REVISTA JURÍDICA PROFISSIONAL

Volume especial

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil em debate | 2024

ISSN 2764-8664

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Volume especial: o Anteprojeto de Reforma do Código Civil em debate, 2024

FGV DIREITO SP
Oscar Vilhena Vieira – Diretor
Adriana Ancona de Faria – Vice-Diretora

EXPEDIENTE
Mario Engler Pinto Junior – Editor-Chefe
Priscila Coelho – Editora-Adjunta
Osny da Silva Filho – Editor Convidado

CONSELHO EDITORIAL
Osny da Silva Filho
André Janjácomo Rosilho
Mario Engler Pinto Junior
Emanoel Lima da Silva Filho

REDAÇÃO
Ultravioleta Artes Gráficas – Projeto gráfico
Negrito Produção Editorial – Diagramação
Bárbara Piloto Sincerre – Revisão de texto
Lyvia Juara Dias Felix da Silva – Edição

Revista Jurídica Profissional. Volume especial "O anteprojeto de reforma do Código Civil em debate" [recurso eletrônico] / Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo : Fundação Getulio Vargas, 2024.

Semestral.
Editor chefe: Mario Engler Pinto Junior; editora-adjunta: Priscila Coelho; editor convidado: Osny da Silva Filho.
Início: 2022.
ISSN 2764-8664

1. Direito - Periódicos. 2. Direito – Estudo de casos. I. Pinto Junior, Mario Engler, 1956-. II. Coelho, Priscila. III. Silva Filho, Osny da. IV. Fundação Getulio Vargas. V. Escola de Direito de São Paulo.

CDU 34
CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

R. Dr. Plínio Barreto, n. 365, Bela Vista
CEP: 01313-020, São Paulo/SP

005 **Apresentação do Editor**
Osny da Silva Filho

ARTIGOS

007 **Algumas conexões entre o Anteprojeto de Reforma do Código Civil e o direito processual**
Adriano Camargo Gomes

022 **Juros legais de mora no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Alberto L. Barbosa Jr., Bruno Meyerhof Salama

035 **O instrumento público notarial na proposta de reforma dos artigos 108 e 215 do Código Civil: avanços e retrocessos**
Alexandre Gonçalves Kassama

047 **Teoria da aparência na reforma do Código Civil: a proposta de introdução do artigo 116, parágrafo único, e a imputabilidade da aparência de representação**
André Nunes Conti

057 **Usucapião: artigos 1.238 a 1.244**
Bianca Tavolari

072 **A apuração de haveres no anteprojeto de reforma do Código Civil: avanços e desafios**
Carolina Alves Mendes, Viviane Muller Prado

088 **Corresponsabilidade do lesado no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Daniel Dias

101 **Regras de interpretação dos contratos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: artigos 42I-C, 421-D e 421-E**
Dante O. Frazon Carbonar

113 **Artigo 1.368-E do Anteprojeto de Reforma do Código Civil: responsabilidade no âmbito dos fundos de investimentos**
Fernanda Mynarski Martins-Costa

123 **Interpretação contratual no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: o artigo 110 e a "reserva mental"**
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

139 **A função "moralizante" da responsabilidade civil no anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002: críticas à previsão do instituto da "sanção pecuniária de caráter pedagógico"**
Guilherme Henrique Lima Reinig

153 **O capítulo sobre contrato de seguro no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Inaê Siqueira de Oliveira, Luca Giannotti

166 **Anteprojeto de Reforma do Código Civil: da exceção de contrato não cumprido, da exceção de inseguridade e da quebra antecipada do contrato**
João Pedro de Oliveira de Biazi

176 **Prescrição no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Julio Gonzaga Andrade Neves

185 **Análise da nova redação proposta ao artigo 91 do Código Civil no Anteprojeto de Revisão de 2024 e contribuição para seu aprimoramento**
Marcel Edvar Simões

193 **Paridade e simetria no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Osny da Silva Filho

206 **O Anteprojeto de Reforma do Código Civil e a restrição à cessão de espaço via plataformas digitais**
Pedro Ricardo e Serpa

218 **A *compensatio lucri cum damno* na reforma do Código Civil**
Sergio Lima Dias Junior

237 **A situação do cônjuge e do convivente na sucessão de acordo com o Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Vivianne Ferreira

245 **Direito à identidade pessoal no Anteprojeto de Reforma do Código Civil**
Wallace Corbo

Apresentação do Editor

AUTOR | AUTHOR

Osny da Silva Filho

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). ADVOGADO.

Este volume reúne 20 artigos dedicados a segmentos do Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2024 (ARCC). Escritos por representantes de uma nova geração de privatistas, esses textos desafiam não apenas a validação irrefletida de capitanias legislativas, mas também a prepotência da recusa em lidar com o novo.

O ARCC sinaliza avanços que merecem reconhecimento. Seu texto lança luz sobre a necessidade de retificar uma série de disposições do Código Civil vigente, muitas das quais já superadas pela jurisprudência e pela *communis opinio* doutrinária. Ao mesmo tempo, vários de seus enunciados — além de todo um livro — inovam para muito além do escopo minimalista de revisão e atualização originalmente comunicado pela Comissão de Juristas encarregada de sua preparação.

Anteprojetos legislativos são obras, mas também são atos. A elaboração do anteprojeto que deu origem ao Código Civil de 2002 coube a sete autores; a elaboração do antigo Código de 1916, a um. Sempre homens, sempre brancos, sempre poucos. O caráter tendencialmente inclusivo e democrático do ARCC é uma conquista que deve servir de exemplo. Porém, será essa conquista, que é uma conquista do anteprojeto-ato, suficiente para expiar os pecados do anteprojeto-obra?

O valor da crítica doutrinária não depende da resposta dada a essa importante questão. Seu papel é mais modesto e circunscrito, mas também mais palpável e subsistente. À doutrina compete esclarecer se inovações legislativas, hermenêuticas ou práticas dirigem-se ao enfrentamento de problemas reais; se essas inovações estão aptas a alcançar os fins que se propõem a perseguir; e se elas justificam-se por critérios primariamente jurídicos. A relevância dos textos aqui compilados é produto do desempenho dessas tarefas, seja qual for o destino do ARCC.[1]

Agradeço às autoras e aos autores que colaboraram com este volume especial da *Revista Jurídica Profissional*, que se consolida como fonte de reflexão jurídica orientada pela prática e para a prática.

1 Há também uma questão de fundo, que fica, nas próximas páginas, em segundo plano: faz sentido inventariar as deficiências do manual de instruções de um aparelho que não tem conserto? Uma das respostas negativas, articulada em referência ao projeto de lei que se transformaria no Código Civil de 2002, foi proposta por Antonio Junqueira de Azevedo em texto ainda muito citado (Azevedo, 2000). Esse entendimento, que o próprio Junqueira qualifica como "pós-moderno", pode ser traçado ao niilismo de Irti (1999) e ao novo constitucionalismo então emergente (relato histórico no importante livro de Ribeiro, 2019). A questão, em todo caso, não é nova, como mostram Caroni (1998), Birocchi (2002), Berg (2006), Halpérin (2012) e outros.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, n. 1, p. 3-12, 2000.

BERG, Peter A. J. van den. **The Politics of European Codification: A History of the Unification of Law in France, Prussia, The Austrian Monarchy**. Zutphen: Europa Law Publishing, 2006.

BIROCCHI, Italo. **Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna**. Torino: Giappichelli, 2002.

CARONI, Pio. **Saggi sulla storia della codificazione**. Milano: Giuffrè, 1998.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire du droit privé français depuis 1804**. 2. ed. Paris: PUF, 2012 (1996).

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999 (1979).

RIBEIRO, Gonçalo de Almedida. **The Decline of Private Law**: A Philosophical History of Liberal Legalism. Oxford: Hart, 2019.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Algumas conexões entre o Anteprojeto de Reforma do Código Civil e o direito processual

Some connections between the Draft of the Civil Code Reform and procedural law

AUTOR | AUTHOR

Adriano Camargo Gomes

PÓS-DOUTORANDO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR), DOUTOR EM DIREITO PROCESSUAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) E MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE OXFORD. ADVOGADO EM CURITIBA E EM SÃO PAULO. E-MAIL: ADRIANO@CAMARGOEGOMES.COM

RESUMO

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil introduz diversas modificações dignas de nota com relação a aspectos processuais, afetando particularmente temas como partes, provas e execução. Porém, essas mudanças também geram ambiguidades e desafios quanto a esses temas. Em última análise, embora alguns avanços sejam evidentes, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil necessita de um exame cuidadoso para evitar inconsistências judiciais.

PALAVRAS-CHAVE

Anteprojeto de Reforma do Código Civil, direito processual, processo civil, partes, provas, execução.

ABSTRACT

The Draft Bill of the Civil Code Reform introduces several noteworthy modifications concerning procedural aspects, particularly affecting topics such as parties, evidence, and execution. However, through this modifications it also creates ambiguities and difficulties regarding these topics. Ultimately, while some advancements are evident, the Draft Bill of the Civil Code Reform necessitates careful scrutiny to avoid judicial inconsistency.

KEYWORDS

Draft Bill of the Civil Code Reform, procedural law, civil procedure, parties, evidence, execution.

Alguns autores reconhecem a existência de "institutos bifrontes", relevantes tanto para o direito material quanto para o direito processual (DINAMARCO, 2001, p. 100-101). No entanto, ainda que possa ser útil e didático pensar o ordenamento jurídico a partir de dois planos (Bedaque, 2022), não se pretende discorrer a respeito dos critérios de diferenciação entre direito material e direito processual, tampouco defender, para os fins deste artigo, a necessidade de fazê-lo.[1] Afinal, como demonstrado por Vittorio Denti (1969), ao menos em matéria de prova, a busca por uma natureza (material ou processual) das normas jurídicas não se justifica.

Essa impressão é reforçada pelo Código de Processo Civil (CPC) e pelo Anteprojeto de Código Civil (ARCC) que, sem pedir licença aos cultores da natureza jurídica, dispõem, respectivamente, a respeito de normas materiais e normas processuais. Um exemplo do primeiro caso é a regra do art. 605 do CPC, que estabelece a data da resolução da sociedade em relação a um sócio (e que poderá ser parcialmente alterada pelo art. 1.031, 4º do ARCC). Um exemplo do segundo caso é a regra do art. 224, parágrafo único do ARCC, que prevê a possibilidade de que as partes e o juiz concordem com a dispensa de tradução de documento redigido em língua estrangeira; outro é a relativa aos editais que deve o juiz mandar publicar com relação aos bens do ausente (art. 27 do ARCC). A frequente intromissão dos diplomas em terreno jurídico alheio dificulta a busca da "natureza" dos institutos.

Não surpreende, pois, que o legislador civil se sinta tentado a interferir com normas que disciplinam aspectos da relação jurídica processual. Embora se costume fazer referência à máxima latina *ubi jus ibi remedium* para reforçar a necessidade de que o processo seja capaz de oferecer tutela jurisdicional ao direito, na realidade, isso nem sempre ocorre. Existe uma seletividade estrutural (Offe, 1974) no âmbito do processo civil caracterizada pelo fato de que a estruturação das normas jurídicas processuais existentes não prescreve técnicas adequadas à tutela de todo e qualquer direito (Camargo Gomes; Camargo e Gomes, 2016). "Ao contrário, a estrutura produz mecanismos de seleção dos direitos que são tutelados e dos que não o são" (Camargo Gomes; Camargo e Gomes, 2016). Na prática, porém, um direito sem um remédio jurídico adequado equivale a um não-direito: quando um direito não recebe tutela devido à ausência de técnicas processuais adequadas, isso significa que, concretamente, o direito

1 Os critérios para diferenciar as normas de direito material e direito processual, bastante claros em muitos casos, não resistem ao fenômeno da múltipla incidência analisado por Pontes de Miranda (2000).

material não existe *por causa* do direito processual. Diante disso, parece compreensível que o legislador civil busque, em alguma medida, corrigir distorções existentes em normas previstas no CPC.

Partindo desses pressupostos, este artigo procura examinar algumas previsões do ARCC que inovam em matéria processual ou que modificam a disciplina estabelecida pelo CPC. Dada a diversidade de temas abordados, opta-se por reuni-los em itens dedicados a alguns dos temas mais relevantes, nos quais serão apreciados e analisados breve, mas criticamente, alguns dispositivos – acompanhados, por vezes, de propostas de supressão ou modificação. Não há qualquer pretensão de promover um exame exaustivo das disposições relevantes. Ao contrário, o objetivo é destacar alguns temas de interesse capazes de apontar avanços relevantes do ARCC, mas também de demonstrar que o legislador deve ser mais cuidadoso ao tratar de certos assuntos.

1. CONEXÕES ENTRE O ARCC E O DIREITO PROCESSUAL

Diversas disposições no âmbito material refletem no processo civil, como é o caso das disposições sobre personalidade e capacidade civil, que são relevantes para o estabelecimento da capacidade de ser parte e da capacidade processual. Ou mesmo da disciplina conferida à cessão da posição contratual (art. 303-A a 303-E do ARCC), que pode ser de particular relevância no âmbito do financiamento de litígios e que, não só por isso, merecia redação mais clara. A ampliação das hipóteses de consignação em pagamento, promovida pelo art. 335 do ARCC, a refletir no cabimento do procedimento especial previsto no art. 539 do CPC, também alterado pelo ARCC com a inclusão do art. 539, § 5º do CPC; assim como a ampliação da desconsideração da personalidade jurídica, ao prever sua utilização para fins de responsabilidade patrimonial dos "associados com poder de direção ou com poder capaz de influenciar a tomada da decisão que configurou o abuso da personalidade jurídica" (art. 50, § 2º do ARCC),[2] são também exemplos desses reflexos do direito material sobre o processo.

No entanto, atos processuais também podem produzir efeito no plano material, como é o caso da interrupção da prescrição que, de acordo com o art. 202 do ARCC, poderá ocorrer mais de uma vez nos casos de citação para responder a uma demanda,

2 Solução que já vinha sendo aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ): REsp n. 1.812.929/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/9/2023, *DJe* de 28/9/2023.

mesmo quando a citação for determinada por juiz ou árbitro incompetente. Outro exemplo evidente diz respeito aos efeitos da sentença sobre o direito material, permitindo o reconhecimento da existência, inexistência ou modificação de relação jurídica – como no caso de reconhecimento de filiação socioafetiva de pessoa menor de 18 anos de idade (art. 9º, § 2º do ARCC).

Algumas alterações são mais sutis a respeito das relações entre direito material e processo: a previsão de que a decadência deve ser conhecida de ofício faz referência à necessidade de respeito ao contraditório (art. 210 do ARCC), em linha com o que estabelece o art. 10 do CPC; e a determinação do domicílio legal do agente diplomático (art. 77 do ARCC) está separada da regra processual relativa ao local onde deve ser feita sua citação (art. 24-A do CPC, incluído pelo ARCC).

Entre as características mais relevantes do ARCC em sua relação com o direito processual, destaca-se o reforço à tendência de desjudicialização, presente ao prever a possibilidade de adjudicação compulsória extrajudicial (art. 1.473-B do ARCC); permitir que, nos casos de divórcio, a guarda de filhos menores de 18 anos seja formalizada em escritura pública, ainda que sujeita à manifestação do Ministério Público (art. 1.582-B do ARCC); permitir a venda extrajudicial de bens imóveis insuscetíveis de divisão cômoda (art. 2.019 do ARCC); e ao prever a preferência pelo inventário extrajudicial (art. 1.796 do ARCC) e a possibilidade de que seja realizado mesmo quando houver herdeiro incapaz, desde que haja anuência do Ministério Público (art. 2.015 do ARCC).

Essas diversas conexões tornam extremamente difícil a seleção de pontos específicos a serem examinados. Optou-se por não abordar, por exemplo, a disciplina conferida pelo ARCC às inclusões relativas à coisa julgada em matéria de alimentos, ao direito digital, às ações de reparação de danos dos fundos de investimento e ao processo societário, especialmente às hipóteses de dissolução parcial e liquidação – temas que, por sua complexidade e suas peculiaridades, mereceriam estudo próprio.

Ainda que correndo risco de excessiva simplificação, de modo a permitir o enfrentamento de temas com os quais a doutrina possui mais familiaridade, escolheu-se tratar brevemente de (i) partes e terceiros, (ii) prova, e (iii) execução e responsabilidade patrimonial.

2. PARTES E TERCEIROS

Com relação às partes (legitimidade e intervenção de terceiros), há um conjunto de disposições relevantes estabelecidas pelo ARCC.

O art. 12, § 2º do ARCC, por exemplo, prevê a possibilidade de que, não havendo acordo entre herdeiros, cônjuge ou convivente do falecido sobre pretensão indenizatória referente a direito da personalidade, tais legitimados "podem assumir, na ação ou no procedimento em trâmite, a posição de parte que melhor lhes convier". Duas questões são relevantes quanto ao dispositivo. A primeira diz respeito ao equívoco de restringir essa possibilidade de intervenção em diferentes posições "à pretensão indenizatória", quando o *caput*, corretamente, faz referência também à cessação da ameaça ou lesão. Os legitimados podem discordar quanto à própria existência de ameaça ou violação do direito da personalidade do falecido, motivo pelo qual o disposto no art. 12, § 2º do ARCC deve ser interpretado de forma abrangente.[3] A segunda questão relaciona-se às características da intervenção: a partir da redação do dispositivo, os legitimados que intervirem serão tratados como litisconsortes ulteriores, assumindo a posição de parte – não se trataria, portanto, de mera assistência. Essa característica parece indicar que, do ponto de vista material, os legitimados são considerados verdadeiros titulares do direito de imagem e memória do falecido.[4] Ainda assim, seria importante ter mais clareza a respeito do regime jurídico material, seja para eventual pretensão inibitória, de remoção do ilícito ou indenizatória. Se o dano é sofrido por cada um dos legitimados, que interesse teriam para assumir posição de parte contrária à pretensão indenizatória de outro legitimado? Haveria substituição processual de um em relação aos demais? Há um conjunto de aspectos relevantes para o adequado tratamento processual que demandaria um tratamento mais cuidadoso do ponto de vista material.

Outra questão de interesse no dispositivo refere-se à possibilidade de que o interveniente escolha a posição que pretende ocupar. Uma dúvida que surge, então, diz respeito à eventual cumulação de pedidos destinados a inibir ou fazer cessar a lesão e pedidos voltados para a reparação de danos. Poderia o legitimado ao intervir concordar com um deles e opor-se aos demais? Não há nada que pareça sustentar a impossibilidade de que isso aconteça, o que permitiria um processo com multilateralidade de interesses (Eid, 2019). Essa característica também parece

3 Sugere-se a seguinte redação: "Na hipótese de falta de acordo entre herdeiros, cônjuge ou convivente do falecido, quanto à pertinência da medida requerida, esses legitimados podem assumir, na ação ou no procedimento em trâmite, a posição de parte que melhor lhes convier".

4 No mesmo sentido, parece ser a jurisprudência do STJ ao indicar que o espólio não possui legitimidade para essa situação (REsp n. 1.209.474/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/9/2013, *DJe* de 23/9/2013).

estar presente na demanda dirigida à exclusão da sucessão, ao prever que sendo ela proposta pelo Ministério Público "os demais herdeiros devem ser cientificados da demanda para que declarem se concordam com ou não com a propositura da ação" (art. 1.815, § 1º do ARCC). Nesse caso, a cientificação parece dar azo à possibilidade de intervenção de terceiro por parte dos demais herdeiros, uma vez que a concordância ou discordância do herdeiro quanto à demanda poderá afetar seu direito à participação no quinhão do indigno.

Também merece destaque o reconhecimento pelo ARCC da legitimidade superveniente dos herdeiros do cônjuge ou convivente em relação à ação de divórcio ou dissolução de união estável que este tiver proposto. Os herdeiros têm a faculdade de "prosseguir com a demanda, retroagindo os efeitos da sentença à data estabelecida na sentença como aquela do final do convívio" (art. 1.571, § 4º do ARCC).[5] Nesse caso, embora não exista previsão específica, a legitimidade deve ser reconhecida como concorrente e disjuntiva entre os herdeiros: cada um pode, por si só e independentemente da autorização dos demais, optar por prosseguir com a demanda.[6]

No campo da legitimidade, há pelo menos outras três mudanças relevantes. Uma delas diz respeito ao fiador que, de acordo com o art. 836-B do ARCC, passa a ser tratado como legitimado para atuar como substituto processual do credor: caso este "não tenha iniciado nenhum procedimento [judicial ou extrajudicial para a expropriação de bens] contra o devedor, após noventa dias do inadimplemento da dívida" o fiador tem direito a agir em nome próprio na defesa do interesse do credor. Caso o fiador proponha a demanda, o credor será intimado a ingressar como parte "ao lado do autor, ou se este consentir, em seu lugar independentemente do consentimento da parte contrária" (art. 836-B, § 1º do ARCC). Trata-se de solução que legitima a atuação "preventiva" do fiador voltada para exigir do devedor afiançado a satisfação da dívida – algo especialmente importante em situações como a do fiador de aluguel que pode ter seu bem de família penhorado.

O ARCC também disciplina as condições da ação do terceiro contra a seguradora, exigindo a formação de litisconsórcio passivo entre essa e o segurado. Essa disciplina alinha-se à Súmula 529/STJ: "no seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano" e sepulta a jurisprudência em sentido contrário que

5 Solução já admitida pelo STJ: REsp n. 2.022.649/MA, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/5/2024, *DJe* de 21/5/2024.

