

REVISTA DO IASP

2024

38.1

ANÁLISE PRELIMINAR
DO ANTEPROJETO
DE REFORMA DO
CÓDIGO CIVIL

INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



AUTORES - MEMBROS DA COMISSÃO
ESPECIAL DE ESTUDOS DO ANTEPROJETO
DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Alexandre Junqueira Gomide
Alexandre Pacheco da Silva

André Rodrigues Corrêa
Daniel Martins Boulos
Débora Gozzo

Diogo Leonardo Machado de Melo
Fábio Floriano Melo Martins
Gerson Luiz Carlos Branco

Giovanni Ettore Nanni
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Guilherme Forma Klafke

Gustavo Haical
Hamid Bdine

Judith Martins Costa
Karime Costalunga

Kleber Luiz Zanchim
Mairan Gonçalves Maia Júnior
Maria Celina Bodin de Moraes
Marina Feferbaum

Paulo Doron R. de Araújo
Pedro Guilherme G. de Souza

Rafael Peteffi da Silva
Rodolfo Mazzini Silveira

Rubens Carmo Elias Filho
Silmara J.A. Chinellato

Silvia Felipe Marzagão
Thaís Sêco
Tula Wesendonck

COORDENADORES DA REVISTA

Diogo Leonardo Machado de Melo
Frederico Prado Lopes
Roberta Cristina Paganini Toledo

EDITORIA
IASP



COORDENAÇÃO

Diogo Leonardo Machado de Melo
Frederico Prado Lopes
Roberta Cristina Paganini Toledo

**REVISTA DO
IASP - INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE
SÃO PAULO**

Vol. 38.1 - Ano 27



São Paulo - SP

2024

Revista do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Vol. 38.1 - Ano 27

COORDENADORES DA REVISTA

Diogo Leonardo Machado de Melo
Frederico Prado Lopes
Roberta Cristina Paganini Toledo

AUTORES

Alexandre Junqueira Gomide
Alexandre Pacheco da Silva
André Rodrigues Corrêa
Daniel Martins Boulos
Débora Gozzo
Diogo Leonardo Machado de Melo
Fábio Floriano Melo Martins
Gerson Luiz Carlos Branco
Giovanni Ettore Nanni
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Guilherme Forma Klafke
Gustavo Haical
Hamid Bdine
Judith Martins Costa
Karime Costalunga
Kleber Luiz Zanchim
Mairan Gonçalves Maia Júnior
Maria Celina Bodin de Moraes
Marina Feferbaum
Paulo Doron R. de Araujo
Pedro Guilherme G. de Souza
Rafael Peteffi da Silva
Rodolfo Mazzini Silveira
Rubens Carmo Elias Filho
Silmara J.A. Chinellato
Silvia Felipe Marzagão
Thaís Sêco
Tula Wesendonck

**Revista do IASP - Instituto dos
Advogados de São Paulo**
Vol. 38.1 - Ano 27

Volume Complementar:

**Análise Preliminar do Anteprojeto de
Reforma do Código Civil**

COORDENADORES DO VOL. 38.1:

Judith Martins Costa

Diogo Leonardo Machado de Melo

Paulo Doron R. de Araujo

ISSN 1415-7683-38

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Diagramação, projeto gráfico e capa: Eduardo Pedro - du@eduardopedro.com.br

SUMÁRIO

Sobre os Autores	8
Introdução	
Judith Martins Costa, Diogo Leonardo Machado de Melo e Paulo Doron R. de Araujo	14
1. Parte Geral	20
Direito Civil Extrapatrimonial	
Diogo Leonardo Machado de Melo, Hamid Charaf Bdine Junior e Silmara Juny de Abreu Chinelatto	21
Direito Civil Patrimonial	
Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Thais Fernanda Tenório Séco	28
2. Obrigações e Contratos	
Paulo Doron R. de Araujo, Giovanni Ettore Nanni, Daniel Martins Boulos, André Rodrigues Corrêa e Guilherme Carneiro M. Nitschke	35
3. Seguros	
Pedro Guilherme Gonçalves de Souza, Rodolfo Mazzini e Felipe Bastos	42
4. Responsabilidade Civil	
Fábio Floriano Melo Martins, Gisela Sampaio, Rafael Peteffi da Silva, Tula Wesendonck e Maria Celina Bodin de Moraes	49
5. Direito de Empresa	
Fábio Floriano Melo Martins, Gerson Luiz Carlos Branco e Paulo Doron R. de Araujo	57

6. Direito das Coisas

- Kleber Luiz Zanchim, Rubens Carmo Elias Filho,
Alexandre Junqueira Gomide, Daniel Martins Boulos e Marcelo Terra 65

7. Direito de Família

- Débora Gozzo 72

8. Direito das Sucessões

- Mairan Gonçalves Maia Junior, Karime Costalunga e Silvia Felipe Marzagão 78

8. Direito Digital

- Paulo Doron R. de Araujo, Alexandre Pacheco da Silva, Marina Feferbaum e
Guilherme Forma Klafke 86

Sobre os Autores

Alexandre Junqueira Gomide

Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade da Universidade de Lisboa. Professor. Advogado.

Alexandre Pacheco da Silva

Professor da Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas nos programas de graduação e pós-graduação. Coordenador do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (FGV CEPI). Doutor em Política Científica e Tecnológica pelo Instituto de Geociências da Unicamp. Leciona na área de direito e tecnologia e propriedade intelectual.

André Rodrigues Corrêa

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Parecerista.

Daniel Martins Boulos

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUCSP. Professor do Insper Direito, em São Paulo. Professor visitante na Universidade de St. Gallen, em St. Gallen, na Suíça. Advogado e Árbitro.

Débora Gozzo

Pós-doutora pelo Max-Planck-Institut, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela USP. Professora Titular de Direito Civil - USJT. Advogada e Consultora.

Diogo Leonardo Machado de Melo

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP e Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Árbitro. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Fábio Floriano Melo Martins

Doutor em Direito Civil pela USP, mestre pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” e graduado pela USP. Professor do FGVLaw e presidente do Instituto de Direito Privado. Advogado e árbitro.

Gerson Luiz Carlos Branco

Mestre e Doutor pela UFRGS, professor associado de Direito Empresarial da UFRGS, Advogado e Árbitro.

Giovanni Ettore Nanni

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil na PUC-SP, na qual também exerce atividades docentes ligadas à Arbitragem e à Mediação. Advogado, atua como árbitro e consultor jurídico.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Professora Associada de Direito Civil da UERJ. Coordenadora do PPGD-UERJ. Doutora e mestre em Direito Civil pela UERJ. Diretora de arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA. Advogada, parecerista e árbitra.

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito pela UFRGS, Vice-Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Advogado, árbitro e parecerista

Guilherme Forma Klafke

Doutor em Direito pela USP. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador no CEPI FGV Direito SP.

Gustavo Haical

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Privado e Especialista em Direito Civil pela UFRGS. Advogado e parecerista.

Hamid Bdine

Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado.

Judith Martins Costa

Livre Docente e Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Foi Professora da Faculdade de Direito da UFRGS. Professora convidada da Universidade de Coimbra (2024). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, dentre outras associações científicas. Advogada, é Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC. Desenvolve atividades como Árbitra e Parecerista.

Karime Costalunga

Doutora e Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Professora do GVLaw, Insper e IBGC. Advogada e parecerista atuante nas áreas de Direito de Família, Sucessões e Planejamento Sucessório.

Kleber Luiz Zanchim

Pós-doutor pela FEA/USP. Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Insper. Advogado.

Mairan Gonçalves Maia Júnior

Estágio Pós-Doutoral no Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado e Comparado, em Hamburgo, Alemanha. Professor Visitante do IECL da Universidade de Oxford. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Desembargador Federal do TRF 3^a Região. Presidente do TRF 3^a Região, biênio 2020-2022, ex-Conselheiro do CNJ.

Maria Celina Bodin de Moraes

Professora Titular aposentada de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada aposentada do Depto de Direito da PUC-Rio. Editora-Chefe da Civilistica.com (Qualis A1). Doutora em Direito Civil. Parecerista.

Marina Feferbaum

Professora Associada Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Coordenadora do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) e da área de metodologia de ensino da FGV Direito SP. Doutora em Direito pela PUC-SP. Lecciona disciplinas de Direito e Tecnologia.

Paulo Doron R. de Araujo

Graduado e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Foi professor visitante no Instituto Tecnológico Autônomo de México, na Università degli Studi di Torino e no King's College. Presidente do Comitê de Responsabilidade Civil da IBA. Advogado e Árbitro.

Pedro Guilherme G. de Souza

Graduado e mestre em Direito pela USP, especialista em economia pela FGV/SP. Professor da Escola Nacional de Seguros (ENS) e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado em São Paulo.

Rafael Peteffi da Silva

Professor Associado da UFSC, Mestre pela UFRGS, Doutor pela USP, Pesquisador Visitante em Oxford (Keble College). Advogado, árbitro e parecerista.

Rodolfo Mazzini Silveira

Graduado em Direito pela USP, com período de extensão na Erasmus University Rotterdam. Pós Graduado em Direito dos Contratos pela FGV/SP e em Direito dos Seguros pelo IBDP. Advogado em São Paulo.

Rubens Carmo Elias Filho

Mestre e Doutor pela PUC/SP, Professor da Faculdade de Direito, Mackenzie, São Paulo, Advogado.

Silmara J.A. Chinellato

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, perante a qual obteve os títulos de Doutora, Livre- Docente e Titular. Parecerista nas áreas de Direito Civil e Propriedade Intelectual. Coordenadora do Grupo de Pesquisas Droit des Obligations entre Professores da FADUSP e da Faculté de Droit Lyon 3.

Silvia Felipe Marzagão

Mestre em Direito Civil PUC/SP. Coordenadora da Pós Graduação de Advocacia Estratégia em Família e Sucessões do Curso Damásio. Presidente da Comissão Especial da Advocacia de Família e Sucessões da OAB/SP. Advogada.

Thaís Sêco

Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora adjunta do Departamento de Direito da UFLA.

Tula Wesendonck

Doutora em Direito pela PUC/RS. Professora de Direito Civil da Graduação e do Corpo Docente Permanente do PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS. Advogada.

Introdução

Atento às suas prerrogativas institucionais, decidiu o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) nomear Comissão, integrada por seus membros e por professores de Direito Civil de diversas instituições convidados a examinar a reforma do Código Civil, cujo Anteprojeto foi apresentado ao Senado Federal em 17 de abril de 2024, pela Comissão de Juristas encarregada da sua elaboração.

Com efeito, desde que o anúncio acerca da reforma surpreendeu a comunidade jurídica, no segundo semestre do ano transcurso, vêm professores, advogados e juízes questionando a sua necessidade, o seu método, a velocidade incomum e, por fim, a imensa extensão das intervenções feitas em um Código Civil ainda recente^[1].

A reforma foi anunciada com a justificativa de adaptar o texto legislativo promulgado no início do século XXI às demandas impostas por dois aspectos de transformação social que, apesar de já atuantes naquele momento, acabaram por produzir inúmeros impactos na forma como os cidadãos vivem cotidianamente: o efeito da tecnologia digital e a alteração dos padrões nos relacionamentos interpessoais familiares. Além disso, afirmou-se a pretensão de “atualizar” o texto do atual Código aos padrões consolidados na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

1. MARTINS-COSTA, Judith; ARAUJO, Paulo Doron R. de; GOZZO, Debora; MARTINS, Fábio Floriano Melo. Preocupante, reforma do Código Civil pode trazer insegurança e litigiosidade. *Folha de São Paulo*, 14 de abril de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/04/preocupante-reforma-do-codigo-civil-pode-trazer-inseguranca-e-litigiosidade.shtml>. Último acesso em: 23.06.2024; FRADERA, Véra Maria Jacob de. O Projeto de novo Código Civil brasileiro ou a pressa é inimiga da perfeição. *Migalhas*, 02 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/406456/projeto-de-codigo-civil-brasileiro-ou-a-pressa-e-inimiga-da-perfeicao>. Último acesso em: 23.06.2024; FRAZÃO, Ana; GUEDES, Gisela; PARGENDLER, Mariana. A Reforma do Código Civil é adequada? Não. Enorme insegurança jurídica. *Folha de São Paulo*, 25 de maio de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-nao.shtml>. Último acesso em: 23.06.2024.

Entretanto, apesar dessas justificativas limitadas criarem a expectativa de encontrarmos no texto alterações pontuais, o que se percebe, quando da leitura do Anteprojeto no estado em que se encontra atualmente, é não se tratar de mera “adaptação” a pontos específicos (impostos seja pela mudança tecnológica, seja pela alteração dos padrões familiares ou decorrentes de mera inserção de pontos consolidados na jurisprudência), mas de uma “revolução” geral nos princípios fundantes do texto legal com significativas alterações de forma e conteúdo em partes diversas do regime normativo.

Passados pouco mais de dois meses da divulgação pública do texto do Anteprojeto, vai se tornando claro que estavam corretos os primeiros questionamentos à iniciativa e seu método – que reuniu 38 juristas de orientação intelectual e atuação em áreas bastante diversas, sem que houvesse estudos prévios, a apontar, sequer, qual seria, concretamente, o objetivo da mudança –, bem como à inaudita velocidade dos trabalhos, vez que estes fatores colaboraram de forma relevante para um texto que apresenta muitos problemas, do ponto de vista formal e substancial.

Sob o aspecto *formal*, o Anteprojeto não parece reunir os pressupostos ordenados pela Lei à sua tramitação. Os artigos do Novo Livro de Direito Digital não estão numerados. De outra parte, a numeração deve observar as normas estabelecidas na Lei Complementar nº 95/1988, que trata da padronização dos textos legais. Neste caso por tratar-se de acréscimo, a teor do 12, inc. III, al. *b*, a enumeração deveria repetir o número do artigo imediatamente anterior (2.027), combinando-o com a sequência das letras do alfabeto *“tantas quantas foram suficientes para identificar os acréscimos”*. O alfabeto, porém, contém apenas 26 letras, enquanto, naquele Livro, contam-se 84 dispositivos.

Mais ainda: o art. 12, inc. III, al. *c* da Lei Complementar em referência veda *“o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal’, ou de ‘execução suspensa pelo Senado”*

Federal, na forma do art.52, X, da Constituição Federal” ^[2]. Porém, em vários de seus dispositivos, o Anteprojeto infringe diretamente essa proibição. Basta lembrar o art. 19 que trata de matéria absolutamente estranha ao texto em vigor (este atinente à proteção do pseudônimo; aquele visando inserir o “afeto aos animais do entorno sociofamiliar” como direito de personalidade, ou como bem da personalidade, sendo de tão confusa redação que é difícil determinar seu objeto).

Note-se, por fim, a propósito desse mesmo artigo 12 da Lei Complementar que, em desobediência às suas regras, o Anteprojeto “comprime” os enunciados dos artigos 16 ao 19 do texto codificado vigente e insere sob os números 17, 18 e 19 matérias novas, em nada relacionadas ao que é disciplinado nos artigos correspondentes do texto em vigor.

Igualmente graves são os defeitos de ordem *substancial*.

O principal deles reside na *ausência de unidade valorativa e conceitual* que é a marca de todo Código. Essa ausência resta refletida em antinomias, contradições e inconsistências que, embora mais notáveis em alguns dos Livros e Capítulos – nomeadamente, a Parte Geral, os Contratos, a Responsabilidade Civil, o Direito de Família e o Direito Digital –, transparecem, em rigor, em todo o Anteprojeto.

Em texto já antigo, mas não menos atual, Stefano Rodotà, ilustre civilista italiano, refletiu sobre o significado de uma reforma do Código Civil, bem ponderando que essa estaria madura “*não simplesmente quando são os fatos históricos a reclamá-la, nem simplesmente quando se torna geral a convicção da sua necessidade, mas quando os estudiosos realizaram aquela mudança de condições culturais, aquele refinamento de instrumentos novos e mais adequados que condicionam qualquer tentativa séria de renovação dos institutos jurídicos*” ^[3].

O refinamento dos instrumentos por meio dos quais o Direito é compreendido, interpretado e aplicado é obra, fundamentalmente,

2. Lei Complementar nº 95/1988 conforme redação dada pela Lei Complementar nº 107 de 26.4.2001.

3. RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024, p. 02. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984/779>. Último acesso em: 23.06.2024.

da atividade doutrinária, compreendida a dogmática como o “campo da ciência do Direito dedicada à interpretação e à sistematização das normas jurídicas”^[4]. A jurisprudência, continuamente defrontada com o desafio de vencer a distância entre a lei e a realidade social, cria modelos jurisprudenciais, os quais, juntamente com os modelos legislativos, são explicitados, sistematizados e desenvolvidos pela atividade doutrinária, de modo a, num movimento circular, vir a alimentar, com o passar do tempo, as inovações legislativas que se fizerem necessárias.

As mudanças sociais e tecnológicas, contudo, não devem ser mero pretexto para a atividade reformadora da Lei Civil. Como bem já alertado, “[e]stá nas mãos do jurista de hoje definir se, no futuro, será lembrado por ter-se permitido simplesmente reagir às mudanças, deixando-se dominar por elas, ou se soube preservar a coerência e a unidade do sistema, resistindo à tentação das reformas de emergência, apressadas, propulsionadas pelo discurso da desatualização normativa – espécie de pânico moral da comunidade jurídica hodierna”^[5]. E, como ainda sublinhado, “mudanças da conjuntura fática não implicam, em absoluto, uma automática obsolescência dos instrumentos legislativos (pense-se no equívoco, hoje tão difundido, de supor que as relações jurídicas civis estabelecidas por meio digital sejam substancialmente distintas das demais e demandem categorização própria), seja porque, não importa quantas reformas se promova, a lei sempre se poderá dizer, em certo sentido, ‘defasada’ (pela linguagem que adotou; por não contemplar controvérsias, modelos de relações sociais ou tecnologias supervenientes à sua edição; pela dissonância com tal ou qual tese acadêmica etc.)”^[6].

Se é bem verdade que, constatada a desatualização de uma ou outra disposição da lei, resta autorizada a reforma pontual, também é verdade que essa deve ser cuidadosa, atenta seja àquela unidade valorativa e conceitual que é condição *sine qua non* de um Código Civil, seja àquilo que, na doutrina

4. MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

5. NUNES, Eduardo. Nota de rodapé nº 03. In: RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984/779>. Último acesso em: 23.06.2024.

6. NUNES, Eduardo. Nota de rodapé nº 03. In: RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984/779>. Último acesso em: 23.06.2024.

e na jurisprudência, já está sedimentado, pacificado, experienciado, sendo objeto de consenso daqueles a quem é reconhecida autoridade intelectual para formar modelos doutrinários^[7].

