÃO	19

1 INTRODUÇÃO

Tencionamos, com o máximo de objetividade possível, expor dois princípios que pavimentam todo o Direito Civil brasileiro, mas que não vêm sendo enfocados pela doutrina em geral. Trata-se do que ora designamos de princípio da proteção simplificada do luxo e de princípio da proteção simplificada do agraciado.

A visualização desses princípios é útil para guiar o legislador e o intérprete no seu manuseio do Direito.

Abstivemo-nos aqui de investigações mais aprofundadas com base na história do Direito, pois nosso objetivo é destacar o cenário do direito civil brasileiro e a importância desses princípios de modo sintético e direto.

2 FUNDAMENTOS

Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que guiam o ordenamento jurídico no sentido de estimular determinadas soluções de justiça, tudo conforme lição de Robert Alexy³ (2008, p. 90).

De um lado, à luz do princípio da função social, o ordenamento deve fomentar soluções de justiça que favoreçam o desenvolvimento econômico, afetivo e de dignidade de uma sociedade, de modo a prestigiar o interesse da coletividade sobre o interesse meramente egoísta. O princípio da função social conecta-se com o princípio do solidarismo social, segundo o qual o Direito deve estimular que os indivíduos se preocupem com o outro.

Esse enfoque dialoga com o princípio da boa-fé objetiva estatui que o ordenamento deve tutelar a legítima expectativa que as pessoas nutrem, pois a confiança das pessoas não pode ser frustrada. A surpresa é contrária ao Direito.

Desrespeitar os princípios da função social e da boa-fé objetiva configura abuso de direito. É ato ilícito o exercício de um direito que extrapole manifestamente os limites da função social, da boa-fé, dos bons costumes e dos seus próprios fins econômicos (art. 187 do Código Civil – CC).

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

De outro lado, todos esses princípios precisam conciliar-se com o princípio da autonomia da vontade e da livre iniciativa, os quais protegem também as condutas egoístas dos indivíduos.

Conciliando essa tensão entre os dois grupos de princípio, entendemos que o Direito Civil brasileiro chancela o que chamamos de princípio da proteção simplificada do luxo e de princípio da proteção simplificada do agraciado.

Esses princípios, na verdade, podem ser aplicados a todos os ramos do Direito, mas, neste estudo, haveremos de focar no Direito Civil, apesar de indicarmos, de passagem, alguns exemplos pontuais de Direito Administrativo e de Processo Civil.

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO LUXO

3.1. DEFINIÇÃO

O Direito Civil protege direitos que envolvem interesses que estão acima da média do homem médio, ou seja, que representam um luxo. Todavia, a proteção dada pelo Direito Civil a essas situações jurídicas não envolve o mesmo prestígio que é deferido aos interesses típicos do padrão do homem médio, do *homo medius*⁴, do *the man on the Clampham bus*.

A proteção do luxo é garantida pelo ordenamento sem prestígio, ou seja, é assegurada de modo simplificado. Trata-se do princípio da proteção simplificada do luxo.

Quem está em uma situação de luxo é protegido, mas não gozará do mesmo prestígio normativo que é estendido para situações próprias do *homo medius*, especialmente quando envolver conflito de interesses com terceiros.

Esse princípio guarda conexão com o conceito de “paradigma da essencialidade”, desenvolvido pela jurista Teresa Negreiros, que propõe que os direitos supérfluos, embora tenham de ser tutelados, não devem receber a mesma intensidade de preocupação como sucede com os direitos essenciais⁵.

⁴ Sobre o conceito de *homo medius*, reportamo-nos ao clássico texto “o velho *homo medius*”, do ex-Ministro do STJ Luiz Vicente Cernicchiaro (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/298/263>. Acesso em 31 de outubro de 2018).

⁵ A propósito desse assunto, recomendamos a leitura das páginas 179 a 180 e 214 a 216 de nossa dissertação de mestrado, que trata desse assunto com mais detalhamento (OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **Parâmetros Analíticos do Direito Civil Constitucional: por um equilíbrio entre os discursos de Direito, Estado, Economia e Sociedade**. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23903/1/2016_CarlosEduardoEliasdeOliveira.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2018. Data da defesa: 2017).

3.2. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIOS

Como exemplo de aplicação do princípio da proteção simplificada do luxo, citaremos alguns casos.

3.2.1. Benfeitorias voluptuárias e a indenização ao possuidor de boa-fé

As benfeitorias voluptuárias são as feitas para mero deleite ou recreio (art. 96, § 1º, do CC). Elas representam um luxo e, portanto, são protegidas pelo Direito, mas não prestigiadas. Daí decorre que o possuidor de boa-fé não pode exigir que elas sejam indenizadas, embora possa levantá-las se for possível, ao contrário que se dá com as benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219, CC). Em outras palavras, se um possuidor de boa-fé despende R\$ 1.000,00 com a troca da fiação elétrica (benfeitoria necessária), R\$ 4.000,00 com a ampliação do quarto (benfeitoria útil) e R\$ 500.000,00 com a contratação de um famoso pintor para colorir o teto da sala ao estilo da Capela Sistina (benfeitoria voluptuária), ele – ao ser desapossado do bem por um terceiro com melhor direito – poderá reivindicar a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis com direito de retenção, mas não poderá exigir que o reivindicante indenize-lhe as benfeitorias voluptuárias (“o luxo”), ou seja, as obras que excedem o padrão do *homo medius*. Esse possuidor poderá apenas, se possível, “levantar” essa benfeitoria luxuosa, como levar a lâmina do teto contendo a pintura e rebocando o teto para restituir-lhe a normalidade. O Direito protege o luxo, mas não o prestigia, conforme o princípio da proteção simplificada do luxo.