6 Sugere-se a inclusão de um § 5º ao art. 1.571 do ARCC: "A legitimidade de prosseguir com a demanda é de cada um dos herdeiros de forma concorrente e disjuntiva".

não exigia a participação do segurado.[7] Com o art. 787, § 5º do ARCC, prevalece a tese de necessidade do litisconsórcio para o cabimento da ação direta de terceiro, acrescentando que devem ser "respeitados os limites e as condições estipulados na apólice". Essa parte final do dispositivo cria o risco de que as seguradoras passem a estipular uma vedação para a referida ação direta, o que, a despeito de eventual reconhecimento de ilegalidade, pode gerar desincentivo para os terceiros prejudicados se utilizarem desse remédio.[8]

A terceira alteração diz respeito à ampliação da legitimidade para a ação voltada para o reconhecimento da parentalidade em linha reta, prevendo que esta "compete aos ascendentes e aos descendentes, sem limites de grau ou de linha" (art. 1.606 do ARCC). No atual art. 1.606 do Cógio Civil de 2002 (CC/2002), a legitimidade limita-se ao filho "enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz". Ainda que existissem julgados reconhecendo o direito personalíssimo à "declaração de relação avoenga",[9] a previsão legislativa expressa representa um passo relevante no reconhecimento desse direito e da consequente amplitude da legitimação para demandas sobre a parentalidade. Por fim, é preciso destacar que sob o prisma processual o dispositivo contém impropriedade técnica ao indicar que a ação serviria para constituir ou desconstituir, e não declarar, a parentalidade.[10]

Por fim, é preciso destacar certa perplexidade com a revogação do art. 1.647, II, pelo ARCC. O dispositivo previa que "ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges ou conviventes pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação de bens [...] pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos". Se o objetivo da revogação é permitir que o cônjuge possa demandar a respeito de direitos reais imobiliários sem o consentimento do outro, seria imprescindível a revogação também do art. 73 do CPC, que prevê essa exigência. Do contrário, essa regra permanecerá vigente, ressalvado o direito do cônjuge ou convivente de, "livremente", "demandar a invalidação do negócio jurídico, nas hipóteses do art. 1.647" (art. 11.642 do ARCC).

3. PROVA

O ARCC apresenta um conjunto de mudanças em matéria probatória, tema no qual se nota um distanciamento relevante entre

7 Ver, por exemplo, REsp n. 1.245.618/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/11/2011, *DJe* de 30/11/2011.

8 Por esse motivo, recomenda-se a supressão da parte final do dispositivo: "É cabível a ação direta do terceiro contra a seguradora e o segurado conjuntamente". Propõe-se também o acréscimo de nova cláusula: "A responsabilidade da seguradora perante o terceiro deverá observar os limites e as condições estipulados na apólice".

9 REsp n. 807.849/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 24/3/2010, *DJe* de 6/8/2010.

10 Sugere-se, pois, a seguinte redação: "A ação para declarar a existência ou inexistência de parentalidade em linha reta compete aos ascendentes e aos descendentes, sem limites de grau ou de linha".

a legislação civil e a doutrina processual. Nesse sentido, Barbosa Moreira (2002, p. 112) apontou como "francamente assistemático e fragmentário o tratamento da matéria" pelo CC/2002. Não à toa o CPC revogou um conjunto de dispositivos da legislação civil, como os arts. 227, 229 e 230 do CC/2002.

Entre as mudanças simbólicas do ARCC está a alteração do art. 212, que indica formas hábeis de provar o fato jurídico, e que passa a ter redação mais próxima à do CPC: "O fato jurídico pode ser provado por qualquer meio lícito de prova, inclusive por documentos digitais, desde que assegurada sua integridade e autenticidade, por meios tecnológicos atuais e idôneos" (art. 212 do ARCC).

Diversos dispositivos seguem uma linha semelhante ao reconhecer a atipicidade dos meios de prova, ampliar sua admissibilidade e afastar hipóteses de prova legal. É nesse sentido que se dá, por exemplo, a revogação do art. 227, parágrafo único do CC/2002, que previa a prova testemunhal, em relação ao negócio jurídico, como subsidiária ou complementar da prova por escrito. Ainda no campo da prova testemunhal, o ARCC passa a admiti-la em relação às crianças e aos adolescentes, bem como à pessoa capaz com deficiência (art. 228, §§ 2º e 3º do ARCC).[11]

Ademais, outros dispositivos passam a reconhecer que determinados documentos criam "presunção relativa de existência e validade do que nela estiver declarado", como é o caso da escritura pública (art. 215 do ARCC) e, referente aos signatários, dos documentos por eles assinados, inclusive por meio digital (art. 219 do ARCC). Esses dispositivos complementam as regras previstas nos arts. 405 e 408 do CPC, e possuem redação mais adequada, em especial quando comparada à expressão "prova plena" utilizada para as escrituras públicas no atual art. 215 do CC/2002. Nesse sentido, falha o ARCC ao não alterar a redação do art. 225 do CC/2002,[12] que também se refere à prova plena.[13]

Ainda que amplie e atualize o rol de documentos sujeitos à averbação ou ao registro público (arts. 9º e 10 do CC/2002), o ARCC comete equívocos ao lidar com a eficácia probatória desses documentos. Em primeiro lugar, ao indicar que as convenções sobre prova[14] não podem tratar de "provas legais, mormente as enumeradas nos arts. 90 e 10 e as legalmente prescritas para a forma de atos e de negócios jurídicos" (art. 212, § 2º do ARCC), o ARCC confunde o rol legal de documentos sujeitos a registro, que não pode ser alterado por convenção, com a eficácia probatória desses documentos. Isso também pode ser percebido no art. 212-A do ARCC ao estabelecer que "o estado da pessoa

11 Algo confirmado por meio da introdução do art. 447, § 4º do CPC: "Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas com menos de dezoito anos de idade, impedidas ou suspeitas".

12 "Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."

13 Sugere-se a seguinte redação: "Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas geram presunção relativa de veracidade, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão".

14 O art. 212, § 2º do ARCC amplia a possibilidade de convenções processuais em matéria de prova (art. 190 do CPC) ao prever expressamente a possibilidade de ajuste quanto à sua valoração: de acordo com a mudança, em negócios jurídicos paritários, as partes podem estabelecer de comum acordo aspectos relativos à valoração da prova, como o *standard* probatório aplicável.

somente se prova, nos termos dos arts. 9º e 10 deste Código". Os documentos previstos nesses artigos, inclusive quando tratam do estado da pessoa, gozam de presunção de veracidade; produzem efeitos relacionados a determinados atos jurídicos precedentes que não tenham sido registrados ou averbados (art. 54 da Lei n. 13.097/2015);[15] e gozam de presunção de conhecimento por terceiros. Nada disso, porém, faz com que a seu respeito haja prova tarifária ou legal: esses documentos são válidos e devem ser observados por terceiros, mas, em um processo judicial, o estado da pessoa e quaisquer das questões relativas aos documentos indicados nos arts. 9º e 10 do ARCC podem ser provadas por todos os meios legais. Questão distinta diz respeito às situações em que a forma especial – em geral a escritura pública – é da substância do ato (Marinoni, 2015, p. 649 e ss.). Nesses casos, "nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta" (art. 406 do CPC) – esta, sim, regra de prova legal que deve se submeter à legislação material.

Outro exemplo de prova legal encontra-se no art. 758 do ARCC, ao prever que "o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete de seguro, em suporte físico ou virtual".[16] Ainda que seu parágrafo único mitigue um pouco o rigor da regra vigente, também constitui hipótese de regra legal ao prever que "na falta da apólice ou do bilhete, qualquer documento comprobatório do pagamento do valor do prêmio será eficaz para provar a existência do contrato de seguro". A regra sugere que apenas documento (seja ele apólice, bilhete ou comprovante de pagamento) é apto a provar a existência de contrato de seguro.

Também são relevantes os reflexos do ARCC sobre o ônus da prova. No âmbito do processo, como se sabe, a presunção relativa pode desincumbir a parte que suporta o ônus da prova em relação a determinado fato. Sendo assim, as declarações "principais" (Tepedino; Barboza; Moraes, 2004, p. 454) são suficientes, por força da presunção (art. 219 do ARCC), para desincumbir a parte que delas se vale do ônus da prova que possua a respeito do fato objeto da declaração. Consequentemente, a parte contrária passará a suportar o ônus de convencer o julgador de que referido fato não ocorreu. Ainda que esse dispositivo, com os ajustes de redação realizados no ARCC, seja salutar, não se pode ignorar a confusa redação do art. 219, parágrafo único do ARCC, que faz referência a "declarações enunciativas" (declarações sem relação direta com as disposições principais ou com a legitimidade das partes), que não geram a presunção. Ainda que

15 "Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações."

16 Não obstante, a produção antecipada de prova ou o pedido de exibição de documento poderia ser utilizado para permitir que o segurado tivesse acesso à apólice (TJSP; Apelação Cível 1006900-10.2022.8.26.0002; Relator (a): Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 15ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/8/2022; Data de Registro: 17/8/2022).

a doutrina indique como principais as declarações relativas aos elementos essenciais do negócio jurídico, "como o preço, o prazo, a finalidade de uso, o bem locado etc." (Tepedino; Barboza; Moraes, 2004, p. 454), essa previsão aberta tende a enfraquecer a presunção e gerar dúvidas.[17] Além disso, torna ainda mais desnecessária a previsão do art. 219, parágrafo único, ARCC, a inclusão prevista no art. 374, parágrafo único, CPC: "em negócios jurídicos paritários, os fatos especificamente descritos e aceitos pelas partes como verdadeiros, em específica cláusula contratual de negócio jurídico válido e eficaz, não precisam ser provados, salvo se a controvérsia residir exatamente quanto à sua validade ou eficácia". Se o objetivo do legislador é fortalecer as declarações de fato realizadas voluntariamente pelas partes, qual a necessidade de restringi-las a partir da equívoca distinção entre declaração principal e enunciativa?

A doutrina civilista criticava a redação do art. 232, CC/2002 do sob o fundamento de que ela não estabelecia uma presunção relativa, mas uma autorização para que o juiz se valesse de uma inferência lógica ("presunção" judicial) a respeito desse comportamento (Tepedino; Barboza; Moraes, 2004, p. 488). Não surpreende, portanto, que o ARCC tenha revogado o dispositivo. A solução, porém, não parece adequada. A produção de prova relativa a exame médico, no processo civil, implica ônus para a parte: ela pode se recusar a se submeter a ele, mas deve sofrer as consequências da falta da prova. Assim, é correto que a recusa gere uma presunção legal relativa em desfavor da parte que se recusou, impondo-lhe o ônus da prova quanto aos fatos que deveriam ser comprovados por esse meio.[18]

O art. 1.965 do ARCC, por sua vez, inverte o ônus de demandar, alegar e provar atualmente vigente em relação à deserdação: hoje, "ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador" (art. 1.965 do CC/2002); com a nova redação, "ao herdeiro deserdado é permitido impugnar a causa alegada pelo testador". Trata-se de solução que, como destacado na justificação do ARCC resulta "em fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador".

4. EXECUÇÃO E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O ARCC amplia o rol de disposições relativas à responsabilidade patrimonial, mas, ao fazê-lo, gera dúvidas. O art. 391 do

17 Diante disso, sugere-se a revogação do art. 219, parágrafo único.

18 Recomenda-se a seguinte redação, como parágrafo único do art. 231 do CC: "no caso de recusa, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do exame médico-pericial, a parte contrária pretendia provar".

CC/2002 estabelece que "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". A nova redação proposta acrescenta: "suscetíveis de penhora" (art. 391 do ARCC). Em outras palavras, a princípio, excluem-se da responsabilidade patrimonial os bens impenhoráveis. Diante disso, gera perplexidade o modo como o ARCC regulou o denominado patrimônio mínimo existencial da pessoa (sobre o tema, ver Fachin [2001]). O art. 391-A do ARCC, afirma que tal patrimônio, salvo para o cumprimento de obrigação alimentar, "é intangível por ato de excussão do credor", definindo em seu § 1º os bens que o compõem. Essa definição, porém, é significativamente mais restrita do que aquela que poderia ser extraída a partir do art. 833 do CPC. A partir desses elementos, a dúvida é se o ARCC pretendeu restringir significativamente a impenhorabilidade de bens da pessoa física – seguindo tendência jurisprudencial[19] – ou se quis estabelecer outra forma de proteção do devedor. De todo modo, a falta de expressa compatibilização entre os dispositivos pode ser capaz de gerar discussões judiciais, fomentando incidentes e recursos decorrentes da dúvida objetiva.

Reforça essa dúvida o disposto no art. 391-A, §3º do ARCC, que, em linha com a jurisprudência de alguns tribunais,[20] reconhece a possibilidade de que a "casa de morada de alto padrão" seja excutida pelo credor. Trata-se de disposição que restringe a impenhorabilidade do bem de família. A mesma interpretação aparentemente decorre da revogação do art. 1.711 do CC/2002, que previa a possibilidade de instituição formal do bem de família por meio de escritura pública ou testamento. Ao revogar esse dispositivo, surge uma questão: o ARCC efetivamente elimina essa possibilidade, ou ela subsiste a teor da ressalva presente no art. 5º, parágrafo único da Lei n. 8.009/1990? A revogação de todo subtítulo "do bem de família" (arts. 1.711 a 1.722 do CC) permite que se conclua pela primeira hipótese. Assim, eliminada a possibilidade de instituição voluntária passa a valer apenas a parte inicial do art. 5º, parágrafo único da Lei n. 8.009/1990:[21] a proteção ao bem de família quando a entidade familiar possuir mais de um imóvel utilizado como residência recairá sobre o bem de menor valor.

Outro aspecto problemático da disciplina proposta pelo art. 391-A, § 3º do ARCC diz respeito à excussão da morada de alto padrão. Nesse caso, o artigo prevê que remanescerá a impenhorabilidade sobre metade do valor do bem, considerado o seu preço de mercado. Esse dispositivo, porém, está em desacordo com a jurisprudência e tende a gerar graves distorções

19 EREsp n. 1.874.222/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/4/2023, *DJe* de 24/5/2023.

20 TJSP; Agravo de Instrumento 2280186-94.2020.8.26.0000; Relator(a): Cerqueira Leite; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tremembé – 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 24/11/2021; Data de Registro: 24/11/2021.

21 "Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil."

por ignorar qualquer parâmetro para o estabelecimento do que seria um valor suficiente para garantir ao devedor uma morada digna. Ilustra bem essa problemática um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em que se afastou a impenhorabilidade de moradia do devedor avaliada em R$ 24 milhões, determinando-se uma reserva de valor gravada como impenhorável no montante de 10% do valor da avaliação (R$ 2,4 milhões).[22] Sem dúvida, o valor de R$ 2,4 milhões é mais do que suficiente para assegurar uma moradia digna ao devedor, mas, a se aplicar o disposto no art. 391-A, § 3º do ARCC, a reserva seria cinco vezes maior: R$ 12 milhões. No entanto, é possível que a reserva de apenas metade do valor de avaliação não permita que o devedor possa adquirir uma moradia digna. Nesse caso, porém, seria possível discutir se, efetivamente, estar-se-ia diante de morada de alto padrão. De todo modo, a tentativa de estabelecer um parâmetro legal nesses termos parece fadada ao fracasso ou, a prevalecer essa redação, fadada ao cometimento de graves injustiças.[23]

Também merece atenção em matéria de execução, a alteração do art. 1.818 do CC/2002 pelo ARCC. De acordo com a redação proposta, a vedação atualmente existente quanto a cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima, é substituída por sua expressa permissão. Para além de aspectos relevantes para o direito sucessório, a disposição pode ser utilizada, no âmbito processual, para permitir a frustração do interesse de credores ao estabelecer que o recebido em herança não poderá ser penhorado. Isso não significa, evidentemente, que os bens herdados não possam ser penhorados para satisfazer dívidas do *de cujus,*[24] mas representa a possibilidade de que o falecido, em seu testamento, proteja a legítima que os herdeiros receberão contra eventuais credores. Diante disso, resta saber o tratamento que será conferido à previsão de que "com autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, mediante sub-rogação, ou levantados os gravames" (art. 1.848 do ARCC). A interpretação poderá seguir no sentido de permitir que, na ausência de outros bens do devedor, sejam penhorados os bens da legítima com cláusula de impenhorabilidade – solução que atende ao sentido da legislação de reduzir o amplo rol de bens insuscetíveis de penhora. Alternativamente, pode ser adotada uma interpretação mais restritiva, permitindo que essa disposição seja utilizada apenas pelo herdeiro que busque o levantamento dos gravames.[25]

22 TJSP; Agravo de Instrumento 2075933-13.2021.8.26.0000; Relator (a): Ademir Modesto de Souza; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 8/6/2021; Data de Registro: 5/7/2021.

23 Sugere-se, portanto, a supressão do § 3º do art. 391-A do CPC ou sua substituição por dispositivo que (i) preveja a possibilidade de excussão e a necessidade de reserva de valor suficiente para aquisição de moradia digna; ou (ii) que fixe um parâmetro objetivo, eventualmente atrelado ao salário mínimo local, para estabelecer o que se entende como alto padrão e qual o montante a ser reservado para a aquisição de moradia digna pelo devedor.

24 REsp n. 998.031/SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 11/12/2007, DJ de 19/12/2007, p. 1230.

25 De modo a restringir a utilização fraudulenta da impenhorabilidade, sugere-se a previsão de cláusula no sentido de que a "impenhorabilidade prevista no *caput* não produzirá efeitos em relação aos credores do herdeiro quando este não possuir outros bens livres e desimpedidos para satisfazer a dívida".

Por fim, também pode ter relevância para o processo de execução o disposto no art. 167, § 5º do ARCC, ao prever que "o reconhecimento da simulação prescinde de ação judicial própria, mas a decisão incidental que a reconhecer fará coisa julgada". Essa previsão, se interpretada de forma literal, pode levar à conclusão de que, sendo dado a qualquer interessado alegar a simulação (art. 168 do CC), isso poderá ser feito incidentalmente no âmbito do processo executivo quando um negócio jurídico simulado estiver impedindo a penhora e a expropriação. É dizer, esse dispositivo, a exemplo do que se dá no caso de fraude à execução, poderia permitir a alegação de simulação contra o devedor e o terceiro no âmbito do próprio processo executivo. Para que isso fosse possível, porém, seria imprescindível que os fatos constitutivos fossem passíveis de comprovação documental, reservando-se ao terceiro que supostamente participou da simulação a via dos embargos. Caso seja esse o objetivo do legislador seria importante (i) detalhar o regime jurídico por meio da qual a simulação poderá ser alegada no curso do processo e (ii) os meios de defesa que terão aqueles contra quem tal acusação é lançada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas outras questões relevantes para a relação entre o ARCC e o CPC poderiam ser exploradas, como (i) a adequada separação entre ato ilícito e dano no art. 186 do ARCC, há muito reivindicada pela doutrina processual no contexto da tutela inibitória[26] (Marinoni; Arenhart, 2010, p. 121); (ii) a previsão expressa de que os honorários contratualmente fixados entre as partes poderão ser reembolsados pelo devedor (arts. 389, § 1º, 395, 404, 450, III, 772 do ARCC, entre outros);[27] e (iii) o detalhamento dos efeitos civis da sentença penal nos parágrafos previstos para o art. 935 do ARCC. As limitações de espaço impedem que esses e outros temas interessantes sejam explorados.

De todo modo, da análise feita a respeito de alguns dispositivos é possível reconhecer um conjunto de dúvidas geradas pelas alterações propostas no ARCC que afetam o direito processual. Ainda que em alguns temas tenha havido acerto ao se prever disciplina jurídica mais detalhada do que a atualmente existente, em outros a falta de disposições mais específicas cria o risco daquilo que Duncan Kennedy (2004, p. 1.050) denominou de abuso de dedução (*abuse of deduction*): a despeito da

26 O tema também recebe tratamento pelo ARCC no art. 927-A, especialmente em seus §§ 3º e 4º.

27 Da forma como foram redigidos os dispositivos, exigindo que os honorários contratuais tenham sido previamente pagos (art. 389 do ARCC) ou efetivamente pagos (art. 404 do ARCC), acabam sendo excluídos da possibilidade de cobrança os honorários de êxito que tenham sido contratados.

generalidade das normas existentes ante as especificidades das lacunas do ordenamento jurídico, supõe-se que as lacunas são solucionadas por meio de deduções amparadas no pressuposto de coerência interna do sistema jurídico, quando, na verdade, são solucionadas a partir de elementos externos. A continuar faltando um debate mais detido a respeito das conexões do ARCC com o direito processual, apenas com muita sorte esses elementos externos não serão o arbítrio dos juízes ou o voluntarismo dos "doutrinadores".

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo código civil e o direito processual. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 101-116, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 7. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm: Malheiros, 2022.

CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 141-160, out./dez. 2016.

DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. São Paulo: Malheiros, 2001. (v. I).

EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 74, p. 17-49, out./dez. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. *Hastings Law Journal,* São Francisco, v. 55, p. 1.031-1.076, 2004. p. 1.050.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OFFE, Claus. Structural Problems of the Capitalist State: Class Rule and the Political System. On the Selectiveness of Political States. *In*: VON BEYME, Klaus (ed.). **German Political Studies**. [*S.l.*]: Sage, 1974. p. 31-54.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Atualização Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. (Tomo I).

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. (v. I).

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Juros legais de mora no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Prejudgment Interest Rate under the Preliminary Draft for Reform of the 2002 Brazilian Civil Code

AUTORES | AUTHORS

Alberto L. Barbosa Jr.
MESTRE EM DIREITO COMERCIAL, MESTRE EM DIREITO E ECONOMIA, E GRADUANDO EM ECONOMIA. ASSOCIADO SÊNIOR DE SALAMA SILVA FILHO ADVOGADOS.

Bruno Meyerhof Salama
DOUTOR EM DIREITO E MESTRE EM ECONOMIA. SÓCIO DE SALAMA SILVA FILHO ADVOGADOS. PROFESSOR NA ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO (FGV DIREITO SP) E NA UC BERKELEY LAW SCHOOL.

RESUMO
O regime legal dos juros moratórios previsto no Anteprojeto parece resolver uma controvérsia antiga sobre a interpretação do art. 406 do Código Civil. A reforma proposta tornaria explícita a escolha legislativa por uma taxa legal fixa de 1% ao mês e correção monetária. É curioso que o Anteprojeto tente resolver aquela controvérsia, pois o referido art. 406 já foi modificado pela Lei n. 14.905/2024: em vez de atualização monetária e juros de 1% ao mês, ou somente a Selic "nominal", previu-se como juros legais a Selic "real", além da variação do IPCA como correção da dívida. Quando se compara o texto atual do art. 406 à redação do Anteprojeto pode-se questionar o seguinte: Quão semelhantes são os encargos de mora calculados com uma taxa fixa de 1% e os encargos calculados com a taxa Selic real? Este artigo responde à pergunta partindo de uma análise jurídico-econômica, ao considerar o crescimento da taxa de juros no tempo e o custo de oportunidade do devedor solvente que, voluntariamente, incorre em mora em uma obrigação pecuniária.

PALAVRAS-CHAVE
Juros de mora, taxa legal, correção monetária, taxa Selic, custo de oportunidade.