Infelizmente, a proposta de reforma estampada no Anteprojeto apresentado ao Senado Federal não se reveste dessas virtudes. As alterações propostas, não só estão fora do escopo apresentado como justificativa para a iniciativa de reforma, como também acabam por incorporar teses que além de não estarem consolidadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores, também não encontram consenso doutrinário. Como se verá apontado especificamente nas páginas seguintes deste trabalho, notam-se intoleráveis obscuridades, contradições, redundâncias e confusões frequentes de conceitos, tudo a apontar para o imenso custo que dela resultará. É que *“propostas que pretendam cristalizar em enunciados legais teses cujas polêmicas vão muito além de um mero juízo de conveniência e adequação oferecem uma precária estratégia de pacificação”*^[8].

Convicto de que a nossa cultura atual *“não pode sustentar e promover uma obra de reforma que vá além das modificações parciais e das atualizações de setor, isto é, daquela administração legislativa ordinária que é comum a todo tempo e a toda matéria”*^[9], o Instituto dos Advogados de São Paulo primeiramente buscou em seu quadro de associados e em seguida convidou estudiosos de diversas partes do país para se reunirem e realizarem trabalho crítico-analítico de duas ordens.

Inicialmente encomendaram-se textos curtos (entre cinco e seis páginas, cada) acerca dos pontos de destaque mais importantes quanto às propostas de reforma de cada um dos Livros do Código Civil, inclusive do Livro novo que se pretende introduzir, dedicado ao Direito Digital. Em

7. Acerca da autoridade da doutrina: MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

8. NUNES, Eduardo. Nota do rodapé nº 05. In: RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984/779>. Último acesso em: 23.06.2024.

9. RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024, p. 04. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/984/779>. Último acesso em: 23.06.2024.

seguida, além dos pontos merecedores de maior destaque em cada Livro, o Instituto dos Advogados de São Paulo oferecerá parecer crítico contendo análise de artigo por artigo que se pretende alterar.

Seja nos textos mais curtos, seja na análise de artigo por artigo, o foco dos estudiosos nomeados não será o academicismo ou o confronto de correntes de pensamento doutrinário meramente teóricas. O Código Civil contém o compêndio de regras legais que, quiçá, mais afetam a vida do cidadão em seu dia a dia. Desde o momento do nascimento até depois da morte, passando por inúmeras situações relacionadas a promessas, negócios, organização em associações e sociedades, patrimônio, causação e reparação de danos, relações familiares e sucessórias. Mexer nessas regras traz, portanto, riscos concretos e consequências práticas à vida de todos. São esses riscos e consequências que serão abordados e detalhados.

Assim, o que se lerá nas páginas a seguir, é o resultado de um primeiro esforço. Mediante a apresentação não exaustiva dos pontos que, já de início, causaram maior consternação e preocupação aos estudiosos nomeados pelo IASP. Pretende-se oferecer um ponto de partida crítico, sintético, pontual, mas suficientemente abrangente à sociedade e aos membros do Poder Legislativo que eventualmente se debruçarão sobre as mais de trezentas páginas do relatório apresentado ao Senado Federal, com objetivo de revelar as inconsistências e incongruências mais graves até agora identificadas.

A despeito de não exaustiva e intencionalmente concisa e objetiva, a análise crítica ora produzida não se furtará de apontar, de forma específica, abalizada e com argumentos concretos de ordem prática, as razões pelas quais os dispositivos selecionados para serem destaque nesse primeiro momento deveriam ser excluídos do Anteprojeto, dado o elevado risco que oferecerão à vida, à personalidade, aos negócios e ao patrimônio dos cidadãos se forem transformados em lei.

São Paulo, 04 de julho de 2024.

Diogo Leonardo Machado de Melo

Paulo Doron R. de Araujo

Judith Martins-Costa

1.

Parte Geral

Direito Civil Extrapatrimonial:

Diogo Leonardo Machado de Melo,
Hamid Charaf Bdine Junior e
Silmara Juny de Abreu Chinelatto

Direito Civil Patrimonial:

Judith Martins-Costa,
Gustavo Haical e
Thais Fernanda Tenório Sêco

A Parte Geral do Código Civil tem por função concentrar os princípios e as regras comuns a todo o Direito Privado, nela se incluindo os elementos ou denominadores comuns das partes especiais (Obrigações, Empresa, Reais, Família e Sucessões).

Como resultado, é destinada a assegurar o *sistema interno*: seus institutos e regras devem ter uma conexão lógico-sistemática. Por definição, não pode admitir contradições, fissuras ou saltos lógicos, porque não apenas cabe-lhe garantir a *unidade conceitual e valorativa do Código Civil*, quanto é legitimada pelos valores básicos da segurança jurídica e da adequação ao fim (C. W. Canaris), assim funcionando como verdadeiro “centro intelectual” do inteiro Direito Privado.

A precisão em sua linguagem, a acurácia na enunciação das categorias centrais, a lógica em sua estrutura, têm fundamental *valor sistemático*.

Essas características não foram obedecidas no Anteprojeto, cuja Parte Geral é permeada por atecnias, imprecisões e contradições, abaixo exemplificadas com alguns enunciados atinentes ao Direito Civil (i) extrapatrimonial e (ii) patrimonial.

1.1. Direito Civil extrapatrimonial

1.1.1. Direitos da personalidade: “Personalidade internacional”

Segundo o § único do artigo 1º da proposta, “nos termos dos tratados internacionais dos quais o País é signatário, reconhece-se personalidade internacional a todas as pessoas em território nacional, garantindo-lhes direitos, deveres e liberdades fundamentais”.

Ocorre que o § único sugerido não obedece aos conceitos do Direito Internacional. Afinal de contas, o que é ser “signatário”? O Código Civil pretende ser mais “amplo” do que o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que admite a incidência dos direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja *parte* e não apenas “signatário”?

O conceito “signatário” não consta da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não se justificando, sob a rubrica de “modernidade”, dar interpretação em desacordo com a técnica e diversa da prevista da Constituição Federal em vigor. Por não estar clara a intenção no dispositivo acima, a proposta merece ser suprimida para não contrariar o conteúdo e alcance disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

1.1.2. Direitos da personalidade: tutela dos direitos da personalidade do “falecido”

Segundo proposta dos § 1º e 2º do artigo 12, terão legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade do falecido o “*cônjuge ou convivente sobreviventes ou parente do falecido em linha reta; na falta de qualquer um deles, passam a ser legitimados os colaterais de quarto grau*”. Não havendo acordo entre herdeiros, cônjuge ou convivente do falecido, quanto à pertinência da pretensão indenizatória, os legitimados podem assumir, na ação ou no procedimento em trâmite, a posição de parte que melhor lhes convier.

O texto reconhece que indenização será devida “a quem propõe a ação”, e não necessariamente ao espólio, o que não contribui para superar a dúvida referente à titularidade da indenização, criando-se uma espécie de *litisconsórcio unitário*.

Criam-se, portanto, entraves com a instituição de mecanismos processuais que são incompatíveis com a tutela dos direitos de personalidade.

Hoje, a legitimidade envolve uma avaliação *in status assertionis*, considerando o peso constitucional da defesa dos direitos da personalidade.

Sem contar que o texto pode provar um embaraço e limitações desnecessárias em questões ainda pendentes de definição no Superior Tribunal de Justiça. E se considerar que o texto, muitas vezes, é levado em consideração para fins de definição da legitimidade do dano moral em caso de “danos por ricochete”, justificável a supressão da proposta.

1.1.3. Direitos da personalidade: artigos 11, 16, 19 e 20. Impropriedades

O artigo 11 do Anteprojeto se mostra incongruente, não claro, pois não considera diferenças fundamentais como os reflexos patrimoniais do exercício de alguns direitos da personalidade.

Tome-se como exemplo a licença para uso de imagem. É uma questão contratual. Nesse âmbito, a boa-fé objetiva já é prevista, bem como o abuso de direito, pelas normas gerais.

Ademais, ao que parece, o § 2º se preocupou apenas com o direito ao corpo, quando aludiu a abuso do direito, o que dependerá de parecer médico^[1].

Não parece aplicável a boa-fé objetiva, pois é regra de comportamento em relação a terceiros ou quando há um terceiro^[2].

Os requisitos para limitação voluntária de exercício de direitos da personalidade devem ser colocados no direito específico que a possa admitir, como o direito ao corpo. Nesse ponto, parece que o artigo 13 já disciplinou o assunto.

Em relação ao artigo 16 do Anteprojeto, algumas considerações são relevantes. Segundo o Anteprojeto, “*A identidade da pessoa natural se revela por seu estado individual, familiar e político, não se admitindo que seja vítima de qualquer discriminação, quanto a gênero, a orientação sexual ou a características sexuais*”.

1. “§ 2º Os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e a limitação voluntária de seu exercício, somente será admitida, quando não permanente e específica, respeitando à boa-fé objetiva e não baseada em abuso de direito de seu titular”.

2. Como explica Eduardo Tomasecius Filho em *O Princípio da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2020 com amplo estudo doutrinário, na p. 90 e ss.

Neste item, não há tratamento para a “identidade social”, tão prestigiada atualmente. Em relação ao § 2º, vale observar que é tempo de se corrigir as permissões, *a contrario sensu*, da utilização do nome da pessoa^[3].

Como direito da personalidade, não importa a finalidade do uso. Para quaisquer fins o nome da pessoa não pode ser utilizado nem para os gratuitos e/ou não comerciais. Observe-se que, no mais das vezes, a gratuitade e finalidade não comercial não são sinceras, a esconder ou disfarçar exatamente o contrário.

O artigo 19 do Anteprojeto, ao sugerir que “a afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e de proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa”, também traz dispositivo que se desvincula dos direitos da personalidade, com redação pouco esclarecedora. Trata-se de um direito de personalidade? Um “bem da personalidade”? A redação dificulta a determinação de seu objeto.

Se a expressão “afetividade”, por si só, já é carregada de ambiguidades e vagueza semântica, ainda pendente de definição jurisprudencial e doutrinária, e que, no projeto, é utilizada como fator de decisão para fins de tutela e curatela de seres humanos (v. Anteprojeto, artigos 1731 e 1743-A), não parece ser apropriada, sob a justificativa de proteção dos animais e defesa de direitos morais a eles ligados, trazer assunto dentro do bojo dos direitos da personalidade.

Em relação ao § 5º, observam-se dois problemas na proposta: excesso e restrição^[4]. Excesso pela menção desnecessária de autorização de nome alheio em publicidade, marca, logotipo ou em qualquer forma de identificação de produto, mercadoria ou de atividade de prestação de serviços.

Quanto ao excesso, essas finalidades já estão reguladas tanto por leis especiais, como a Lei de Propriedade Industrial, Lei de Direitos Autorais ou

3. “§ 2º. Sem autorização do seu titular, o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ou que tenham fins econômicos ou comerciais”.

4. “§ 5º Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em publicidade, em marca, logotipo ou em qualquer forma de identificação de produto, mercadoria ou de atividade de prestação de serviços, tampouco em manifestações de caráter religioso ou associativo”.

pela própria proibição contida no artigo 16, ainda que fosse interpretado para as finalidades limitadas nele contempladas, já objeto de nossa crítica que propõe para quaisquer finalidades.

O § 5º restringe a necessidade de autorização para manifestações apenas de caráter religioso ou associativo. Exemplos são perigosos, a menos que se use expressão para indicar rol não taxativo.

Em relação a proposta de redação ^[5] ao artigo 20, faz-se necessária uma adequação ao decidido na ADI 4815 sobre biografias não autorizadas que repercutiram na interpretação do artigo 20 do atual Código Civil, não podendo ser admitida redação sem aquele entendimento incorporado ao texto.

Ainda em relação ao § 3º sugerido no artigo 20, ao que parece, tal norma se mostra desnecessária ^[6]. Não há dúvida quanto à proteção do direito à privacidade, intimidade e segredo dessas pessoas. Seria de melhor técnica esclarecer os limites da tutela como, por exemplo, no exercício de cargo ou função do Poder Público, quanto a atos a ela relacionados.

1.1.4. Insegurança jurídica e retrocessos nas propostas em relação às “associações”

As propostas sugeridas para alteração de regras envolvendo as associações são aptas a gerar profunda insegurança jurídica e verdadeiro retrocesso.

Em relação a desconsideração da personalidade jurídica envolvendo as associações, o § 2º do artigo 50 sugere que “*Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica de associações, a responsabilidade patrimonial será limitada aos associados com poder de direção ou com poder capaz de influenciar a tomada da decisão que configurou o abuso da personalidade jurídica*”.

5. “*Art. 20 Salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de alguém, em ambiente físico ou virtual, poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber*”.

6. “*§ 3º. Independentemente da fama, relevância política ou social da atividade desempenhada pela pessoa, lhe é reservado o direito de preservar a sua intimidade contra interferências externas*”.

Como se sabe, a “desconsideração” em associações civis, pela própria origem e propósitos da aludida pessoa jurídica, envolve um caráter excepcionalíssimo, considerando, ademais, sua finalidade não econômica e a presunção de esforços sociais de seus propósitos.

Ainda que a proposta tenha sugerido uma “limitação”, a amplitude das expressões “*poder de direção*” e “*com poder capaz de influenciara tomada da decisão que configurou o abuso da personalidade jurídica*” pode dar a estender a admissibilidade da desconsideração para todos os associados. Os estatutos de associações, pela própria exigência do artigo 55 do Código Civil, já preveem hipóteses de responsabilização dos associados e este contexto não pode ser ignorado pelo legislador que acaba por criar uma regra onde sempre houve excepcionalidade – e pior – estendendo-se em demasia os possíveis atingidos no âmbito da desconsideração.

Por representar uma insegurança ao regime associativo, entende-se que deve ser suprimida a aludida proposta, deixando ao caso concreto a delimitação dos diretamente responsáveis, respeitando-se os estatutos associativos em relação à responsabilidade pessoal por abuso.

A proposta prevista no artigo 53, envolvendo a definição da associação, também reacende dúvidas em tese pacificadas pelo Código Civil de 2002 e objeto de amplo debate da Comissão Reale, tendo sido, inclusive, objeto de reforma em 2005. A sugestão de reforma, em seu artigo 53, retoma o conceito do Código Civil de 1916: “*Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não lucrativos*”.

O Código Civil de 2002 já havia inovado no sentido de superar as dúvidas sobre a possibilidade de as associações *terem finalidades econômicas*, inibindo as divergências doutrinárias que decorriam do texto anterior e que agora pretende ser *repristinado* na atual proposta.

Há que se entender os fins *não econômicos* impostos pelo artigo do atual Código Civil se referem aos que possam resultar em favor dos associados, dado que a associação, em si, não fica inibida de efetuar negócios e auferir resultados econômicos positivos para a consecução dos seus fins.

Ao retomar o conceito do Código Civil de 1916, o Anteprojeto retrocede, deixando margem a discussão antes superada, podendo causar, inclusive, embarracos em benefícios tributários, garantido para associação que persegue uma finalidade social. Deve, portanto, aludida proposta ser suprimida.

O mais grave em relação às associações envolve a admissibilidade de associados com direito a “peso de voto diferente”, criando-se a categoria de “super-associados”. Segundo a proposta constante no § único do artigo 55 do Anteprojeto, *“admite-se a atribuição de pesos diferentes para a valoração de voto de associados de categorias distintas”*.

O texto relativo aos direitos associativos previsto no Código Civil de 2002 foi alvo de ampla discussão, sendo submetido, inclusive, a uma já mencionada reforma em 2005, sugerida por Miguel Reale justamente diante das incongruências lançadas pelo Congresso Nacional que colocaram em xeque o sentido e alcance do artigo 5º, XVII, da Constituição Federal e até mesmo a grande utilidade das associações na promoção dos objetivos sociais.

A igualdade entre os associados é a regra prevista no nosso sistema. Vantagens pessoais – incluindo a diferença de votos – é algo típico das sociedades empresárias e não das corporações sem finalidade econômica.

A única excepcionalidade admitida pelo Código em vigor envolve qualificações honoríficas, beneméritas, concedidas pelo reconhecimento do cumprimento dos objetivos estatutários da associação.

Vale ainda lembrar que o atual § único do artigo 53 do Código Civil prescreve, implicitamente, a ausência de hierarquia entre associados, tanto é verdade que não há, entre os associados, direitos (e obrigações) recíprocos. Por que agora admitir algum associado com maiores direitos (especialmente de voto) em relação aos demais?

Sem contar que a diferenciação de peso de voto para alguns associados inviabilizaria o fomento de que as associações sejam incentivadas para se tornarem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), prevista na Lei nº 9790/1999, com regramento totalmente incompatível com a atual sugestão que, por tais motivos, deve ser rejeitada.

Por mais que a proposta constante do artigo 59 tente limitar as matérias de voto dos associados com “pesos diferentes”, tal sugestão não se sustenta.

Como demonstrado na crítica a proposta de nova redação ao artigo 55, a existência de direito a voto com pesos diferentes entre associados traz profunda insegurança ao regime associativo e, ao invés de incentivar os seus propósitos não econômicos, aproxima a figura do espírito e propósitos da sociedade empresária.

Ainda que os §§ do artigo 59 busquem limitar a atuação dos associados “com peso diferenciado”, o fato é que restam, além dos aludidos dispositivos (envolvendo alteração estatutária e destituição de administradores) uma vastidão de assuntos, tornando esses “super-associados” os verdadeiros responsáveis pelo destino das associações a partir de então, permitindo o uso indevido de seus propósitos para satisfação de interesses pessoais.

Os “super-associados” poderão ditar o destino dos associados que atuem contra os propósitos de seus interesses, instaurando e decidindo sobre processos disciplinares, tendo peso relevante sobre aprovação de contas e deliberações sobre custeio e novos parâmetros para contribuições associativas etc. E mesmo não ocupando poder de direção, apesar de ser possível receber poderes especiais de voto, não necessariamente estarão sujeitos à desconsideração da personalidade jurídica, como sugerido pela proposta do § 2º, artigo 50 da proposta. Por tais razões, a sugestão deve ser rechaçada.

1.2. Direito Civil patrimonial

1.2.1. Noção de patrimônio (art. 91)

Ao acrescentar à redação do art. 91 a expressão “*experimentadas por uma ou mais pessoas, conforme assim se tenha estabelecido*”, o Anteprojeto modifica um conceito central, concernente à própria Teoria Geral de Direito.

Na redação proposta há (a) atecnia e erro conceitual grave; (b) implicações sistemáticas, que se projetam quer no interior do Código Civil,

quer em outros campos jurídicos, externas ao Código Civil; e (c) geração de grande insegurança jurídica.

(a) Atecnia e erro conceitual

Patrimônio é o conjunto de efeitos jurídicos ativos, suscetíveis de apreciação pecuniária, integrantes da esfera jurídica de determinado sujeito de direito. Mais precisamente, o patrimônio é o conjunto de direitos, pretensões, ações e exceções de caráter patrimonial.