3.2.2. *Quorum* mais rigoroso em condomínio edilício

Para a realização de benfeitorias voluptuárias em condomínios, não basta o consentimento da maioria dos condôminos, ao contrário do que sucede com benfeitorias úteis – que se satisfazem com essa maioria absoluta (art. 1.341, inciso I, CC) – e com as benfeitorias necessárias – que sequer reclamam autorização dos condôminos se não importarem em despesas excessivas (art. 1.341, §§ 1º ao 4º, CC). Benfeitorias voluptuárias, por serem “luxos”, reivindicam um *quorum* mais rigoroso de dois terços dos condôminos (art. 1.341, inciso I, do CC). Em outras palavras, benfeitorias que representam “luxos” não são prestigiadas como as demais benfeitorias, o que reflete mais uma aplicação do princípio da proteção simplificada do luxo.

3.2.3. Art. 944, parágrafo único, CC

Quando há manifesta desproporção entre o grau de culpa e o dano, o juiz pode reduzir o valor da indenização equitativamente. Assim, se um indivíduo abalroa o seu veículo contra um carro de luxo cujo conserto custará cinquenta vezes mais o valor que corresponderia à reparação de um carro comum, é viável aplicar o art. 944, parágrafo único, do CC para permitir o valor da indenização seja reduzido para um patamar mediano. Isso, porque o luxo ostentado pelo titular do veículo acaba por expor os demais a um risco acima da média. Se, porém, a colisão tivesse sido provocada dolosamente por inveja do condutor do veículo comum, a indenização deveria ser o elevadíssimo valor do orçamento, pois o grau de culpa será proporcional ao dano. É nesse sentido que o direito protege o luxo, mas não lhe dá prestígio, conforme o princípio em pauta.

3.2.4. Bem de família e móveis suntuosos

Em regra, os móveis que guarnecem o imóvel residencial do devedor são impenhoráveis por serem bem de família. Excepciona-se essa blindagem de impenhorabilidade se esses móveis forem “obras de arte e adornos suntuosos” (art. 2º, Lei nº 8.009, de 1990). É que esses bens representam “luxos”, ou seja, excedem o limite do padrão do *homo medius* e, portanto, não podem receber a mesma deferência jurídica que repousa sobre os demais móveis. Trata-se de mais um exemplo de aplicação do princípio da proteção simplificada do luxo.

Alerte-se que esse entendimento só vale para os mobiliários voluptuários, e não para o imóvel em si, que, em nome da teoria do patrimônio mínimo, deve conservar-se imune a penhoras mesmo se for de alto valor em razão do fato de se tratar do lar do devedor, ou seja, do lugar cujas paredes são testemunhas de sua história. Obrigar alguém que vive uma casa de alto padrão para uma de menor expressão é nocivo à saúde psíquica e existencial dessa pessoa, de modo que o legislador e a jurisprudência preferiram prestigiar a dignidade da pessoa do devedor para blindar o imóvel residencial independentemente do seu padrão social. Em outras palavras, o STJ enalteceu a teoria do patrimônio mínimo diante do princípio da proteção simplificada do luxo (STJ, REsp 1482724/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 28/11/2017).

Como nos lembrou o consultor legislativo Gil Wadson em conversa pessoal, o inciso II do art. 833 do CPC segue a mesma linha ao determinar a impenhorabilidade do

mobiliário doméstico que não seja de elevado valor nem ultrapasse “as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”. O princípio da proteção simplificada do luxo é a inspiração desse preceito.

3.2.5. Ausência de indenização de benfeitoria voluptuária na desapropriação

Na desapropriação por utilidade pública ou para reforma agrária, as benfeitorias voluptuárias não são indenizadas em dinheiro, ao contrário do que sucede com as benfeitorias necessárias e úteis (art. 26, Decreto-Lei nº 3.365/41; arts. 5º, XXIV, 184, § 1º, CF; art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.629/1993). No caso de desapropriação por utilidade pública, prevalece o entendimento de que as benfeitorias voluptuárias não são indenizáveis, respeitado o direito de o desapropriado levantá-las, se viável. No caso de desapropriação para reforma agrária, há controvérsia. De um lado, nega-se o direito à indenização pelas benfeitorias voluptuárias, mas se assegura o direito ao levantamento delas pelo desapropriado. De outro lado, há corrente a admitir sua indenização mediante Títulos da Dívida Agrária, no caso de a desapropriação ser para reforma agrária.

O que nos importa aqui, porém, é notar que o ordenamento jurídico protege as benfeitorias voluptuárias sem o mesmo prestígio deferido às benfeitorias necessárias e úteis, o que retrata mais um exemplo do princípio da proteção simplificada do luxo.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SIMPLIFICADA DO AGRACIADO

4.1. DEFINIÇÃO

O Direito Civil protege os direitos de beneficiários de liberalidades, como os donatários, os comodatários etc. Todavia, essa proteção não goza do mesmo prestígio que é dado aos beneficiários de negócios onerosos. A proteção dos beneficiários da liberalidade é simplificada. O ditado popular já ensina: “a cavalo dado não se olham os dentes”. Isso expressa um princípio geral de direito segundo o qual os contemplados por liberalidades não podem exigir o mesmo prestígio daqueles que obtêm vantagens mediante sacrifícios patrimoniais (atos onerosos). Os presenteados não podem ter direitos a caprichos. Isso se justifica porque, à luz da função social, para sociedade, é mais adequado estimular que os indivíduos produzam riquezas e desenvolvam um espírito empreendedor e de emancipação econômica do que induzi-los a buscarem viver de generosidades. É mais produtivo para toda sociedade que seus membros sintam-se

encorajados pelo Direito a empreender do que sejam conduzidos a depender dos obséquios dos outros. Sob a perspectiva da função social, o estímulo do Direito se endereça à proliferação de posturas de audácia na produção e na circulação de riquezas, e não em favor da ociosidade da dependência de assistencialismo.