ABSTRACT
The statutory provisions for prejudgment interest under the Preliminary Draft for Reform of the 2002 Brazilian Civil Code seem to resolve an old controversy regarding the interpretation of the Article 406. The proposed reform would explicitly state the legislative choice for a fixed legal rate of 1% interest per month plus debt's monetary adjustment. It is curious that the Preliminary Draft attempts to resolve this controversy because the Article 406 of the Civil Code has already been amended by the Law 14.905/2024: instead of monetary adjustment and 1% interest per month, or only the nominal Selic interest rate, it provided the real Selic rate as the statutory prejudgment interest, along with the Brazilian consumer price index (IPCA) variation as debt adjustment. When comparing the current text of Article 406 with the wording of the Preliminary Draft, the following question could be posed: How similar are the default or late payment charges calculated with a fixed interest rate of 1% and those calculated with the real Selic rate? This paper answers the question from a legal-economic perspective, considering the growth of the interest rate over time and the opportunity cost of a solvent debtor who purposively defaults on a monetary obligation.

KEYWORDS
Prejudgment interest, statutory interest rate, monetary adjustment, Selic rate, opportunity cost.

INTRODUÇÃO

O recente anteprojeto de lei (Anteprojeto) para revisão e atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil (CC) vigente, pretende alterar as disposições sobre a taxa legal dos juros de mora.

A redação que o Anteprojeto propõe para o art. 406 do CC é a seguinte:

> Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados ou assim forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa mensal de 1% (um por cento) ao mês. Parágrafo único. Os juros moratórios, quando convencionados, não poderão exceder o dobro da taxa prevista no *caput*.

A consequência de uma reforma legislativa baseada no Anteprojeto seria a fixação dos juros moratórios legais na taxa mensal de 1%, incidente sobre o equivalente monetário da prestação devida ao credor, isto é, o objeto da obrigação incumprida. Assim, na ausência de estipulação sobre juros convencionais, os encargos legais da mora envolveriam ao menos duas parcelas, a serem acrescidas ao valor da prestação: (i) a quantia total resultante da aplicação mensal da taxa de juros e (ii) a quantia correspondente à variação de um índice oficial de atualização monetária (*e. g.*, IPCA).[1]

Esse regime legal, tal como previsto no Anteprojeto, parece retomar e positivar a interpretação que se fazia do texto original do art. 406 durante os primeiros anos de vigência do CC.[2] Fazendo isso, a reforma que se propõe para a lei civil resolveria uma controvérsia antiga – principalmente doutrinária, mas também judicial – sobre a aplicação da taxa legal de juros.

Uma das posições controvertidas sobre os juros legais, que fora seguidamente vencida nos tribunais superiores, defendia que os acréscimos da mora seriam a atualização monetária e os juros de 1% ao mês, ambos incidentes enquanto pendente o cumprimento da obrigação, conforme disposição sobre a mora

1 Isto é, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para medir a inflação oficial no Brasil.

2 "Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional."

no Código Tributário Nacional (CTN). Como visto, essa posição está reproduzida, de maneira explícita, na redação proposta pelo Anteprojeto.

A segunda posição controvertida defendia que a taxa legal prevista na redação original do art. 406 do CC é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic). Isso, porque seria a taxa Selic – acumulada mensalmente – aquela aplicável ao contribuinte ou ao responsável tributário quando em mora perante a Fazenda Nacional.

Dito isso, é curioso que o Anteprojeto tente resolver a controvérsia entre as posições interpretativas mencionadas, pois a recente Lei n. 14.905, de 28 de junho de 2024 (Lei n. 14.905/2024), já modificou o art. 406 do CC, afastando-se das posições controvertidas em favor de uma terceira via.

Em vez de adotar atualização monetária e juros de 1% ao mês, ou somente a Selic mensal, a Lei n. 14.905/2024 previu como juros legais aquilo que, na ciência econômica, denomina-se Selic "real". Isto é, a taxa Selic calculada no mês em referência, subtraída a variação mensal do IPCA.[3] Além da Selic real, a Lei n. 14.905/2024 previu também como acréscimo de mora a parcela correspondente à atualização monetária, seguindo novamente a variação do IPCA.

Ao comparar o texto atual do art. 406 do CC à redação do Anteprojeto – questão que será enfrentada pelo Congresso Nacional ao deliberar sobre a reforma da lei civil – pode-se fazer a seguinte pergunta: Quão semelhantes são os encargos de mora calculados com uma taxa fixa de 1% e os calculados com a taxa Selic real? Ou seja, pergunta-se se haveria realmente alguma diferença prática que justificasse a nova redação para um artigo recentemente alterado.

Este artigo responde àquela pergunta partindo de uma análise jurídico-econômica, ao considerar o crescimento da taxa de juros no tempo e o custo de oportunidade do devedor solvente que, voluntariamente, descumpre uma obrigação pecuniária.

Para tanto, após esta introdução, segue-se uma breve recapitulação da evolução legislativa dos juros legais. Em seguida, discutem-se alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a interpretação do art. 406 do CC na sua redação original. Depois, comparam-se, graficamente, o ônus financeiro dos acréscimos de mora dado o regime vigente (*i. e.*, Lei n. 14.905/2024) e o proposto no Anteprojeto. Por fim, apresentam-se conclusões, relacionando juros de mora e o custo de oportunidade do devedor.

3 Fala-se em Selic "real" em oposição à Selic "nominal", esta calculada e divulgada pelo Banco Central do Brasil (Bacen). Uma taxa de juros nominal incorpora a variação de preços no período relevante, enquanto uma taxa real desconsidera essa variação de preços, expurgando os efeitos da inflação no período. Para se calcular uma taxa de juros real, divide-se o fator da taxa Selic nominal pelo fator de variação do IPCA, ambos referentes ao mesmo mês. Por exemplo, dada a Selic nominal para março/1999, cuja taxa mensal é 3,33%, o fator Selic nominal seria 1,0333 (1+0,0333). Analogamente, dada a variação do IPCA em março de 1999 na proporção de 1,1%, o fator IPCA seria 1,011 (1+0,011). O produto desses dois fatores é (1,0333) / (1,011) = 1,022057, ou seja, o fator Selic real para março/1999, tendo como taxa correspondente 2,2057% ([1,022057-1] × 100) ao mês.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Sob o Código Civil de 1916 ("CC-16"), os juros legais, aplicáveis quando não convencionados,[4] não estipulada sua taxa ou impostos pela lei, eram calculados na proporção de 6% ao ano.[5] A atualização das dívidas civis, mediante aplicação de índice de correção de valores monetários, surgiu apenas na década de 1960 e, principalmente, na década seguinte, após a promulgação da Lei n. 6.423, de 17 de junho de 1977.[6]

Além disso, a jurisprudência de então reconhecera que a atualização monetária integra os acréscimos de mora devidos ao credor (Wald, 1979, p. 37), como consta no enunciado da Súmula n. 562 do Supremo Tribunal Federal (STF): "Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para esse fim, entre outros critérios, dos índices de correção monetária".

Nos anos que antecederam o CC vigente, portanto, o devedor em mora estaria sujeito aos encargos da atualização monetária da prestação devida e dos juros moratórios na taxa de 6% ao ano ou, mais propriamente, na taxa mensal efetiva de 0,5%.

Após a revogação do CC-16, a lei civil parecia estatuir um regime similar para a taxa legal, embora elevando os juros moratórios para 1% ao mês. Esse entendimento resultava da interpretação do art. 406 do CC, considerando sua remissão ao disposto no art. 161, §1º do CTN: "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Entretanto, já era discutido nos tribunais se o referido art. 406 não remetia a outras leis tributárias, de caráter especial, promulgadas na década de 1990 e que previam a taxa Selic como os juros de mora na obrigação do contribuinte ou seu responsável.

Era o caso da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cujo art. 5º, § 3º, definia os juros moratórios como aqueles "equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração [...]".

Nas décadas seguintes, a referência à Selic como taxa moratória das dívidas perante a Fazenda Nacional foi reiterada na legislação. Por exemplo, a Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, ao dispor sobre a dívida ativa da União, previu no seu art. 30 a aplicação de "juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títu-

4 "Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano."

5 "Art. 1.063. Serão também de seis por cento ao ano os juros devidos por força de lei, ou quando as partes os convencionarem sem taxa estipulada."

6 "Art. 1º. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)."

los federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento [...]".

A controvérsia interpretativa sobre a lei tributária a que o art. 406 do CC se referia e, consequentemente, sobre taxa legal de mora nas obrigações civis aprofundou-se também com as disposições da Emenda Constitucional n. 113, de 8 de dezembro de 2021 (EC n. 113/2021), a respeito de condenações contra a Fazenda Pública.

No art. 3º da Emenda Constitucional n. 113, de 8 de Dezembro de 2021, estabeleceu-se que:

> [n]as discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Daí a conclusão de alguns comentadores no sentido de que, após a referida emenda constitucional, a "taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional", referida no texto original do art. 406 do CC, é necessariamente a taxa Selic.

Entretanto, foi somente após a Lei n. 14.905/2024 que a lei civil passou a prever, expressamente, a aplicação da Selic como taxa legal de juros moratórios. Na atual redação do art. 406, § 1º do CC: "A taxa legal corresponderá à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), deduzido o índice de atualização monetária de que trata o parágrafo único do art. 389 deste Código [*i. e.*, o IPCA]".

Portanto, o regime da taxa legal no CC, vigente no presente momento, impõe ao devedor os acréscimos de mora correspondentes (i) à parcela de atualização monetária, dada variação do IPCA, e (ii) à parcela de juros moratórios, com a aplicação na taxa Selic real, ambos referentes ao período em que está pendente a prestação devida ao credor.

2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

O mesmo regime de juros legal proposto no Anteprojeto, baseado em juros de 1% ao mês e atualização monetária, foi de-

batido pelos tribunais superiores no passado. Na tentativa de uniformizar a interpretação do texto original do art. 406 do CC, o STJ formou jurisprudência contrária ao regime de juros legais fixos.

No julgamento dos Embargos de Divergência no REsp n. 727.842-SP, em agosto de 2008, a Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que "a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais [...]".[7]

Em 2010, sob o regime processual dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do STJ também firmou precedente vinculante (Tema Repetitivo 359) estabelecendo que a Taxa Selic "engloba juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização".[8]

Percebe-se então que, até a vigência da Lei n. 14.905/2024, muito antes do Anteprojeto, a mora imputável ao devedor civil teria como consequência a aplicação da Selic, enquanto acréscimo legal, cuja taxa serviria simultaneamente como juros moratórios e atualização monetária. Um regime legal completamente distinto daquele inspirado no revogado CC-16, que se baseava na aplicação de juros mensais fixos e atualização monetária.

A jurisprudência do STJ de então também confirmara, em precedentes esparsos, que a aplicação da taxa Selic na mora obrigacional ocorreria "de forma simples, ou seja, a sua incidência é apenas sobre o capital inicial, vedada a incidência de juros sobre juros [...]".[9] Como se sabe, a "capitalização simples" opõe-se à "capitalização composta", na qual os juros incidem sobre o principal da dívida já acrescido dos juros aplicados anteriormente.[10]

Isso significa que a Selic então aplicada como taxa legal moratória era um juro simples (*i. e.*, Selic "soma"),[11] sujeita a um regime de capitalização absolutamente distinto daquele utilizado quando da remuneração dos títulos públicos federais, por exemplo. Nesse último caso, a mesma taxa Selic mensal, calculada e divulgada pelo Bacen, é aplicada sob o regime de capitalização composta (*i. e.*, Selic "multi")[12] para o pagamento de juros aos credores da dívida pública mobiliária.

Por fim, a controvérsia interpretativa sobre a redação original do art. 406 do CC retornou ao STJ quando do julgamento do REsp n. 1.795.982-SP.[13] O Min. Luis Felipe Salomão, relator do recurso, capitaneou o posicionamento dos ministros favoráveis à revisão da jurisprudência, votando pela aplicação de juros

7 STJ, EREsp 727.842-SP, Rel.: Min. Teori Zavascki, Corte Especial, j. 08.08.2008.

8 STJ, REsp 1.136.733-PR, Rel.: Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 13.10.2010.

9 STJ, EDcl REsp 1.269.051-PR, Rel.: Min. Campbell Marques, Segunda Turma, j. 07.08.2012. No mesmo sentido, cf. Emb Exe MS 12,111-DF, Rel.: Min Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 28.06.2017 ("deve incidir o art. 406 do Código Civil, utilizando-se a mesma taxa aplicável para o pagamento em atraso de tributos devidos à Fazenda Nacional, ou seja, a SELIC, sem a incidência cumulativa de qualquer outro fator [...] E a capitalização deve ser feita de forma simples, como é feito nos débitos cobrados pela Fazenda Nacional").

10 É verdade que a legislação costuma se referir somente à "capitalização" como sinônimo de aplicação de juros sobre juros, como ocorria na redação original do art. 591 do CC. Entretanto, na matemática financeira, os regimes de capitalização referem-se tanto à simples (*i. e.*, juros simples) quanto à composta (*i. e.*, juros compostos).

11 Aqui, Selic "soma"relaciona-se à Selic mensal com capitalização simples, para destacar que o fator de juros aplicado durante o período da mora é calculado como o somatório das taxas variáveis em cada um dos meses que compõem aquele período.

12 Analogamente, fala-se em Selic "multi" em referência à Selic mensal com capitalização composta, des-

legais na taxa de 1% ao mês, segundo um regime similar ao proposto no Anteprojeto.

Segundo o relator,

> a adoção da taxa Selic para efeitos de pagamento – tanto de correção monetária quanto de juros moratórios – pode conduzir a situações paradoxais: por um lado, de enriquecimento sem causa, e, de outro, incentivo à litigância habitual, recalcitrância recursal e desmotivação para soluções alternativas de conflito, ciente o devedor que sua mora não acarretará grandes consequências patrimoniais.[14]

O Min. Salomão também ponderou sobre como a aplicação da Selic sem acréscimos a título de atualização monetária poderia resultar em um acumulado de taxas mensais cuja soma pode ser inferior à variação do IPCA no período da mora, de modo que a taxa Selic na jurisprudência do STJ, com capitalização simples, englobando juros e atualização, não seria incapaz de recompor a "desvalorização da moeda verificada"[15] naquele período.

A despeito dessas considerações, de natureza jurídico-econômica, a Corte Especial formou maioria contrária à posição do relator quando do julgamento em março/2024. Desse modo, nos termos do voto divergente do Min. Raul Araújo, o STJ confirmou sua prévia interpretação do art. 406 no texto original do CC, mantendo-se a Selic "soma" como taxa legal de mora.

3. ANÁLISE COMPARATIVA: ÔNUS FINANCEIRO DA MORA

A breve recapitulação sobre o regime legal da taxa moratória, considerando sua evolução legislativa e jurisprudencial, realizada anteriormente, permite que agora se compare a proposta do Anteprojeto aos regimes vigentes antes e após a Lei n. 14.905/2024.

Pretende-se estimar o ônus financeiro do devedor moroso sujeito à taxa legal prevista no referido Anteprojeto, tomando como referência a taxa mensal acumulada dos juros e atualização monetária que seriam acrescidos à prestação se a mora em uma obrigação pecuniária fosse finalmente purgada.

Serão comparados, então, os encargos da mora sob três regimes diferentes gerais: IPCA + 1% a.m., IPCA + Selic real e Selic nominal. Além disso, sob a redação do art. 406 proposta no

tacando o cálculo do fator de juros como o produto (*i. e.*, uma multiplicação) das taxas variáveis em cada um dos meses que compõem o período da mora.

13 STJ, REsp n. 1.795.982-SP, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 06.03.2024.

14 Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Corte Especial retoma nesta quarta (15) julgamento sobre Selic na correção de dívidas civis. **STJ Notícias**, 15 mar. 2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/15032023-Corte-Especial-retoma-nesta-quarta--15--julgamento-sobre-Selic-na-correcao-de-dividas-civis.aspx. Acesso em: 15 jul. 2024.

15 Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Corte Especial retoma nesta quarta (15) julgamento sobre Selic na correção de dívidas civis. **STJ Notícias**, 15 mar. 2023. Disponível em: https:// www.stj.jus.br/sites/ portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/15032023-Corte-Especial-retoma-nesta-quarta--15--julgamento-sobre-Selic-na-correcao-de-dividas-civis.aspx. Acesso em: 15 jul. 2024.

Anteprojeto, admitem-se quatro metodologias de cálculo para a taxa mensal fixa em 1% com atualização pelo IPCA. Desse modo, a análise gráfica realizada aqui envolverá um diagrama com o total de seis linhas, cada qual correspondente a um regime legal dos juros de mora.

Antes de passar ao gráfico, convém fazer um esclarecimento sobre essas quatro metodologias. O número de metodologias – quatro – resulta da combinação dos dois critérios não mutuamente excludentes e necessários para o cálculo dos juros de mora acrescidos ao principal da dívida. São eles: (i) o regime de capitalização dos juros em relação ao valor principal da dívida, isto é, se simples ou composto; e (ii) a forma de atualização do valor principal, isto é, se o principal será ou não corrigido previamente à aplicação da taxa de juros nos períodos de capitalização.

Quando se trata da forma de atualização do valor da dívida, conforme o segundo critério mencionado, devem-se considerar duas situações. Na primeira, que sempre ocorrerá, o índice de correção acumulado durante todo o período é aplicado diretamente sobre o principal da dívida, formando a parcela dos acréscimos de mora correspondente à atualização monetária propriamente dita.

Em uma segunda situação, o mesmo índice de correção é acumulado parcialmente e poderá ser aplicado em cada período de capitalização, atualizando o valor da dívida antes da incidência mensal dos juros sobre o principal. Por isso se diz que, a depender da metodologia de cálculo adotada, poderá haver reiteradas atualizações monetárias da dívida, permitindo o cálculo de juros atualizados mensalmente.

A verdade é que, ao se admitir a prévia correção da dívida pela variação de um índice de preços, como fazem muitos tribunais,[16] o valor principal sobre o qual a taxa é aplicada se torna maior a cada período de capitalização, ainda que não se trate de juros compostos. Disso surge uma espécie de "efeito composição" que, no rigor da matemática financeira, não deveria ocorrer quando o regime de capitalização é simples.

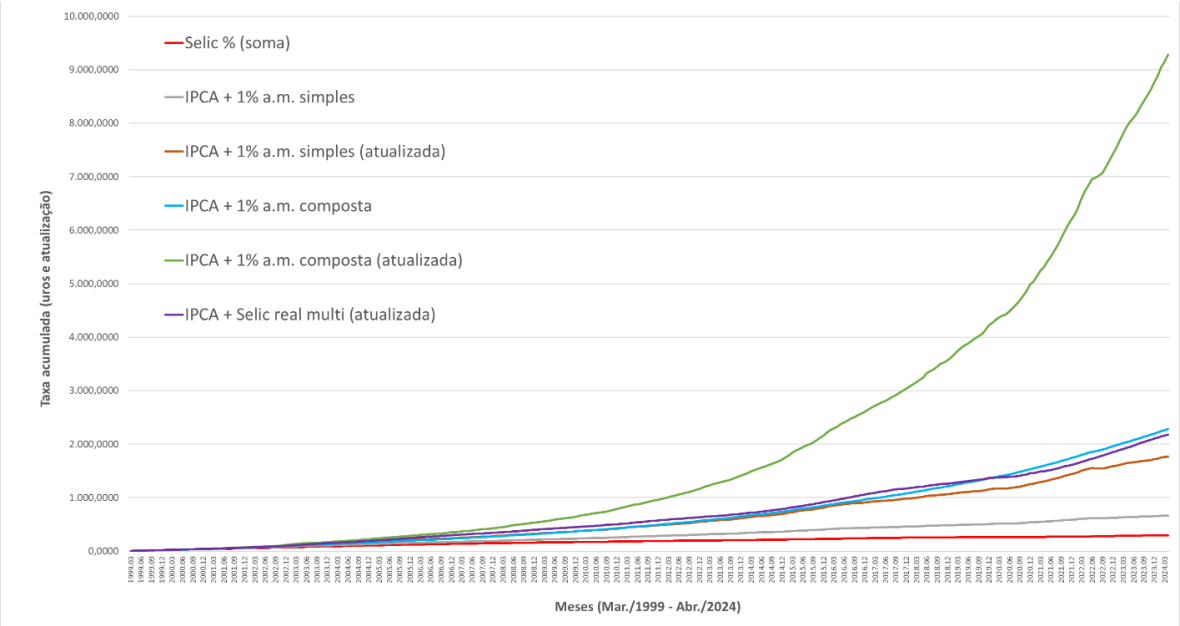
É evidente que os acréscimos decorrentes da atualização monetária não são uma vantagem patrimonial ao credor, mas apenas a recomposição do valor real da prestação cabível ao devedor. Os juros de mora, estes sim, são uma forma de reparação civil que representa acréscimos ao patrimônio do credor.

Feitos esses esclarecimentos, o gráfico a seguir apresenta como teriam evoluído as taxas acumuladas mês a mês, sob dife-

16 Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como ilustrado no acórdão de julgamento do Ag. n. 2171961-77.2020.8.26.0000, Rel.: Des. Marcondes D'angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 29.09.2020 ("Os juros moratórios devem incidir sobre o valor corrigido de cada parcela devida, pois a correção monetária é mera recomposição do valor da moeda e não um acréscimo no valor do débito original").

rentes regimes e metodologias de cálculo dos juros legais, para o período de março de 1999 a abril de 2024:

GRÁFICO 1 – JUROS LEGAIS: ANTEPROJETO VS. LEI N. 14.905/2024 VS. SELIC SIMPLES (SOMA)



Fonte: Elaboração própria.

As linhas no Gráfico 1 representam a taxa acumulada (juros e atualização) aplicada ao valor da prestação em cada um dos meses entre março de 1999, termo inicial da mora, e abril de 2024, termo final da mora. Comparando-se as diferentes metodologias de cálculo no regime previsto no Anteprojeto (IPCA + 1% a.m.) ao regime da Lei n. 14.905/2024 (IPCA + Selic real "multi" e atualizada)[17] e à Selic nominal "soma", verifica-se o seguinte:

1) A linha verde, superior a todas as demais, indica um crescimento explosivo dos acréscimos de mora quando aplicados juros no regime de IPCA + 1% ao mês com capitalização composta e atualização do principal da dívida antes da incidência dos juros.
2) As linhas azul e roxa representam juros moratórios calculados, respectivamente, como IPCA + 1% ao mês somente com capitalização composta, e IPCA + Selic real "multi" com atualização do principal antes da aplicação da taxa

17 O atual art. 406 do CC também admite quatro metodologias de cálculo, dados os diferentes regimes de capitalização e formas de atualização. Entretanto, para os fins deste artigo, considera-se que a Lei n. 14.905/2024 prevê somente a aplicação do IPCA somado à Selic real composta, sujeita à prévia correção do principal da dívida antes da incidência dos juros. Como se verá adiante, essa metodologia mostra-se adequada, porque é a que mais se aproxima dos juros que remuneram alguns títulos públicos federais, isto é, a Selic "multi". Para uma análise das demais metodologias de cálculo no regime da Lei n. 14.905/2024, ver Salama e Barbosa Jr. (2024).

mensal de juros. Embora muito próximas durante quase todo o período de mora, com a linha roxa superando a azul, a linha azul cresceu mais rapidamente a partir de 2020, superando a roxa ao final daquele período.