Esse conceito é esfacelado pelo Anteprojeto ao utilizar a expressão “relações jurídicas (...) experimentadas por uma ou mais pessoas”.

A atecnia está no emprego do verbo “experimentar”. Relações jurídicas não são “experimentáveis”, mas sim, tituladas por uma pessoa.

O erro conceitual está em atribuir um mesmo patrimônio a “uma ou mais pessoas”. Os pressupostos necessários ao conceito são a *unidade* e a *pluralidade potencial* de direitos, pretensões, ações e exceções.

A *unidade do patrimônio* decorre da correlação entre um patrimônio e um sujeito de direitos, é dizer, os seus efeitos jurídicos ativos têm sua identidade na esfera jurídica de determinado sujeito de direito. Como está em Pontes de Miranda: “O titular do patrimônio é titular do direito a que o patrimônio seja tratado como tal”.

A *pluralidade potencial* de direitos, pretensões, ações e exceções significa que os efeitos jurídicos integrantes do patrimônio, embora tratados em conjunto, mantêm a independência em relação aos outros elementos e ao patrimônio. Por isso, podem ser elementos de diversas relações jurídicas, independentemente dos vínculos jurídicos que o patrimônio possa apresentar, ainda que sirvam como garantias aos credores do titular.

Dessa particularidade decorre o *princípio da independência do ativo*, segundo o qual o titular do patrimônio tem liberdade para administrá-lo como lhe aprouver, sem a necessidade de consultar seus credores e o *princípio da independência do passivo* segundo o qual o patrimônio está

exposto ao passivo ainda que exausto o ativo, muito embora a Lei, visando atender ao interesse dos credores, reconhece mecanismos de proteção, ao permitir com que os credores possam intervir, por intermédio do exercício de pretensão à tutela jurídica do Estado, na administração e disposição dos elementos do patrimônio.

(b) Implicações sistemáticas

O conceito de patrimônio está relacionado a várias regras e a vários institutos do Direito Privado - *e.g.*, a Responsabilidade Civil, o Enriquecimento Injustificado, a Insolvência Civil e a Falência.

Ainda há implicações sistemáticas com os “elementos do patrimônio”, assim denominados por terem caráter patrimonial, havendo, ainda, relações intersistemáticas, – *e.g.*, com o Direito Penal quanto aos crimes contra o patrimônio, regrado no Título II da Parte Especial do Código Penal; com o Direito Processual, *e.g.*, com os institutos das medidas cautelares constitutivas (arresto e sequestro); a penhora; a fraude à execução e o concurso geral de credores na insolvência civil e na falência.

(c) insegurança jurídica

A insegurança jurídica gerada pela defeituosa alteração do art. 91 tem implicação direta com a principal função do patrimônio no âmbito do direito positivo, qual seja, a de servir como garantia aos credores de determinado devedor à satisfação dos seus direitos. Nesse caso há a chamada responsabilidade ilimitada. Esse princípio está no art. 391 do Código Civil e no art. 789 do Código de Processo Civil.

Se um patrimônio pode ser “experimentado (sic)” por “uma ou mais pessoas”, como quer o Anteprojeto, como definir quem responde? E o que significa a expressão “conforme se tenha estabelecido”? Quem estabelece a quem o patrimônio (e a responsabilidade patrimonial decorrente) serão atribuídos?

1.2.2. Disciplina das nulidades (artigos 104, IV; 166, VI; 169, 2º)

A nulidade é o mais grave defeito que pode atingir o negócio jurídico, razão pela qual a ordem jurídica determina seja decretada a sua extirpação do mundo jurídico. Para tão radical efeito, deve a lei dispor sobre os requisitos de validade de modo o mais preciso e seguro possível.

Essa cautela não foi seguida nos artigos 104, IV e 166, VI. Em ambos os enunciados se apresentam regras que esfacelam o valor da segurança jurídica, ao estatuir, como requisito de validade, a *“conformidade com normas de ordem pública”* e ao prever a nulidade, de pleno direito, do negócio jurídico que *“fraudar lei imperativa ou norma de ordem pública”*.

(a) Atecnias e insegurança jurídica

Ao acrescentar no art. 166, VI, em seguida à expressão *“fraudar a lei imperativa”* a expressão *“ou norma de ordem pública”*, o Anteprojeto coloca no mesmo enunciado espécies distintas. A lei imperativa é a lei cogente impositiva ou proibitiva de certo resultado. A fraude à lei imperativa diz respeito ao ato emulado, ao qual se confere aparência de legalidade, para atingir o objetivo proibido, daí porque acarreta a nulidade.

Já a norma de ordem pública tem conteúdo fluido, indeterminado, sendo indicativa de uma valoração socialmente relevante cuja aplicação é fortemente vinculada ao plano do Direito Internacional Público. Por esta razão, não é objeto de fraude à lei a norma de ordem pública. Não pode gerar sanção tão grave e peremptória quanto a de nulidade. Ao cominar com a nulidade atos que venham *“fraudar norma de ordem pública”*, restará gerada, potencialmente, grande insegurança jurídica.

Ao mesmo tempo, a vaga expressão *“ordem pública”* está espalhada no Anteprojeto, conforme será melhor detalhado adiante, ao se abordar o Direito das Obrigações e dos Contratos.

Ao assim dispor, o Anteprojeto torna princípios, cuja densificação é altamente dependente de concretização (e não de subsunção) em *pressuposto de validade*. Mas, em verdadeira quebra lógica, também na disciplina dos

Contratos, o art. 422 prevê “boa-fé e confiança” como fatores de eficácia, qual seja, o inadimplemento de um contrato.

Pergunta-se: a violação da boa-fé e da confiança é fator de eficácia ou levará à invalidade, por terem sido classificados como norma de ordem pública?

Similar atecnia, acrescida da importação, anacrônica e inútil, de instituto estrangeiro é verificada no art. 169, § 2º.

O Anteprojeto acrescenta dispositivo à regra do art. 169 que prevê a regra segundo a qual o negócio nulo não é susceptível de confirmação, nem convalesce com o tempo. Segundo o adendo agora proposto, a regra do *caput* não impossibilita que, *“excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos decorrentes da boa-fé, ao menos de uma das partes, a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela”*.

A regra atenta ao sistema e à segurança jurídica por dois motivos problemáticos. O primeiro é a remissão à boa-fé – aparentemente, a boa-fé subjetiva (estado anímico) e não a boa-fé objetiva (*standard* de conduta leal). Num caso, a aplicação da regra demandaria pesquisa empírica para a determinação da hipótese legal. Noutro, seria de questionar: como convalidar ato infringente das hipóteses previstas no art. 166? E o mais grave está na consequência, em razão da importação do critério do merecimento de tutela, advindo do Código Civil italiano e ainda não inteiramente pacificado naquele sistema, ainda que passados quase 80 anos da vigência do *Codice Civile*. Além do transplante ter sido incompleto, sem mediação de quaisquer adaptações à sistemática brasileira, pergunta-se: interesse de quem é tutelado? Com base em quais parâmetros?

A proposição atenta gravemente à segurança jurídica: relativizadas as causas da nulidade do negócio jurídico, o que se produz é uma grande diluição dos conceitos, tornando indistinguíveis os negócios válidos e inválidos e ainda promovendo, sem critérios, ao arbítrio do decisor, uma espécie de “revalidação” dos atos nulos.

1.2.3. Definição de “licitude” (art. 185, e 185-A)

Ao disciplinar os atos jurídicos, o Anteprojeto rompe o sistema e a ordenação do Título II da Parte Geral.

Desfigura-se o objeto do Título que trata “*Dos Atos Jurídicos Lícitos*” e, pois, dos “atos”, propondo-se, diversamente, que passe a tratar “*Da Licitude Dos Atos e Das Atividades Jurídicas*” e, pois, da “licitude”.

De imediato, a alteração proposta provoca esvaziamento normativo em relação à tradicional categoria dos atos jurídicos. O Título em questão volta-se a estabelecer o reconhecimento expresso no ordenamento de espécies de fatos jurídicos cujo suporte fático contém necessariamente ato humano (atos jurídicos *stricto sensu* e aos atos-fatos jurídicos). A alteração rompe com a sistematização a que estava vinculado o Título e, consequentemente, torna deslocado o artigo 185 do Código Civil, que se presta não só a reconhecer essa espécie de fatos jurídicos, como também a autorizar a aplicação “*no que couber*” das regras relativas aos negócios jurídicos. Este, aliás, também sofre alteração para suposta correção gramatical da expressão que passaria ao plural “*no que couberem*”, ignorando-se que se trata de adjunto adverbial, e que, portanto, não flexiona para concordar com o verbo.

Tudo isso, para acrescentar o supérfluo artigo 185-A que estabeleceria: “*A atividade decorrente de série de atos coordenados sob um fim comum será considerada lícita se lícitos forem os atos praticados e o fim visado*”. Ao constatar o que é notório e óbvio, no entanto, o dispositivo tende a agravar contradições já antes observadas, especialmente com relação às atividades de risco e a potencial caracterização da responsabilidade civil objetiva.

Essas alterações subvertem a sistemática, não só do Código Civil, mas já do próprio Ordenamento Jurídico; pois suplantam o conceito de legalidade, e o modo como se manifesta distintamente no Direito Público e no Direito Privado.

Decorre do mandamento constitucional do artigo 5º, II, que “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Entendido este como um direito à liberdade geral de ação, verifica-se, igualmente, que essa liberdade encontra o seu limite na lei.

Daí porque, no Direito Civil, que tem o particular como o destinatário da norma, a liberdade é a regra, a proibição, a exceção. Consequentemente, as normas do Direito Civil não devem ocupar-se de definir o que é lícito, como se propõe no artigo 185-A, com ressonâncias no Livro de Direito Civil Digital, logo em seu artigo de abertura, ao enunciar: *“Art. . O direito civil digital, conforme regulado neste Código visa (...) apontar critérios para definir a licitude e a regularidade dos atos e atividades que se desenvolvem no ambiente digital.”*

A atecnia está em ocupar as regras de um Código Civil com a definição da licitude, quando seu objeto é apenas a definição da ilicitude. O contrário se dá no Direito Administrativo cujo destinatário da norma é tipicamente o agente público no exercício de função. Neste caso, a lei define a função e o seu limite.

2.

Obrigações e Contratos

Paulo Doron R. de Araujo,

Giovanni Ettore Nanni,

Daniel Martins Boulos,

André Rodrigues Corrêa e

Guilherme Carneiro M. Nitschke

A mera constatação da existência de alterações propostas em mais de mil artigos ao longo de todo o Código revela que a intenção de mudança é muito maior que a oficialmente propagada (supostamente limitada à necessidade atualização da Lei Civil em razão da evolução tecnológica e das alterações recentes nas relações familiares). No campo do Direito das Obrigações e dos Contratos as propostas de alteração caminham, salvo poucas exceções, no sentido de comprometimento da segurança jurídica, de incentivo ao aumento da litigiosidade e de subversão de institutos seculares mediante inserção de normas protetivas da parte supostamente mais fraca, em evidente desprestígio da autonomia privada para colocar em risco a circulação de bens e serviços.

2.1. Protagonismo inédito da “ordem pública”

A maior evidência de movimento no sentido descrito é, sem dúvida, o protagonismo que a expressão “ordem pública” passará a ter caso o Anteprojeto seja aprovado. Nada traduz maior insegurança jurídica do que abarrotar a lei com termos genéricos. E um dos temas mais vagos e indeterminados que se conhece, tanto em Direito Civil quanto em Direito Internacional Privado e em outras áreas do Direito, é justamente o conceito de ordem pública, qualificado por Jacob Dolinger como indefinível^[7].

Conforme já destacado em tópico anterior deste trabalho, inseriu-se a “conformidade com as normas de ordem pública” como requisito de validade do negócio jurídico (art. 104, IV), de tal maneira que o mais usual negócio jurídico, isto é, o contrato, será nulo se fraudar “norma de ordem pública” (art. 166, VI). Como definir e saber de antemão qual contrato está em conformidade ou que frauda norma de ordem pública? Se aprovados, tais dispositivos trarão insegurança jurídica e aumentarão a litigiosidade, em especial por parte

7. DOLINGER, Jacob. *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Tese de cátedra. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1979, p. 113.

daquele que pretenda se esquivar de cumprir suas obrigações contratuais. Isso porque há descomedido aumento de hipóteses em que se pode alegar nulidade do contrato por violação da ordem pública.

Os princípios contratuais da confiança, da probidade e da boa-fé passam a ser considerados de ordem pública, cuja violação gera o inadimplemento contratual (art. 422-A). Se são preceitos de ordem pública, o descumprimento desses princípios é causa de nulidade do contrato (art. 166, VI) ou é inadimplemento contratual (art. 422-A)? Ou seja, a mesma situação pode receber dois tratamentos jurídicos muito distintos. Vê-se flagrante hipótese apta a causar insegurança no cenário dos negócios.

Ao tratar do empresário, se, de um lado, parece querer preservar a livre iniciativa, o empreendedorismo e o poder de regular seus interesses por meio do contrato, que é assegurado pela autonomia privada, de outro, deixa claro que a autonomia privada *“somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública”* (art. 966-A, III). Da mesma maneira, submete o regime contratual empresarial à vaga e indefinida noção de ordem pública, que decerto fomentará ambiente de in tranquilidade, visto ser desconhecido o que pode ser considerado violador da ordem pública a ponto de afastar a autonomia privada, gerando a nulidade.

Não bastasse isso, a ordem pública é também prevista em inúmeros artigos, de variados temas, ampliando sobremaneira a imprecisão de diversos assuntos regrados no Código Civil, o que igualmente aumenta a potencialidade de serem considerados nulos. É assim, por exemplo, na fixação de cláusulas de interpretação, revisão e resolução do contrato (art. 421-D), no fideicomisso (art. 426-A), na cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade civil (art. 946-A), na propriedade fiduciária (art. 1.361, § 1º), na reserva de grau da garantia real (art. 1.423-B), no pacto comissório (art. 1.428, § 4º), no regime de bens no casamento (art. 1.640, § 2º), no pacto antenupcial (art. 1.655), na partilha de bens (art. 2.018), nas situações jurídicas no ambiente digital, no direito ao ambiente digital transparente e seguro, na inteligência artificial e na celebração de contratos por meios digitais (numeração de artigos ainda não definida).

2.2. Função social como causa de nulidade contratual

Tratamento semelhante é dado a outro conceito indeterminado, cuja dificuldade de traçar contornos é amplamente reconhecida pela doutrina desde sua introdução no Código Civil de 2002: a função social do contrato. Derivada de conceitos extraídos do Direito Constitucional relativos à função da propriedade e da empresa, a função social do contrato não encontra paralelo em códigos civis europeus nem latino-americanos. Ademais, por ser cláusula geral a impor limites à liberdade de contratar, sua aplicação sempre foi vista como excepcional.

Ocorre que essa lógica foi agora invertida. A maior prova disso é a inserção da violação à função social como causa de invalidade dos contratos e de suas cláusulas (art. 421-A), na contramão da doutrina e da jurisprudência consolidadas ao longo dos últimos vinte anos que empregam a função social apenas para restringir ou ampliar certos e determinados efeitos dos contratos, mas sem atingir sua validade. Pouco depois ela volta a ser mencionada no texto do Anteprojeto, dessa vez em matéria de inadimplemento contratual, para evitar a resolução no chamado adimplemento substancial (art. 475-A, IV)^[8]. Quatro artigos à frente, nova menção expressa, agora como parâmetro para se preferir a resolução à revisão do contrato (art. 479, § único, I)^[9]. Cabe aqui a mesma pergunta feita para a boa-fé elevada a preceito de ordem pública: afinal, quer se regular o regime de nulidades ou de inadimplemento?

Há também emprego da função social do contrato no art. 609-F que, ao inserir novo tipo contratual no ordenamento (prestação de serviços e acesso a conteúdos digitais), submete “*a utilização de inteligência artificial na prestação do serviço digital*” a “*padrões éticos necessários, segundo os princípios da boa-fé e da função social do contrato*”. E, por fim, a função social é princípio norteador dos

8. “Art. 475-A. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução, observando-se especialmente: (...) IV - a possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica”.

9. “Art. 479 (...) Parágrafo único. Na hipótese em que o devedor tenha optado por pedir a revisão do contrato, nos termos deste artigo, poderá a outra parte, em resposta ao pedido, requerer a sua resolução, cabendo-lhe demonstrar, nesse caso, que, nos termos do artigo antecedente, a revisão:

I - não é possível ou não é razoável a sua imposição em razão das funções social e econômica do contrato;”.

contratos celebrados em ambiente digital, bem como submete as “*situações jurídicas digitais*”, as “*interfaces de aplicações digitais*” e o “*direito ao ambiente digital transparente e seguro*” a seus ditames, conforme previsões expressas dos artigos correlatos do Livro de Direito Digital.

2.3. Multiplicação de conceitos jurídicos indeterminados

O apelo a termos e conceitos indeterminados e a expressões genéricas de uso não consagrado ou sequer comumente referido em doutrina também se nota, de maneira preocupante, em outros trechos. Tome-se por exemplo as expressões e conceitos como “*disparidade econômica*”, “*simetria*” e “*assimetria*” (arts. 421-C, § 1º, I e § 2º, e 421-D), “*sacrifício excessivo*” e “*impossibilidade econômica de adimplemento*” previstas nos parágrafos do art. 478. Há risco de incentivo à intervenção judicial frequente nas avenças, pois haverá necessidade de dirimir discussões sobre o sentido dos termos, conceitos e expressões que se pretende introduzi na lei.

2.4. Ampliação e atecnia das hipóteses de revisão contratual.

Quanto ao tema da revisão dos contratos, a redação proposta ao art. 421, § 1º, ao dispor que “*nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*” parece estar em dissonância com os reais objetivos do Anteprojeto. Basta ler a proposta de redação dos arts. 157, § 4º; 478, *caput*^[10]; 479, § único^[11]; e 480, § único^[12] para notar que há sensível ampliação das possibilidades de revisão dos contratos.

10. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, havendo alteração superveniente das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento para a celebração do contrato, em decorrência de eventos imprevisíveis que gerem onerosidade excessiva para um dos contratantes e que excedam os riscos normais da contratação, o devedor poderá pedir a sua revisão ou a sua resolução”.

11. “Art. 479. (...) Parágrafo único. Na hipótese em que o devedor tenha optado por pedir a revisão do contrato, nos termos deste artigo, poderá a outra parte, em resposta ao pedido, requerer a sua resolução, cabendo-lhe demonstrar, nesse caso, que, nos termos do artigo antecedente, a revisão.”.