Isso não significa que a generosidade deve ser coibida ou vedada. De modo algum! Ela tem um papel importante na sociedade. Dentro do ecossistema social, o comensalismo possui relevância para todos os seres viventes. A solidariedade deve ser fomentada, sem, porém, esfriar o espírito de auto-responsabilidade e de independência dos indivíduos. Nesse contexto, o Direito deve dar conforto jurídico para que as pessoas sejam generosas e compartilhem voluntariamente suas prosperidades com outros indivíduos. Todavia, para tanto, o Direito não pode impor um fardo jurídico pesado sobre o generoso em benefício do beneficiário do negócio gratuito. Ser generoso não pode ser perigoso nem penoso juridicamente. Deveras, a exasperação na proteção dos agraciados (os beneficiários das liberalidades) poderá gerar um efeito indesejado: o desestímulo à realização de liberalidades, pois os generosos, diante das obrigações e dos riscos que haverão de assumir, tenderão a recuar em manifestar suas benemerências. O Direito não pode tornar a generosidade muito arriscada ao generoso.

Trata-se do princípio da proteção simplificada do agraciado, assim entendida a lógica de justiça que estabelece que o ordenamento jurídico, ao deparar-se com liberalidades, deve ser autocontido em relação ao beneficiário da liberalidade (ao agraciado), especialmente quando os interesses deste conflitarem com o do generoso ou o de terceiros com interesses onerosos contraditórios.

Em outra palavra, o Direito Civil deve proteger quem se beneficia de uma liberalidade, mas não lhe deve deferir o mesmo prestígio que é dado ao generoso ou a terceiros com interesses onerosos contraditórios. Ao se tratar de “interesses onerosos contraditórios”, está-se referindo a terceiros que possuam direitos fundados em negócios onerosos e que, de algum modo, entrem em rota de colisão com os interesses do agraciado. Não se está abrangendo aí os terceiros beneficiários de liberalidades, pois, do ponto de vista de valoração social, estão em *status* de igualdade.

Por meio desse princípio, as pessoas se sentirão mais tranquilas e seguras em serem generosas e solidárias. Ademais, terceiros que fazem circular riquezas por meio de negócios onerosos não serão prejudicados em detrimento de agraciados (beneficiárias de liberalidades).

Dessa lógica de justiça de que o direito protege a gratuidade sem prestígios decorrem diversas disposições legais. Essa lógica deve servir também como guia interpretativo e como auxílio no preenchimento de lacunas legais.

4.2. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO PRÁTICA

4.2.1. Fraude contra credores

Na caracterização da fraude contra credores, o *consilium fraudis* é dispensado diante de negócios gratuitos, pois, entre prestigiar o beneficiário de uma liberalidade e os credores, o direito prefere prestigiar estes últimos diante da função social (art. 158, CC). Se, porém, se tratar de um negócio oneroso, o *consilium fraudis* é requisito essencial.

4.2.2. Interpretação restritiva

Negócios gratuitos devem ser interpretados restritivamente (art. 114, CC). De fato, seria injusto permitir que o beneficiário de uma liberalidade adotasse interpretações extensivas e, com isso, prejudicasse o generoso.

4.2.3. Formalidade para negócios gratuitos

O fato de a liberalidade somente trazer ônus ao generoso exige que ela se exteriorize por uma forma que assegure, ao máximo, certeza do seu ânimo. O beneficiário da liberalidade não é prestigiado do ponto de vista formal, razão por que a legislação se inclina – há exceções! - a considerar os negócios jurídicos gratuitos como solenes, a exemplo da fiança e da doação, que devem ser escritas (arts. 541 e 819, CC).

4.2.4. Vícios redibitórios e evicção

O princípio da garantia, que estabelece que o adquirente de um bem tem direito à higidez da coisa (garantia em caso de vício redibitório) e do direito sobre a coisa (garantia em caso de evicção), somente é aplicável para contratos onerosos, conforme arts. 441 e 447 do CC. Beneficiários de gratuidade não podem exigir juridicamente essa garantia de qualidade da coisa ou do direito sobre a coisa. O generoso, porém, deve responder por indenização apenas no caso de dolo por força do art. 392 do CC.

4.2.5. Concessão generosa de prorrogação do prazo de pagamento

À luz do art. 372 do CC, a concessão obsequiosa de um prazo adicional para o pagamento de uma dívida (prazo de favor) não implica renúncia ao direito do credor de utilizar essa dívida para, por meio da compensação, extinguir outra. Seria realmente injusto que o beneficiário da benesse pudesse executar judicialmente o generoso por uma outra dívida, sem que este último, em defesa, pudesse opor a compensação. A concessão de um prazo de favor afasta a mora (juros moratórios, multas etc.), mas jamais o direito de o credor valer-se da obrigação dilatada para invocar a compensação.