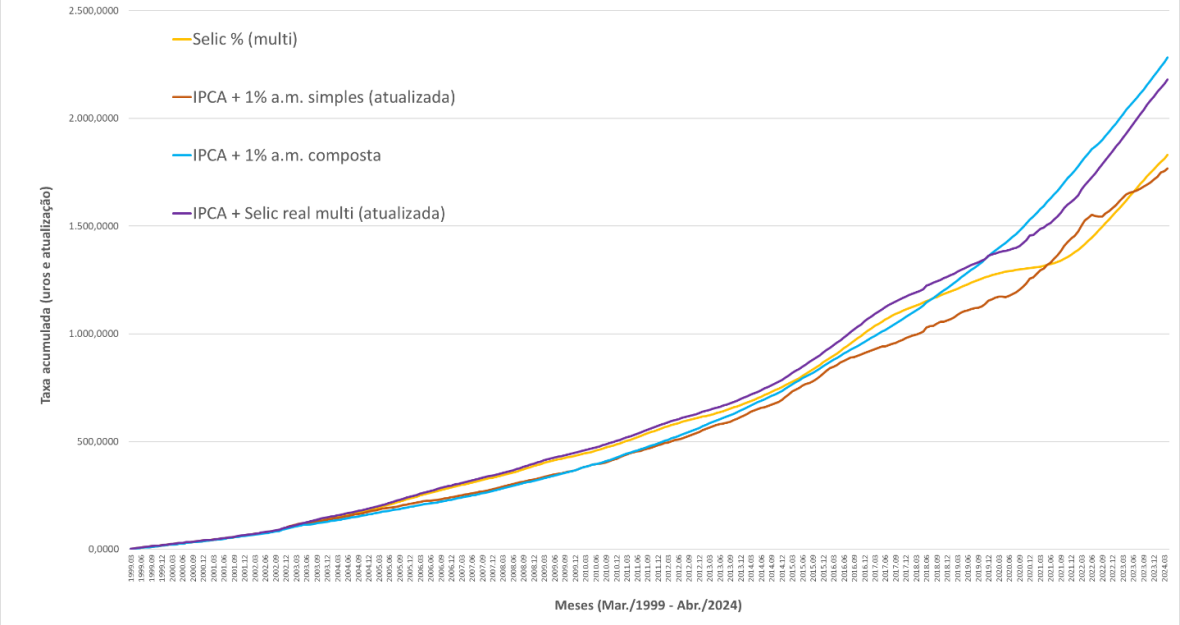
3) A linha marrom representa juros moratórios calculados como IPCA + 1% ao mês com capitalização simples e atualização do principal da dívida antes da incidência dos juros. Embora próxima durante o começo do período de mora, a linha marrom foi superada pelas linhas roxa e azul a partir de 2012.
4) A linha cinza representa juros moratórios calculados como IPCA + 1% ao mês com capitalização simples e sem prévia atualização do principal quando da aplicação da taxa de juros. Nessa metodologia, os juros legais superam apenas a taxa Selic "soma".
5) A linha vermelha, inferior a todas as demais, mostra o crescimento dos acréscimos de mora no regime anterior à Lei n. 14.905/2024, quando a jurisprudência do STJ definia a taxa legal como a Selic com capitalização simples, isto é, a Selic "soma" sem a cumulação com qualquer outro índice de atualização monetária.

Diante do período analisado no Gráfico 1 (mar./1999 a abr./2024), conclui-se que o Anteprojeto estabelece "...um regime legal de juros moratórios cujo ônus financeiro para o titular da dívida seria invariavelmente superior ao ônus que o mesmo devedor suportaria com a aplicação da Selic 'soma'."

No entanto, comparando o Anteprojeto ao regime da Lei n. 14.905/2024 (IPCA + Selic real "multi" atualizada), a redação proposta para o art. 406 do CC geraria encargos moratórios superiores àqueles suportados atualmente pelo devedor somente quando houvesse a capitalização composta dos juros de 1% ao mês.

Diante dessas conclusões parciais, uma segunda análise gráfica pode ser realizada, descartando-se as taxas acumuladas com crescimento destoante das demais, mantendose somente as linhas azul, roxa e marrom, com o acréscimo da Selic "multi". Observa-se no Gráfico 2 a seguir como os regimes legais de juros moratórios do Anteprojeto e da Lei n. 14.905/2024 se comparam à Selic aplicada para o pagamento dos juros da dívida pública mobiliária:

GRÁFICO 2 – JUROS LEGAIS: ANTEPROJETO VS. LEI N. 14.905/2024 *VS.* SELIC COMPOSTA (MULTI)



Fonte: Elaboração própria.

Dadas a forma e o crescimento das linhas no Gráfico 2, pode-se verificar o seguinte:

1) Durante a maior parte do período da mora, somente a linha roxa (IPCA + Selic real "multi" atualizada) superava a linha laranja (Selic "multi"), correspondente aos juros calculados pela taxa Selic com capitalização composta, a qual remunera os credores da dívida pública mobiliária.
2) No segundo semestre de 2018, a linha laranja (Selic "multi") é superada pela linha azul (IPCA + 1% a.m. composta), que segue crescendo até superar também a linha roxa (IPCA + Selic real "multi" atualizada) a partir de 2020.
3) A linha marrom (IPCA + 1% a.m. simples e atualizada) manteve-se abaixo da linha laranja (Selic "multi") durante quase todo o período. Entre os segundos semestres de 2021 e 2023, o crescimento da linha marrom superou os juros da Selic "multi", embora tenha novamente se rebaixado no final do período da mora.

Considerando o período contemplado no Gráfico 2, comparando-se todos os regimes e metodologias para os juros legais de mora, pode-se concluir que o ônus financeiro do devedor mo-

roso seria superior à remuneração dos títulos públicos federais somente quando aplicada uma taxa legal na forma (i) IPCA + Selic real "multi" atualizada ou (ii) IPCA + 1% a.m. composta.

CONCLUSÃO: JUROS E CUSTO DE OPORTUNIDADE

Na introdução deste artigo, perguntou-se o quão próximos estariam os juros moratórios calculados segundo uma taxa fixa de 1% daqueles calculados com base na Selic real. A análise gráfica realizada demonstrou que o regime de juros legais previsto no Anteprojeto se aproxima do regime da Lei n. 14.905/2024 somente se a redação proposta para o art. 406 do CC for interpretada como juros moratórios legais de 1% ao mês com capitalização composta.

Além disso, em qualquer desses dois regimes (IPCA + Selic real "multi" atualizada ou IPCA + 1% a.m. composta), os encargos da mora representam um ônus financeiro maior do que a remuneração que se obteria com o pagamento de juros pela Selic "multi", ao menos nos últimos anos do período analisado.

Sendo assim, poder-se-ia admitir neste artigo que a taxa básica de juros é uma *proxy* razoável do custo de oportunidade do devedor solvente,[18] isto é, aquele devedor que prefere descumprir sua obrigação para aplicar o capital correspondente à prestação em títulos públicos, por exemplo. Entende-se daí que o pagamento tempestivo realizado por aquele devedor, evitando assim sua mora, teria um custo associado também à oportunidade perdida de auferir rendimentos de juros em aplicações financeiras livres de risco.

Se o regime no Anteprojeto realmente previr IPCA + 1% a.m. composta no cálculo dos encargos moratórios, então a reforma do CC poderia diminuir o custo de oportunidade do devedor solvente, visto que sua mora não seria uma escolha (racional) economicamente vantajosa. Isto é, o descumprimento voluntário da obrigação criaria um ônus financeiro superior aos rendimentos de juros, sob a taxa básica, que o devedor obteria no período da mora. Nesse caso, o Anteprojeto criaria incentivos ao pagamento e à autocomposição, podendo reduzir o tempo dos processos para cobrança de dívidas civis.

Deve-se reconhecer, contudo, que no texto do art. 406 no Anteprojeto não há um permissivo legal específico para a cobrança de juros moratórios com capitalização composta, tal como chegou a exigir a jurisprudência do STJ.[19] No entanto,

18 A despeito da premissa adotada, é verdade que uma taxa de juros livre de risco, como a nossa Selic em títulos públicos, seria mais adequada ao se tratar de indivíduos na condição de devedores solventes. Nesse sentido, cf. Keir e Keir (1983, p. 152). É muito discutível se a taxa Selic é ou deveria ser a medida do custo de oportunidade do capital para empresas ou outras pessoas jurídicas no Brasil.

19 Cf. STJ, REsp n. 775.383-RJ, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10.08.2006 ("Código Civil vigente, por sua vez, prevê a possibilidade de capitalização anual dos juros quando dispõe sobre o mútuo em seu art. 591. Contudo, com relação aos juros moratórios legais, não há qualquer previsão legal para a sua capitalização, seja ela em qualquer periodicidade. [...] Portanto, por não haver previsão legal específica para a capitalização dos juros moratórios legais, não pode ser esta admitida").

uma melhor compreensão dos efeitos financeiros das diferentes interpretações e metodologias de cálculo, à luz do exercício aqui conduzido, pode motivar uma alteração da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

KEIR, John C.; KEIR, Robin C. Opportunity cost: A Measure of Prejudgment Interest. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 39, n. 1, p. 129-152, 1983.

SALAMA, Bruno M.; BARBOSA Jr., Alberto L. Análise jurídico-econômica dos juros legais de mora: **Jota**, 12 jul. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/analise-juridico-economica-dos-juros-legais-de-mora-12072024. Acesso em: 15 jul. 2024.

WALD, Arnold. A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 136, p. 46-61, 1979.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

O instrumento público notarial na proposta de reforma dos artigos 108 e 215 do Código Civil: avanços e retrocessos

The notarial public instrument in the Preliminary Draft Reform of Articles 108 and 215 from the Brazilian Civil Code: Advances and setbacks

AUTOR | AUTHOR

Alexandre Gonçalves Kassama

MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). TABELIÃO EM SÃO PAULO. MEMBRO DA ACADEMIA NOTARIAL AMERICANA.

RESUMO

O presente estudo visa analisar as propostas da Comissão de Revisão do Código Civil com relação aos arts. 108 e 215, os quais tratam, respectivamente, das hipóteses de obrigatoriedade do instrumento público e de sua breve caracterização e efeitos. Como se verá, a proposta relativa ao art. 108 merece aplausos, demonstrando conhecimento da função notarial para além do senso comum que normalmente permeia o debate sobre os seus custos. Por sua vez, a proposta do art. 215 não teve o mesmo cuidado, acabando por se desviar da doutrina notarial e do direito comparado mundial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito notarial, escritura pública, forma legal, prova plena.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the proposals of the Civil Code Revision Commission concerning Articles 108 and 215, which respectively deal with the cases where a public instrument is mandatory and its brief characterization and effects. As will be seen, the proposal related to Article 108 deserves applause, demonstrating an understanding of the notarial function beyond the common sense that usually permeates the debate about its costs. In turn, the proposal for Article 215 did not receive the same care, ultimately deviating from notarial doctrine and comparative law worldwide.

KEYWORDS

Notarial law, public deed, mandatory form, full proof.

INTRODUÇÃO

O presente texto visa analisar as propostas de reforma dos arts. 108 e 215 do Código Civil (CC) apresentadas pela Comissão de Juristas do Senado Federal.[1] Os referidos artigos tratam, respectivamente, sobre as hipóteses de obrigatoriedade do instrumento público notarial (art. 108) e sobre sua breve caracterização (art. 215).

Como se verá, a proposta referente ao art. 108 demonstra uma visão adequada da atividade notarial, livre de argumentos pré-fabricados relativos ao custo da escritura pública, e busca encontrar sua verdadeira função na promoção da regularização imobiliária. Se aprovada, reverterá em benefício de toda a população, especialmente a mais carente.

No entanto, o mesmo cuidado não foi verificado na proposta do art. 215, a qual confunde conceitos processuais e notariais, chegando ao ponto de igualar a eficácia do instrumento público notarial à do documento particular (proposta do art. 219), denotando pouco apreço à doutrina especializada.

1. O ART. 108: JUSTIFICATIVA ECONÔMICA DA INTERVENÇÃO NOTARIAL

A proposta do novo art. 108 traz a seguinte redação:

> Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis.
> § 1º Os emolumentos de escrituras públicas de negócios que tenham por objeto imóvel com valor venal inferior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País, terão os seus custos reduzidos em cinquenta por cento.
> § 2º Em caso de dúvida e para as finalidades deste artigo, o valor do imóvel é aquele fixado pelo Poder Público, para os fins fiscais ou tributários.

Cotejando analiticamente a proposta com a atual redação do dispositivo, verifica-se que a única alteração em seu *caput* é a extirpação da parte final, que atualmente assenta a obrigatoriedade da escritura para "imóveis de valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país".

1 Nomeada pelo ato n. 11/2023 da Presidência do Senado Federal.

Igualmente, os novos parágrafos propostos limitam-se a fornecer um desconto nos custos das escrituras para imóveis de baixo valor (retornando o marco de "30 salários mínimos" para receber o desconto – § 1º) e a fixar um padrão de valoração ("fixado pelo Poder Público para os fins fiscais ou tributários" – § 2º), donde se extrai que toda a alteração se volta à análise da necessidade ou não de intervenção notarial ante uma ponderação econômica de seus custos.

A fixação de um valor mínimo a partir do qual as transações imobiliárias exigiriam a escritura pública é histórica em nosso sistema, já dispondo o art. 134, inc. II, do Código Civil de 1916 (CC/1916) que a escritura seria obrigatória apenas para "imóveis de valor superior a um conto de réis".[2]

Comentando a referida previsão, Clóvis Beviláqua (1976, p. 392) apontou que "O Código Civil, mantendo os traços gerais do direito anterior, nesta matéria, introduziu-lhe todavia, algumas alterações secundarias. Quanto ao valor dos bens imóveis, cuja alienação pede escritura pública, era de duzentos mil réis, passou a ser de um conto de réis".

Em verdade, o limite a partir do qual a escritura se torna obrigatória para a transação tem origens ainda mais longínquas, compondo efetiva herança de nossa tradição jurídica, já constando das Ordenações Filipinas o valor de 4 mil réis, para bens de raiz, e 60 mil réis, para bens móveis (Livro III, Título LIX), tendo, posteriormente, Trigo de Loureiro apontado para sua obrigatoriedade apenas nos "contratos de compra e venda de bens móveis, cujo valor exceder a três mil cruzados" (Alvará de 30 de outubro de 1793, que ampliou, relativamente ao Brasil, a Ord. Liv. 3, tit. 59); "contratos de compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder a duzentos mil réis (Lei n. 840, de 15 de setembro de 1855)" (Loureiro, 1871, p. 221).

Analisando a legislação lusitana ulterior às Ordenações, também previu o revogado Código Seabra a necessidade de escrituras para doações e vendas de bens imóveis somente a partir de 50 mil réis (arts. 1459 e 1590 do referido CC português).

Essa limitação de valores, histórica e tradicional no ordenamento brasileiro e português, parece, contudo, não encontrar paralelo em outros sistemas, não a tendo encontrado Eduardo Espínola no Código de Obrigações suiço, no CC alemão, argentino, uruguaio, chileno ou venezuelano (Lacerda, 1923, p. 184-187), aos quais somaríamos também a legislação espanhola, peruana, colombiana e outras.

2 Valor que foi subsequentemente atualizado para dez mil cruzeiros pela Lei n. 1.768, de 1952, e para 50 mil cruzeiros pela Lei n. 7.104, de 1983.

Na tramitação do próprio Código Beviláqua, a proposta original, seguindo o anterior projeto de Coelho Rodrigues, não estabelecia um valor mínimo. A Comissão de Juristas então responsável por sua análise seguiu a opinião de Andrade Figueira pela exigência de escritura para imóveis de qualquer valor, contrariando, assim, Frederico Borges, que propugnava a exigência somente para imóveis superiores a 500 mil réis (Lacerda, 1923, p. 169-171).

O limite de valor de um conto de réis acabou, contudo, sendo estabelecido por emenda parlamentar da Comissão Especial do Senado, que a justificou da seguinte forma: "não só para facilitar esses contratos em lugares onde não seja acessível o notário público, como pela circunstância de considerar que esta soma representa duzentos mil réis em 15 de setembro de 1855, data em que foi estabelecido esse limite".

A proposta da atual Comissão de Juristas, seguindo a tradição dos juristas codificadores de outrora, retoma a ausência de um limite mínimo para a exigência de escritura pública, transformando-a em regra geral para todas as transações imobiliárias,[3] independentemente do valor do bem imóvel a ser transacionado.

Deveras, pela simples aplicação da correção monetária, que serviu de base para a codificação de 1916, ter-se-ia claro que o valor de 30 salários mínimos previsto no atual art. 108 se encontra defasado, devendo ser, em verdade, reduzido, para que se possa encontrar o mesmo *status quo* do momento de sua promulgação em 2002.

De fato, considerando o índice histórico calculado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), com base nos dados de anúncios de venda de imóveis para a cidade de São Paulo (Índice FipeZAP histórico), verifica-se que de junho de 2002 (ano de promulgação do Código e dispositivo que se pretende alterar) a junho de 2015 (último ano do comparativo histórico),[4] a evolução do preço dos imóveis saiu de 36,19 para 199,40, gerando, portanto, uma valorização de cerca de 81,85% em termos nominais. No mesmo período, entretanto, segundo dados do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea)[5] o salário mínimo evoluiu de R$ 200 para R$ 788, ou seja, uma evolução de 74,61%, também em valores nominais.

Considerando somente tais dados, constata-se uma defasagem dos valores dos imóveis em relação ao salário mínimo de cerca de 7,24%, o que resultaria na elevação do teto de dispensa da escritura pública para, no máximo, 32,172 salários mínimos.

3 Ressalvadas as expressas exceções previstas na legislação esparsa, ou, como quer o próprio artigo, "não dispondo a lei em contrário".

4 Disponível em: https://www.fipe.org.br/pt-br/indices/fipezap/#. Acesso em: 10 jul. 2024.

5 Disponível em: http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=1739471028. Acesso em: 10 jul. 2024.

Entretanto, a comparação de 2015 a 2023, segundo a Fipe, mas em tabela específica para imóveis residenciais em São Paulo – vez que a tabela histórica não segmentada foi descontinuada a partir de 2015 –,[6] o valor dos imóveis sai de 199,4 em junho de 2015 para 241,13 em janeiro de 2023, uma valorização de 17,30%. No mesmo período, o salário mínimo salta de R$ 788 para R$ 1.302, novamente divulgado pelo Ipea,[7] um aumento de 39,47%, revertendo, portanto, a suposta defasagem, com um crescimento do valor do salário mínimo 14,93% maior ao crescimento dos valores dos imóveis.[8] Vale dizer, se a intenção fosse, como no CC/1916, atualizar o número de salários mínimos para a dispensa de escritura de acordo com a suposta valorização dos imóveis no país, mantendo a mesma *ratio* da redação originária, seria necessário diminuir o teto previsto para 26,6 salários mínimos para se alcançar a mesma correlação e faixa de valores existente em 2002.

Porém, mais do que o mero cálculo econômico inflacionário, a proposta da Comissão de reforma merece encômios por demonstrar que se compreendeu a escritura como autêntico remédio contra a informalidade imobiliária – a atingir sobretudo os mais carentes.

Em uma sociedade ainda dominada pela proteção possessória em detrimento da formalização proprietária,[9] o notário atua como um agente catalisador da reposição do capital inservível (posse) ao circuito de fomento econômico (propriedade-crédito).

Basta se recordar que a própria origem do sistema de regulação de propriedade formal, além de uma proteção possessória, decorre das necessidades econômicas do crédito em encontrar bens cujo *status* jurídico pudesse ser facilmente verificado (Vanzela, 2012).

Nesse sentido, o chamado "registro hipotecário" formou historicamente o protótipo de registro imobiliário em nosso ordenamento (Lei n. 317, de 21 de outubro de 1843). Ademais, é esse, até hoje, o nome da disciplina que estuda em diversos países – como na Espanha – as atribuições do que no Brasil se convencionou chamar "registro de imóveis" (Lago, 2020).

Ora, para a proteção da posse, não se faz necessário um registro formal. Para a sua transmutação em algo apto juridicamente a servir de lastro econômico para as incursões do crédito, nada mais eficaz do que a instituição notarial. Conforme Mattei,

6 Disponível em: https://www.fipe.org.br/pt-br/indices/fipe-zap/#indice-mensal. Acesso em: 10 jul. 2024.

7 Disponível em: http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=1739471028. em: 10 jul. 2024.

8 Ao menos para a cidade de São Paulo.

9 Tratando da hipertrofia da eficácia do compromisso de compra e venda, Rafael Vanzella assim destaca: "por trás desse contrato, estão os interesses de uma sociedade que tende a privilegiar uma regulação 'possessória' em detrimento de uma regulação 'proprietária' do território nacional" (Vanzella 2012, p. 329). Ainda como referência nessa tutela que considera a posse e o uso do imóvel como cumprimento do contrato de compra e venda imobiliária, v. Azevedo Jr. (2013).

> O ponto-chave de todo sistema de registro imobiliário é a controlabilidade e confiabilidade dos acessos. Uma vez que a certeza é o aspecto-chave de um bom sistema de transferência imobiliária capaz de favorecer a circulação dos bens, é absolutamente essencial a confiança naqueles que detêm, por assim dizer, a chave de acesso. Hoje, a concessão do acesso ao essencial "bem comum nacional da certeza imobiliária", fortemente gerador de riqueza, é controlada no número e nas características do sistema de seleção, controle e sanção do notariado (2013, p. 7, tradução nossa).

Nessa toada, recentes estudos têm demonstrado que a presença do notário na transação imobiliária possui efeitos positivos a todo o mercado e um custo menor do que a de seus potenciais equivalentes funcionais (Kassama, 2024).