12. “Art. 480. (...) Parágrafo único. O disposto no *caput* não afasta eventual direito à revisão ou resolução do contrato no caso de frustração da negociação, desde que atendidos aos requisitos legais”.

Tal ampliação, contudo, não se dá de forma sistemática. Os propostos arts. 317^[13] e 478 são, em grande medida, redundantes. De fato, o núcleo dos dois artigos se baseia na ocorrência de “*eventos imprevisíveis*” que levem à “*alteração superveniente das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento*” para: a “*constituição da obrigação*” no art. 317; ou para a “*celebração do contrato*” no art. 478. Por outro lado, no art. 317 há menção à necessidade de geração de “*onerosidade excessiva, excedendo os riscos normais da obrigação, para qualquer das partes*”, enquanto no texto proposto para o art. 478, a “*onerosidade excessiva*” se restringe “*para um dos contratantes*” e deve exceder “*os riscos normais da contratação*”.

Apesar da similitude de redação, os dois artigos contam com ampliações de hipóteses em um caso (“*eventos previsíveis, mas de resultados imprevisíveis*” - § único do art. 317), mas não no outro. Da mesma forma, parágrafos do art. 478 procuram definir, em seu âmbito de aplicação, parâmetros para a compreensão de conceitos nucleares como “*riscos normais de contratação*” e “*imprevisibilidade*”. Seriam esses parâmetros também aplicáveis ao art. 317? Se sim, por que não estão escritos nele? Se não, qual é a razão da diferenciação?

Há ainda referência à ideia de “*frustração da finalidade do contrato*”, prevista no inciso IV do art. 479 e no art. 480-A^[14]. Tal conceito implica algo distinto da perda de utilidade consolidada na jurisprudência e doutrina como critério definidor de inadimplemento absoluto e mantida nos termos do art. 395, § 1º? A frustração da finalidade é sinônimo de não cumprimento da função econômica e social do contrato? Qual a diferença entre não ser possível ou razoável a imposição da revisão em razão da função econômica e social do contrato e não ser eficaz a revisão se a alteração superveniente das circunstâncias frustrou a finalidade do contrato?

A impossibilidade e a irrazoabilidade são distintas da ineficácia nos termos da redação, mas não é possível saber qual o conteúdo dessa distinção

13. “Art. 317. Se, em decorrência de eventos imprevisíveis, houver alteração superveniente das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento para a constituição da obrigação e que isto gere onerosidade excessiva, excedendo os riscos normais da obrigação, para qualquer das partes, poderá o juiz, a pedido do prejudicado, corrigi-la, de modo que assegure, tanto quanto possível, o valor real da prestação”.

14. “Art. 480-A. O contrato de execução continuada ou diferida poderá ser resolvido por iniciativa de qualquer uma das partes, quando frustrada a finalidade contratual”.

ainda mais diante do disposto no art. 421, § 2º, ao estabelecer que a violação da função social gera nulidade de pleno direito.

2.5. Comprometimento das garantias ao cumprimento dos contratos

Destaque-se, por fim, as propostas de alterações no regime de garantias ao cumprimento contratual, como a substituição do tradicional instituto do bem de família pela nova figura do *“patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar”* (art. 391-A), com ampliação das hipóteses de impenhorabilidade. Ou, ainda a título de ilustração, as alterações profundas na disciplina do contrato de fiança, com novas limitações à autonomia privada (nulidade da renúncia ao benefício de ordem e da imposição de solidariedade em contratos de adesão – art. 828, § único) e ampliação de hipóteses de exoneração do fiador (arts. 836-A e 838, IV).

Isso somado à inserção de normas reguladoras de Obrigações e Contratos, para dar protagonismo a conceitos difíceis ou impossíveis de definir como ordem pública e função social; introduzir expressões novas ou pouco consagradas e ampliar de forma redundante, genérica e atécnica as hipóteses de revisão contratual representa significativa expansão da discricionariedade do juiz, colocando em risco o que é contratado.

A conclusão a que se chega, pois, é a de a reforma pretendida tem potencial de gerar problemas concretos e muito sérios ao ambiente de negócios do Brasil, com relevantes implicações na concessão de crédito e financiamento às pessoas e aos agentes econômicos.

3.

Seguros

Pedro Guilherme Gonçalves de Souza,

Rodolfo Mazzini e

Felipe Bastos

A disciplina dos contratos típicos funciona, para alguns setores, como marco regulatório básico a integrar e completar eventuais lacunas, assim como para dar limites e consolidar práticas e costumes seculares específicos dos agentes que se ocupam, diariamente, da circulação de bens e riquezas mediante uma determinada operação econômica. Não resta dúvida de que a disciplina do contrato de seguro no Código Civil cumpre essa função em relação ao mercado securitário brasileiro, fundamental para o funcionamento da economia.

Deste modo, propostas de alterações das regras disciplinadoras do tipo contratual base desse ramo de atividade têm o potencial de afetar profundamente o modo como aquele mercado funciona, com impactos profundos não apenas aos agentes que dele fazem parte, mas a toda sociedade.

Nesse contexto, passamos a destacar pontos do Anteprojeto de reforma do Código Civil que nos parecem potencialmente deletérios – se não desastrosos – para o Direito dos Seguros e o funcionamento deste importante setor econômico, podendo resultar em iniquidades de lado a lado, elevação do preço (ou mesmo indisponibilidade) de produtos e aumento da litigiosidade. Nessa abordagem, a recomendação é de exclusão do Anteprojeto dos dispositivos analisados a seguir.

3.1. Equiparação do dolo à culpa grave para fins securitários

A primeira exclusão a ser recomendada, é a do novo § único proposto para o art. 762, ao dispor que “...nos contratos simétricos e paritários, a culpa grave se equipara ao dolo”.

O Código Civil brasileiro não introduz (mesmo após a reforma pretendida pelo Anteprojeto) definição do que constitui “culpa grave”. Tratar-se-ia do “erro grosseiro” a que faz referência o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) ou de

novel conceito? Não se sabe. A adoção do conceito como equiparável ao dolo, sem a fixação de balizas interpretativas claras para sua aplicação, produzirá insegurança jurídica.

Não existe qualquer jurisprudência acerca do conteúdo da expressão, abrindo espaço para ampla discricionariedade judicial, além de resultar em considerável limitação de direitos dos segurados e tomadores de seguros de grandes riscos, particularmente em ramos nos quais abundam discussões sobre a culpa dos agentes, como o seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores (“Seguro D&O”) e o seguro de responsabilidade civil profissional (“Seguro E&O”).

Cumpre rememorar que entre a culpa (por mais grave que seja) e o dolo existe um abismo intransponível^[15]. O elemento anímico exigido para caracterização do dolo, qual seja, a intenção de obter vantagem ilícita e/ou causar o dano a outrem, jamais pode ser suprido pela gravidade do ato. Temerária, portanto, a equiparação pretendida.

Ademais, quanto mais se expandem as fronteiras da Responsabilidade Civil em suas variadas facetas, mais esperam os segurados de seus seguros de responsabilidade civil; a garantia de atos culposos é o cerne do produto, sendo descabida e indesejada a restrição da cobertura para a culpa grave^[16].

A redução da amplitude do objeto segurável, efeito direto da introdução do elemento culpa grave equiparada ao dolo, é ruim como política pública. A proposição caminha na contramão da tendência universal de alargamento de questões passíveis de garantia pelo seguro. Isso é ainda mais evidente e relevante para um país como o Brasil, em que o seguro ainda tem muito baixa penetração.

Para além disso, a vítima de atos lesivos, que no seguro de responsabilidade civil é o terceiro prejudicado por ato imputável a um segurado, enfrenta em nosso país uma jornada tormentosa – por morosidade

15. AGUIAR DIAS, José. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.130.

16. POLIDO, Walter A. Culpas Grave nos Seguros de Responsabilidade Civil: A Exclusão é Inapropriada?, *Conhecer Seguros*, 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://conhecerseguros.com.br/>. Último acesso em: 14.06.2024.

judiciária, por risco de crédito, pela dificuldade de localizar bens do causador do dano ao final da marcha processual etc. – para conseguir ver o dano sofrido efetivamente ressarcido na integralidade. Nesse contexto, uma proposta que restrinja o espectro de funcionamento do seguro de responsabilidade civil seria um desserviço para o ressarcimento da vítima, finalidade maior de todo o sistema de Responsabilidade Civil.

Por fim, ao prever a equiparação apenas para os contratos simétricos e paritários (expressão utilizada no contexto securitário aparentemente para se referir, na prática, aos seguros de grandes riscos), cria-se a aparência de que, no seguro massificado, o ato praticado com culpa grave estaria “anistiado”. Todavia, inexistem diferenças intrínsecas entre os contratos de seguros paritários e simétricos e os contratos de seguros não paritários e/ou não simétricos (que parecem guardar equivalência com os denominados seguros massificados) que justifiquem, neste ponto, consequências distintas para a mesma conduta.

3.2. Adimplemento substancial e direito à indenização securitária

A nova redação proposta para o *caput* do art. 763 pretende criar exceção à tradicional e consagrada regra do direito securitário de que a mora no pagamento do prêmio gera a perda do direito à indenização, caso o sinistro ocorra antes de sua purgação. Se aprovado o novo texto, o segurado não perde o direito à indenização “*nos casos em que tiver adimplido substancialmente o contrato*”.

A prática securitária já lida com o adimplemento parcial (substancial ou não) com razoabilidade, mediante regras de proporcionalização da cobertura. Não há razão para criar regramento favorável ao mal pagador. A consequência inevitável de garantir cobertura ao segurado inadimplente, ainda que com pagamento substancial, será o aumento do custo dos seguros no Brasil. O risco de não pagamento será distribuído como custo entre todos os segurados.

O Superior Tribunal de Justiça já sinalizou, em acórdão de elevada densidade jurídica, que “*o instituto do adimplemento substancial*

(substancial performance) não pode ser estimulado a ponto de subverter a ordem lógico-jurídica do contrato, que prevê o integral e regular cumprimento de seus termos como meio esperado de extinção das obrigações^[17]. As situações de desequilíbrio em caso de inadimplemento são exceção, e não regra, sendo a positivação indesejável.

Por fim, a teoria costuma ser aplicada a contratos de longa duração. Nestes, a perda de eficácia por inadimplemento pode ser desproporcional. O seguro, em regra, não é contrato de longa duração – seus prazos costumam ser anuais –, mas uma razão a não justificar a aplicação do instituto.

3.3. Agravamento do risco deixa de ser hipótese automática de perda de garantia

A reforma pretende introduzir § 2º ao art. 768, com a seguinte redação: *“Nos contratos paritários e simétricos, o agravamento intencional de que trata o caput deste artigo pode ser afastado como causa de perda da garantia”*.

A redação proposta pelo Anteprojeto não foi bem elaborada. Isto porque se supõe que a intenção do dispositivo é permitir que, nos seguros paritários e simétricos (expressão que, aparentemente, quer se referir aos seguros de grandes riscos), as partes estejam livres para pactuar que a perda de garantia ocorra na hipótese de agravamento relevante de risco, ainda que inexista ato intencional do segurado (rememorando-se que intencional é o ato voluntário, não necessariamente doloso)^[18]; isto é, pretende o afastamento do elemento anímico como requisito.

17. STJ. REsp. 1.581.505/SC. Quarta Turma. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. J. em 18.8.2016. DJe de 28.9.2016. Ainda, em caso específico de seguros, a corte aplicou a teoria do adimplemento substancial e sugeriu que, nestes casos, ao menos 03 requisitos fossem preenchidos: *“a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários”*. (STJ. REsp. 76.362/MT. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 11.12.1995. DJe de 01.04.1996, p. 9.917).

18. TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o Agravamento de Risco nos Seguros de Danos*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 39.

Todavia, a interpretação literal e imediata do texto aponta para conclusão diversa e insustentável, qual seja, que nos seguros simétricos e paritários o segurado pode agravar intencionalmente o risco sem que disso resulte a sanção de perda de garantia aplicada aos seguros em geral.

Assim, para se evitar as infundáveis discussões e potenciais iniquidades que certamente surgiriam deste dispositivo, recomenda-se a sua exclusão.

3.4. Ampliação das consequências da mora do segurador

Em alteração proposta ao art. 772, pretende-se introduzir novas consequências em razão da mora do segurador em pagar a indenização securitária ou o capital segurado. Além da correção monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, os juros moratórios seriam devidos *“desde a data em que a indenização ou o capital deveriam ter sido pagos”*, devendo o segurador ainda pagar os *“honorários contratuais do advogado, além de eventual responsabilidade por perdas e danos”*.

A previsão de pagamento de honorários de advogado em momento que, em princípio, não é litigioso (regulação e liquidação de sinistro) estimulará litígios e pode levar a “ajustes” contratuais entre advogado e segurado para incremento do valor exigir da seguradora.

Em relação aos juros de mora, a previsão de incidência desde a data que a indenização seria devida, sem a existência de processo ou, no mínimo, de algum ato formal de constituição em mora da seguradora, não parece razoável. Não bastasse, a orientação afronta jurisprudência pacificada que, no caso de obrigações contratuais, determina a aplicação de juros de mora a partir da citação judicial, salvo se o contrato dispuser de maneira diversa.

Assim, a manutenção da formulação atual, é mais equilibrada. A mudança cria, sem boa razão, uma regra para o contrato de seguro *sui generis* e apartada dos demais contratuais disciplinados pelo Código Civil.

3.5. Pagamento em dinheiro se torna forma subsidiária de liquidação da obrigação de indenizar

O Anteprojeto introduz § único ao art. 776, cujo *caput* também é alterado^[19]. Embora as alterações promovidas sejam sutis, seu impacto é relevante: no modelo vigente, o pagamento em dinheiro é a regra, ainda que se admita convencionar de forma diversa em caráter de exceção^[20]; no modelo proposto, o pagamento em dinheiro se torna subsidiário, induzindo-se o mercado segurador a privilegiar outras formas de liquidação.

Esta mudança dá margem à inclusão de “surpresas” nas apólices, prejudicando especialmente os segurados de seguros massificados, que não têm o rigor técnico e o conhecimento jurídico para negociar os contratos de forma a proteger seus interesses. Estas pessoas esperam o pagamento da indenização em dinheiro; ninguém imagina, *e.g.*, que a seguradora, em caso de perda total, entregará um novo automóvel de mesmo ano do sinistrado, ainda que de características similares.

Neste cenário, a inclusão de regras específicas sobre a forma de pagamento pode gerar ambiguidades ou lacunas em contratos mal elaborados, potencialmente resultando em novos litígios ou potencializando os já existentes (por exemplo: discussões sobre a utilização de peças não originais ou recondicionadas nos seguros de automóvel).

Para evitar tais problemas, a indenização em dinheiro deve ser mantida como regra geral em prol da segurança jurídica.

19. “Art. 776. O segurador é obrigado a pagar, conforme pactuado no contrato e na apólice, o prejuízo resultante dos riscos assumidos, nos limites da garantia contratada.

Parágrafo único. Caso o contrato não contenha regra específica a respeito da forma do pagamento, este será feito em dinheiro”.

20. ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 438.

4.

Responsabilidade Civil

Fábio Floriano Melo Martins,

Gisela Sampaio,

Rafael Peteffi da Silva,

Tula Wesendonck e

Maria Celina Bodin de Moraes

Na primeira Jornada de Direito Civil, há menos de 20 anos, o Título da Responsabilidade Civil do Código Civil de 2002 foi objeto de moção em que se elogiou seu “notável avanço” e “progressos indiscutíveis”. Apesar disso, esse mesmo Título foi agora inteiramente reescrito e ampliado, com grande número de novos dispositivos tecnicamente deficientes e que incluem normas e institutos inéditos.

Quanto ao conteúdo, as críticas ao Anteprojeto são de diversas ordens, podendo ser assim agrupadas com exemplos para ilustrar: **1. Tensões:** (i) art. 944-A: na forma como está redigido, a sanção punitiva afronta o princípio da legalidade e do *non bis in idem*, instituindo verdadeiro *quattuor in idem*; (ii) art. 944-B: o dano indireto, atual e futuro, passa a ser indenizável, sem qualquer filtro. **2. Retrocessos:** (i) art. 947: a finalidade da reparação é “*restituir o lesado ao estado anterior ao fato danoso*” (e não ao estado em que ele estaria não fosse o evento danoso); (ii) art. 936-A: o proprietário da coisa passa a não ser mais responsável, em qualquer hipótese, se demonstrar “*que ela foi usada contra a sua vontade*”. **3. Incongruências:** (i) enquanto o art. 403, não alterado, estabelece que “*as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato*”, o art. 944-B prevê que os danos indiretos, atuais ou futuros, são indenizáveis; (ii) enquanto, no Título da Responsabilidade Civil e contrariamente à jurisprudência do STJ, o § 2º do art. 944 prevê que, a critério do lesado, a indenização pode abranger “*os lucros ou vantagens auferidos pelo lesante em conexão com a prática do ilícito*”, o § 2º do art. 884 dispõe que a obrigação de restituir o lucro da intervenção “*fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa*”. **4. Imprecisões:** “atividade de risco especial” (art. 927); “situação de risco” (art. 927-A, § 2º), “atividade não essencialmente perigosa” (art. 927-B); “situação de perigo” (art. 929).

Nessa primeira fase do trabalho no âmbito do IASP, o objetivo foi tecer brevíssimos comentários a quatro dispositivos que, na nossa visão, não comportam qualquer tipo de emenda, devendo ser desde logo extirpados do Anteprojeto. Na segunda fase, serão destacadas outras atecnias.

4.1. Art. 927-B^[21]: atividade de risco e critérios para o valor da indenização

O *caput* do art. 927-B retira do art. 927 do Código atual a expressão “*atividade normalmente desenvolvida*”, amplia as hipóteses de responsabilidade objetiva, gerando insegurança e maior litigiosidade.

Os §§ 1º e 3º são reproduções, respectivamente, dos Enunciados 448 e 443 respectivamente da V Jornada de Direito Civil do CJF. A repetição é desnecessária e pode reduzir a capacidade interpretativa e criativa que a redação aberta do parágrafo único do art. 927 atual permite. Não há elementos que indiquem no § 1º o que é “*risco especial e diferenciado*” e a expressão não é a mesma do inciso II do art. 927 que refere “*risco especial*”. As diferentes adjetivações/modalidades/terminologias geram dúvidas e insegurança jurídica. O § 1º refere “*a estatística, a prova técnica e a experiência*” como critérios para avaliação do risco, induzindo a adoção da teoria do nexo causal probabilístico (poderá ser utilizada para fundamentar ações por danos derivados do cigarro, como na decisão inédita e controvertida no TJRS – Apelação Cível 70059502898; CNJ 0142852-52.2014.8.21.700), contrária à orientação adotada no STJ sobre o assunto.