4.2.6. Cessão de crédito e existência do crédito

Conforme art. 295 do CC, o cedente responde pela existência do crédito na cessão onerosa, independentemente de culpa ou dolo. Se, porém, a cessão for gratuita, o cedente generoso só responde por dolo. Essa regra harmoniza-se com a lógica de justiça da tutela da gratuidade e se afina com as disposições relativas à evicção (art. 447, CC) e à responsabilidade civil do generoso (art. 392, CC).

4.2.7. Imóvel adquirido gratuitamente de boa-fé: pagamento indevido

Quem adquire gratuitamente imóvel de quem o havia obtido como fruto de pagamento indevido não é protegido prestigiosamente: poderá perder o bem (art. 879, parágrafo único, CC). A tutela da propriedade aparente⁶ aí só se aplica a terceiros adquirentes a título oneroso e de boa-fé, e não a terceiros beneficiários de liberalidade. O motivo é a lógica de justiça em pauta: o direito protege, mas não prestigia, o beneficiário de liberalidades.

4.2.8. Propriedade aparente nos casos de fraude contra credores ou simulação

Os arts. 161 e 167, § 2º, do CC permitem que terceiros de boa-fé que não participaram de um negócio eivado de fraude contra credores ou de simulação sejam protegidos e não percam o imóvel em prol do prejudicado. Trata-se de um caso de

⁶ Sobre a propriedade aparente, recomendamos leitura de excelente texto do civilista Nelson Rosenvald, que se apoiou no civilista Landim Filho (ROSENVALD, Nelson. A propriedade aparente no Código Civil de 2002. In: **Revista Jurídica do Ministério Público**, volume 6, Disponível em https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/294/propriedade%20aparente_Rosenvald.pdf?sequence=1. Acesso em 1º de outubro de 2018. Texto publicado em 26 de maio de 2006).

propriedade aparente⁷. Entendemos que esses dispositivos devem ser interpretados restritivamente para, além da boa-fé do terceiro, exigir que ele seja beneficiário de um negócio oneroso. É que, se esse terceiro for um agraciado, feriria o princípio da proteção simplificada do agraciado preterir o prejudicado pelo negócio fraudulento ou simulado e prestigiar um terceiro beneficiário de uma liberalidade. É forçoso aplicar a mesma lógica do art. 879, parágrafo único, do CC. De qualquer forma, os referidos dispositivos mereciam reparos legislativos para deixar clara essa interpretação.

4.2.9. Gestão de negócios gratuitamente

O art. 866 do CC impõe responsabilidade ao gestor de negócios por qualquer culpa. Temos que esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 392 do CC, de modo que, se o gestor não tiver interesse econômico, ainda que indireto, ele só deve responder por dolo. Assim, quem apaga incêndio em casa de vizinho que estava viajando não responderia por danos causados por negligência (como, por exemplo, o dano decorrente de vazamentos de água que não foram, por imprudência, detectados pelo generoso gestor de negócios).

4.2.10. Comodato e indenização por benfeitorias

O comodato é o empréstimo gratuito de coisa infungível. Ex.: empréstimo gratuito de um apartamento para um amigo. O comodatário é protegido pelo Direito sem prestígios. Assim, por força de interpretação extensiva do art. 584 do CC⁸, o STJ entende que o comodatário só terá direito a ser indenizado por benfeitorias urgentes e necessárias, de maneira que a regra geral de que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização por qualquer benfeitoria necessária, ainda que não urgente, não se aplica ao comodato (STJ, REsp 249.925/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 12/02/2001; REsp 64.114/GO, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18/12/1995).

É irreparável a lógica do STJ. Se, por exemplo, alguém empresta gratuitamente um apartamento, seria absurdo que o comodatário, após despender uma fortuna com reparos necessários que não eram urgentes – como, por exemplo, o conserto de uma

⁷ Sobre a propriedade aparente, recomendamos leitura de excelente texto do civilista Nelson Rosenvald, que se apoiou no civilista Landim Filho (ROSENVALD, Nelson. A propriedade aparente no Código Civil de 2002. In: Revista Jurídica do Ministério Público, volume 6, Disponível em https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/294/propriedade%20aparente_Rosenvald.pdf?sequence=1. Acesso em 1º de outubro de 2018. Texto publicado em 26 de maio de 2006).

⁸ Esse dispositivo é de texto idêntico ao art. 1.254 do CC/1916, que foi apreciado pelo STJ.

maçaneta da porta de um quarto –, pretendesse ser ressarcido pelo comodante. Ora, o comodante não está cobrando valor algum pelo empréstimo e, por isso, não pode ser obrigado a garantir qualidade na estadia do comodatário no imóvel. Há casos de comodantes que sequer dinheiro teriam para fazer aqueles reparos e, por isso, se tivessem de morar no imóvel, haveriam de suportar esses pequenos defeitos não urgentes. Não faz sentido prestigiar o capricho do comodatário, que, apesar de estar usufruindo gratuitamente a coisa, pretende ser indenizado por despesas que espontaneamente fez com benfeitorias que não eram urgentes.

Temos que mesmo despesas urgentes não deveriam ser indenizadas se elas tiverem sido previamente noticiadas pelo comodante, como no caso de o comodante ter avisado o comodatário que a fiação elétrica do apartamento estava danificada de modo que o comodatário deveria abster-se de utilizá-la. Nesse caso, despesas com a troca dessa fiação não poderiam ser imputadas ao comodante.