Diferentemente do que se pode inicialmente imaginar em uma análise superficial do tema, a ausência do custo da escritura pública não gera, automaticamente, um mercado isento de qualquer custo, sobretudo em um âmbito repleto de agentes intermediários e de assimetrias informacionais, como o mercado imobiliário. Na realidade, a ausência do notário, conforme demonstra a experiência internacional (Morandi, 2005) e até mesmo nacional,[10] é geralmente substituída por outros prestadores de serviço sem regulação, que tendem a oferecer um produto de menor qualidade, tornando a transação mais lenta e com custos mais elevados – os quais, muitas vezes, são totalmente absorvidos pela parte economicamente mais fraca na relação.

Analisando os dados do Relatório *Doing business* do Banco Mundial sobre transmissão imobiliária, Antonio Cappiello demonstra que a intervenção notarial forte aportou melhores resultados em todos os quesitos investigados, quais sejam, número de procedimentos necessários para a transferência, qualidade da transferência, velocidade e seus custos econômicos (Cappiello, 2020, p. 6-7).

Além disso, a intervenção notarial mostrou-se especialmente importante para países populosos e desiguais, o que o autor associa a uma maior complexidade da sociedade e a necessidade de uma intervenção imparcial para mitigar as assimetrias informacionais. Assim:

> Isso significa que o papel dos notários certamente ajuda na maioria das economias a alcançar os objetivos mencionados pelo Banco Mundial, especialmente nos contextos em que a cer-

10 Recorde-se a famosa taxa "Sati" (Serviço de Assessoria Técnica Imobiliária), tradicionalmente cobrada em torno de 0,85% do valor das transações imobiliárias para que os advogados de incorporadoras pudessem elaborar os contratos da transação. A (i)legalidade de sua cobrança foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 938, julgado em 2016. Apesar da vedação da cobrança, ela ainda é encontrada em alguns casos na prática imobiliária.

> teza jurídica é assegurada de forma preventiva, evitando inconvenientes para todos os setores conectados do sistema do país (por exemplo, aliviando o peso dos tribunais e reduzindo os custos e danos para os cidadãos e operadores econômicos). Além disso, no caso de países com desequilíbrios mais evidentes e assimetrias de informação entre os agentes envolvidos nas transações, os notários representam um guia e uma garantia indispensáveis para superar as barreiras culturais e apoiar e proteger as partes vulneráveis (Cappiello, 2020, p. 7, tradução nossa).

De fato, a escritura só não demonstrou a mesma performance positiva em um pequeno grupo de países com renda *per capita* acima de 45 mil dólares e, em geral, com diminuta população (menos de 10 milhões), o que representa menos de 7% do total de países analisados na pesquisa do Banco Mundial.

Considerando que o Brasil está longe de alcançar tais padrões e que a maior parte da população ainda se encontra premida pela mera tutela possessória,[11] trazer a atuação notarial para todos os imóveis, abrangendo, conforme a novidade proposta, aqueles de menor valor, proporcionará verdadeira tutela ao patrimônio comum da certeza imobiliária para toda a sociedade brasileira (Silva Filho, 2023). No entanto, isso beneficiará, especialmente, a parcela mais pobre, a qual, de outra sorte, ficaria à mercê, como atualmente fica, de outros atores privados sem qualquer interesse público, que tenderiam ao domínio oligopolístico do mercado em detrimento da parte hipossuficiente (Murray; Stürner, 2010, p. 153).

2. O ART. 215: CONFUSÃO ENTRE PROVA PLENA E PRESUNÇÃO PROBATÓRIA. DOUTRINA PROCESSUAL E NOTARIAL

O acerto referente ao art. 108 não se repetiu, todavia, no projeto da Comissão de Juristas para a reforma do art. 215, que traz a seguinte redação:

> Art. 215. A escritura pública lavrada em notas de tabelião, *inclusive a eletrônica*, é documento dotado de fé pública, fazendo prova *com presunção relativa de existência e validade do que nela estiver declarado*. § 1º: III – nome, *filiação*, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessária, do

11 Branco, Ana Paula. Falta de escritura atinge mais de 40 milhões de imóveis. Cerca de 60% das unidades habitacionais estão irregulares. *Folha de S.Paulo*, 13 jul. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/07/falta-de-escritura-atinge-mais-de-40-milhoes-de-imoveis-veja-o-que-fazer.shtml. Acesso em: 10 jul. 2024.

> regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge ou do convivente; § 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo, *sem prejuízo de o tabelião providenciar-lhe assinatura eletrônica* (grifo nosso).

A parte destacada traz as alterações em relação à atual redação.

A menção à escritura pública "eletrônica" e à assinatura "eletrônica" não parece trazer grandes novidades, uma vez que trata do substrato material por meio do qual se formaliza o ato jurídico, sendo que a organização do trabalho notarial já passou por outras evoluções tecnológicas – como a da forma manuscrita para a forma impressa – sem que tal tenha causado maiores alterações na lei civil. Em verdade, a menção de tais possibilidades no art. 215 só se faz pertinente como recordação para uma eventual regulação mais minudente em foros adequados (como na Lei dos Notários, Lei n. 8.935/1994, ou na Lei de Assinaturas Eletrônicas, Lei n. 14.063/2020).

Por sua vez, a proposta peca quando retira a "filiação" do final do inc. III do § 1º, como atualmente constante, para incluí-la entre os elementos obrigatórios de qualificação da parte. É que a filiação não é, nem nunca foi, elemento de identificação, sendo inserida somente "quando necessário", ou seja, quando, por exemplo, as partes não se encontram munidas dos pertinentes documentos de identificação. Nesse sentido, ela não deve ser incluída, inclusive em decorrência de preocupações com a Lei Geral de Proteção de Dados, entre os elementos sempre obrigatórios, mas somente entre aqueles eventualmente necessários, sendo mais técnica e próxima à doutrina notarial e registral a redação atual do Código.

O grau da necessidade de uso da filiação como elemento de identificação é apontado pelo art. 176, § 1º, inc. III, 2, b, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o qual determina que a identificação das partes se faça no folio real da seguinte forma: "tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação".

Como se pode observar, os requisitos da escritura pública dialogam diretamente com aqueles presentes para suprir o princípio da especialidade subjetiva no registro de imóveis. E justamente para este último tem-se que a filiação é requisito

supletivo, utilizado para a adequada identificação da parte quando ausentes os documentos de identificação. É por isso que a redação originária do art. 215 determina que a filiação seja utilizada somente "quando necessário", e não sempre, como requisito de qualificação das partes, dialogando direta e sistematicamente com a legislação registral, sendo, assim, mais técnico e adequado o artigo atual.

No entanto, para além de tais questões "menores", a principal crítica que se tem ao dispositivo é a eliminação da chamada "prova plena", e de sua intrínseca ligação ao instrumento notarial, do ordenamento jurídico.

Suprimindo o termo do atual art. 215, deixa de haver qualquer referência na legislação brasileira à "prova plena", com isso, a proposta acaba divorciando o sistema brasileiro daquele seguido em mais de 80 países, todos sectários do desenvolvimento do chamado notariado do tipo "latino", os quais contam expressamente com a menção à prova plena em relação aos atos notariais.[12]

Ainda mais, é a especial eficácia do documento público que fundamenta a distinção entre documentos públicos notariais e privados, a qual não é conhecida em países que não outorgam ao instrumento notarial qualquer mais valia em relação às provas documentais em geral.

Talvez sem perceber, a proposta de reforma acaba aproximando o sistema processual brasileiro do sistema anglo-saxão. Porém, isso ocorre em um momento em que o próprio *common law começa a reconhecer* nos instrumentos públicos notariais uma prova de especial relevância e utilidade social. A Civil Procedure Rule n. 32, 20 do Reino Unido estabeleceu, pela primeira vez, uma distinção entre o documento autêntico e o documento particular nos seguintes termos: "Um ato notarial pode ser recebido como prova sem necessidade de validações ulteriores".[13]

E é exatamente como prega agora a lei inglesa que se deve entender o conceito de "prova plena": é uma prova em si bastante, enquanto a prova particular pode ser sempre avaliada em um contexto maior. Para se afastar a presunção gerada pela prova notarial, faz-se necessário, antes, destruir a própria fé pública por meio do competente incidente ou da ação de falsidade. Até que isso ocorra, tem-se a "prova plena".

O assunto não era desconhecido dos clássicos.

Alcino Pinto Falcão, comentando julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em caso em que não se considerou como justo título para usucapião escritura não assinada pelas

12 V. por ex., arts. 350 e 351 do Código de Processo Civil uruguaio.

13 No original: "A notarial act or instrument may be received in evidence without further proof as duly authenticated in accordance with the requirements of law unless the contrary is proved".

14 O traslado é espécie de "primeira certidão" da escritura. Nenhuma parte tem, no sistema do notariado latino, as escrituras originais, as quais ficam arquivadas pelo notário em seus livros, expedindo-se apenas cópias, as "certidões". O tema, que hoje não causa maiores transtornos, é fonte de diversos julgados ante a eventual divergência do traslado e da escritura em tempos em que a tecnologia rudimentar obrigava a cópia manuscrita da própria escritura, com consequentes erros, conferências, e reconferências, vindo daí, inclusive, o termo "concertado" ainda presente na legislação processual penal (v. art. 587, p. único e art. 641 do Código de Processo Penal), pelo qual se conferia, a quatro mãos, um traslado de outra peça.

partes, embora tais assinaturas tivessem constado do primeiro traslado,[14] assim se manifesta:

> Esse julgado, de parcimoniosa fundamentação, merece ressalva: só se ficasse provada a prática de crime de falsidade (não terem comparecido as partes ao tabelião e não terem prestado declaração alguma) é que a solução do julgado estaria certa. Questão de prova de prática de ilícito, mesmo porque uma escritura pública não pode ser invalidada quando não há provas robustas de fraude do ato (Falcão, 1959, p. 269).

Igualmente, com Pontes de Miranda (2012, p. 459-460):

> Se não é nula a escritura, tem a presunção de ser verdadeiro o seu conteúdo, inclusive quanto à vontade dos figurantes, e de se terem observado as regras jurídicas sobre forma [...] e em qualquer ação de anulação o ônus da prova vai ao autor, e não ao réu.

A ligação do instrumento público notarial à verdade a ser processualmente provada, sem necessidade de ulteriores dilações, tem origens romanas, e já nas Novelas[15] determinava-se que o instrumento assinado por tabelião poderia ser suficiente para sua prova em juízo, enquanto os documentos particulares, como até hoje se tem em relação a títulos executivos, deviam sempre vir acompanhados de testemunhas.

A rigor, a falta de "fé pública" do documento particular faria com que, em caso de contestação, as testemunhas viessem a ser necessariamente chamadas a juízo, e, ocorrendo seu perecimento, deixasse de ter eficácia qualquer presunção do documento. No limite, o documento particular, para ter eficácia, dependeria da força da prova testemunhal. O tabelião, por si, era a testemunha pública privilegiada que redigia a verdade comum a ser aceita por todos até a eventual destruição da fé pública em uma ação jurisdicional específica (Adrados, 2023, p. 93).

Destarte, o termo "prova plena" jamais se referiu ao grau da presunção – se absoluta ou relativa – gerada pelo instrumento público, mas, antes, ao valor da fé pública nele impresso, significando, com isso, que se trata de um instrumento em si suficiente, não necessitando de complementação de outros documentos para demonstrar aquilo que declara, não se fazendo, nesses termos, recomendável a sua substituição por um conceito de presunção que não tem relação com o seu significado.

15 Nov. 76, 2 (testemunhas para validar o documento particular) e 76, 7 (possibilidade de validação do documento notarial sem testemunhas).

Como ensina o clássico estudo de Eduardo Couture:

> A expressão "de plena fé" pode ser entendida como uma medida de eficácia probatória: a eficácia probatória plena. O que é comprovado por meio de um instrumento que mereça plena fé não necessita de outra prova. [...] Este é o aforismo clássico de Dumoulin: "instrumenta publica probant re ipsa" (2011, p. 43, tradução nossa).

Ademais, ao incorporar ao instrumento público o conceito de presunção relativa, a proposta de reforma acaba por igualá-lo, ao menos na interpretação gramatical, ao instrumento particular datado e assinado pela parte, tratado no subsequente art. 219, ao qual também se atribui "presunção relativa" de verdade. Isso gera perplexidade, pois parece ignorar a própria função do notário público na confecção da escritura, o que não parece ser a intenção da própria Comissão, tendo em vista o que foi proposto no anteriormente comentado art. 108.

Em síntese, seja porque o conceito de prova plena não está relacionado ao grau de presunção gerado pelo instrumento, seja pela tradição histórica e pelo direito comparado do termo em relação ao direito notarial, seja, por fim, pela necessidade lógica de se distinguir bem os instrumentos público e particular, seria preferível a manutenção da redação original do *caput* do art. 215, que se referia simples e tradicionalmente à "prova plena".

REFERÊNCIAS

ADRADOS, Antonio Rodríguez. **Princípios Notariais**. Tradução Gabriela Saciloto Cramer. Diadema: JS Gráfica, 2023.

AZEVEDO JR., José Osório. **Compromisso de compra e venda**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. (v. I).

CAPPIELLO, Antonio. Doing Business Report and Real Estate Transfers: Far Better with Legal Controls and Notarial Guarantee. Legal Empowerment is a Key Factor at Global Level, Especially in Developing Economies of Africa. **Working Papers** 20/079, European Xtramile Centre of African Studies (EXCAS), 2020.

COUTURE, Eduardo Juan. **El concepto de fe pública**. Lima: Gaceta Notarial, 2011.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959.

KASSAMA, Alexandre Gonçalves. Os custos da escritura pública – e da falta dela: ciência e senso comum na análise econômica do notariado – Parte 1. **Migalhas**, 8 maio 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/406775/custos-da-escritura-publica-e-analise-economica-do-notariado. Acesso em: 10 jul. 2024.

LACERDA, Paulo (coord.). **Manual do Código Civil Brasileiro**. Vol. III. Parte Terceira. Parte Geral. Dos factos jurídicos – arts. 129 a 144. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.

LAGO, Ivan Jacopetti do. História do Registro de Imóveis. *In*: PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida (coord.). **Coleção Direito Imobiliário**. São Paulo: RT, 2020. (v. 1).

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1871. (tomo I).

MATTEI, Ugo. **Il risparmio immobiliare privato**. Bene comune certezza. Roma: Bancaria Editrice, 2013.

MORANDI, Eliana. Il Notaio: alternativa civilistica alla 'title insurance'?. *In*: XLI CONFRESSO NAZIONALE DEL NOTARIATO. **Civil Law - Common Law**. Siviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi. Pesaro, 18-21 set. 2005. p. 221-264.

MURRAY, Peter; STURNER, Rolf. **The Civil Law Notary**: Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies. Munique: C.H. Beck, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo III. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Atualização Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.

SILVA FILHO, Osny da. A qualificação do consensualismo: escritura pública e colaboração notarial. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 160, p. 7-13, dez. 2023.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O Contrato e os Direitos Reais**. São Paulo: RT, 2012.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Teoria da aparência na reforma do Código Civil: a proposta de introdução do artigo 116, parágrafo único, e a imputabilidade da aparência de representação

Theory of appearance in the Reform of the Brazilian Civil Code: the draft for the introduction of article 116, sole paragraph, and the imputability of the appearance of representation

AUTOR | AUTHOR

André Nunes Conti

DOUTORANDO E MESTRE (*LL.M.*) EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT DE MUNIQUE. ADVOGADO EM SÃO PAULO.

RESUMO

O anteprojeto de reforma do Código Civil pretende disciplinar a aplicação da teoria da aparência no contexto do instituto da representação. No entanto, o parágrafo único que, com esse fim, se pretende introduzir no art. 116 deixa sem resposta a única questão realmente necessitada de solução pelo legislador, pois ele não esclarece qual é o critério de imputação que permite impor a alguém a responsabilidade pela atuação de um falso representante. Seria conveniente modificar sua redação para esclarecer que esse critério de imputação é o dolo e que, portanto, como regra geral, é apenas nos casos de outorga de poderes por tolerância que alguém pode ficar vinculado a negócios celebrados por um falso representante. Se o pretendido parágrafo único do art. 116 não for modificado para conter esse esclarecimento (ou pelo menos para fixar de forma clara algum outro critério de imputação), é melhor que ele seja suprimido do anteprojeto, pois a introdução de uma norma ambígua provocaria uma confusão maior do que a que já reina enquanto a teoria da aparência ainda precisa ser aplicada à situação da representação por meio da interpretação sistemática de outras normas vigentes.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria da aparência, representação aparente, falso representante, mandato tolerado, imputação.

ABSTRACT

The draft reform of the Brazilian Civil Code intends to regulate the application of the theory of appearance to the cases of agency. However, the new paragraph to be inserted in Article 116 for this purpose leaves unanswered the only question that really needs to be addressed by the legislator, since it does not clarify what is the imputation criterion that makes it possible to impose liability on someone for the acts of an agent without authority. It would be advisable to modify the wording of the proposed new rule in order to make it clear that the required imputation criterion is intent and that therefore, as a general rule,

it is only in the case of the granting of authority by acquiescence that someone can be bound by the transactions concluded by an agent without authority. If the proposed sole paragraph of Article 116 is not amended to include this clarification (or at least to clearly establish some other criterion of imputation), it would be better to eliminate it from the draft, since the introduction of an ambiguous rule would create more confusion than already exists now, when the theory of appearance still has to be applied to the cases of agency through the systematic interpretation of other rules already in force.

KEYWORDS
Theory of appearance, apparent authority, agent without authority, authority by acquiescence, imputation.

Silence is golden when you can't think of a good answer.
— Muhammad Ali

1. A PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

O projeto de reforma do Código Civil propõe que se crie a seguinte norma:

> Art. 116, parágrafo único. A manifestação de vontade proveniente de representante aparente pode ser considerada eficaz com relação a terceiros de boa-fé, desde que existam elementos razoáveis para se concluir pela legitimidade do signatário, agindo em nome de outrem.

Na parte intitulada "Justificação", o Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil fundamenta a criação dessa norma dizendo apenas que "no art. 116, foi inserido parágrafo único, para prever a aplicação da teoria da aparência à situação da representação". Assim, à falta de explicações mais substanciosas por parte dos seus redatores, a norma precisa ter seu sentido extraído de sua literalidade.

Por uma interpretação literal, ela lista três requisitos para que alguém se veja vinculado ao negócio celebrado por um falso representante: (**i**) a atuação do falso representante em nome do suposto representado; (**ii**) a boa-fé do terceiro com quem o falso representante vem a contratar; e (**iii**) certos "elementos razoáveis para se concluir pela legitimidade do signatário".

Esse terceiro elemento é o ponto central da norma. Essa é a questão que precisava ser decidida com clareza pelo legis-

lador. No entanto, surpreendentemente, o legislador preferiu conformar-se com uma formulação vaga e deixar a questão sem resposta. Em vez de fixar o critério que permite a vinculação do suposto representado ao negócio celebrado pelo falso representante, a norma limita-se a enunciar o óbvio e observar que para tanto deve haver "elementos razoáveis", sem dizer quais são esses elementos. Dessa forma, o legislador realmente acabou por "prever a aplicação da teoria da aparência à situação da representação", como constou no Relatório Final do projeto de reforma, mas se absteve de enfrentar o verdadeiro problema relativo a quais são os pressupostos de aplicação dessa teoria.

Em uma primeira leitura, a formulação da norma, empregando o sujeito indeterminado em "para se concluir", poderia dar a impressão de que os "elementos razoáveis" por ela exigidos são circunstâncias da contratação que autorizam o terceiro contratante a concluir que o falso representante age com legitimidade, por ter poderes. Ocorre, porém, que essa exigência já está contida no requisito de que o terceiro esteja de boa-fé, pois sua boa-fé consiste justamente na crença fundamentada de que o falso representante age com poderes. Considerando que a lei deve ser interpretada de modo a não conter partes inúteis ou redundantes, a previsão da necessidade dos "elementos razoáveis" deve ter outro sentido.

Na verdade, esses "elementos razoáveis para se concluir pela legitimidade do signatário" só podem servir, não para convencer o *terceiro* de que o falso representante atua com legitimidade, mas para convencer o *juiz* de que o suposto representado pode legitimamente ser atingido pelos efeitos da atuação do falso representante. Nos termos em que a doutrina formula a teoria da aparência, esse terceiro pressuposto de aplicação do aventado art. 116, parágrafo único, do Código Civil corresponde à exigência de *imputação da aparência* de legitimidade do falso representante ao suposto representado (Adamek; Conti, 2021, p. 670; Mota Pinto, 1993, p. 615). Trata-se do pressuposto indispensável para responder à pergunta: O que é que o suposto representado tem a ver com a atuação de um falso representante que sai agindo em seu nome?

A boa-fé do terceiro que contrata com o falso representante é irrelevante para essa questão, pois, dizendo respeito apenas à situação de interesses do terceiro, ela não é apta a estabelecer nenhum vínculo entre a atuação do falso representante e o suposto representado e, assim, justificar que os interesses deste sejam atingidos pelas consequências daquela atuação (Adamek;

Conti, 2021, p. 670). Antes, a doutrina, ao construir a teoria que o art. 116, parágrafo único, agora procura introduzir no Código Civil, normalmente exige pelo menos um de dois critérios para a imputação da aparência de poderes e, pois, da atuação do falso representante ao suposto representado. Esses critérios são o dolo e a culpa, que caracterizam as situações normalmente designadas, respectivamente, como "mandato tolerado" e "mandato aparente".

2. CONTEXTO DOGMÁTICO DO AVENTADO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL: MANDATO TOLERADO E MANDATO APARENTE

Conforme visto, o art. 116, parágrafo único, foi inserido no projeto de reforma do Código Civil com a intenção de prever a aplicação da teoria da aparência às hipóteses de representação. A teoria da aparência, como parte da mais abrangente teoria da responsabilidade pela confiança (Canaris, 1971; Singer, 2017, p. 425, 427), visa a conferir proteção a terceiros de boa-fé que acreditam na falsa aparência de uma situação jurídica. Aplicada às hipóteses de representação, essa teoria lida com os casos em que alguém vem a contratar com um falso representante sem ter conhecimento de que ele carece de poderes para agir em nome do suposto representado.