O § 2º estabelece o grau de risco como critério para definir o valor da reparação sem qualquer justificativa ou fundamentação para o dispositivo. O texto é uma inovação completa. A matéria não é sequer objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência e a sua inserção na legislação subverte totalmente o sistema jurídico gerando implicações sistêmicas negativas. Não há fundamento ético para considerar o grau de risco como um critério para dimensionar o dano. O dispositivo é um retrocesso, pois há flagrante abandono do princípio da reparação integral.

21. “Art. 927-B. Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

§ 1º A regra do *caput* se aplica à atividade que, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios para a sua avaliação, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

§ 2º Para a responsabilização objetiva do causador do dano, bem como para a ponderação e a fixação do valor da indenização deve também ser levada em conta a existência ou não de classificação do risco da atividade pelo poder público ou por agência reguladora, podendo ela ser aplicada tanto a atividades desempenhadas em ambiente físico quanto digital.

§ 3º O caso fortuito ou a força maior somente exclui a responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida pelo autor do dano.”

Além do retrocesso, fica evidente a antinomia e/ou incongruência do texto proposto com o *caput* do art. 944 do atual Código e do próprio texto projetado, os quais determinam que a indenização tem sua medida na extensão do dano, sem qualquer referência à classificação do risco.

4.2. Art. 944^[22]: princípio da reparação integral

O *caput* do artigo trata do fundamental princípio da reparação integral do prejuízo, que determina que a vítima será indenizada por todo o prejuízo sofrido, mas nada além do prejuízo, reproduzindo salutar regra já existente no atual Código Civil.

O § 1º do art. 944, entretanto, é causa de graves preocupações, pois permite flexibilizar a indenização integral se houver desproporção entre o dano e a “conduta” do agente, afastando o critério da culpa que é observado no atual Código Civil. Pela vagueza típica do termo conduta, ampla insegurança jurídica poderá ser observada, pois os magistrados poderão entender que o termo se refere ao nexo de causalidade (conduta causadora do dano) ou a fatores de qualificação da conduta, como a culpa (conduta culposa).

Outra novidade preocupante é adicionada pelo § 1º do art. 944, pois o próprio Relatório da Comissão de Responsabilidade Civil admite expressamente que a apreciação de eventual desproporção entre culpa e dano é rechaçada pela doutrina majoritária em casos de responsabilidade objetiva.

Ao ler o § 2º do art. 944, nota-se a possibilidade de afastamento do princípio da reparação integral de danos patrimoniais de maneira **ilimitada**, pois a vítima poderá requerer ao juiz que determine a substituição da indenização por um “*montante razoável correspondente à violação de um direito*”. Desse modo, a lógica da Responsabilidade Civil, de reparar o dano sofrido

22. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a conduta praticada pelo agente e a extensão do dano dela decorrente, segundo os ditames da boa-fé e da razoabilidade, ou se a indenização prevista neste artigo privar do necessário o ofensor ou as pessoas que dele dependam, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização, tanto em caso de responsabilidade objetiva quanto subjetiva.

§ 2º Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a critério do lesado, a indenização compreenderá um montante razoável correspondente à violação de um direito ou, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidos pelo lesante em conexão com a prática do ilícito”.

pela vítima, poderá ser afastada em TODOS os casos, exatamente por um valor absolutamente dissociado do dano e baseado na “*violação de um direito*”. Portanto, poderá o magistrado arbitrar qualquer valor, inclusive com caráter eminentemente punitivista, e sem atendimento a nenhum critério legal ou econômico típico dos danos patrimoniais, a não ser aquele que ele entender “*razoável*”. O dispositivo gerará insegurança jurídica sem par, por ser norma inédita e pela falta absoluta de critérios a serem seguidos pela jurisprudência.

A segunda parte do § 2º do art. 944 é igualmente fonte de enorme insegurança jurídica, pois relaciona a teoria do “*lucro da intervenção*” com a Responsabilidade Civil. Imperioso destacar que doutrina^[23] e jurisprudência^[24] amplamente majoritárias identificam o lucro da intervenção com o enriquecimento sem causa, como é admitido pela própria Comissão, que inclusive positivou o mesmo instituto no art. 884, § 2º do Relatório Final, dedicado ao enriquecimento sem causa. Estabelecer fundamento novo para o instituto do lucro da intervenção, em contradição com doutrina e jurisprudência dominantes, será fonte de contradições e enorme insegurança jurídica.

4.3. Art. 944-A^[25]: sanção punitiva

No § 1º do art. 944-A, reproduz-se o método bifásico de “quantificação do dano extrapatrimonial”, defendido pelo Min. Sanseverino, cujo objetivo

23. JIUOKOSKI DA SILVA, Sabrina. Breves comentários ao projeto de revisão da cláusula geral de enriquecimento sem causa do Código Civil de 2002. *Migalhas*, 23 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/407896/revisao-da-clausula-geral-de-enriquecimento-sem-causa-do-codigo-civil>. Último acesso em: 16.06.2024.

24. STJ. REsp. 1.698.701/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 02.10.2018. DJe de 08.10.2018.

25. “Art. 944-A. A indenização comprehende também todas as consequências da violação da esfera moral da pessoa natural ou jurídica. § 1º Na quantificação do dano extrapatrimonial, o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo de outros: I - quanto à valoração do dano, a natureza do bem jurídico violado e os parâmetros de indenização adotados pelos Tribunais, se houver, em casos semelhantes; II - quanto à extensão do dano, as peculiaridades do caso concreto, em confronto com outros julgamentos que possam justificar a majoração ou a redução do valor da indenização. § 2º No caso do inciso II do parágrafo anterior, podem ser observados os seguintes parâmetros: I - nível de afetação em projetos de vida relativos ao trabalho, lazer, âmbito familiar ou social; II - grau de reversibilidade do dano; e III - grau de ofensa ao bem jurídico. § 3º Ao estabelecer a indenização por danos extrapatrimoniais em favor da vítima, o juiz poderá incluir uma sanção pecuniária de caráter pedagógico, em casos de especial gravidade, havendo dolo ou culpa grave do agente causador do dano ou em hipóteses de reiteração de condutas danosas. § 4º O acréscimo a que se refere o § 3º será proporcional à gravidade da falta e poderá ser agravado até o quádruplo dos danos fixados com base nos critérios dos §§ 1º e 2º, considerando-se a condição econômica do ofensor e a reiteração da conduta ou atividade danosa, a ser demonstrada nos autos do processo. § 5º Na fixação do montante a que se refere o § 3º, o juiz levará em consideração eventual condenação anterior do ofensor pelo mesmo fato, ou imposição definitiva de multas administrativas pela mesma conduta. § 6º Respeitadas as exigências processuais e o devido processo legal, o juiz poderá reverter parte da sanção mencionada no § 3º em favor de fundos públicos destinados à proteção de interesses coletivos ou de estabelecimento idôneo de beneficência, no local em que o dano ocorreu”.

é diminuir a discrepância das indenizações em casos semelhantes. No entanto, os §§ 2º a 6º vão de encontro a esse mesmo objetivo e afrontam gravemente o ordenamento jurídico. Ao estabelecer, no § 3º, que “*o juiz poderá incluir uma sanção pecuniária de caráter pedagógico*” (“sanção punitiva”), o Anteprojeto caminha na contramão de todos os ordenamentos que adotam o sistema da *civil law*, referendando o retorno ao antiquíssimo viés punitivo na Responsabilidade Civil, em verdadeiro retrocesso.

Na forma como está redigido, a sanção punitiva afronta o princípio do *non bis in idem*, porque o § 4º prevê que o acréscimo “*será proporcional à gravidade da falta e poderá ser agravado até o quádruplo dos danos fixados com base nos critérios dos §§ 1º e 2º*”, mas tais “*danos fixados com base nos critérios dos §§ 1º e 2º*” já consideram “*o grau de ofensa ao bem jurídico*”, por vezes maior do que o dano sofrido pela vítima. Ou seja: aplica-se *pena* sobre *pena*, conferindo ao julgador a possibilidade de quadriplicar a sanção em autêntico *quattuor in idem*. E o Anteprojeto sequer regula o cotejo dessa sanção com as multas administrativas referidas no § 5º.

Além disso, no § 3º, o verbo “*incluir*” indica que a sanção punitiva será inserida no bojo da indenização, e não de forma apartada, o que fere o princípio da legalidade. O § 6º do art. 944-A, por sua vez, estabelece que “*o juiz poderá reverter parte da sanção*” para “*fundos públicos*”, mas deixa em aberto o quanto poderá ser revertido: qualquer percentual entre 0 e 100%. Isso pode resultar, na prática, em deixar a sanção punitiva quase integralmente com a vítima, o que é um convite à litigiosidade, além de acabar com o efeito louvável que a aplicação do método bifásico produziria; ou o oposto, retirando-se das mãos da vítima a quase integralidade da indenização. A disposição é, portanto, fonte inesgotável de insegurança jurídica.

A sanção punitiva também não se coaduna com o novo § 2º do art. 942, que só faz sentido em um sistema em que a Responsabilidade Civil não exerce função punitiva. Tome-se o exemplo de coautoria em que um dos agentes atua com dolo e o outro apenas com culpa leve. Perante a vítima, ambos serão solidariamente responsáveis, mas, nas suas relações internas, a distribuição do prejuízo ocorrerá com base no critério da causalidade. Assim, a “*pena*” poderá ser facilmente transferida para o agente que atuou com

culpa leve se a sua conduta tiver sido mais eficaz para a produção do dano, o que revela evidente incongruência sistêmica.

Conclusão: a Responsabilidade Civil não só estaria exercendo uma função indevida (punitiva), contra a legalidade e com método ineficaz (sem distinguir reparação de punição), como ainda por cima estaria punindo a pessoa errada, com o resultado prático oposto ao que o método bifásico visa alcançar.

4.4. Art. 944-B^[26]: danos indiretos e perda da chance

O *caput* do artigo 944-B possibilita a concessão de indenização por danos indiretos como previsão geral e não mais adstrita à hipótese específica^[27]; um grande retrocesso no sistema da Responsabilidade Civil na medida em que (i) contraria consolidado entendimento jurisprudencial e doutrinário^[28], sem ter sido sequer fundamentada pela Comissão, resultando em insegurança jurídica e expansão da litigiosidade por aumentar as indenizações e o número de legitimados a pleiteá-las; (ii) gera clara inconsistência sistêmica; e (iii) aumenta os custos transacionais.

De fato, é clara a antinomia entre o texto proposto e o, felizmente, inalterado artigo 403, na medida em que “*no sistema brasileiro somente o dano direto que decorre do inadimplemento é indenizável*”^[29]. O acréscimo de custos será outro efeito indesejado em casos de seguros e garantias, por exemplo, por conta do aumento dos riscos para os contratantes.

26. “A indenização será concedida, se os danos forem certos, sejam eles diretos, indiretos, atuais ou futuros.

§ 1º A perda de uma chance, desde que séria e real, constitui dano reparável.

§ 2º A indenização relativa à perda de uma chance deve ser calculada levando-se em conta a fração dos interesses que essa chance proporcionaria, caso concretizada, de acordo com as probabilidades envolvidas.

§ 3º O dano patrimonial será provado de acordo com as regras processuais gerais.

§ 4º Em casos excepcionais, de pouca expressão econômica, pode o juiz calcular o dano patrimonial por estimativa, especialmente quando a produção da prova exata do dano se revele demasiadamente difícil ou onerosa, desde que não haja dúvida da efetiva ocorrência de danos emergentes ou de lucros cessantes, diante das máximas de experiência do julgador”.

27. É o caso previsto no art. 948, II, do Código atual sobre alimentos às pessoas a quem o morto as devia.

28. “Per giustificare la normale esclusione della responsabilità per i danni indiretti si usa insistere principalmente sulla considerazione dell'impossibilità per l'organizzazione giudiziaria, di affrontare la 'rottura della diga' e il conseguente dilagare delle liti. La preoccupazione è giustificata, ma a mio avviso occorre, ancor prima, osservare e sottolineare che la responsabilità civile non solo non può, ma non deve seguire le conseguenze indirette, perché ciò non è richiesto dalle sue funzioni ed anzi ne pregiudicherebbe in parte l'attuazione” (TRIMARCHI, Pietro. *La Responsabilità Civile: Atti illeciti, rischio, danno*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2021, p. 16).

29. NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: Direito privado contemporâneo*. Saraiva Educação, 2018, p. 652.

Por fim, a previsão da teoria da perda da chance nos parágrafos 1º e 2º é desnecessária à luz do entendimento jurisprudencial consolidado, tanto que tudo leva a crer que não será positivada sequer na França, país com longa tradição sobre o tema, além de que “*conta com uma imprecisão conceitual, pois sua redação produz confusão entre o dano final (perda da vantagem esperada) e a chance perdida*”^[30].

30. PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil por fato da coisa na alteração do Código Civil. *Conjur*, 24 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-24/responsabilidade-civil-por-fato-da-coisa-na-alteracao-do-codigo-civil/>. Último acesso em: 12.06.2024.

5.

Direito de Empresa

Fábio Floriano Melo Martins,
Gerson Luiz Carlos Branco e
Paulo Doron R. de Araujo

Ao justificar o impulso de reforma do Livro de Direito de Empresa do atual Código Civil, o relatório final que acompanhou o Anteprojeto resume suas intervenções a dois objetivos principais^[31]. Pretendeu-se aprimorar o direito societário, introduzir princípios próprios aos contratos entre empresas, desburocratizando o ambiente de negócios.

A despeito da intenção declarada e de avanços quanto a alguns temas, colhem-se nas propostas de reforma, tanto no próprio Livro de Direito de Empresa quanto em outros locais (como as inúmeras inserções ao Art. 421), dispositivos e regras que preocupam. Listam-se a seguir alguns merecedores de maior atenção, sem prejuízo da evolução da análise sobre o tema.

5.1. Problemas na definição de empresa e de empresário

Já na abertura do Livro de Direito de Empresa, propõe-se nova redação ao Art. 966. De acordo com a justificativa apresentada, “*Na redação ora sugerida para o art. 966, privilegiou-se a empresa como organização de fatores de produção, exercida de forma profissional e com vistas à produção e circulação de riquezas com escopo de lucro, independentemente de quem a exerce [empresário ou sociedade empresária]*”.

Entretanto, ao ler texto proposto^[32], não se encontra o que foi prometido. A definição de empresa escrita no Anteprojeto limita a atividade empresarial exclusivamente à circulação de riquezas, com escopo de lucro. Simplesmente não há menção à produção de riquezas.

Basta lembrar que é a partir da definição de empresário (atualmente)

31. “[i] assegurar segurança e previsibilidade para os agentes econômicos, seja ao trazer regras mais claras para o tratamento das sociedades, seja ao fincar princípios próprios, aplicáveis unicamente aos contratos entre empresas; e [ii] desburocratizar, fortalecer e facilitar o fluxo de relações econômicas e a fluidez dos negócios”.

32. “Art. 966. Considera-se empresa a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação de riquezas, com escopo de lucro, em prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano”.

ou de empresa (conforme se pretende com a reforma) que se atribui a determinado agente o status conferido pelas normas de Direito Empresarial. Da forma como se pretende reformar o artigo 966, sem menção à atividade produtiva, estar-se-á cristalizando uma visão ultrapassada do âmbito de aplicação deste ramo do Direito Privado, em incoerência, até mesmo, com outros dispositivos do próprio Anteprojeto, como o § 2º do art. 1.031, que dispõe sobre a necessidade de consideração dos ativos “gerados internamente” na avaliação da participação societária em hipótese de apuração de haveres.

Curiosa e contraditoriamente, o novo de conceito material de “empresa”, que passa a ser um conceito normativo e atributivo de efeitos jurídicos, tem potências de trazer efeitos não pensados e talvez não desejados, como por exemplo a interpretação conjunta dessa disposição com a Lei nº 11.101/2005, eventualmente ampliando a possibilidade de entidades que atendam materialmente os requisitos do Art. 966 poder pedir recuperação judicial e falência.

Essa mesma tendência é observada no § 2º, que estabelece como critério adicional para a “empresarialidade” o arquivamento dos atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis. Essa modificação é inovadora tendo em vista que mesmo atividades que não atendam ao disposto no Art. 966, *caput*, podem ser consideradas empresárias, desde que arquivem seus atos no “registro do comércio”, aos moldes do antigo *album mercatorum*.

5.2. Retrocessos em matéria societária

O paradoxo evidenciado no tópico anterior se intensifica quando se lê o texto proposto para o Art. 985^[33], pelo qual se pretende acabar com a dualidade de registros para as sociedades, ignorando por completo o sistema previsto na Lei nº 6.015/1973. A aquisição da personalidade de qualquer sociedade passa a se dar unicamente pela inscrição no “Registro Público de Empresas Mercantis”, o que, na prática, conjugando com as disposições do Art. 966, § 2º, representa unificar a disciplina do Direito Societário com o Direito Empresarial.

33. “Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no Registro Público de Empresas Mercantis e, na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”.

Ou seja, todas as sociedades com personalidade jurídica serão sociedades empresárias, mesmo as chamadas “sociedades civis”.

Com a alteração, somente teriam seus atos arquivados no Registro das Pessoas Jurídicas disciplinado na Lei nº 6.015/1973 as associações, fundações e outras entidades que não sejam “sociedades”.

A matéria é inovadora e expansiva da incidência da Lei 11.101/2005, pois toda e qualquer sociedade será empresária e todas as atividades exercidas por sociedades poderão ter acesso à Recuperação Judicial e à Falência. Embora parte da doutrina reclame por essa extensão, não parece que o debate subjacente e a exposição de motivos tenham dado destaque a esses efeitos.

Feitas essas observações é de se observar que, no final, o Art. 985 menciona os artigos 45 e 1.150 do Código Civil.

A esse propósito, observe-se que o art. 45 do Código Civil vigente não foi objeto de proposta de alteração, razão pela qual a aquisição de personalidade jurídica continua sendo disciplinada pela referência ao “respectivo registro”, que segundo o Art. 985 será o Registro Público de Empresas Mercantis. Ou seja, as sociedades que forem inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas dependerão de um segundo registro para adquirir personalidade.

O mais intrigante é que o Anteprojeto propõe nova redação ao Art. 1.150, alterando o seu conteúdo para simplesmente dizer a sociedade simples vincula-se ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas (registro que não lhe atribuiria personalidade jurídica - salvo interpretação extensiva), afastando a obrigatoriedade de atendimento das normas desse registro na hipótese de adoção de um tipo mercantil pela sociedade simples.

Uma análise conjunta dos dispositivos permite concluir que a “sociedade civil” será empresária, salvo se optar por arquivar seus atos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, hipótese em que não terá personalidade jurídica e não poderá adotar os tipos empresariais de organização.