4.2.11. Filiação socioafetiva em “pai ou mãe de criação”

É comum haver pessoas que, sem a intenção de querer dar repercussão jurídica de filiação, cuidam gratuitamente de crianças desde tenra idade e, para poupar-lhes de constrangimentos, deixam-nas chamá-los de pai ou mãe. Trata-se da figura do “filho de criação”. Em vários desses casos, não há intenção do generoso de, por exemplo, transformar o “filho de criação” em filho para efeitos jurídicos, outorgando-lhe, por exemplo, o direito hereditário em competição com os filhos biológicos. Sempre foi comum esse tipo de prática no Brasil, alimentada pela solidariedade (questão da moral).

Alguns julgados, porém, vêm pretendendo dar efeito jurídico a uma situação puramente moral, dando efeitos jurídicos a esses “filhos de criação” mesmo na hipótese de inexistir intenção do generoso nesse sentido. Temos que isso é uma interferência indevida e desastrosa do Direito em uma relação eficientemente orquestrada pela Moral. A tendência óbvia dessa inclinação jurisprudencial é acovardar os poucos casos de pessoas que, por ato de nobreza, acabam cuidando de crianças órfãs ou abandonadas que, por algum motivo qualquer, não foram direcionadas aos programas oficiais de adoção.

O STJ parece estar sensível a isso e, por isso, só permite a filiação socioafetiva para casos de haver intenção inequívoca dos generosos em dar efeitos jurídicos. Foi com base nisso que, por exemplo, o STJ negou o pedido de reconhecimento de maternidade

socioafetiva a uma pessoa que, desde a infância, ficou sob a guarda de uma mulher generosa que, embora não lhe dispensasse tratamento discriminatório em relação às suas duas filhas biológicas, não tinha intenção inequívoca de adotar (REsp 1500999/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 19/04/2016).

O princípio da proteção simplificada do agraciado subjaz a discussão, pois não se pode impor um peso exagerado sobre o generoso. Dar carinho não é tornar-se pai ou mãe socioafetivos, como alguns doutrinadores insinuam. Do contrário, “toda forma de amor traria consigo o fardo de uma obrigação jurídica”, como anota o civilista Atalá Correia⁹ (2018, p. 354). Para haver parentalidade socioafetiva, é preciso haver vontade nesse sentido. De fato, “não há socioafetividade imposta contra vontade”, completa o professor Atalá Correia¹⁰.

4.2.12. Usucapião Tabular

O prazo de cinco anos previsto para o usucapião tabular com posse-trabalho ou posse-moradia é restrito a quem tenha adquirido onerosamente a posse, conforme parágrafo único do art. 1.242, CC, *in verbis*:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Trata-se de mais um exemplo de proteção simplificada do agraciado: quem adquire gratuitamente um imóvel com registro no cartório de imóveis não se beneficiará desse reduzido prazo de usucapião, ainda que tenha desempenhado uma posse-trabalho ou posse moradia.

⁹ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 14. ano 5. p. 354. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018 (Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>).

¹⁰ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 14. ano 5. p. 314. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018 (Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/380>).

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENEROSO: UMA CRÍTICA À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE

5.1. REGRA GERAL

De genialidade notável, o art. 392 do CC somente responsabiliza o generoso por danos causados por dolo nos contratos. Ao poupar o generoso de riscos jurídicos decorrentes de culpa, o dispositivo estimula a que as pessoas sigam no exercício da filantropia, prática que, embora não lhes renda proveito econômico, celebra outros valores da vida. Se, por exemplo, um generoso oferece um almoço a amigos (contrato gratuito de fornecimento de alimentos), jamais estes poderão pedir indenização na hipótese de encontrarem um “bicho” no prato, salvo se o anfitrião tiver agido com dolo.

A propósito, conta-se que, por volta de 1950, um restaurante famoso no Rio de Janeiro vivia lotado por cobrar um valor irrisório – quase de graça – pelo *buffet* de almoço (o equivalente a R\$ 1,00). Um dos assíduos frequentadores encontrou uma pata de barata no seu prato durante o almoço e, amparado por provas testemunhais, ajuizou ação de indenização por danos morais. O juiz julgou improcedente o pedido em sentença de dois parágrafos: “Quem come barato come barata” (1º parágrafo); “Julgo improcedente o pedido” (2º parágrafo).

Afastando os exageros que possa encontrar no caso acima, a alegoria da história deixa a lição de que, em negócios gratuitos, não se pode ser severo contra o generoso bem-intencionado, salvo se houver dolo.

5.2. A CULPA GRAVE E O GENEROSO: DISTORÇÕES DO ART. 392 DO CC PELA JURISPRUDÊNCIA

O art. 392 do CC, ao tratar de contratos gratuitos, apenas responsabiliza o generoso por dolo; jamais por culpa. Esse é o texto legal expresso. Fazemos uma ressalva: não se deve considerar como gratuito o contrato que, ainda que indiretamente, reverta em proveito patrimonial, como sucede com os estacionamentos gratuitos fornecidos por shoppings. A esses casos devem-se aplicar as regras de contratos onerosos, pois não há pura generosidade. Não estamos tratando desses contratos onerosos, mas apenas dos gratuitos.

O STJ, todavia, confronta o texto legal do art. 392 do CC e tende a incluir a “culpa grave” como causa de responsabilidade civil do generoso. Essa orientação jurisprudencial, ao afrontar o princípio da proteção simplificada do agraciado, é nociva

à já fatigada cultura da solidariedade. De fato, ao nosso aviso, a jurisprudência subverte a lógica do art. 392 do CC, estabelecendo que o generoso também deve responder civilmente por culpa grave, conceito que poderia ser aproximado ao “dolo” mencionado no aludido preceito.

Entendemos, *s.m.j.*, indevido esse entendimento por dois motivos principais: o ataque à cultura da solidariedade e a violação à interpretação histórica, comparada, teleológica e literal do art. 392 do CC.