Em uma situação normal de representação, a atuação negocial do representante é imputada ao representado em virtude dos poderes de representação conferidos ao primeiro (CC, art. 116, *caput*). Esses poderes podem ser conferidos por lei ou por negócio jurídico. O negócio jurídico unilateral que outorga poderes de representação pode ser celebrado por escrito (hipótese em que se denomina "procuração"), mas não há uma exigência geral de forma escrita para sua validade (CC, art. 656), e ele pode até mesmo ser celebrado por comportamento concludente (Comparato, 1998, p. 42; Pontes de Miranda, 2012, p. 325; Mattia, 1999, p. 98; Maia Jr., 2004, p. 112; Carvalho de Mendonça, 1957, p. 199). Além disso, o negócio de outorga de poderes pode estar consubstanciado não apenas em uma declaração dirigida àquele a quem os poderes são conferidos (outorga interna), mas, alternativamente, também em uma declaração dirigida diretamente aos terceiros perante os quais o representante atuará (outorga externa) (Pontes de Miranda, 2012, p. 330-331). Em qualquer caso, os poderes de representação conferidos ao re-

presentante são o critério que permite imputar a atuação deste ao representado. Se o representante atua sem poderes, está-se diante da figura do falso representante, a cuja atuação se aplicam as regras da gestão de negócios (CC, art. 665).

No entanto, há casos excepcionais em que um terceiro vem a contratar com alguém que, sem ter poderes, age em nome de outrem e merece ser protegido por regras mais favoráveis que as da mera gestão de negócios. Esses são casos em que o terceiro está de boa-fé, ou seja, em que ele confia honestamente na aparência de que o representante tem poderes e, portanto, tem uma legítima expectativa de que o negócio celebrado com o aparente representante gerará efeitos para o suposto representado. A regra geral seria: se não há poderes de representação, não está presente o critério necessário para imputar ao suposto representado a atuação do falso representante, e, portanto, não há como atingir o primeiro com os efeitos do que o segundo faz. Assim, o que é que permite abrir uma exceção a essa regra para proteger o terceiro de boa-fé e vincular o suposto representado à atuação do falso representante?

O critério de imputação que viabiliza essa exceção e substitui a efetiva existência de poderes como justificativa para atingir o suposto representado com os efeitos da atuação do falso representante sempre está no fato de que o suposto representado, em alguma medida, não é tão inocente assim.

Por um lado, há casos em que o suposto representado toma conhecimento da atuação do falso representante, deixa o terceiro incidir em erro e não faz nada. Nesses casos, em que o suposto representado age com dolo omissivo em relação ao erro dos terceiros de boa-fé, está-se diante do que a doutrina normalmente denomina "mandato tolerado" – ou, mais propriamente, outorga de poderes por tolerância (Mattia, 1999, p. 127). A rigor, esses são casos em que, na verdade, *há poderes de representação*, pois o silêncio do suposto representado funciona como uma superveniente outorga externa de poderes por comportamento concludente (Adamek; Conti, 2021, p. 655-669; Flume, 1992, p. 828; Vasconcelos; Vasconcelos, 2019, p. 353; Mota Pinto, 2005, p. 551).[1]

Por outro lado, há casos em que o suposto representado não toma, mas poderia tomar conhecimento da atuação do falso representante se empregasse a diligência que dele se pode esperar no tráfego negocial. Esses outros casos, em que o suposto representado age, não com dolo, mas com mera culpa em relação ao erro dos terceiros de boa-fé, são os casos que a doutrina

1 Parte da doutrina sustenta que, mesmo nesses casos, a responsabilidade do suposto representado não seria negocial, fundada em uma verdadeira outorga de poderes, mas legal, fundada nas regras da responsabilidade pela confiança (Canaris, 1971, p. 43; Menezes Cordeiro, 2017, p. 142).

costuma denominar, em sentido estrito, "mandato aparente" ou aparência de representação (Adamek; Conti, 2021, p. 669-680; Canaris, 1971, p. 51-52). Nunca houve consenso sobre se o terceiro de boa-fé realmente deve ser protegido nesses casos por meio de uma vinculação do suposto representado à atuação do falso representante.

No Brasil, a discussão a esse respeito costuma ser pouco profunda. Boa parte dos estudos enfocam quase exclusivamente a boa-fé do terceiro, sem refletir sobre as inconsistências sistemáticas que decorrem de se admitir essa espécie de responsabilidade pré-contratual no interesse positivo fundada em mera culpa do suposto representado.[2] Admitida essa responsabilidade, o suposto representado acaba por ficar definitivamente vinculado a um negócio simplesmente por ter errado com culpa a respeito do fato de que alguém atuava indevidamente em seu nome. Ocorre que essa vinculação definitiva de alguém a um negócio a respeito de cuja celebração se incidiu em erro culposo contradiz tanto o art. 138 do Código Civil (que determina ser meramente provisória essa vinculação, até que eventualmente se exerça o direito de anulação) quanto a sistemática geral da responsabilidade pré-contratual por violação de deveres informacionais (que prevê apenas a responsabilidade no interesse negativo para os casos de violação culposa de deveres informacionais) (Adamek; Conti, 2021, p. 672-673; Comparato, 1998, p. 43).

A doutrina alemã apenas reconhece essa possibilidade de vinculação do suposto representado que age com mera culpa em alguns âmbitos restritos, como o direito comercial e o direito do consumidor, nos quais uma exigência especial de segurança jurídica permite fazer uma exceção tão gravosa à autonomia privada, mas não no direito civil em geral (Neuner, 2023, p. 652).

De qualquer modo, não há, fora desses dois casos, outros critérios que possam ser considerados como "elementos razoáveis" para imputar a atuação do falso representante ao suposto representado. Necessariamente deve haver algum vínculo entre a atuação do primeiro e a vontade do segundo que seja apto a substituir a prévia outorga de poderes de representação: seja um vínculo direto e atual consistente no dolo (que configura uma outorga superveniente), seja um vínculo indireto e potencial consistente na culpa (caso se admita essa polêmica hipótese de vinculação negocial pela aparência culposamente criada). Com efeito, nada justifica impor a uma pessoa o risco de que outra atue em seu nome quando ela nada poderia fazer para evitar

2 Até mesmo a obra clássica de Fábio Maria de Mattia admite a vinculação do suposto representado quando este não tem consciência da atuação do falso representante, e isso apenas ao argumento de que "é iníquo" deixar terceiros de boa-fé desprotegidos (Mattia, 1999, p. 98-102, 131). A maior parte dos autores entende que a vinculação do suposto representado se justifica simplesmente pelo fato de ele ter "contribuído" com sua "conduta" para a boa-fé do terceiro, ainda que sem dolo (Tepedino; Oliva, 2017, p. 33; Schreiber, 2007, p. 255; Kümpel, 2007, p. 249; Ráo, 1994, p. 204; Malheiros, 1978, p. 70-71).

essa atuação indevida nem impedir que terceiros erroneamente a supusessem legítima.

Assim, causa surpresa que, sendo essa a principal questão a ser resolvida quanto à aplicação da teoria da aparência no âmbito da representação, o legislador, ao tratar do assunto, não só tenha deixado de resolver o problema relativo a se o critério de imputação necessário é a culpa ou o dolo, mas até mesmo tenha deixado de se manifestar no sentido de que pelo menos um desses pressupostos deve necessariamente estar presente.

3. APRECIAÇÃO CRÍTICA E PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DO AVENTADO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

Se o aventado parágrafo único realmente vier a ser introduzido no art. 116 do Código Civil, ele precisa ser modificado para que a vaga menção aos "elementos razoáveis" seja substituída por uma determinação concreta do critério de imputação que autoriza impor ao suposto representado as consequências da atuação do falso representante, deixando claro se é necessário o dolo do suposto representado ou se basta sua culpa quanto ao erro em que incorre o terceiro de boa-fé.

A opinião que já defendi em outra oportunidade (Adamek; Conti, 2021, p. 669-680) e que sigo considerando correta é a de que deveria ser fixado como regra geral para o direito privado — o que é o esperado na parte geral do Código Civil, em que a norma seria introduzida — que apenas o dolo do suposto representado é apto a permitir que se lhe impute a atuação do falso representante. Inclusive, os principais casos em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ)[3] e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)[4] aplicam a teoria da aparência à situação de representação são mesmo casos de dolo, ainda que a exigência de dolo não costume ser formulada na ementa dos respectivos acórdãos (Adamek; Conti, 2021, p. 660-669). Os casos de culpa são exceções à regra geral e devem, no máximo, ser construídos *praeter legem* para certas áreas restritas, como o direito do consumidor e o direito comercial (Mota Pinto, 1993, p. 616). Nesses casos de mera culpa, como regra geral, o terceiro de boa-fé só deve ser protegido pelas normas da gestão de negócios (inclusive no que se refere a uma responsabilidade direta do falso representante) e pelas normas da responsabilidade pré-contratual no interesse negativo (contra o suposto representado). Só assim se preserva

3 Cf. STJ, AREsp n. 1.415.992-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática em 30.04.2019, *DJe* 03.05.2019. Esse entendimento já estava firmado mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, cf. STJ, REsp n. 12.811-MS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 31.05.1993, DJ 30.08.1993; STF, Recurso Extraordinário n. 77.814-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Galotti, v.u., j. 02.04.1974, DJ 10.05.1974.

4 Cf. TJSP, Ap. 0011378-45.2012.8.26.0482, 22ª Cam. Dir. Priv., Rel. Des. Roberto Mac Cracken, v.u., j. 21.09.2017, *DJe* 28.09.2017; TJSP, Ap. 1038548-41.2014.8.26.0114, 12ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u., j. 26.04.2017, *DJe* 26.04.2017; TJSP, Ap. 0002042-03.2010.8.26.0477, 1ª Cam. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 01.03.2016, *DJe* 02.03.2016; e TJSP, Ap. 0003917-75.2010.8.26.0002, 21ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Ruy Coppola, v.u., j. 01.10.2015, *DJe* 02.10.2015; TJSP, Ap. 0002538-92.2008.8.26.0415, 6ª Cam. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 13.12.2012, *DJe* 14.12.2012. Também no TJSP, esse entendimento vem de longa data, cf. TACivSP, Ap. 157.031, 1ª Câm., rel. Des. Evaristo dos Santos, v.u., j. 19.04.1971, RT 426/149-151. Vale anotar, além disso, a decisão especialmente clara proferida

a consistência sistemática do art. 116 com o art. 138 do Código Civil e com as regras da responsabilidade pré-contratual por violação de deveres informacionais.

Uma reformulação do aventado art. 116, parágrafo único, que atendesse a essa necessidade de fixar claramente um critério de imputação da aparência de representação ao suposto representado e fixasse como critério geral apenas o dolo, ao mesmo tempo em que mantivesse certo paralelismo estilístico com a redação do *caput* do art. 116, seria a seguinte:

> Art. 116, parágrafo único. Também a manifestação de vontade por quem, sem ter poderes, age como representante de outrem produz efeitos em relação ao segundo, se este, havendo tomado conhecimento de que aquele agia em seu nome, deixou de advertir, quanto à falta de poderes, terceiros de boa-fé.

Essa formulação alternativa apresenta uma série de vantagens.

Em primeiro lugar, ela evita termos doutrinários (como "representante aparente"), que, por serem objeto de intensa discussão (como a respeito de se os casos de mandato tolerado são mesmo casos de responsabilidade pela aparência ou, na verdade, casos de verdadeira outorga de poderes superveniente), têm um significado mais controverso que os da linguagem coloquial.

Em segundo lugar, ela enuncia, de modo claro e completo, quais são os três pressupostos para que se produza a consequência estatuída, isto é, a vinculação do suposto representado ao negócio celebrado pelo falso representante: (**i**) a atuação do falso representante em nome do suposto representado; (**ii**) a boa-fé dos terceiros que contratam com o falso representante; e (**iii**) o dolo do suposto representado (*i.e.*, sua omissão dolosa caracterizada pelo conhecimento positivo da atuação do falso representante).

Em terceiro lugar, é deixada uma porta aberta à questão da responsabilidade do representado que age com mera culpa. Essa responsabilidade é deixada de fora da regra geral, mas tampouco se prevê expressamente uma proibição que impeça o seu reconhecimento em áreas específicas, a título de exceção. Com isso, fica aberto o caminho para que a doutrina, em áreas como o direito comercial e o direito do consumidor, eventualmente construa essa espécie de responsabilidade mais gravosa.

Em quarto lugar, por fim, ela preza pela concisão e deixa de afirmar o óbvio, isto é, que os terceiros de boa-fé são aque-

no caso TJSP, Ap. 9084552-03.2004.8.26.0000, 14ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Carlos von Adamek, v.u., j. 11.08.2006, bem como uma recente decisão proferida pelo TJRS no caso TJRS, Ap. 0146207.94.2019.8.21.7000, 12ª Cam. Civ., Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, v.u., j. 12.12.2019, *DJe* 16.12.2019.

les perante quem o representante sem poderes atua e que essa "aplicação da teoria da aparência à situação de representação" apenas se refere à representação voluntária, de modo que o suposto representado apenas será vinculado se tiver capacidade negocial para outorgar poderes de representação mediante seu comportamento concludente (ou, caso se adote a opinião de que o fundamento de sua responsabilidade é mesmo a teoria da aparência, se ele tiver capacidade delitual para responder pelos atos que comete com dolo).

Sem essa modificação, ou sem uma outra modificação que ao menos esclareça o que é que se pretende fixar como critério geral para a imputação da aparência de poderes do falso representante ao suposto representado, é melhor que a norma seja suprimida do anteprojeto de reforma do Código Civil. Se não é para dar respostas, é melhor que o legislador fique em silêncio, pois, ao inserir na lei uma norma ambígua, ele provoca uma confusão ainda maior do que a que já reina enquanto a matéria ainda precisa ser resolvida com base na interpretação sistemática das normas vigentes.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von; CONTI, André Nunes. Teoria da aparência: críticas à sua aplicação em matéria de representação voluntária. *In*: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira (coords.). **A evolução do direito empresarial e obrigacional**: 18 anos do Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2021. (v.1). p. 643-686.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munique: C. H. Beck, 1971.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Contratos no direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. (tomo I).

COMPARATO, Fábio Konder. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, [s.l.], v. 36, n. 111, p. 39-44, jul./set. 1998.

FLUME, Werner. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 4. ed. Berlim: Springer, 1992. (v. 2: Das Rechtsgeschäft).

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002.** São Paulo: Método, 2007.

MAIA JR., Mairan Gonçalves. **A representação no negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 2, n, 6, p. 41-77, out./ dez. 1978.

MATTIA, Fábio Maria de. **Aparência de representação**. São Paulo: Gaetano Dibenedetto, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. (v. V: Parte Geral, exercício jurídico).

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MOTA PINTO, Paulo. Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 69, p. 587-645, 1993.

NEUNER, Jörg. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. 13. ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. (tomo III).

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil (arts. 115 a 120). *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SINGER, Reinhard. Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. *In*: GRIGOLEIT, Hans Christoph et al. (eds.). **Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert**: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag. Berlim:

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Notas sobre a representação voluntária e o contrato de mandato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 17-36, abr./jun. 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Usucapião: artigos 1.238 a 1.244

Adverse Possession: articles 1,238 to 1,244

AUTORA | AUTHOR

Bianca Tavolari

ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). É PESQUISADORA DO CENTRO BRASILEIRO DE ANÁLISE E PLANEJAMENTO – CEBRAP E *PRINCIPAL INVESTIGATOR* DO MARIA SIBYLLA MERIAN CENTRE – MECILA, INSTITUIÇÃO DA QUAL TAMBÉM É DIRETORA BRASILEIRA PELO PERÍODO DE 2024 A 2025. COORDENA A SESSÃO "AS CIDADES E AS COISAS" NA REVISTA *QUATRO CINCO UM*.

RESUMO

Este artigo discute as alterações propostas pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código Civil no que diz respeito ao instituto da usucapião. Com exceção da usucapião familiar ou especialíssima, introduzida em 2011 pela legislação específica sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e com menor exigência temporal entre todas as modalidades, as alterações não foram substantivas. No entanto, a partir das propostas do Relatório Parcial da Subcomissão de Direito das Coisas e do Relatório Final da Comissão, este artigo discute as justificativas para as alterações pontuais e especialmente defende que a ausência de um diagnóstico empírico abrangente sobre a aplicação e interpretação das modalidades de usucapião compromete a elaboração de uma proposta com maior relevância social.

PALAVRAS-CHAVE

Usucapião, reforma, Código Civil, propriedade, função social.

ABSTRACT

This chapter discusses the amendments proposed by the Commission of Jurists responsible for drafting the Preliminary Project for the Reform of the Brazilian Civil Code with respect to the institute of adverse possession. Except for the familial or special adverse possession, introduced in 2011 by specific legislation concerning the Minha Casa Minha Vida Program and with the shortest temporal requirement among all modalities, the changes were not substantive. However, based on the proposals of the Interim Report of the Subcommittee on Property Law and the Final Report of the Commission, this chapter discusses the justifications for the specific changes and argues, in particular, that the absence of a comprehensive empirical diagnosis on the application and interpretation of the modalities of adverse possession undermines the formulation of a proposal with greater social relevance.

KEYWORDS

Adverse possession, reform, Civil Code, property, social function.

Tempo e direito estão imbricados de diferentes maneiras. Em uma perspectiva mais abrangente, como tudo que tem existência na história, o direito não está fora do tempo. Isso significa dizer que o desenvolvimento do direito é inseparável de sua história, que deixa de ser mero contexto explicativo adicional para ser constitutiva da gênese dos institutos jurídicos e das formas de pensar e conhecer o direito.[1] Porém, o tempo também é decisivo no modo interno de funcionamento do sistema jurídico. Prescrição e decadência condicionam o exercício do direito subjetivo e do direito de ação a uma determinada unidade de tempo decorrido, estabelecendo uma fronteira entre aquisição e extinção de direitos. As mais distintas pretensões jurídicas são inevitavelmente acompanhadas de atribuições de ordem temporal, a que costumeiramente damos o nome de prazo. No entanto, não é exagero afirmar que o direito de propriedade alça o tempo a um papel ainda mais decisivo.[2] O decurso do tempo não apenas habilita ou desabilita o exercício de direitos, mas *transforma* uma relação jurídica em outra.[3] O instituto da usucapião é, fundamentalmente, a aquisição do domínio pela posse prolongada (Pereira, 2017, p. 138). Em outras palavras, posse converte-se em propriedade se os requisitos temporais forem preenchidos.

Entretanto, é verdade que não se trata de qualquer passagem do tempo. Para que seja possível tomar a coisa pelo uso, especialmente no caso de a coisa ser um bem imóvel, a posse precisa ser prolongada, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*. Trata-se, portanto, de previsão da posse *ad usucapionem*. O tempo irá diferir de acordo com os critérios legislativos, que obedecem a orientações de valores e políticas públicas. O maior tempo é de 15 anos, para a usucapião extraordinária, que não exige qualquer qualificador adicional para a posse *ad usucapionem* a não ser o decurso temporal. O prazo cai para 10 anos se houver comprovação de moradia habitual ou obras e serviços de caráter produtivo. Já a modalidade de usucapião ordinária estabelece o prazo de 10 anos, mas exige justo título e boa-fé. O prazo pode ser reduzido para cinco anos se houver comprovação de moradia habitual ou investimentos de interesse social e econômico no imóvel. Há, ainda, as modalidades especiais, vinculadas a políticas públicas de cumprimento da função social da propriedade. A usucapião especial urbana e a rural exigem, ambas, cinco anos. Porém, nas qualificações da posse, as exigências são várias: a área do imóvel é restrita, o possuidor não pode ter registro de outra propriedade em seu nome e é necessário com-

1 Para a relação entre tempo e teoria do direito, ver Vesting (2015); para perspectivas filosóficas e sociológicas sobre direito e tempo, ver Ost (2005) e De Giorgi (2006).

2 Para os registros de propriedade, como transferência e manutenção de fatias de tempo (*slices of time*), ver Keenan (2019).

3 Não entrarei aqui nas discussões sobre o entendimento da usucapião como prescrição aquisitiva, amplamente comentadas pela doutrina. Para uma discussão comparada sobre prescrição aquisitiva ou prescrição positiva, nos sistemas de *civil law*, e seu correlato não idêntico da *adverse possession* nos sistemas de *common law*, ver Emerich (2015).

provar produtividade e moradia. Já a usucapião familiar ou especialíssima prevê o menor tempo, de dois anos. Mas é também vinculada a uma política pública, para casos de abandono do lar por um dos cônjuges. Também exige não ser proprietário(a) de outro imóvel, a área do imóvel é restrita e estamos falando apenas de áreas urbanas.

Como veremos, no âmbito da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC), o tom das alterações do instituto da usucapião foi dado pela Subcomissão de Direitos Reais, em seu Relatório Parcial. Boa parte das propostas foi incorporada ao Relatório Final, com exceção de uma, vinculada ao regramento geral da posse.

Além desta Introdução, este artigo está estruturado em três partes: a primeira discute as propostas apresentadas pela Subcomissão de Direito das Coisas, a segunda discute a ausência de um diagnóstico empírico abrangente sobre a aplicação e interpretação do instituto nos tribunais brasileiros, e a terceira apresenta a formulação do Relatório Final da Comissão de Juristas, mostrando os deslocamentos entre as propostas e o que foi, ao final, incorporado ao texto.

1. A SUBCOMISSÃO DE DIREITO DAS COISAS

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do ARCC previu, em sua estrutura e regulamento interno, a criação de subcomissões, com o objetivo de elaborar propostas específicas para os diferentes pilares de sustentação do Código Civil de 2002.[4] Cada comissão apresentou, assim, um Relatório Parcial, submetido posteriormente à apreciação e deliberação geral.

O Relatório Parcial da Subcomissão de Direito das Coisas foi apresentado em 14 de dezembro de 2023 e é estruturado em uma breve justificativa geral dos princípios norteadores dos trabalhos, bem como das instituições, dos professores e das professoras consultados, para, em seguida, apresentar artigo por artigo a partir da comparação entre a redação atual e a redação proposta, seguidas das razões que motivaram as alterações, inclusões e supressões.[5]

No que diz respeito ao instituto da usucapião, o conjunto de alterações propostas deram o tom e o norte do que viria a ser a Redação Final, como veremos ao longo deste texto. As modificações podem ser organizadas em quatro grandes blocos: (i) sistematização e incorporação de dispositivos normativos já

4 Foi criada uma subcomissão apenas para a Parte Geral enquanto para a Parte Especial foi designada uma subcomissão para cada um dos seus cinco livros (obrigações, direito de empresa, direito das coisas, direito de família, direito das sucessões). Outras três subcomissões foram criadas: Contratos, Direito digital e Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa. Assim, os trabalhos foram divididos em nove subcomissões, com relatores parciais designados para cada uma delas, além de membros integrantes com direito a voto sobre o texto final de cada Relatório Parcial. Para o "Regulamento da Comissão" e o "Regulamento da Comissão Aditivado e Aprovado em 18/12/2023", ver: https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7950&codcol=2630. Acesso em: 29 jul. 2024.