Ainda quanto à disciplina da “sociedade civil”, vale notar que a proposta de redação para o Art. 983^[34] faz renascer este conceito, sem esclarecer de modo adequado o seu regime jurídico. A “sociedade civil” passaria a conviver com a sociedade simples, que se tornaria um “tipo-base”, uma “sociedade-tronco”, cujo papel normativo seria somente o de suprir lacunas normativas, seja de sociedades civis, seja de sociedades empresárias.

É certo que o renascimento da “sociedade civil” trará à tona o debate a respeito da natureza da sociedade de advogados, bem como o alcance das consequências da adoção das regras de um dos tipos societários empresariais, incluindo a forma de sociedade por ações.

Veja-se que o Art. 983 proposto permite que uma sociedade civil se organize sob os tipos regulados nos Arts. 1052 a 1089, sendo que os Arts. 1088 e 1089 tratam da sociedade por ações. Isso significaria dizer que aprovado o anteprojeto será possível uma sociedade civil ser organizada sob a forma de sociedade por ações, algo realmente paradoxal, pois teríamos uma sociedade civil empresária.

5.3. Limitação aos negócios de empresas estrangeiras no país

Se a intenção do anteprojeto era desburocratizar o ambiente dos negócios, o resultado foi diametralmente oposto na proposta do novo e expandido artigo 1.134. Nos termos do relatório da subcomissão de direito de empresa, “a autorização para as sociedades estrangeiras é apenas uma burocracia legal e, segundo representante do DREI, não há análise de mérito (...) e apenas aquelas que possuem atividade regulada devem obter autorização de funcionamento”. De fato, a proposta inicial era no sentido de simplificá-lo.

Ocorre que o referido dispositivo legal foi indevidamente ampliado por ocasião da redação proposta pela relatoria geral no final de fevereiro do corrente ano e, infelizmente, acabou prevalecendo como texto final da

34. “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.052 a 1.089 deste Código; a sociedade civil pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas da sociedade simples”.

comissão. Além de previsões legais desnecessárias^[35], houve a criação de dispositivo contrário ao desenvolvimento de novos negócios na medida em que exige que a empresa estrangeira tenha sede no Brasil^[36].

Em um cenário de globalização, a medida representa claro entrave à circulação de bens e serviços, sem qualquer eficiência prática na medida em que a indicação de uma sede (i) não traz qualquer garantia de desenvolvimento para o país, podendo ser um mero ato formal (ii) nem de cumprimento de ordens judiciais para, por exemplo, as empresas de tecnologia. Para este fim específico, em caso de não cumprimento de determinações legais, os provedores de conexão, os quais já atuam em ambiente regulado, poderão, por exemplo, impedir o acesso de usuários brasileiros a provedores de conexão sem prejuízo da adoção das demais medidas legais cabíveis.

Em síntese, a alteração que se pretende implementar não só não resolve a situação relativa a empresas de tecnologia como cria entraves para empresas que desenvolvam “qualquer atividade” econômica e que serão obrigadas a arcar com custos de uma sede no Brasil em caso de aprovação legislativa da proposta, o que deixa claro mais um retrocesso no anteprojeto. Ou seja, ao invés de evolução, a proposta traz manifesto retrocesso.

5.4. Os “novos” princípios dos Contratos Empresariais

Para além da definição de empresa e dos problemas em matéria societária, é preciso tocar também o tema dos contratos empresariais. O lugar escolhido para tratar deles não foi o melhor. Introduziu-se o § 1º ao também inédito art. 421-C, aparentemente buscando oferecer parâmetros de interpretação próprios, em ampliação, por meio de letras sequenciais, do art. 421, tradicionalmente reservado à função social do contrato. Contudo, o que se vê é uma sequência de normas que repetem

35. A título ilustrativo, o disposto no § 1º: “A autorização se dará nos limites fixados pela Constituição Federal, por este Código e por leis especiais.”

36. Art. 1.134, § 7º, do anteprojeto: Qualquer que seja a atividade desenvolvida pela empresa estrangeira esta terá sede em território nacional e representação por pessoa natural domiciliada no Brasil, não bastando sua atuação por meios de comunicação social analógica ou digital, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço.”

outras já previstas no Código atual (inúteis, portanto) ou criam confusão e insegurança jurídica^[37].

O inciso I parece pretender dar prevalência à regência de leis especiais para contratos empresariais cujos *“tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos”* e para *“contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades”*. O texto é desnecessário para os primeiros e incompreensível quanto aos últimos.

Quanto aos contratos típicos referidos, se eles têm lei de regência é por tais leis que se regem. Já para segunda hipótese, não é possível compreender seu âmbito de aplicação, pois o texto parece querer tratar de modalidade de contratação por adesão, mas usa expressão diversa (*“cláusulas gerais próprias de suas modalidades”*). Gera perplexidade, pois podem também estar se referindo a cláusulas gerais que contém elementos naturais de determinado tipo contratual. Em sendo a primeira hipótese, a norma não faz sentido, pois o art. 421-D já regula os contratos por adesão. Em sendo a segunda, mais uma vez a norma seria inútil, pois todo e qualquer contrato típico contém cláusulas (gerais ou não) cujo conteúdo são seus elementos naturais (i.e., reveladores de sua natureza), sejam eles regulados pelo Código Civil ou por leis especiais.

Os incisos II^[38] e III^[39] reafirmam o que já está previsto no atual art. 113 do Código, tanto no *caput* (a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração) quanto no inciso II introduzido recentemente pela Lei de Liberdade Econômica (usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio). As novas normas não são apenas inúteis, mas geradoras de insegurança jurídica, pois o inciso II introduz expressão nova e não consagrada (*“boa-fé empresarial”*) e o inciso III não distingue entre formação e execução dos contratos para fins de emprego de usos e costumes, abrindo caminho para ainda mais intervenção judicial.

37. Vale a pena conferir o interessante artigo de Marcelo TRINDADE, A reforma do Código Civil e os Contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). Boletim IDIP-IEC. Vol. XXII, Canela- São Paulo, Publicado em 12.06.2024. Disponível em <https://canalarbitragem.com.br/xxii-boletim-idipiec/a-reforma/>.

38. *“II - a boa-fé empresarial mede-se, também, pela expectativa comum que os agentes do setor econômico de atividade dos contratantes têm, quanto à natureza do negócio celebrado e quanto ao comportamento leal esperado de cada parte;”*

39. *“III - na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato, o juiz valer-se-á dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo comum adotado pelos empresários para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual;”*

O inciso IV^[40] declara a licitude de cláusulas de não concorrência pós-contratual. Cabe perguntar: e outras cláusulas limitadoras da concorrência, como as de exclusividade, de não aliciamento e de sigilo? Seriam todas ilícitas? Se não, por que somente a de não concorrência pós-contratual mereceu atenção do legislador?

O inciso V afirma “*a atipicidade natural dos contratos empresariais*”. Há aí duas impropriedades. Primeiro, uma contradição no texto. Contratos são atípicos, justamente, por lhes faltar elementos caracterizadores de determinada natureza (como compra e venda, locação *etc.*). Tecnicamente, portanto, não existe atipicidade natural. Segundo, a proposição privilegia contratos empresariais atípicos, sendo que existem inúmeros e relevantíssimos contratos empresariais típicos. Cria-se confusão onde hoje não existe problema, dada a tranquila disciplina dos contratos atípicos pelo Art. 425 do Código Civil.

Finalmente, o inciso VI prevê que “*o sigilo empresarial deve ser preservado*”. Não é possível compreender se a norma faz referência ao chamado “segredo do negócio”, introduzindo nova modalidade de bem tutelado ao lado de outros previstos na Lei de Propriedade Industrial; ou se pretende tratar de informações sensíveis, o que normalmente se faz por meio de acordos ou cláusulas de confidencialidade. De uma forma ou de outra, a mera enunciação da proteção, sem traçar qualquer contorno ou prever instrumentos de tutela, além de ser inútil, tende a gerar confusão pela atecnia da expressão adotada.

40. “IV - são lícitas em geral as cláusulas de não concorrência pós-contratual, desde que não violem a ordem econômica e sejam coerentemente limitadas no espaço e no tempo, por razoáveis e fundadas cláusulas contratuais;”

6.

Direito das Coisas

Kleber Luiz Zanchim,
Rubens Carmo Elias Filho,
Alexandre Junqueira Gomide,
Daniel Martins Boulos e
Marcelo Terra

Embora reconheçam-se avanços na proposta de revisão, o campo dos Direitos Reais é possivelmente aquele de menor necessidade de atualizações e reforma. Seja em razão da secularidade de seus principais institutos (posse, propriedade, condomínio etc.), seja porque ao longo dos pouco mais de vinte anos de vigência do atual Código Civil, sofreu alterações em 2004, 2007, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017, 2018, 2019, 2021, 2022 e 2023. Nesse sentido, o Livro de Direito das Coisas do Código Civil não pode ser considerado desatualizado, vez que vem sendo alterado pelo legislador, em média, a cada vinte meses, para inserir figuras novas como as disciplinas do direito de laje, da multipropriedade, dos fundos de investimento; ou para tornar mais contemporâneas disposições sobre condomínios edilícios, propriedade resolúvel e garantias reais como penhor e hipoteca.

O Anteprojeto traz propostas de alteração para praticamente todos os temas dos Direitos das Coisas tratados no Código. A intenção de alteração vai desde a definição legal da posse (art. 1.196) até mudanças relevantes nos recém introduzidos regimes de multipropriedade (arts. 1.358-C e seguintes), dos fundos de investimento (arts. 1.368 e seguintes) e do direito de laje (arts. 1.510-A e 1.510-F).

Em linha com a metodologia definida para essa primeira etapa dos trabalhos conduzidos pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, apresentaremos a seguir considerações a justificar a exclusão de algumas das propostas de alteração legislativa que nos pareceram inadequadas ou desnecessárias para o momento, sem prejuízo de outras que poderão ser abordadas em um segundo momento.

Assim, foram apreciadas questões envolvendo a posse (Kleber Zanchim), o condomínio edilício (Rubens Carmo Elias Filho), direitos reais de usufruto e uso e direito do promitente comprador (Alexandre Gomide) e garantias reais (Daniel Boulos).

6.1. Alterações no regime jurídico da posse

Na definição da posse, o artigo 1.196 do texto atual já cobre coisa corpórea e incorpórea precisamente por não fazer tal diferenciação no conceito legal de posse. Além disso, não abre margem para dúvida conceitual entre coisa e bens, o que acontece no parágrafo único do texto do Anteprojeto^[41]. Assim, a proposta de alteração deve ser excluída para não ensejar insegurança jurídica.

Ao tratar da aquisição da posse incluindo considerando possuidor também aquele que exerce poderes inerentes a “qualquer outro direito real” que não a propriedade, o artigo 1.204 do Anteprojeto^[42] abre a possibilidade de configurar como possuidor alguém que seja titular de direito real de garantia, por exemplo, o que pode trazer consequências negativas em diversas esferas como tributária, ambiental etc. A posse como manifestação de qualquer dos poderes inerentes à propriedade já cobre as hipóteses dos Direitos Reais em que efetivamente há *animus possidendi* como superfície, usufruto, direito real de uso etc. O texto proposto pelo Anteprojeto deve ser excluído, para não criar insegurança jurídica envolvendo outros ramos do Direito.

O § 3º do artigo 1.219 do Anteprojeto^[43] torna nula a renúncia antecipada a direito de indenização e retenção de benfeitorias necessárias pelo possuidor de boa-fé. Isso fere a livre iniciativa e mistura negócio jurídico (no qual há renúncia) com a proteção *ex lege* do possuidor em relação às benfeitorias. Essa proposta de texto deve ser excluída.

41. “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem, sobre coisa corpórea, o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Parágrafo único. A regra do caput se aplica aos bens imateriais no que couber, ressalvado o disposto em legislação especial”.

42. “Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade ou a qualquer outro direito real.”

43. “§ 3º A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias pelo possuidor de boa-fé é nula quando inserida em contrato de adesão”.

6.2. Alterações no regime jurídico do condomínio

Algumas das inserções de novos incisos e parágrafos propostas ao artigo 1.336 do Anteprojeto podem aumentar os conflitos condominiais. Destaca-se o inciso VI, que impõe ao condômino impedir a entrada de pessoas em sua unidade que tenham sido apenadas na forma do art. 1.337, ou seja, por reiterado descumprimento dos deveres condominiais ou que seja considerado condômino antissocial^[44]. Tal previsão conflita com a compreensão de que as sanções são aplicadas no âmbito das questões de interesse comum e não de interesse particular de cada condômino, violando o próprio direito de propriedade de cada condômino individualmente considerado quando lhe for imposto negar acesso à sua unidade de pessoas de seu convívio pessoal ou familiar, por exemplo.

Inapropriada, igualmente a inserção do inciso VIII ao artigo 1.336 do Anteprojeto, que impõe ao condômino noticiar o condomínio sobre ter alienado a unidade, sob pena de continuar a responder pelas despesas condominiais. Essa inserção contraria a própria natureza de obrigação *propter rem*, não existindo inclusive liame jurídico que justifique ao alienante responder por débitos condominiais vincendos após a venda formal da unidade autônoma.

Nesta linha de raciocínio, a alteração proposta para o *caput* do artigo 1.345^[45] no Anteprojeto não se coaduna com a relação jurídica de direito real existente. A remissão ao artigo 502 é incompatível, dado que este se refere a relação contratual entre vendedor e comprador que não afeta o condomínio.

A alteração proposta ao artigo 1.347 do Anteprojeto^[46] não fomenta o ingresso do chamado síndico externo ou terceirizado no âmbito dos

44. "Art. 1.336. São deveres do condômino:

(...)

VI - não permitir a entrada de pessoas em sua unidade, que tenham sido apenadas na forma do art. 1.337 deste Código e seus parágrafos";

45. "Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios, observado o disposto no art. 502 deste Código, em caso de alienação onerosa".

46. "Art. 1.347. A assembleia escolherá um síndico que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, cujo mandato poderá ser renovado".

condomínios. Melhor seria já contemplar a possibilidade de contratação de síndico externo, por meio de contrato particular de prestação de serviços, não sujeito a critérios assembleares de destituição, o que então aproximaria tal relação jurídica da prática atual.

6.3. Alterações na disciplina do usufruto e do uso e promessa de compra e venda

O Anteprojeto também pretende incluir o parágrafo único^[47] no artigo 1.393. Seria retomada a ideia do artigo 717 do Código Civil de 1916, que admitia que a transferência do usufruto fosse realizada exclusivamente ao “proprietário da coisa”. A ideia de o usufrutuário alienar o usufruto ao nu-proprietário, num primeiro olhar, parece interessante. Cite-se, por exemplo, a situação em que o pai doa determinado imóvel de grande valor aos filhos, mas reserva em seu favor o usufruto vitalício. Com o passar dos anos, o imóvel passa a necessitar de muitas manutenções. Além disso, é preferível que o idoso se mude para imóvel menor e mais seguro.

Assim, em tal hipótese, parece interessante celebrar a alienação do direito real de usufruto aos filhos, que agora passarão a utilizar plenamente o imóvel, inclusive facilitando a sua alienação a terceiros. Para o idoso, a alienação do usufruto pode permitir uma aposentadoria mais segura financeiramente.

Contudo, a alteração abre a possibilidade de negócios fraudulentos, com o objetivo de lesar o usufrutuário. Além disso, parece complexo ao notário avaliar qual valor seria necessário à sobrevivência do usufrutuário, podendo resultar em situações injustas. Assim, como forma de proteção ao usufrutuário, parece adequado não permitir a alienação do usufruto, ainda que o negócio jurídico fosse celebrado em favor do nu-proprietário. Sugere-se, portanto, a manutenção da redação atual.

47. “Parágrafo único. Admite-se a alienação do usufruto ao nu-proprietário da coisa, desde que a avença não prive o usufrutuário do necessário à sua sobrevivência”.

O artigo 1.414 do Anteprojeto propõe alteração redacional^[48], qual seja, a inclusão da palavra “pessoalmente”. Ocorre que a alteração parece desnecessária. O texto

atual é suficientemente claro, ou seja, o titular do direito de habitar pode ocupar o imóvel gratuitamente (viúvo, por exemplo) ou com a sua família. Ademais, a nova redação pode gerar confusão ao permitir inadequada interpretação de que a família do titular teria o direito de habitar o imóvel, embora o titular não resida no local. O texto atual deve, pois, ser mantido.

Também são desnecessárias a alteração do *caput* do artigo 1.417 e a inclusão de parágrafo único nesta norma^[49]. A alteração procedida no *caput* pode iniciar discussão sobre uma possível diferenciação entre a “promessa de compra e venda” e o “compromisso de compra e venda”. Trata-se de questão meramente doutrinária, sem justificativa para constar do Código Civil. A inclusão do parágrafo único também é inapropriada. Não é necessário alteração legislativa para determinar que o tratamento legal conferido no Código Civil à promessa de compra e venda não exclui o quanto previsto em leis especiais (ex. Lei nº 4.591/1.964 ou Lei nº 6.766/1979).

6.4. Alterações nas garantias reais

No artigo sobre pacto comissório, o § 3º do artigo 1.428 do Anteprojeto, quando comparado ao parágrafo único do texto atual, inovou ao condicionar a dação do bem em pagamento da dívida ao não “prejuízo dos demais credores”. A dação em pagamento é negócio jurídico celebrado entre devedor e credor ao qual o bem já fora destinado. O Anteprojeto pode criar ônus da prova para as partes sobre direitos de terceiros comprometendo a segurança jurídica, o que justifica sua exclusão.

48. “Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la, pessoalmente ou com sua família”.

49. “Art. 1.417. Mediante promessa ou compromisso de compra e venda, em que se não pactuou arrendamento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o compromissário ou promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Parágrafo único. O tratamento do compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel, constante neste Código, não exclui o previsto em leis especiais”.

Sobre a extensão das garantias reais aos frutos da coisa dada em garantia, o artigo 1431-A do Anteprojeto limita a regra aos contratos “paritários e simétricos”^[50]. A proposta parece afastar a norma para os contratos não paritários e nem simétricos, o que não tem justificativa técnica. Todos os negócios jurídicos que sirvam de título para constituição da garantia pignoratícia devem seguir as regras – seculares – dessa garantia. Trata-se de imperativo da segurança jurídica a justificar a exclusão deste artigo do Anteprojeto.