De um lado, é inegável que isso representa um ataque ao espírito solidário que se observava em tempos mais antigos, quando se hospedavam viajantes em casa, se dividiam os alimentos com desconhecidos, se acolhiam órfãos como “filhos de criação”. Há inúmeros fatores que atacaram essa cultura de solidariedade, mas indubitavelmente o Direito contribuiu decisivamente nessa ofensiva.

Nesse sentido, ao se impor o fardo da culpa grave sobre o generoso, este estará sujeito a um risco patrimonial expressivo pelo simples fato de ter agido com liberalidade. O conceito de culpa grave, por ser aberto, expõe o generoso a, no mínimo, ter de despender tempo, energia e verbas (ex.: contratar advogados) para defender-se de ações de indenização propostas pelo agraciado (beneficiário de liberalidades), pois a amplitude semântica do termo poderá ser interpretada de forma diversa a depender do julgador. O risco jurídico e patrimonial para ser generoso é grande, o que, obviamente, desestimula os indivíduos que têm ciência dessa tendência jurisprudencial a serem solidários e conduz-lhes ao egoísmo por precaução. As pessoas respondem a incentivos. Poucos estariam dispostos a assumir esses riscos: é melhor ser individualista do que solidário.

De outro lado, além de engrossar a fileira dos inibidores da cultura da solidariedade, a orientação jurisprudencial de acatar a culpa grave contra o generoso não nos parece estar em compasso com a interpretação histórica, comparada, teleológica, literal e sistemática do art. 392 do CC.

Sob a ótica da interpretação histórica e comparada, o Código Civil de 1916¹¹ tinha disposição similar que, ao tratar dos contratos unilaterais – aqueles que geram obrigação só para uma das partes -, estabelecia que a parte obrigada só respondia por

¹¹ Antes do CC/1916, não havia dispositivo similar (BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 171).

dolo. O objetivo era alcançar os contratos gratuitos, que geralmente são unilaterais, embora o CC/16 involuntária e atecnicamente acabava por atingir contratos onerosos unilaterais, como o mútuo feneratício. Confira-se o referido art. 1.057 do CC/1916:

Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveita, é só por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa.

O legislador estava bem consciente ao redigir o referido dispositivo, pois o CC/1916 foi elaborado com base em vários outros Códigos Civis do mundo, com especial atenção para o Código Civil Alemão (BGB). O legislador sabia, portanto, que o BGB admitia que, nos contratos gratuitos, o generoso responde não apenas por dolo, mas também por culpa grave. A propósito, Clovis Bevilacqua, ao comentar o Código Civil de 1916, faz essa referência, confessando que, quando escreveu o projeto primitivo do CC/16, inspirou-se no “Código Civil Alemão, art. 521: ‘o doador responde, somente, por seu dolo ou negligência grave’”¹². Esse dispositivo do BGB segue indene até a presente data¹³.

De fato, o projeto primitivo do Código Civil de 1916, da lavra de Clovis Bevilacqua, possuía uma redação mais genérica determinando que o julgador fosse mais benevolente com generoso ao cuidar de sua responsabilidade. O art. 1.189 do projeto primitivo do CC/16 dispunha¹⁴:

Art. 1.189. A responsabilidade do devedor será apreciada mais benevolmente quando se tratar de uma liberalidade sua.

Esse dispositivo inicialmente desenhado por Bevilacqua tinha se inspirado no CC alemão e, assim, admitia a culpa grave como suficiente para responsabilizar o generoso. Todavia, esse projeto primitivo não prevaleceu. Ele foi submetido a uma comissão especial de juristas, que elaborou um “projeto revisto” do CC/1916. Nesse projeto revisto, o art. 1.205 assumiu a redação idêntica ao do art. 1.057 do CC/1916; confira-se:

¹² BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 172.

¹³ Código Civil Alemão. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2018.

¹⁴ Câmara dos Deputados. **Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração**. Volume 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356>. Acesso em 30 de setembro de 2018.

Art. 1.205. Nos contratos unilaterais responde por culpa a parte a quem o contrato aproveita, e somente por dolo a parte a quem não traz vantagem. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa.

O legislador, propositalmente, com ciência do BGB e sob a batuta de uma comissão de juristas, preferiu uma redação mais direta e precisa à proposta primitivamente por Clovis Bevilacqua. Afirmar apenas que o generoso deveria ser tratado com benevolência na sua responsabilidade civil seria muito aberto e o conduziria ao fardo pesado de enfrentar ações judiciais sem um seguro respaldo jurídico. O legislador, com apoio de uma comissão especial de juristas e do próprio Clovis Bevilacqua, foi mais direto e expressamente inseriu, no art. 1.057 do CC/1916, a textual exigência de dolo, e não de culpa grave, para responsabilizar o generoso.

Como se vê, a opção de excluir a culpa grave foi absolutamente proposital e, desde o nascimento do CC/1916, retratava uma consciente discordância com o BGB. Admitir a culpa grave como implícito no atual art. 392 do CC, que se espelhou no art. 1.057 do CC/1916, desafina-se com uma interpretação histórica e comparada e acaba representando um direto desdém à vontade clara do legislador.

À luz de uma interpretação teleológica, afigura-se indevido admitir a culpa grave contra o generoso. A finalidade do art. 392 do CC é livrar o generoso do ônus pesado de responder por danos indesejados causados aos agraciados, especialmente porque, se o agraciado fruir de um benefício com um padrão de qualidade, ele deveria buscá-lo por meio de um contrato oneroso.