5 A Subcomissão de Direito das Coisas foi composta por Marco Aurélio Bezerra de Melo, na condição de subrelator, e Marcelo de Oliveira Milagres, Maria Cristina Paiva Santiago e Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho, na condição de integrantes com voto.

positivados em outros diplomas jurídicos; (ii) correções conceituais; (iii) alteração substantiva dos critérios da usucapião familiar, também denominada especialíssima; e (iv) proposta de alteração conceitual do critério vigente para a posse de boa-fé, com rebatimentos para a disciplina da usucapião.

Para a sistematização e incorporação de dispositivos normativos já positivados em outros diplomas jurídicos (i), o Relatório Parcial da Subcomissão propôs a alteração da redação do *caput* do art. 1.238, que prevê o reconhecimento da usucapião extraordinária por sentença declaratória, a fim de também reconhecer a possibilidade de *usucapião extrajudicial*, positivada no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em seu art. 1.701, que, por sua vez, altera o art. 216-A da Lei de Registros Públicos.[6] Assim, a legislação já prevê que o reconhecimento do direito de propriedade adquirido por meio de usucapião não está restrito apenas aos tribunais, mas também pode ser estabelecido diretamente pelos Cartórios de Registro de Imóveis. A condição para a via extrajudicial é que haja consenso entre o possuidor que reivindica a usucapião, o proprietário e demais interessados, como os confrontantes ou todos aqueles que forem titulares de outros direitos reais sobre o imóvel. A modalidade extrajudicial também prevê a possibilidade de impugnação e não descarta a via judicial ou limita o direito de ação para pleitear a usucapião em juízo. Além disso, o Relatório Parcial propôs a inclusão, na usucapião especial rural, de que o direito previsto *não poderá ser concedido mais de uma vez ao mesmo possuidor*, seguindo o que já dispõe o CC sobre a usucapião especial urbana (art. 1242, § 2º do CC/02 e art. 9º, § 2º da Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade) e, assim, equiparando ambas as modalidades de usucapião especial que têm lastro na previsão constitucional da função social da propriedade urbana e rural, respectivamente nos arts. 183 e 191 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A inclusão também é proposta para a usucapião familiar, mas esta não tem previsão constitucional.

Ainda que registradas sob o signo da sistematização, as duas alterações têm caráter distinto. A primeira apenas admite a *ampliação* da forma de reconhecimento da usucapião para além do Judiciário, como já previsto na legislação. No entanto, a segunda alteração expande uma *limitação* ao direito de usucapião especial rural, destinado a áreas de terra em zona rural não superiores a 50 hectares, claramente com a finalidade de reconhecer o trabalho na terra encampado por famílias de baixa renda, uma vez que exige que o possuidor não seja titular

6 É interessante notar a incorporação da alteração legislativa prevista no CPC, mas não, por exemplo, a modalidade de usucapião especial urbana coletiva prevista no Estatuto da Cidade ou a usucapião rural prevista no art. 98 do Estatuto da Terra ou a "usucapião administrativa" da legitimação da posse em contexto de regularização fundiária instituída pela Lei n. 13.465/2017. Aqui, a Comissão de Juristas escolhe o que pretende incluir como parte de um sistema e o que pretende deixar de fora.

de outro imóvel e que, além disso, dê produtividade ou more no imóvel objeto de usucapião. Ainda que o Estatuto da Cidade tenha previsto essa limitação para a modalidade urbana, abre-se aqui uma pergunta sobre hierarquia entre normas jurídicas: pode uma norma infraconstitucional acrescentar uma limitação não prevista a um direito constitucional? Abre-se também a necessidade de discutir o desenho do instituto a partir de seu modo de funcionamento na prática, o que exigiria um diagnóstico empírico para avaliar eventuais bloqueios ao exercício do direito e à função social da propriedade rural que essa limitação poderia trazer. Como essas questões exigem maior desenvolvimento e estão diretamente relacionadas à ausência de diagnóstico empírico, comento os dois pontos em separado, na seção 2.

No campo das correções conceituais (ii), o Relatório Parcial da Subcomissão propõe o seguinte quadro de substituições:

QUADRO 1 – SUBSTITUIÇÕES CONCEITUAIS PELO RELATÓRIO PARCIAL DA SUBCOMISSÃO DE DIREITOS REAIS

Termo original CC/2002	Termo proposto	Artigos alterados
Domínio	Propriedade	Art. 1.240 *caput* e § 1º Art. 1.240-A *caput*
Posse direta	Posse com intenção de dono	Art. 1.240-A *caput*
Ao homem ou à mulher, ou a ambos	Ao sujeito de direito	Art. 1.240 § 1º

Fonte: Elaboração da autora.

Todas as substituições são correções bastante bem-vindas do ponto de vista da uniformização dos conceitos dogmáticos, ainda que não se trate de questões controversas. Domínio e propriedade são comumente utilizados como termos intercambiáveis ou mesmo idênticos, mas são conceitualmente distintos. Enquanto o domínio é o poder exercido sobre a coisa, pode prescindir do título de propriedade. Em verdade, aquele ou aquela que possui um bem imóvel com *animus domini já* exerce o domínio. A usucapião pressupõe essa situação fática e tem o intuito de reconhecer seu status de proprietário; basta lembrar que, para Jhering, posse é a visibilidade do domínio, portanto, o domínio é pressuposto em todos os tipos de posse, não sendo sequer exclusivo à posse *ad usucapionem*. As redações

originais dos arts. 1.240 *caput* e § 1º (usucapião especial urbana) e 1.240-A (usucapião familiar) confundiam os termos, a saber: "Aquele que possuir, como sua, área urbana [...] adquirir-lhe-á o *domínio* [...]", "O título de *domínio* e a concessão de uso serão conferidos [...]" e "[...] adquirir-lhe-á o *domínio* integral [...]".

A proposta também corrige o termo *posse direta*, erroneamente incluído no *caput* do art. 1240-A ("Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, *posse direta*, com exclusividade [...]"). O desdobramento da posse em direta e indireta decorre, na teoria de Jhering, de uma dupla tutela da propriedade, garantindo ao proprietário o direito de ação de defesa de sua propriedade (reivindicatória), bem como o acesso aos interditos da posse. Quando o proprietário exerce uma parte do feixe de direitos decorrentes da propriedade privada, pode voluntariamente ceder o uso e, portanto, a posse, de maneira onerosa ou gratuita, a um terceiro. Quem recebe a posse por força de contrato e tem o efetivo domínio sobre o bem, é o possuidor direto; o proprietário, que cedeu o uso do bem, não perde a posse, apenas deixa de exercê-la de maneira imediata, sendo reconhecido como possuidor indireto. No entanto, a posse direta pressupõe um acordo de vontade entre as partes em que o possuidor direto *sabe* que o bem não lhe pertence; em outras palavras, não há que se cogitar falar de *animus domini*. Por essa razão, o Relatório Parcial acerta ao substituir "posse direta" por "posse com intenção de dono".

No caso da usucapião especial urbana, a redação original do CC/02 reproduziu o art. 9º, § 1º do Estatuto da Cidade, que explicitava que o título poderia ser em nome do *homem ou da mulher ou a ambos* independentemente do estado civil, com o intuito de reconhecer que, em um casal heterossexual, a prioridade da titulação não deveria ser necessariamente ao homem, entendido imediatamente como "chefe de família", mas igualmente ao homem e à mulher ou a ambos. No entanto, o reconhecimento da união homoafetiva tornara a formulação datada, que foi substituída por "ao sujeito de direito". Aqui há, no entanto, políticas específicas de titulação imobiliária e regularização fundiária que dão preferência ao registro em nome da mulher – são os casos da Lei n. 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida ("prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar", art. 3º, IV), com as alterações posteriores pela Lei n. 12.693/2012, em seus arts. 35-A e 73-A, bem como a Lei n. 14.118/2021, que instituiu o Programa Casa Verde Amarela. Mulheres são, historicamente, alija-

7 Ver, por exemplo, Meinzen-Dick *et al.* (2019); Menon, Rodgers e Kennedy (2017).

das de direitos à propriedade da terra e da casa e há evidências de que políticas de titulação que priorizam mulheres também reduzem a pobreza e a vulnerabilidade das famílias.[7] Poderia ter sido possível incorporar a dimensão de gênero e, ao mesmo tempo, reconhecer que famílias não são compostas apenas por casais, e não apenas por casais heterossexuais. Os dois caminhos não são excludentes. No entanto, o Relatório Parcial optou por uma redação neutra quanto ao gênero.

Já a alteração dos critérios da usucapião familiar ou especialíssima (iii) segue outra lógica. Este é o único conjunto de alterações que parte de um diagnóstico de problemas de aplicação e interpretação no desenho do instrumento. Na redação original, foi incluída no CC/02 pela Lei n. 12.424/2011, uma das leis alteradoras da estrutura do Programa Minha Casa Minha Vida, especialmente no que diz respeito à caracterização do *abandono do lar*, fato gerador da contagem do tempo diminuído de dois anos para a usucapião. O texto pretende especificar como se deve interpretar o abandono, que passa a ser caracterizado quando o ex-cônjuge ou ex-companheiro voluntariamente abandona a posse do imóvel, (a) a partir do momento que deixa de arcar com as despesas do imóvel (proposta do § 3º) e (b) sem qualquer discussão sobre culpa da dissolução da sociedade conjugal. Ainda que tenha havido um esforço de clareza e objetividade, a legislação pressupõe um "abandono do lar" hipotético e permanente, sem contemplar situações fáticas não lineares de abandono e seu impacto para a contagem do prazo da usucapião familiar.

Já o quarto e último bloco de alterações poderia ser inicialmente interpretado como mera alteração ou correção conceitual. Além da posse prolongada, pacífica e ininterrupta e com *animus domini*, a usucapião ordinária exige a demonstração de justo título. O Relatório Parcial propõe substituir *"justo título"* por *"justa causa"*. As controvérsias em torno da interpretação do termo "justo título" são antigas (Gomes, 2002) e dividem-se basicamente em duas correntes. Na primeira, "título" ganha interpretação literal de documento escrito (Diniz, 2009; Farias; Rosenvald, 2007). Contratos de compra e venda, de doação de imóveis e escrituras públicas seriam exemplos de justo título em situações em que a propriedade não foi devidamente registrada na matrícula do imóvel, integrando o registro público. A segunda corrente interpreta "título" de maneira mais ampla, além da dimensão escrita, abarcando todos os atos idôneos para transferir a propriedade, mas que, por alguma razão, fracassaram antes que a transferência pudesse ser formalmente concluída.

Nessa interpretação, estão incluídos acordos ou mesmo promessas verbais de transmissão da propriedade. Os que defendem a segunda corrente advogam pela substituição de "justo título" por "justa causa", uma vez que se trataria de fundamento ou causa que sinaliza a transferência não concluída da propriedade (Gonçalves, 2009; Fulgêncio, 1980). Essa discussão também está diretamente relacionada à parte específica sobre a posse, no art. 1.201 do CC/02, com repercussões para a usucapião. Como veremos, a proposta do Relatório Parcial não foi acatada pelo Relatório Final da Comissão.

Antes de discutir quais dessas propostas foram incorporadas e como no Relatório Final da Comissão, passo a discutir o problema da falta de diagnóstico empírico abrangente sobre a aplicação das diferentes modalidades de usucapião na legislação brasileira.

2. A AUSÊNCIA DE UM DIAGNÓSTICO EMPÍRICO COMO FUNDAMENTO PARA AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Quais são os gargalos para a aplicação e a interpretação do instituto da usucapião nos tribunais brasileiros? Estão na contagem do tempo de posse ininterrupta, na possibilidade de somar o tempo de mais de um possuidor, no registro da propriedade com o reconhecimento final da relação de propriedade, ou na interpretação de "justo título"? Após a instituição da usucapião extrajudicial, temos mais requisições de reconhecimento da propriedade em Cartórios de Registro de Imóvel do que em juízo, ou seja, a alteração legislativa recente tem sido eficaz? As modalidades de usucapião especial, urbana e rural, alcançam seus objetivos não apenas do ponto de vista jurídico, mas também de política pública urbana e agrária? Quantas ações de usucapião são ajuizadas por ano? Há diferenças regionais que devem ser consideradas? Quanto tempo leva para que a sentença declaratória de usucapião seja proferida?

Hoje, não temos respostas a essas perguntas. De maneira geral – e não apenas para o instituto da usucapião –, há um déficit descritivo no Direito brasileiro. Alterações legislativas podem corrigir ótimos problemas que não se verificam na prática, com boas intenções de melhorar o regramento jurídico. Reformas legislativas ganhariam muito se estivessem amparadas em estudos empíricos sistemáticos sobre os gargalos, problemas e

virtudes de aplicação e interpretação, na prática, dos institutos que pretendem reformar. Comento dois pontos que ilustram meu argumento.

Como discuti anteriormente, o Relatório Parcial da Subcomissão de Direitos Reais propôs estender a limitação que proíbe conceder a usucapião especial rural mais de uma vez ao mesmo possuidor. Os objetivos subjacentes são de padronização, com equiparação da regra já prevista à usucapião especial urbana. Porém, está, também, subjacente, o argumento de que as modalidades de usucapião especial não podem ser desvirtuadas, tornando a ocupação de áreas privadas um costume reiterado, com reconhecimento posterior do título de propriedade aos possuidores que comprovarem o *animus domini*. É um bom propósito. Mas será que temos esse problema, será que ele existe? Considerando que a legislação não deve regular apenas o presente, mas também o futuro, seria justificável limitar um direito com previsão constitucional projetando a hipótese de que essa situação, uma espécie de "indústria da usucapião", já deveria ser evitada hoje?

Como não temos estudos empíricos abrangentes, não consigo responder às minhas próprias perguntas. Mas consigo propor um exercício a partir da regra. A usucapião especial rural apresenta as seguintes exigências: cinco anos (tempo) + área rural + imóvel de até 50 hectares + não ser proprietário(a) de outro imóvel + produtividade + moradia (condicionantes da posse). Vamos imaginar um possuidor que, de fato, ocupou uma terra rural privada, sem oposição, por cinco anos. A terra é pequena, preenche os critérios da legislação, e é utilizada para o plantio de hortaliças e para a moradia da família. Trata-se de uma família de baixa renda que não tem outra propriedade imobiliária. Vamos supor que essa família seja assistida pela Defensoria Pública e, após alguns anos de trâmite judicial, consiga comprovar o *animus domini* e tenha seu direito à propriedade privada reconhecido, com título registrado em nome do casal. Agora vamos supor que esta família teria achado interessante ser proprietária, decida ocupar outro terreno abandonado, também em área rural e também menor que 50 hectares, onde passa a morar e trabalhar. Para que seja possível alcançar os qualificadores da posse exigida na legislação, essa família teria de alienar a primeira propriedade, já que não é possível o reconhecimento da usucapião diante da titularidade de outro imóvel. Eles teriam de comprovar a posse pacífica, prolongada, sem oposição e com *animus domini* por mais cinco anos (ou somar sua posse à do

antecessor via *accessio possessionis*, tendo de comprovar todos os requisitos legais do antigo ocupante), bem com sua produtividade e sua moradia. A proposta de reforma do CC entende que isso seria um problema a ser combatido, o direito à usucapião não poderia ser concedido mais uma vez. No entanto, essa família, ainda que porventura possa ter agido estrategicamente, não estaria justamente cumprindo os requisitos da função social da propriedade rural previstos na Constituição? Um dos fundamentos do instituto da usucapião não é exatamente o uso econômico de imóveis não utilizados por seus proprietários originais? Por que isso seria um problema? Diante de tantas exigências, será que temos um quadro de desvirtuamento das modalidades de usucapião especial? Não sabemos, mas estamos propondo alterações como se soubéssemos.

Seria possível simplesmente adotar uma saída pela legislação prevista no Estatuto da Cidade, que restringe a concessão da usucapião a apenas uma vez. No Recurso Extraordinário n. 422.349, em acórdão sobre usucapião especial urbano com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu um caso em que um pedido de usucapião, que preenchia todos os requisitos legais de tempo e condicionantes da posse, havia sido indeferido nas instâncias inferiores em razão de uma restrição imposta pelo plano diretor do município. O Supremo decidiu que "a usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado". Pelo mesmo princípio: será que o fato de o Estatuto da Cidade, uma legislação infraconstitucional, ter estabelecido uma limitação não questionada, é suficiente diante da necessidade de cumprir a função social da propriedade, um princípio constitucional? Vamos, por conseguinte, ampliá-la em nome da sistematização e uniformidade dos instrumentos? Esse é apenas um exemplo. Como vimos, é possível que estejamos regulando o instituto da usucapião familiar sem considerar como o abandono do lar ocorre na prática das relações familiares brasileiras. Podemos ter desconsiderado a necessidade de levar em conta o gênero do titular e seu impacto nas políticas de permanência, moradia e redução da pobreza. Infelizmente, as perguntas ficam por ora em aberto, à espera de pesquisas empíricas que possam nos ajudar a construir argumentos jurídicos menos apartados de diagnósticos descritivos de funcionamento e eficácia.

Passo agora ao Relatório Final e à consolidação do que foi, de fato, incorporado no texto apresentado pela Comissão de Juristas.

3. O RELATÓRIO FINAL

Diante dos quatro blocos de alterações propostas no Relatório Parcial da Subcomissão, temos o seguinte no Relatório Final:

QUADRO 2 – COMPARAÇÃO ENTRE O RELATÓRIO PARCIAL E O RELATÓRIO FINAL

	Relatório Parcial	**Relatório Final**
Sistematização e incorporação de dispositivos normativos já positivados em outros diplomas jurídicos (I)	Sim Incorporação da usucapião extrajudicial Impedimento de reconhecimento da usucapião mais de uma vez nas modalidades especiais	Sim Incorporação da usucapião extrajudicial Impedimento de reconhecimento da usucapião mais de uma vez nas modalidades especiais
Correções conceituais (II)	Sim “Domínio” por “propriedade” “Posse direta” por “posse com intenção de dono” “Homem ou mulher” por “sujeito de direito”	Sim “Domínio” por “propriedade” “Posse direta” por “posse com intenção de dono” “Homem ou mulher” por “pessoa, independentemente de gênero, sexo, ou estado civil” “Ex-companheiro” por “ex-convivente”
Critérios da usucapião familiar ou especialíssima (III)	Sim Critérios para determinação de prazo, ausência de verificação de culpa pela dissolução conjugal e critério econômico para fim da composse	Sim Critérios para determinação de prazo, ausência de verificação de culpa pela dissolução conjugal e critério econômico para fim da composse
Substituição de justo título por justa causa (IV)	Sim	Não

Fonte: Elaboração da autora.

Assim, a principal divergência entre o Relatório Parcial e o Final é a alteração de “justo título” para “justa causa”, que não foi acatada pela proposta final. A seguir, estão os quadros comparativos entre a redação final da Comissão e a redação original do CC/02 para cada modalidade de usucapião prevista no Código Civil, para fins de sistematização.

Usucapião extraordinária

TABELA 3. QUADRO COM QUADRO 3 – ANÁLISE COMPARATIVA: ART. 1.238 PARATIVO: ARTIGO 1.238

Código Civil de 2002	Proposta final da Comissão de Juristas
Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis	Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo	§ 1º O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo § 2º Servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis, tanto a sentença que declarar a aquisição por usucapião, como a nota fundamentada de deferimento extrajudicial de usucapião

Fonte: Elaboração da autora.

Usucapião ordinária

QUADRO 4 – ANÁLISE COMPARATIVA: ART. 1.242

Código Civil de 2002	Proposta final da Comissão de Juristas
Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos	Art. 1.242. .....
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico	Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico

Fonte: Elaboração da autora.

Usucapião especial urbana

QUADRO 4 – ANÁLISE COMPARATIVA: ART. 1.240

Código Civil de 2002	Proposta final da Comissão de Juristas
Art. 1240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural	Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural
§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil	§ 1º O título de propriedade e a concessão de uso serão conferidos à pessoa, independentemente de gênero, sexo, ou estado civil
§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez	§ 2º .....

Fonte: Elaboração da autora.

Usucapião especial rural

QUADRO 5 – ANÁLISE COMPARATIVA: ART. 1.239

Código Civil de 2002	Proposta final da Comissão de Juristas
Art. 1239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade	Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade
	Parágrafo único. O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez

Fonte: Elaboração da autora.

Usucapião familiar ou especialíssima

QUADRO 6 – ANÁLISE COMPARATIVA: ART. 1.240-A

Código Civil de 2002	Proposta final da Comissão de Juristas
Art. 1240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.	Art. 1240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse com intenção de dono, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-convivente que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural
§ 1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez	§ 1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez
§ 2º Vetado	§ 2º-A O prazo mencionado neste dispositivo, deve ser contado da data do fim da composse existente entre os ex-cônjuges ou os ex-conviventes
	§ 3º Presume-se como cessada a composse quando, a partir do fim da posse com intenção de dono, em conjunto, o ex-cônjuge ou ex-convivente deixa de arcar com as despesas relativas ao imóvel
	§ 4º As expressões ex-cônjuge e ex-convivente, contidas neste dispositivo, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio ou de dissolução da união estável
	§ 5º O requisito do abandono do lar deve ser interpretado como abandono voluntário da posse do imóvel, não importando em averiguação da culpa pelo fim da sociedade conjugal, do casamento ou da união estável

Fonte: Elaboração da autora.

REFERÊNCIAS

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EMERICH, Yaëll. Comparative Overview on the Transformative Effect of Acquisitive Prescription and Adverse Possession: Morality, Legitimacy, Justice. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, v. 67 n. 2, p. 45-496, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KEENAN, Sarah. Making Land Liquid: On Time and Title Registration. *In*: BEYNON-JONES, Siân M.; GRABHAM, Emily (eds.). **Law and Time**. Abingdon: Nova York: Routledge, 2019. p. 145-161.