Tratando do penhor, o § 2º do artigo 1.432 pretende estender as regras de publicidade dessa garantia a outras figuras como penhora, cessão de crédito e contrato de arrendamento mercantil. A penhora é matéria de Direito Processual, tratada no Código de Processo Civil e na Lei de Registros Públicos. O Código Civil certamente não é o *locus* adequado. A cessão de crédito tem disciplina no próprio Código (arts. 290 e ss.) já consolidada, estável e exauriente. Sabe-se que o negócio jurídico da cessão de crédito é válido entre as partes (cedente e cessionário) desde logo, que a eficácia perante terceiros se dá com o registro do título no Cartório de Títulos e Documentos (art. 288 e art. 221 do Código Civil e art. 129, 9º da Lei de Registros Públicos) e, ainda, que o devedor cedido só se submete à eficácia da cessão quando a ele notificado (art. 290). Desnecessário alterar essa sistemática, devendo esse artigo do Anteprojeto ser excluído.

Finalmente, ao discorrer sobre obrigações do credor pignoratício, o § 1º do artigo 1.435 do Anteprojeto^[51] traz norma crítica que enfraquece a garantia e traz insegurança jurídica. Trata-se de hipótese aberta na qual o devedor pignoratício pode requerer a “*restituição dos bens*” dados em garantia, extinguindo esta, já que a posse direta do credor pignoratício é essencial para a existência da garantia. O artigo 1.435 traz lista de obrigações do credor pignoratício cujo descumprimento já pode justificar a adoção de medidas extrajudiciais e judiciais pelo devedor. Não é prudente, neste sentido, criar hipótese de extinção da garantia, tornando-a mais frágil ao deixar o credor permanentemente sob ameaça de, segundo uma norma de conteúdo aberto, ser obrigado a restituir o bem.

50. “Art. 1.431-A. Salvo convenção em contrário, em contratos paritários e simétricos, a garantia estende-se automaticamente aos frutos dos bens onerados, civis ou naturais, com o mesmo grau de prioridade”.

51. “§ 1º O garantidor pignoratício terá direito à restituição dos bens empenhados quando o credor descumprir as suas obrigações legais e aquelas decorrentes do instrumento, em relação à guarda, à defesa ou à conservação dos bens, ou quando houver fundado perigo que se percam ou deteriorem”.

7.

Direito de Família

Débora Gozzo

Quando da entrega do texto do Anteprojeto ao Senado Federal, apresentou-se o Direito de Família como o Livro do Código Civil que mais demandaria alterações e atualizações. E, de fato, são inúmeras as sugestões de mudança que se extraem da proposta de alteração legislativa. Em sua maioria, contudo, grassam problemas de redação e de alteração do texto em vigor para uma piora em sua redação e inconsistências, pelo menos. Urge tentar impedir que a atual proposta de mudança do Código Civil siga avante.

Para fins da metodologia acordada para essa primeira fase dos trabalhos coordenados pelo IASP, seguem comentários sobre quatro artigos: 1.609 (reconhecimento de filho); 1.657 (registro de pacto antenupcial); e 1.564-A (união estável). Estes dispositivos foram escolhidos em razão de serem possíveis geradores de sérios problemas para a vida em sociedade. A isto deve-se acrescentar que, o presente texto é meramente exemplificativo. Dado haver vários outros pontos de preocupação que serão enfrentados na segunda fase de análise, ainda por ocorrer.

7.1. Novas disposições sobre reconhecimento voluntário de filiação

Um dos artigos que merecem exame no Livro de Direito de Família, é o 1.609 do Anteprojeto^[52], que cuida do reconhecimento voluntário da filiação natural ou civil. O negócio jurídico de reconhecimento continua sendo

52. "Art. 1.609. O reconhecimento voluntário da filiação natural ou civil é irrevogável e será feito:

I - diretamente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, ressalvado o disposto no § 2º do art. 9º deste Código;

II - por escritura pública ou documento particular, reconhecido por autenticidade, a ser arquivado no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais;

III - por testamento, legado ou codicilo, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o Juiz de Direito, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém;

V - por manifestação em veículos de comunicação, redes sociais ou outras espécies de mídia, inequivocamente documentada.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes".

irrevogável e será feito basicamente nos mesmos moldes do Código Civil em vigor. Todavia, no inciso III do texto *sub examen*, lê-se que o reconhecimento poderá ser feito por “*testamento, legado ou codicilo, ainda que incidentalmente manifestado*”. Questiona-se o que o legado, que pode ou não integrar um testamento, teria a ver com reconhecimento de filho? Esta pergunta é bastante pertinente, se se sabe o que se entende por legado. Este, nas palavras de Clovis Bevilaqua, “é a disposição testamentária, a título particular, destinada a conceder a alguém uma determinada vantagem econômica”^[53].

Como se percebe, reconhecer um filho por testamento e por codicilo sempre foi possível. Reconhecê-lo por legado, entretanto, revela atecnia incompatível com a qualidade esperada de norma sobre tema tão relevante. Inicialmente, porque reconhecimento de filho é ação de estado e legado é ato meramente patrimonial que busca “conceder a alguém determinada vantagem econômica”. Por certo que o ato de reconhecer um filho pode ter consequências patrimoniais para ele, que poderá, inclusive, ser beneficiado por um legado.

Mas que por meio de legado se possa reconhecer um filho, não parece fazer o menor sentido. Será a cláusula testamentária de reconhecimento de filho, inserida pelo testador, que fará sentido, como sempre fez, que poderá atribuir a essa pessoa o *status* de filho. Nada a ver com legado, portanto. Enfim, verdadeiro absurdo! Saliente-se que o inciso V do mesmo dispositivo, traz nova forma de reconhecimento voluntário, quando houver “*manifestação em veículos de comunicação, redes sociais ou outras espécies de mídia, inequivocamente documentada*”. Não se cuidará, neste momento, de uma análise desse direito projetado, mas já cabe chamar a atenção para o seguinte fato: ter-se-ia aqui, realmente, um reconhecimento voluntário de paternidade/maternidade, como ocorre nos outros incisos?

O Anteprojeto, ademais, cria um art. 1.609-A^[54], pelo qual busca-se integrar à lei civil, basicamente o art. 2º da Lei nº 8.560/1992, lei que disciplina

53. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. VI. 9. ed. Atualizado por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 112, n. 1.

54. “Art. 1.609-A. Promovido o registro de nascimento pela mãe e indicado o genitor do seu filho, o oficial do Registro Civil deve notificá-lo pessoalmente para que faça o registro da criança ou realize o exame de DNA”.

o reconhecimento voluntário de filhos extramatrimoniais. Cumpre salientar, *ab initio*, que esta lei, tão temida pelos homens, quando de sua entrada em vigor há pouco mais de trinta anos, mostrou-se importante instrumento para o reconhecimento de filhos, tanto extrajudicialmente quanto judicialmente, nos moldes em que está redigida. Isto, inclusive com as alterações sofridas ao longo do tempo, como por exemplo, integrando em seu texto, a Súmula 301 do STJ, no art. 2º.-A, § 1º: “A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Dispõe a Constituição que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Desse modo, o texto de 1992, com a introdução desse § 1º. do art. 2º-A, encontra-se em total conformidade com a Lei Maior. No entanto, se o Anteprojeto tiver seu curso no Congresso, o § 1º do já mencionado art. 1.609-A disciplinará o tema como segue: “*Em caso de negativa do indicado como genitor de reconhecer a paternidade, bem como de se submeter ao exame do DNA, o oficial deverá incluir o seu nome no registro, encaminhando a ele cópia da certidão*”. Pergunta-se: sem conjunto probatório? Arbitrariamente o registro será feito, e dele decorrerão todas as consequências de uma paternidade ou maternidade?

Para que o pai – ou suposto pai? E não poderia ser mãe? – busque a exclusão de seu nome do registro, deverá provar “*a ausência do vínculo genético ou socioafetivo*”. Não parece algo lógico. O ideal seria, como atualmente, que o registro só seja feito após a comprovação da paternidade/maternidade. A redação do Anteprojeto dará margem, salvo melhor juízo, à declaração de inconstitucionalidade da norma.

Houve a revogação, ainda, do art. 1.611, na tentativa, ao que parece de não discriminhar filhos. O texto atual dispõe: “O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”. Esta norma tem sua origem no Código Civil de 1916. E tem razão de ser. Ela está lá para proteger o filho nascido fora do casamento de ser maltratado pelo cônjuge traído. A prática forense revela que o cônjuge, que pode até perdoar a traição, não costuma aceitar a convivência com o filho, fruto daquele relacionamento extraconjugal. Para se pensar, se a norma deve ser revogada ou não.

Ainda no campo da filiação, importante salientar o Capítulo sobre a socioafetividade, em especial o que dispõe o § 1º. do art. 1.617-B⁵⁵. Se o filho é maior, por que a exigência da concordância dos pais naturais? É a mesma coisa que exigir, no caso de adoção de pessoa maior, a concordância do pai/mãe biológicos que está sendo retirado da certidão de nascimento daquele filho que busca outra parentalidade. É direito dele, independente da autorização de quem quer que seja. Basta que o parentesco socioafetivo, que é do mundo dos fatos, esteja consolidado, e que pai/mãe socioafetivos e filho queiram legitimar essa relação.

7.2. Alterações sobre pactos pré-nupciais e união estável

Há muito mais a ser explorado no campo dos direitos de filiação, mas há outros pontos que merecem ser destacados aqui. Um deles é o art. 1.957, que está sendo revogado pelo direito projetado. Veja-se o que disciplina o texto atual da Lei Civil de 2002, portanto: “As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

A revogação desse dispositivo levará à impossibilidade de um credor, por exemplo, fazer uma busca para saber qual o regime de bens pelo qual seu devedor – ou futuro devedor – é casado. Para isso ele deverá buscar a informação com o devedor ou futuro devedor. Não parece ser prático. A insegurança patrimonial e jurídica passará a ser grande, ainda mais pelo fato de o Anteprojeto estabelecer os mesmos critérios para os por ela designados “pactos convivenciais”, os quais poderão ser celebrados a qualquer tempo, sendo desnecessário o registro. Observa-se aqui, que na Alemanha, o “contrato de casamento” – *Ehevertrag*, pode ser feito a qualquer tempo, mas ele tem de ser registrado em livro especial.

Ao ter sido mencionado o contrato por pessoas que vivem em união estável, mister comentar que haverá duas espécies de união estável. A que terá direitos garantidos, inclusive de estado civil (conviventes), desde que a

55. “§ 1º. Para pessoas capazes e maiores de dezoito anos, havendo a concordância dos pais naturais, dos pais socioafetivos e dos filhos, o reconhecimento poderá ser feito extrajudicialmente, cabendo ao oficial do Registro Civil reconhecer a existência do vínculo de filiação e levá-lo a registro”.

escritura pública de união estável venha a ser registrada, e aquela que não dará direitos aos conviventes, se o registro não for efetuado. Leia-se, agora, o § 1º do art. 9º do Anteprojeto: *“Os efeitos patrimoniais da união estável não registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais não podem ser opostos a terceiros, a não ser que estes tenham conhecimento formal do fato, por declaração expressa de ambos os conviventes ou daquele com quem contratarem”*.

Parece que existirá, no Direito brasileiro, o que não é previsto pela Constituição (art. 226, § 3º), uma união estável de segunda classe. Lembra-se, aqui, que por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 9.278/1996, a Presidência da República vetou o artigo que dispunha sobre a necessidade de registro daquela união estável, sob o risco de se criar um “casamento de segunda classe”. Pelo texto projetado é isso o que acontecerá. E isso poderá trazer sérios problemas em termos patrimoniais para terceiros. A nova regulamentação da união estável, como um todo, aliás, não só no aspecto patrimonial, merece especial atenção.

8.

Direito das Sucessões

Mairan Gonçalves Maia Junior,
Karime Costalunga e
Silvia Felipe Marzagão

Por meio do presente documento, consolidado em relação ao Livro de Direito das Sucessões constante no Anteprojeto de Código Civil, são apresentadas as seguintes razões, com o objetivo de apontar as contradições e antinomias da norma; o quanto de litigiosidade a regra causaria, portanto; e a consequente insegurança jurídica decorrente de nova e contraditória redação. Ainda, e não menos importante, também vêm trazidas à luz disposições que traduzam retrocesso.

Assim sendo, e com o objetivo primordial de fornecer elementos para debate mais aprofundado do Anteprojeto em pauta, é apresentada esta proposta de conscientização aos membros da Casa do Poder Legislativo, fruto de análise principalmente sistemática. Isso tudo com o objetivo de viabilizar a compreensão do alcance e consequências de alterações na regra do calibre das que são aqui criticadas, o que, acaso não tenha êxito, leva ao ato contínuo da proposição de consideração para que sejam, portanto, suprimidos trechos e/ou artigos em sua totalidade, frente à dissonância relatada.

8.1. Inserção de temas estranhos à sucessão *mortis causa*

No que diz com as regras pertinentes ao Título da Sucessão em Geral, de iniciar o trabalho no art. 1.791-A, onde deve ser suprimida a palavra “apreciável” do *caput* do artigo, que, por ser conceito vago, pode acarretar questionamentos, além de criar duas classes de bens digitais: (i) os de valor econômico apreciável, os quais seriam transmissíveis; e (ii) os intransmissíveis, por não atenderem o requisito do “valor econômico apreciável”. De suprimir, portanto, os §§ 2º e 3º do citado artigo por não se relacionarem com o *caput* e por tratarem de questões que não dizem respeito à sucessão *mortis causa*.

No art. 1.793, impõe-se a supressão do § 3º por estar dissociado do *caput*, pois trata de outra forma negocial distinta da cessão de direitos hereditários, e sim de “promessa de alienação”; além de conflitar com o disposto no § 2º, o qual apresenta texto confuso e contraditório, a necessitar de correção.

De outra banda, a proposta de mudança do art. 1.801 revoga a proibição de ser o concubino favorecido pelo testador, devendo ser rejeitada e mantida, portanto, a proibição. A alteração do art. 1.812, por sua vez, é preocupante porque prevê a possibilidade de revogação da aceitação da herança, sem disciplinar seus efeitos ou tampouco esclarecer o destino dos bens do quinhão do herdeiro que revoga sua aceitação. A medida compromete a segurança do processo sucessório e constitui fator de empecilho ao seu rápido desenvolvimento.

O art. 1.814 amplia excessivamente as causas de exclusão por indignidade do herdeiro legítimo, pois prevê que qualquer crime doloso ou ato infracional, tentado ou consumado, contra o autor da herança, seu cônjuge ou convivente, ascendente ou descendente, pode ensejar a exclusão por indignidade. O direito de herança tem garantia constitucional e sua privação deve ser admitida em casos excepcionais, por esta razão doutrina e tribunais, majoritariamente, têm compreendido ser taxativo o rol do art. 1.814. Outrossim deve ser suprimido o termo “*infracional*” constante no § 1º de referido artigo.

Os §§ 1º a 3º do art. 1.815 tampouco merecem acolhimento, pois impõem obrigações e sanções aos herdeiros que não são pertinentes ao fenômeno sucessório. Vale dizer que preveem, na eventualidade de propositura da ação pelo Ministério Público, que os herdeiros sejam cientificados para concordar ou não, e acaso negativo, de tal postura decorrerá a penalização pelo não recebimento da quota do herdeiro excluído a que fariam jus, se houver sentença com provimento. A sanção não condiz com o procedimento e a finalidade do processo de sucessão *mortis causa*, ainda porque o fato que a motiva – ou seja, a discordância da conduta do Ministério Público é estranha ao fenômeno sucessório. Ademais, a norma não traz qualquer benefício ao processo de sucessão *mortis causa* – pelo contrário, acaba resultando em impedimento por parte dos herdeiros para que possam se posicionar com clareza no que diz com a lealdade frente à sucessão.

Também o § 2º do art. 1.816 veicula indevidas sanções aos herdeiros. Inicialmente observe-se não guardar relação com o *caput*, não atendendo, por isso, à melhor técnica legislativa: prevê que o herdeiro perderá o direito

à percepção de benefício previdenciário e ao recebimento de seguro de vida, os quais possuem causas jurídicas distintas e próprias e não guardam relação com o direito hereditário, pois não integram a herança. O Direito das Sucessões não é, por natureza, direito sancionador, e limita-se a impor sanções a condutas que se relacionem diretamente com o fenômeno da sucessão *mortis causa*, como nas hipóteses de indignidade, deserdação e sonegação. Extrapola a finalidade da norma de sucessão aplicar sanções às situações que não dizem respeito à sucessão *mortis causa*.

O art. 1.822 pode, também, exemplificativamente, ser apontado como proposta que gera insegurança à sucessão, pois altera o marco temporal para fins de arrecadação dos bens da herança vacante, que deixa de ser data da abertura da sucessão, data certa e de todos conhecida, para ser o “prazo de publicação do 1º Edital”, critério que não guarda qualquer relação com o fenômeno sucessório e que tampouco coloca os herdeiros em pé de igualdade no que diz com o acesso à informação a respeito das publicações pertinentes. A proposta insere mais um elemento de incerteza na sucessão, pois dificulta a aferição objetiva do prazo, como, por exemplo, se vier a ser alegada a nulidade ou irregularidade da publicação do primeiro edital ou se houver dúvida quanto à efetiva data de sua publicação. Ademais, é contraditória com a proposta que fixa o termo inicial para prescrição da petição de herança prevista no artigo 1.824, como sendo “a abertura da sucessão”.

8.2. Impropriedades e inconstitucionalidades quanto à sucessão legítima

No que diz com o Título da Sucessão Legítima, a disciplina da sucessão do cônjuge, como prevista no art. 1.829, causa preocupação, pois pode comprometer a sobrevivência do cônjuge supérstite se não houver meaço ou não tiver o cônjuge sobrevivente bens próprios ou não for beneficiado por disposição testamentária. Merece melhor estudo a solução para tão sensível questão. O direito real de habitação previsto no art. 1.831 é excessivamente ampliado pelos arts. 1.831-A e 1.832, inciso III, para abranger outros integrantes do agrupamento familiar, fator que pode gerar conflitos com o cônjuge ou convivente sobrevivente titular de idêntico direito. Em referida questão, deve ser observada efetivamente a quem cabe a necessidade

de residir no imóvel, se é justificada por vulnerabilidade ou pela condição ostentada de herdeiro, razão pela qual os arts 1.831-A e 1.832, devem ser suprimidos.

A legítima é mantida, mas é inserido o parágrafo único ao art. 1.846, o qual facilita ao testador, se quiser, *“destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes”*. A subjetividade dos conceitos vagos utilizados (*“considerados vulneráveis ou hipossuficientes”*), como fundamento para o *discrimen* entre descendentes, em geral filhos, compromete sua compatibilidade com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que nas palavras de Celina Bodin de Moraes, assegura a absoluta isonomia entre filhos.

O sistema já propicia solução para o problema, basta o titular desejar fazê-lo, pela parte disponível, sendo inútil, além de inconstitucional, o acréscimo proposto. Ainda, e não menos importante, a solução do usufruto proposta no art. 1.850, § 1º, não é a mais adequada por ser potencialmente fonte causadora de conflitos com os herdeiros. O dispositivo não atribui ao usufruto natureza de legado *ex lege*, como deveria ser, pois prevê que *“será instituído pelo juiz”*, fazendo-o depender de decisão judicial. Devem, portanto, serem suprimidos referidos parágrafos.