Se, por exemplo, uma pessoa doa a um faminto uma porção de comida extraída da mesma panela que a alimentou, chegaríamos à indigesta conclusão de que, na hipótese de tanto o generoso quanto o faminto terem contraído alguma doença grave por conta do fato de a comida estar contaminada por bactérias, caberia ao generoso indenizar o faminto se for demonstrada culpa grave dele na preparação do alimento. Ainda que o generoso consiga ser absolvido na ação de indenização por eventual reconhecimento de que sua culpa eventualmente tenha sido leve, o fato é que o generoso já terá despendido recursos expressivos com essa causa judicial, seja de ordem financeira (como verbas para contratação de advogado), seja de índole emocional (os transtornos psicológicos de, na condição de réu, estar exposto à Espada de Dâmocles). Juridicamente, é melhor que as pessoas se abstenham de doar comida. Isso

talvez seja uma das concausas do fato de a maioria dos restaurantes brasileiros recusarem-se a doar restos de comidas para entidades carentes.

Outro exemplo não palatável é o de que, se alguém der carona a um colega e, em razão de um acidente de trânsito causado pelo manuseio do celular pelo motorista (é culpa grave “dirigir ao telefone”), ambos ficarem tetraplégicos, o já lesionado generoso terá de indenizar o “carona”, pagando-lhe valores expressivos de indenização a título de dano moral em patamar provavelmente superior a cem mil reais, a título de pensão alimentícia vitalícia correspondente ao salário mensal que o “carona” percebia antes da tetraplegia e a título de dano material correspondente às caríssimas despesas médicas. Sob essa ótica, juridicamente, é melhor que as pessoas se abstenham de dar carona.

Ser generoso torna-se arriscado e perigoso se desvirtuarmos o espírito do art. 392 do CC e, ignorando a vontade proposital do legislador, passarmos a expor o generoso a responder por “culpa grave”, e não apenas por dolo.

Por fim, a interpretação literal do art. 392 do CC não deixa dúvidas de que o legislador só quis que o generoso respondesse por dolo, e não por culpa grave. Igualmente, uma interpretação sistemática conflui no mesmo sentido, pois, quando a legislação expressamente quer contemplar a culpa grave ao lado do dolo, ela o faz textualmente, a exemplo do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.240/1941 (*art. 4º. O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave*) e de outros vários dispositivos¹⁵. Admitir culpa grave no art. 392 do CC frustra uma interpretação literal e sistemática.

Os argumentos favoráveis à tese de que a culpa grave estaria implícita no art. 392 do CC são, em suma: (1) o dever de boa-fé imporia ao generoso ter uma diligência adequada ao fazer um favor; (2) a responsabilidade apenas por dolo levaria o generoso a relaxar na sua diligência; (3) o agraciado possui uma confiança no generoso no sentido de que este será prudente; (4) o conceito de dolo se aproxima ao de culpa grave. Parece-nos, no entanto, que, em relação aos três primeiros

¹⁵ Como, por exemplo, o art. 248 da Lei nº 7.565/1986; o já revogado art. 4º, § 5º, da Lei nº 1.808/1953; o art. 34, IX, da Lei nº 8.906/1994; o art. 25, § 1º, I, da Lei nº 13.155/2015; o art. 121 da Lei nº 1.890/1953; o art. 18 do Acordo Internacional de Alcance Parcial para a Facilitação do Transporte Multimodal de Mercadorias – Decreto nº 1.563/1995.

argumentos, eles deveriam ser travados no Parlamento para eventual modificação do art. 392 do CC, pois dizem respeito a opções legislativas diversas da intencionalmente adotada pelo legislador. E, conforme já exposto com base em várias espécies de interpretação, o referido dispositivo descarta a culpa grave. No tocante ao último argumento, ainda que haja proximidade, dolo e culpa grave são diferentes e tal é atestado pelo fato de o próprio legislador, em diversas leis – a exemplo das já citadas –, mencionar os dois conceitos expressamente no texto normativo quando objetiva abrangê-los conjuntamente.

Esperamos que a jurisprudência mude futuramente.

De qualquer forma, passamos a apontar alguns casos de distorção do art. 392 do CC.

5.3. CASOS DE DISTORÇÕES JURISPRUDENCIAIS

5.3.1. “Carona”: transporte gratuito

O transportador responde por danos causados ao “carona” quando houver culpa grave (Súmula 145/STJ). Dirigir embriagado, por exemplo, inclui-se no conceito de culpa grave, obrigando o motorista a responder pelos danos sofridos pelo passageiro.

Temos por indevida a orientação do STJ, pois, além de violar o art. 392 do CC, pune exageradamente o motorista generoso, concede proteção exagerada ao beneficiário da liberalidade, despreza o risco que deve assumir quem preferiu um proveito gratuito a arcar com os custos de um serviço oneroso, desestimula a solidariedade e frustra políticas públicas de “caronas solidárias”. Temos que o adequado é responsabilizar o generoso apenas por dolo, conceito que não deve abranger a culpa grave. Invocamos aqui tudo quanto expuséssemos acerca de nossa crítica à inclusão do conceito de “culpa grave” no art. 392 do CC.