8.3. Insegurança jurídica quanto às propostas sobre sucessão testamentária

No que diz com o Título da Sucessão Testamentária, inicialmente de apontar a ausência de uniformidade na designação dos meios de testamento, fator indesejado em norma do porte do Código Civil. A respeito disso, mencione-se não fazer parte da tradição do Direito Brasileiro o testamento pupilar, sendo desnecessária a previsão do art. 1.857, § 3º, que o institui, pois as regras da sucessão legítima são suficientes. Ainda: a proposta de criação de testamento pupilar, se mantida, extrapolaria e contrariaria o *droit de saisine* – ainda que ficção jurídica seja – mas que dá conta da transferência automática do patrimônio para os herdeiros do morto, passando eles a exercer a propriedade sobre o bem, ainda que não de ato contínuo a titularidade.

Por outro lado, causa insegurança a previsão do testamento conjuntivo no art. 1.863, parágrafo único, pois seus efeitos não são objeto de tratamento legislativo. Exemplifiqu-se com a situação em que uma das partes revoga seu ato, devendo ser esclarecida, portanto, a consequênciia para a disposição do parceiro. Há eloquente omissão no tratamento da matéria.

No âmbito dos atos de disposição de vontade, é pretendido que se consiga modernizar os meios utilizados para testar, permitindo-se não somente o testamento digital, mas também o testamento por áudio e vídeo. Lamenta-se, contudo que, ressalvadas as espécies de testamento público e cerrado, não tenham sido previstos mecanismos de segurança próprios aos meios tecnológicos permitidos, pois nem mesmo o certificado digital é exigido no testamento particular, o que compromete a segurança das disposições testamentárias. Não se pode ignorar a possibilidade de uso indevido de instrumentos de IA, aspecto a ser ponderado pelo legislador.

Enquanto não previstos mecanismos de segurança para a elaboração do testamento particular por áudio e vídeo, estes meios de testar não devem ser admitidos por sua excessiva vulnerabilidade. Note-se que a proposta do art. 1.867 prevê, inclusive, a possibilidade de sua utilização pelo deficiente visual. O art. 1.869, parágrafo único, por sua vez, estabelece de modo não usual sejam inseridos outros “dispositivos eletrônicos” no invólucro em que colocado o testamento cerrado, sem que tenham sido observadas quaisquer formalidades para o procedimento, o que macula sua segurança.

8.4. Novas disciplinas para o fideicomisso e para a colação de bens

Ainda, em virtude das alterações propostas ao fideicomisso, praticamente descaracterizando-o como espécie de substituição testamentária, duas observações devem ser feitas. A primeira: a ênfase das mudanças reside no patrimônio e sua exploração econômica, e não nos sujeitos da sucessão e na garantia de seus direitos. E a segunda: a possibilidade de a estrutura desenhada dar margem a lesar direitos de herdeiros legítimos.

Essa importante e adequada advertência surge da ausência de regulação dos efeitos do fideicomisso quando fiduciário e fideicomissário sejam pessoas jurídicas, em particular, a falta de previsão legal de direitos, deveres e responsabilidades, eis que referidas pessoas possuem regime jurídico distinto das pessoas físicas; e do art. 1.952-A, artigo sem correspondente no atual Código, o qual estipula que *“podem ser objeto do fideicomisso quaisquer bens e direitos, inclusive os digitais”*. A disposição do art. 1.952-A pode induzir a interpretações que enfraqueçam a posição de não poderem ser objeto de fideicomisso os bens da legítima, mesmo considerando o disposto no art. 1.846, *caput*, mantido inalterado.

Acresça-se ser lacunosa a proposta de instituição de fideicomisso por ato intervivos, inserida no art. 426-A, nas disposições contratuais gerais, pois nada dispõe em relação ao seu objeto, efeitos, forma, duração, direitos e deveres de fiduciário e fideicomissário etc., limitando-se a estipular que normas cogentes e de ordem pública devem ser observadas, o que se torna desnecessário frente à magnitude da norma.

Por fim, no que diz com o Título do Inventário e Partilha, de alertar que o art. 2.004 pretende restabelecer ser o valor do bem a colacionar aquele tido como certo ou estimativo, considerando a atribuição realizada no ato de liberalidade, corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão. Referida proposta se torna também desnecessária, tendo em vista que o critério previsto no Código de Processo Civil se apresenta mais justo para com todos os herdeiros, sendo respeitada a avaliação, ao contrário, quando da abertura da sucessão.

8.5. Necessidade de exclusão de grande parte dos artigos propostos

Assim sendo, ao finalizar a proposta de alteração do Livro de Direito das Sucessões, não se deve olvidar da deflagração do conflito que emerge entre o exercício sem freios da autonomia privada e da desjudicialização das soluções no máximo possível no que diz com a transmissão patrimonial por força de morte, mas que, no seu âmago,

esbarram na função social e assistencial que é atribuída à família quando de sua constituição. Há que se pensar nas soluções, promovendo a exclusão nos termos indicados!

Torna-se iminente, portanto, suprimir os seguintes artigos por serem DESNECESSÁRIAS OU INÚTEIS AS MUDANÇAS PROPOSTAS, as quais não melhoram a sucessão *mortis causa*. Pela exclusão das propostas de alteração dos arts. 1.791-A, termos do *caput* e §§ 2º e 3º; 1.793, § 3º; 1.795; 1.796; 1.797, parágrafo único; 1.801; 1.803; 1.805; 1.808; 1.812; 1.813; 1.814, § 3º; 1.815, §§ 1º ao 3º; 1.816, § 2º; 1.822, termos do *caput*; 1.817; 1.818; 1.831-A; 1.832; 1.846, parágrafo único; 1.835; 1.841; 1.842; 1.843; 1.850; 1.857, §§ 3º e 4º; 1.859; 1.860; 1.863, parágrafo único; 1.864-A; 1.865; 1.866; 1.867; 1.869, parágrafo único; 1.870; 1.872; 1.873; 1.876; 1.878; 1.879; 1.880; 1.881; 1.912, parágrafo único; 1.918-A; 1.939; 1.946; 1.951 a 1.958; 1.973; 1.974; 1.977; 1.987; 1.990-A; 2.004; 2.010; 2.016; 2.019; 2.019-A; e 2.027.

9.

Direito Digital

Paulo Doron R. de Araujo,
Alexandre Pacheco da Silva,
Marina Feferbaum e
Guilherme Forma Klafke

Ao lado do Direito de Família, a principal justificativa apresentada para a iniciativa de reforma do Código Civil que resultou na apresentação do Anteprojeto ao Senado em abril de 2024 foi a necessidade de tratamento legal e atualização normativa de temas relacionados aos recentes avanços tecnológicos, em especial o tratamento das pessoas, do patrimônio, das relações familiares e dos negócios em ambiente digital, com destaque para os contratos e para as empresas que prestam serviços pela internet.

Há que se considerar, entretanto, que o ambiente digital e as relações interpessoais e empresariais pela Internet já contam, hoje, com regulação legal específica em diversos aspectos, como as normas sobre assinatura eletrônica (Medida Provisória nº 2.200-2/2011) e carteira de identidade digital (Lei nº 14.534/2023), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), dentre outros.

A despeito do tratamento legal existente, reconhece-se que, em aspectos pontuais, por ocasião de um esforço sistemático de reforma, seria conveniente a inserção de uma ou outra norma na lei civil para atualizá-la quanto a temas como tutela de direitos da personalidade, patrimônio e herança em ambiente digital, poderes e deveres dos pais em relação ao conteúdo e aos dados de seus filhos na Internet e, eventualmente, sobre alguns poucos aspectos relativos à manifestação de vontade para fins negociais.

Ao se ler o anteprojeto, porém, percebe-se que houve a opção pela criação de um Livro inteiramente novo, a cuidar exclusivamente do que se chamou de “Direito Civil Digital” para além da inserção de normas sobre os aspectos mencionados em diversos Livros e Capítulos já existentes no Código atual (como por exemplo: o reconhecimento do valor probatório de declarações constantes de documentos digitais, nos arts. 212 e 219; a atualização da disciplina contratação entre ausentes, mesmo que por meio digital, no art. 428, § 1º; o tratamento do contrato de jogo e apostas

em meio digital, no art. 817-A; a ampliação do poder familiar para o ambiente digital, no art. 1634, XI; e a disciplina da herança digital, nos art. 1791-A a 1791-C).

O novo Livro contradiz ou sobrepõe normas do próprio anteprojeto e do arcabouço legislativo vigente, dando origem a dificuldades sistêmicas, algumas das quais são destacadas a seguir.

9.1. Redundâncias, antinomias e normas inúteis

Esse é, certamente, o mais evidente e o primeiro problema da disciplina das matérias afetas ao ambiente digital no Anteprojeto: sobram redundâncias, antinomias e regras inúteis. Os conflitos de redação se impõem ante outras normas do próprio Anteprojeto ou com leis específicas sobre proteção de dados e regulação da Internet.

Tome-se, por exemplo, a tentativa de regulamentar a inteligência artificial. Deixando de lado questionamentos de mérito sobre a efetividade de se regular tecnologia em desenvolvimento e ainda não totalmente compreendida pela própria ciência da computação, nota-se que há enunciado normativo sobre o assunto no título dedicado aos contratos em espécie (Art. 609-F^[56]), assim como um capítulo inteiro, no novo livro de Direito Civil Digital, de onde se extraem três artigos não numerados, cujos textos abundam expressões genéricas como *“auditabilidade, explicabilidade, rastreabilidade, supervisão humana e governança”* ou ainda *“a acessibilidade, a usabilidade e a confiabilidade”*, que aparecem esparsas no Anteprojeto, mas são objeto de inúmeros dispositivos de detalhamento no projeto de lei para IA no Brasil (PL nº 2.338/2023).

Situação semelhante ocorre com a disciplina dos chamados herança e patrimônio digitais. Os artigos 1791-A a 1791-C, inseridos no Livro de Direito das Sucessões, tratam do tema, embora queiram regular muito mais do que aspectos do ambiente digital diretamente relacionados à sucessão

56. *“Art. 609-F. A utilização de inteligência artificial na prestação do serviço digital deve ser identificada de forma clara e seguir os padrões éticos necessários, segundo os princípios da boa-fé e da função social do contrato”.*

mortis causa. De igual modo, no Livro de Direito Digital, em capítulo específico sobre o patrimônio digital, leem-se proposições normativas de redação bastante semelhante àquelas do Livro de Sucessões, embora tratem determinados temas de forma diversa. A possibilidade de herdeiros obterem senhas para acesso a contas eletrônicas pessoais do autor da herança, por exemplo, é regulada de uma forma no Livro de Sucessões e de outra no Livro dedicado ao Direito Digital.

Há também os dispositivos sobre identidade digital. O 16º artigo do Livro, além de conter disposição aparentemente inócuia (que indica que identidade digital não se confunde com assinatura digital) trata o termo “*identidade digital*” de maneira atécnica. Os dispositivos se referem à identidade digital como “*meio oficial de identificação dos cidadãos em ambientes digitais*”, claramente usando o termo em seu sentido comum.

O dispositivo não leva em consideração o arcabouço já existente que dispõe sobre o Governo Digital e o Sistema Nacional de Identificação. A Lei nº 7.116/1983 dispõe sobre as Carteiras de Identidade. Em 2022, o Decreto nº 10.977/22, regulamentando a lei, previu maneiras de validação eletrônica da carteira de identidade e a “carteira de identidade em formato digital” (Anexo III). A Lei nº 13.444/2017, por sua vez, dispõe sobre a Identificação Civil Nacional (ICN), prevendo um “Documento Nacional de Identidade (DNI)” que faz prova de todos os dados e que usa o CPF como número único de identificação dos cidadãos no Brasil, inclusive incorporado nos RGs. A Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital) já prevê que o CPF e o CNPJ são suficientes para identificar a pessoa nos bancos de dados de serviços públicos, enumerando os documentos que devem contê-lo, dentre eles o “Documento Nacional de Identificação (DNI)” e as “Carteiras de Identidade”. Por fim, o Decreto nº 8.936/2016, que institui a Plataforma Gov.br, define que “usuário” é a pessoa física ou jurídica que demanda um serviço público, remetendo-se, portanto, aos meios que já comprovam a personalidade de uma pessoa.

Em suma, um meio de comprovação da identidade em formato digital já existe, já está regulado e é até mais simples, porque usa apenas o número de inscrição do cidadão no CPF, conforme previsto no art. 11 da Lei 13.444/2017. A criação de uma nova identidade digital não seria apenas mais um exemplo

de burocracia, como iria na contramão da tentativa de uniformização das maneiras de identificação dos cidadãos brasileiros, inclusive nos serviços públicos digitais, conflitando também com a Lei de Defesa dos Direitos dos Usuários do Serviço Público e a Lei de Liberdade Econômica.

Vale mencionar, por fim, a existência de um número considerável de regras cuja aplicação é duvidosa ou mesmo impossível, como o quarto artigo não numerado do Livro de Direito Digital, que parece apenas e tão somente pretender impor *“aos intérpretes dos fatos que ocorram no ambiente digital atenção constante para as novas dimensões jurídicas deste avanço”*.

9.2. Risco de remoção de conteúdos jornalísticos e de interesse público da internet

Ocorre que os pontos de preocupação quanto ao Direito Digital no anteprojeto não se limitam, infelizmente, a questões formais de redação ou a tecnicidades jurídicas. Existem também normas que, se aprovadas como estão, têm potencial de gerar retrocessos importantes para a sociedade brasileira. Duas delas estão no 10º e no 11º artigo não numerado do Livro novo e tratam do direito de exclusão de dados pessoais.

O 10º artigo permite que uma pessoa possa requerer a exclusão permanente de dados pessoais expostos sem finalidade justificada, um aspecto do direito ao esquecimento. O inciso IV do § 1º prevê esse direito para dados pessoais tratados ilegalmente. O 11º artigo, por sua vez, permite a exclusão de dados ou informações diretamente no site de origem, quando representem lesão a direitos de personalidade. Os §§ 1º e 2º do dispositivo preveem que a informação publicizada de maneira ilícita deve levar a uma ordem judicial imediata de remoção, com inversão de ônus da prova^[57].

Tais dispositivos oferecem risco ao exercício da liberdade de imprensa no Brasil. Apenas para mencionar, grandes investigações de interesse público nos últimos anos poderiam ser enquadradas nas hipóteses de dados

57. São considerados *“obtidos ilicitamente, entre outros, os dados e as informações que tiverem sido extraídos de processos judiciais que correm em segredo de justiça, os obtidos por meio de hackeamento ilícito, os que tenham sido fornecidos por comunicação pessoal, ou a respeito dos quais o divulgador tinha dever legal de mantê-los em sigilo”*.

e informações obtidos ilicitamente: as reportagens feitas pelo Intercept Brasil com base em comunicações pessoais de membros da Operação Lava Jato (chamada de “Vaza Jato”); as reportagens sobre offshores produzidas pelo Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação a partir de milhões de documentos confidenciais de escritório de advocacia panamense enviados por uma fonte anônima (chamada de “Panama Papers”); ou a reportagem que começou a desvendar o escândalo dos Correios, em maio de 2005, que posteriormente viria a culminar no escândalo do Mensalão, e se baseou na gravação sem consentimento de uma conversa entre empresário e funcionário público.

Não se questiona a ilicitude do ato da fonte que viola o sigilo e fornece informações, nem de quem invade dispositivo informático alheio ou divulga comunicação pessoal. O problema é que os artigos mencionados permitem que essas informações sejam removidas diretamente do site que as divulga, o que abrange sites de notícias, jornais, rádios, televisão, dentre outros, bastando para isso a origem ilícita das informações.

Os dispositivos não oferecem segurança de que a liberdade jornalística será respeitada, inclusive porque são contraditórios. O 10º artigo suspende o exercício do direito de exclusão enquanto a divulgação dos dados for relevante ao exercício da liberdade de expressão (sem mencionar a imprensa), mas é diferente do 11º artigo. Neste, não há exceção. O § 1º do 11º artigo ainda é contraditório, porque indica que *“se houver prova”* de que a informação foi obtida ilicitamente, haverá ordem judicial de remoção imediata do conteúdo e inversão do ônus da prova: como possibilitar inversão do ônus da prova em processo que já teve fato provado?

9.3. Risco de responsabilização objetiva de meros usuários da Internet

O Anteprojeto explicitamente revoga o art. 19 do Marco Civil da Internet (art. 20, IX, do Anteprojeto) e cria um regime de responsabilidade objetiva para plataformas e usuários. Há contradição clara entre a redação proposta para o art. 932, que responsabiliza objetivamente pessoas por atividades ilícitas e irregulares no ambiente virtual, e o 14º artigo do livro

de Direito Civil Digital, que não faz a qualificação e responsabiliza por quaisquer *“atos ou atividades”* que causarem danos a outras pessoas.

Apenas para ilustrar, de acordo com mencionado artigo, usuário que compartilhe conteúdo no ambiente virtual e venha causar dano a outras pessoas responderá independentemente de culpa. Se esse conteúdo for desinformativo, por exemplo, não importa se a pessoa ignorava o erro da informação ou foi induzida a erro por descontextualização da mensagem. Não importa se o conteúdo compartilhado é humorístico (como um meme) ou uma opinião pessoal (em um contexto de comunicação pessoal). A rigor, seria possível imaginar até mesmo responsabilidade objetiva de administradores de grupos ou de canais de mensagem por conteúdo enviado por terceiros.

Em conjunto com a total revogação do art. 19 do Marco Civil da Internet, isso significa uma profunda alteração do regime de responsabilidade na Internet, criando ambiente onde todos podem ser responsabilizados a qualquer momento por qualquer opinião que cause algum tipo de dano, ainda que moral, a qualquer outra pessoa na rede, mesmo que sem intenção ou negligência.

9.4. Desnecessidade do Livro de Direito Digital

Diante do que foi exposto brevemente nestas páginas e principalmente pela atecnia, pelo grande número de sobreposições e antinomias e pela intenção de disciplinar, por meio de direitos abstratos e sem detalhamento regulatório, temas ainda muito longe de estarem maduros, como inteligência artificial e outros, conclui-se ser o caso de excluir todo o livro de Direito Digital do anteprojeto.



IASP



EDITORIA
IASP



O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) nomeou uma Comissão para examinar a reforma do Código Civil, apresentado ao Senado Federal em abril de 2024 pela Comissão de Juristas.

A comunidade jurídica tem questionado a necessidade, método, velocidade e extensão das intervenções na reforma desde o anúncio surpresa no segundo semestre do ano passado.



EDITORIA
IASP