Não ignoramos que há corrente a sustentar que a “carona” sequer seria um contrato, por se tratar de uma manifestação de afeto sem interesse negocial, de modo que não seria aplicável o art. 392 do CC (que se restringe a contratos), mas sim a regra geral de responsabilidade civil aquiliana baseada na simples culpa (arts. 186 e 927, CC). Consideramos, porém, que essa orientação não nos afigura adequada por dois motivos: (1) o transportador, ao oferecer carona a um colega, está a assumir o dever jurídico de

transportá-lo, o que configuraria um contrato; (2) ainda que não se considere que há um contrato, temos que há, no mínimo, um negócio jurídico bilateral diante da existência de um consenso e, assim, no mínimo, deveria ser aplicada por analogia a regra do art. 392 do CC em razão de esta objetivar aliviar o fardo jurídico do generoso em matéria de responsabilidade civil.

A propósito, o próprio genial professor e civilista Flávio Tartuce, diante de considerações tecidas pelo igualmente talentoso professor José Fernando Simão no sentido da “função social da carona” e da importância de estimular essa prática solidária e salutar à sociedade, reconhece expressamente que está a abalancar-se a mudar futuramente de posição acerca da natureza extracontratual da carona¹⁶.

5.3.2. Empréstimo gratuito de veículo

Por força da teoria da guarda da coisa – que impõe responsabilidade civil objetiva ao proprietário de coisa perigosa que foi utilizada por terceiros para causar danos –, o dono do veículo responde solidária e objetivamente pelos danos causados pelo motorista a quem foi emprestado gratuitamente o veículo. Assim, quem empresta um carro poderia ser condenado a pagar uma fortuna de indenização, que poderia abranger até mesmo pensão alimentícia indenizatória, pelo simples fato de ter sido generoso ao emprestar um veículo a quem tinha habilitação para dirigir (STJ, REsp 577.902/DF, 3ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 28/08/2006).

Temos por indevido esse entendimento por violar o art. 392 do CC, por aplicar a teoria da guarda da coisa para um objeto popular que não pode ser tido como perigoso para esse efeito, por desprezar que é o Estado quem credencia os motoristas e por desencorajar a generosidade. No máximo, temos por aceitável que, à luz da referida teoria, a responsabilidade civil do proprietário deveria restringir-se à reversão do veículo em favor da vítima até o limite do valor da indenização devida, sem obrigação de pagar valor excedente. A ideia seria considerar o veículo como que onerado por um penhor legal em garantia dos danos sofridos por terceiros.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 657.

6 CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos sistematizar o seguinte:

- a) Em decorrência dos princípios da função social, da boa-fé objetiva, da vedação ao abuso de direito, da autonomia da vontade e da livre iniciativa, é possível identificar dois outros princípios: (1) o da proteção simplificada do luxo; (2) o da proteção simplificada do agraciado.
- b) Como princípios são mandados de otimização, esses dois novos princípios são importantes para guiar não apenas o legislador na edição de novas normas em coerência com esses princípios, mas também o aplicador da lei ao interpretar normas e ao preencher lacunas legais.
- c) Embora estejamos a focar a aplicação desses princípios no Direito Civil, eles poderiam ser estendidos para outros ramos do Direito, pois refletem noções de justiça do ordenamento brasileiro.
- d) **Princípio da proteção simplificada do luxo:** o direito protege situações que excedem o padrão do *homo medius*, mas não lhes defere o mesmo privilégio em relação às situações jurídicas medianas. Há vários exemplos, como os relativos a benfeitorias voluptuárias e a valores de indenização.
- e) **Princípio da proteção simplificada do agraciado:** o direito protege o agraciado (beneficiário de uma liberalidade), mas não lhe defere o mesmo privilégio em relação aos beneficiários de negócios onerosos. Em outras palavras, o generoso não pode carregar um fardo jurídico pesado em favor do agraciado, pois isso desestimularia a socialmente saudável cultura da solidariedade. Há vários exemplos, como os concernentes a fraude contra credores, a vícios redibitórios, a comodato etc.
- f) Criticamos a tendência jurisprudencial de interpretar o art. 392 do CC para punir o generoso não apenas por dolo, mas também por culpa grave, apesar de isso – ao nosso aviso – contrariar a interpretação histórica, comparada, teleológica e literal do referido dispositivo. Fizemos comparação com o Código Civil Alemão (BGB) e com a história do Código Civil de 1916. Apontamos ainda dois exemplos, como o da “carona” e o do empréstimo gratuito de veículo. Criticamos também o desestímulo a que restaurantes doem sobras de comida a pessoas famintas diante do risco jurídico.

Por fim, a partir das reflexões ora suscitadas, parece-nos oportuno a edição de leis que afastem dúvidas hermenêuticas atuais, especificamente para:

- a)* adaptar os arts. 161 e 167, § 2º, do CC para que a proteção do terceiro de boa-fé seja condicionada à sua participação em negócio jurídico oneroso (capítulo 4.1.9);
- b)* esclarecer, no art. 866 do CC, a incidência do art. 392 do CC para restringir a responsabilidade do gestor de negócios aos casos de dolo quando ele agir por pura liberalidade (capítulo 4.2.10);
- c)* positivizar o entendimento do STJ no caso de responsabilidade do comodatário (capítulo 4.2.11);
- d)* disciplinar os casos de filho de criação de modo a exigir vontade inequívoca dos pais de criação em outorgar efeito jurídico à relação, tudo nos termos do que já foi sugerido no Projeto de Lei do Senado nº 419, de 2016, do Senador Lasier Martins (capítulo 4.3.1.);
- e)* deixar clara a não aplicação do conceito de “culpa grave” contra o generoso à luz do art. 392 do CC, mesmo no caso de “carona” (capítulo 5.2. e 5.3.1.);
- f)* restringir a responsabilidade do proprietário do veículo emprestado gratuitamente ao próprio bem (capítulo 5.3.2.).

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645