MEINZEN-DICK, Ruth *et al*. Women's Land Rights as a Pathway to Poverty Reduction: Framework and Review of Available Evidence. **Agricultural Systems**, Amsterdam, v. 172, p. 72-82, 2019.

MENON, Nidhiya; RODGERS, Yana; KENNEDY, Alexis. Land Reform and Welfare in Vietnam: Why Gender of the Land--Rights Holder Matters. **Journal of International Development**, Hoboken, v. 29, n. 4, p. 454-472, 2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (v. 4).

VESTING, Thomas. **Rechtstheorie**. 2. ed. Munique: C. H. Beck, 2015.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

A apuração de haveres no anteprojeto de reforma do Código Civil: avanços e desafios

The valuation of the partner's assets in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform: Advances and challenges

AUTORAS | AUTHORS

Carolina Alves Mendes

DOUTORANDA EM DIREITO DOS NEGÓCIOS PELA ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO. ADVOGADA EM SÃO PAULO E EM SALVADOR.

Viviane Muller Prado

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS DE SÃO PAULO. ADVOGADA EM SÃO PAULO.

RESUMO

Apuração de haveres nas sociedades limitadas é objeto de desafiadoras e complexas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. No lacunoso cenário legislativo atual, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil pretende: (a) normatizar o método de apuração de haveres, na ausência de disposição específica no contrato social, (b) reforçar a autonomia privada dos sócios para regular a matéria, (c) definir a data que deve objetivamente ser considerada para a dissolução parcial. Concluímos que, em que pese o avanço da proposta legislativa sobre alguns pontos específicos, a redação sugerida ainda não resolve relevantes aspectos das discussões judiciais em torno da apuração de haveres.

PALAVRAS-CHAVE

Apuração de haveres, balanço de determinação, fluxo de caixa descontado, autonomia privada.

ABSTRACT

The valuation of assets in limited liability companies is the subject of challenging and complex doctrinal and jurisprudential controversies. Considering the gaps in the legislative framework, the Draft of the Civil Code Reform aims to: (a) standardize the method of asset valuation in the absence of specific provisions in the articles of association; (b) strengthen the private autonomy of the partners to regulate the matter; (c) define the date that should objectively be considered for the partial dissolution of a Company. We conclude that, despite the progress of the legislative proposal on some specific points, the suggested wording still does not resolve significant aspects of the judicial discussions regarding asset valuation.

KEYWORDS

Valuation, valuation of assets, valuation balance sheet, discounted cash flow, private autonomy.

INTRODUÇÃO

A reforma do livro do direito de empresa, conforme proposta pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (Anteprojeto de Reforma do Código Civil – ARCC), tem como direcionamento "impulsionar o fluxo de negócios no País, a atração de investimentos, fomentando o empreendedorismo e a concorrência, essenciais à geração de riquezas para a sociedade brasileira".[1] A segurança e previsibilidade para os agentes econômicos também são mencionadas como essenciais ao desenvolvimento do ambiente de negócios do país.[2]

A revisão do art. 1.031 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil – CC) é bem-vinda, já que o tema da apuração de haveres nas sociedades limitadas permanece em disputa jurisprudencial e doutrinária pelo menos desde 1957, quando começaram a surgir os primeiros julgados de tribunais superiores permitindo a dissolução parcial.[3]

Desde então, a doutrina jurídica produziu material qualificado sobre o assunto com diferentes abordagens, sendo inúmeros os artigos e as obras jurídicas que tratam da matéria, porém sem esgotar por completo as controvérsias envolvidas. Acompanhando a produção bibliográfica, do lado do Judiciário, as decisões foram gradativamente enfrentando os aspectos jurídicos controversos relacionados à apuração de haveres.[4]

De maneira sistematizada, pode-se dizer que as principais controvérsias envolvem: (1) o método de apuração de haveres, especialmente a avaliação dos ativos intangíveis; (2) a liberdade dos sócios na escolha do método de apuração de haveres; e (3) a aplicação da lógica da dissolução ficta, que parece estar resolvida, mas ocasionalmente é desafiada em decisões sobre a matéria.

1. A REFORMA E O ART. 1.031 DO CÓDIGO CIVIL

A seguir, apresentamos a comparação entre o texto em vigor e a proposta do ARCC. Incluímos o art. 606 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil – CPC) na transcrição, pois não é possível avaliar a legislação sobre apuração de haveres sem considerar esse dispositivo.

1 Relatório Final da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal n. 11/2023, p. 293. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?-codmat=159721. Acesso em: 14 jul. 24.

2 Relatório Final da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal n. 11/2023, p. 296. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/txtmat?-codmat=159721. Acesso em: 14 jul. 24.

3 Por exemplo, o Recurso Extraordinário n. 18.874/BA. Rel. Min. Vilas Boas. julgado em 8/11/1957, o Recurso Extraordinário n. 50.659/RJ. Rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 11/9/1962 e o Recurso Extraordinário n. 89.464-SP. Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 12/12/1978.

4 Para uma análise sistematizada da jurisprudência, ver: Santos (2015).

QUADRO 1 –

Redação vigente	Redação do Anteprojeto
Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado § 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota § 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário * * * Art. 606 (Código de Processo Civil). Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades	Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á conforme determinado no contrato social § 1º Os haveres serão calculados, em regra, de acordo com os critérios fixados no contrato social § 2º Em caso de omissão do contrato social, o juiz observará, como critério de apuração de haveres, o valor apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se, a preço de saída, os bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, inclusive os gerados internamente, além do passivo, a ser apurado de igual forma § 3º O critério de determinação do valor das quotas para fins de apuração de haveres estabelecidos no contrato social será observado, mesmo que resulte em valor inferior ao apurado em qualquer outro método de avaliação § 4º A data da resolução da sociedade será: I - no caso de falecimento do sócio, a do óbito; II - no caso de divórcio ou de dissolução de união estável, a data da separação de fato; III - na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante; IV - no caso de recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente; V - na retirada por justa causa de sociedade por tempo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; ou VI - na exclusão extrajudicial, a data da reunião de sócios que a tiver deliberado § 5º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota § 6º A quota liquidada será paga em conformidade com o disposto no contrato social e, sendo ele omisso, o pagamento será feito em dinheiro, no prazo de noventa dias contados a partir da liquidação

Fonte: elaboração própria.

Em resumo, a proposta de alteração do art. 1.031: (1) reforça a autonomia privada das partes sobre a apuração dos haveres no contrato social, reiterando que suas disposições prevalecem sobre o critério legal em diversas passagens do texto; (2) confirma o balanço de determinação como suporte para a apuração de haveres, um instituto criado pela doutrina, aceito pela jurisprudência e inserido na legislação brasileira pelo CPC, com a

intenção de afastar o fluxo de caixa descontado; (3) indica que os ativos intangíveis "gerados internamente" serão considerados para fins da apuração de haveres; e (4) estabelece, de forma objetiva, a data a ser considerada para a resolução da sociedade em relação ao ex-sócio.

De maneira geral, apesar do avanço da proposta legislativa sobre tais temas, a redação sugerida não disciplina relevantes aspectos das discussões judiciais em torno da apuração de haveres.

2. AUTONOMIA PRIVADA

Nos termos dos arts. 1.031 do CC e 606 do CPC, os sócios já têm autonomia para fixar o critério de apuração de haveres. O ARCC entendeu por frisar que as disposições do contrato social prevalecem em relação ao critério legal em diversas passagens do artigo (com abordagens diferentes, no *caput*, e nos §§ 1º, 2º, 3º e 6º).

Isso porque a autonomia privada dos sócios na fixação da forma de apuração de haveres, na prática, não é sempre observada pelos Tribunais.

André Luiz Cardoso Santos (2015, p. 97), em 2015, procedeu ampla investigação da jurisprudência de apuração de haveres nas sociedades limitadas, nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) a fim de entender "o alcance da liberdade de contratar das partes". Entre as conclusões do autor está:

> [...] a cláusula de apuração de haveres pode ser um poderoso instrumento de incentivo ao desenvolvimento da sociedade, cujo uso, todavia, é acanhado, em razão de uma atuação, em regra, equivocada do Judiciário, manifestada sob a forma de intervenção indevida e fundamentos equivocados, que partem do falso pressuposto de vulnerabilidade do retirante.

Eduardo Azuma Nishi (2022, p. 99), em estudo publicado em 2022, menciona que o critério legal seria aplicado não apenas nas hipóteses de omissão, mas também quando houvesse discordância entre os sócios quanto a esta aplicação. Nota-se que a constatação da interferência do Judiciário não parece ter sido alterada nos últimos anos.

Na jurisprudência do STJ há julgados que afastam a aplicação das cláusulas de apuração de haveres do contrato social ou que impõem condições para a validade da cláusula, por exemplo:

> Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado.[5]

O voto do AgInt no AREsp n. 397.678/SP[6] determina que a cláusula de apuração de haveres seria aplicável somente à hipótese de retirada extrajudicial, não cabendo para a retirada pela via judicial.

No entanto, encontram-se também julgados do STJ prescrevendo a necessidade de observância ao pacto do contrato social.[7]

Pelo ângulo da doutrina, também são impostas condicionantes e limitações subjetivas para a validade das cláusulas de apuração de haveres.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2021, p. 446) não só defende a autonomia privada na fixação dos critérios de apuração de haveres, mas também entende que os sócios podem fixar critérios distintos para as diferentes hipóteses de dissolução parcial. Condiciona, no entanto, que as disposições de validade devem ser aplicáveis de modo uniforme para qualquer um dos sócios.[8]

O autor[9] considera que, embora os sócios possam licitamente, via disposição no contrato social, indicar um valor para a quota social ou fixar critérios objetivos ou fórmulas rígidas para simplificar o procedimento de apuração de haveres, essas regras devem ser afastadas pelo Judiciário quando as circunstâncias assumidas no momento da elaboração do contrato não forem mais verdadeiras.

Sérgio Campinho (2014, p. 131), entretanto, entende que o critério legal seria um piso a ser observado pelas partes e, por consequência, a fixação de critério que resultasse em valor inferior ao obtido pela aplicação do padrão legal seria abusiva.

Em obra mais recente, o mesmo autor, em coautoria com Mariana Pinto,[10] defende que o padrão legal decorreria da vontade presumida das partes, extraída da jurisprudência, e que não se pode permitir o "enriquecimento sem causa", violação da boa-fé objetiva ou o "pacto leonino". Os autores argumentam que não se poderia permitir disposição desproporcional com o real valor das participações societárias, entendendo, ainda, que

5 REsp n. 1.335.619/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Relator para o Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador 3ª Turma, julgado em 3/3/2015.

6 STJ, AgInt no AREsp n. 397.678/SP, relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 20/3/2023, *DJe* de 31/3/2023.

7 STJ, REsp n. 1.904.252/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 22/8/2023, *DJe* de 1º/9/2023 e STJ, AgInt no AREsp n. 1.192.710/SP, relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 26/9/2022, *DJe* de 4/10/2022.

8 O mesmo autor questiona, ainda, o afastamento dos critérios contratuais para apuração de haveres quando se trata de liquidação de quota para pagamento de dívida com terceiro, nos termos do art. 1.026 do CC. Esse ponto, merece ser explorado em trabalho específico.

9 Gonçalves Neto (2021, p. 449).

10 Campinho; Pinto (2022, p. 233-234).

há orientação legal concebida para que o "reembolso se faça sem qualquer ordem de sanção ao retirante, ao excluído ou aos sucessores do sócio falecido".

Sérgio Campinho e Mariana Pinto (2022, p. 233-234) entendem que a apuração e o pagamento dos haveres não podem representar sanção, embora no âmbito do trabalho dos autores essa afirmação não trate especificamente da hipótese em que os sócios convencionam expressamente no contrato.

O § 3º do art. 1.031 do ARCC veio para endereçar alguns dos entendimentos mencionados, de modo que as disposições contratuais seriam observadas, mesmo que resultem em valor inferior ao apurado por outro método de avaliação, privilegiando a liberdade contratual.

A doutrina, entretanto, trabalha com exceções a essa liberdade, fundadas em critérios pouco objetivos relacionados à razoabilidade e proporcionalidade do resultado dos cálculos, entendimentos estes que a redação proposta não nos pareceu eliminar.

Além disso, o art. 607 do CPC permite que o juiz revise "a data da resolução e o critério de apuração de haveres", uma possível contradição com a redação proposta no ARCC.

Nesse cenário, o ARCC pode não mitigar as discussões judiciais sobre a observância da liberdade de contratar em matéria de apuração de haveres. Ainda existiriam dúvidas sobre em que medida cláusulas contratuais de apuração de haveres que tenham, na prática, natureza punitiva (*e.g.* aplicáveis às hipóteses de exclusão), ou, ainda, as cláusulas que tenham por objetivo evitar a instauração de procedimentos de apuração de haveres (*e.g.* cláusulas de opção de compra, cujos gatilhos sejam os mesmos eventos das cláusulas de apuração de haveres), seriam recebidas pelo Judiciário caso o ARCC fosse aprovado nesses mesmos termos.

A redação proposta para o art. 1.031 não nos parece suficiente para endereçar algumas questões relacionadas à autonomia privada dos sócios, como: (1) até que ponto é aceitável adotar critérios de apuração de haveres que representem sanções para o ex-sócio, seus herdeiros, ex-cônjuges ou ex-companheiros?[11] (2) é lícito adotar institutos contratuais, tais como opções de compra, cuja finalidade seja evitar o procedimento de apuração de haveres? (3) o sócio que eventualmente não aprovar a cláusula de apuração de haveres estaria vinculado a essas disposições pelo princípio majoritário?

11 De acordo com a redação proposta para o art. 1.660 do ARCC, expressamente entram na comunhão dos cônjuges: "VII - os direitos patrimoniais sobre as quotas ou ações societárias adquiridas na constância do casamento ou da união estável; VIII - a valorização das quotas ou das participações societárias ocorrida na constância do casamento ou da união estável, ainda que a aquisição das quotas ou das ações tenha ocorrido anteriormente ao início da convivência do casal, até a data da separação de fato".

3. O MÉTODO DE APURAÇÃO DE HAVERES

A redação do art. 1.031 do ARCC busca resolver "qual seria o método adequado para a liquidação das quotas"[12] considerando o CPC e a jurisprudência recente do STJ.

O método para a apuração de haveres é central para a estabilização do instituto e representa a controvérsia de mais difícil solução. Ele repercute diretamente na questão fundamental que leva a sociedade, assim como os herdeiros e sucessores do ex-sócio, a litigar.

O desafio é encontrar o equilíbrio entre os interesses dos ex-sócios, que desejam preservar o valor do seu patrimônio, e os interesses da própria sociedade em manter sua operação e gerar resultados para os sócios atuais e *stakeholders*.

A controvérsia pode ser resumida a partir de dois julgados do STJ, considerados paradigmáticos sobre o tema. O primeiro é o REsp n. 1.335.619/SP, cuja decisão acolheu a utilização do método do fluxo de caixa descontado para apuração de ativos intangíveis:

> O fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente.[13]

Segundo, o REsp n. 1.877.331/SP, cuja decisão excluiu a possibilidade de aplicação conjunta da metodologia do fluxo de caixa descontado e do balanço de determinação: "O legislador, ao eleger o balanço de determinação como forma adequada para a apuração de haveres, excluiu a possibilidade de aplicação conjunta da metodologia do fluxo de caixa descontado".[14]

No que se refere ao método de apuração de haveres, como exposto no Relatório final da Comissão de Juristas, a controvérsia jurisprudencial no âmbito do STJ foi o ponto de partida para a sugestão do novo texto. A redação proposta para o art. 1.031 indica que a apuração dos haveres será suportada pelo balanço de determinação.

O método do fluxo de caixa descontado é comumente utilizado para avaliação de empresas em negociações de fusões e aquisições. Portanto, a utilização desse método aproximaria o valor dos haveres que o ex-sócio receberia em um cenário de

12 Relatório, p. 296-297.

13 STJ, REsp n. 1.335.619 – SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 3/3/2015.

14 STJ, REsp n. 1.877.331/SP, Relatora Min. Nancy Andrighi. Relator para Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 13/4/2021, *DJe* de 14/5/2021.

dissolução parcial ao valor que receberia em uma operação de compra e venda de participação.

Entretanto, o racional da legislação para a apuração dos haveres é o da dissolução ficta, com simulação de liquidação total dos ativos e passivos da sociedade a valor de mercado.

Diferentemente, o pressuposto da precificação em cenário de negociação de fusões e aquisições é que o negócio é avaliado em operação (a continuidade – ou perpetuidade – é considerada no cálculo da avaliação), cenário bastante diverso do da liquidação, em que a sociedade deixaria de existir e negociaria seus ativos para pagamento dos passivos.

Nessa linha, um negócio é considerado viável se o seu preço em continuidade for superior ao seu preço em estado de liquidação.[15] A utilização do fluxo de caixa descontado como método de apuração de haveres considera expectativas futuras e aproxima o valor dos haveres ao valor da participação do sócio em uma operação não forçada, em que as partes negociaram preços e condições. A liquidez da participação societária considerando o mesmo valor que o ex-sócio receberia em operação de compra e venda pode gerar incentivo para o exercício da retirada imotivada. No entanto, na perspectiva dos sócios que ficam, pode haver desincentivo a assumir os riscos da atividade empresária.

O ARCC privilegiou o balanço de determinação, porém não abordou diretamente o método a ser empregado para a avaliação dos intangíveis, nem se pretendia vedar a utilização pelo juiz do método do fluxo de caixa descontado. Ao não tratar dessas questões diretamente, subsistem as dúvidas sobre a possibilidade de, na omissão do contrato social, permitir métodos que envolvam perspectivas de receita ou rentabilidade futura na avaliação, ou mesmo, como já chancelado pelo Judiciário no passado, a utilização do balanço de determinação em conjunto ao fluxo de caixa descontado.

4. A QUESTÃO DOS ATIVOS INTANGÍVEIS

O balanço de determinação é fruto de construção doutrinária, aceita paulatinamente pela jurisprudência e confirmada no texto legal a partir da redação do art. 606 do CPC.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 24-26) apresenta pelo menos quatro possibilidades de valores diferentes das participações societárias, a depender dos objetivos da avaliação: (1) valor

15 MARTINS, Eliseu. **Grupo de estudos em direito, economia e contabilidade. GEDEC: Apuração de Haveres**. YouTube, 27 out. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-moozk-YKs30. Acesso em: 29 out. 2023.

nominal: "resultante da divisão do capital social pelo número de quotas"; (2) valor de negociação: decorrente do acordo de vontades das partes em uma negociação; (3) valor econômico: valor que seria racional alguém pagar pela participação societária; (4) valor patrimonial: "divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de quotas".

O balanço de determinação tem o objetivo de encontrar o valor patrimonial real da sociedade, que seria um dos critérios para de avaliação uma participação societária sob a ótica do seu valor patrimonial, conforme explica o autor:

> [...] O valor patrimonial, por sua vez, desdobra-se em três categorias, dependendo da natureza do balanço que mensura o valor do patrimônio líquido da sociedade: (a) valor patrimonial contábil (*balanço periódico*); (b) valor patrimonial contábil em data presente (*balanço especial*); (c) valor patrimonial real (*balanço de determinação*).[16]

A conta deve ser a mais próxima possível da simulação da dissolução total. Assim, para fins de cálculo do valor patrimonial real de uma participação societária não é possível utilizar o preço de aquisição dos ativos, conforme as regras da contabilidade para a elaboração do balanço periódico, mas sim o seu preço de saída.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis define valor justo como:

> [...] o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada no mercado principal (ou mais vantajoso) na data de mensuração nas condições atuais de mercado (ou seja, um preço de saída), independentemente de esse preço ser diretamente observável ou estimado utilizando-se outra técnica de avaliação.[17]

O preço de saída corresponde, assim, ao valor justo na definição do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, fazendo referência às condições de mercado em ambiente de transação não forçada, resumidamente, valor de mercado.

Essa também é a definição encontrada na jurisprudência – valor de mercado como em uma dissolução total ficta –, conforme o excerto a seguir:

16 Coelho (2013, p. 25).

17 CPC-46 – Mensuração do Valor Justo, 2012.

> Os balanços periódico e especial se baseiam no valor de aquisição dos ativos (inclusive por determinação legal), enquanto o balanço de determinação se baseia no valor de mercado, correspondendo a uma simulação da realização de todos os bens do ativo e da satisfação do passivo social, com vistas a apurar qual seria o acervo líquido da sociedade se ela estivesse sendo totalmente dissolvida naquela data.[18]

De acordo com o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, ativo intangível é ativo não monetário identificável[19] sem substância física. Identificável na medida em que possa ser individualizado e reconhecido separadamente (*e.g*. uma marca).

A avaliação de ativos intangíveis não identificáveis – aqueles que não podem ser negociados individualmente, o *goodwill* – é fonte de muitas dúvidas e incertezas.[20] Por trás da polêmica, além da pertinência ou não da avaliação desse tipo de ativo de acordo com o critério legal, está a possibilidade de aplicação de métodos de apuração de haveres que incorporem em seu cálculo prognósticos de rentabilidade futura.

A mensuração do valor dos ativos intangíveis não é incompatível com o balanço de determinação. Assim como qualquer balanço, o balanço de determinação apresentará a relação de ativos e passivos para determinar o valor patrimonial da sociedade, nesse caso, o valor patrimonial *real*.

Se a lei determina que os ativos intangíveis sejam avaliados, inclusive, de acordo com a redação proposta para o § 2º do art. 1.031 do ARCC, os gerados internamente, ou seja, que não foram objetivo de aquisição pela sociedade, o balanço de determinação deverá ter uma linha para esses ativos.

Ainda não há clareza de que critério será utilizado para mensuração dos ativos intangíveis a valor de mercado, sejam identificáveis ou não identificáveis, e mesmo se esses últimos devem ser considerados. Se a ideia é que a tarefa da escolha do método recaia sobre a decisão dos peritos, importante saber se, ao seguir as determinações legais, eles poderão utilizar métodos que incorporem em seu cálculo prognósticos de rentabilidade ou receita futura, ao mesmo tempo preservando a lógica da dissolução ficta.

18 Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi, Relatora do REsp n. 1.335.619 – SP, julgado em 3/3/2015.

19 "11. A definição de ativo intangível requer que ele seja identificável, para diferenciá-lo do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*). O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) reconhecido em uma combinação de negócios é um ativo que representa benefícios econômicos futuros gerados por outros ativos adquiridos em uma combinação de negócios, que não são identificados individualmente e reconhecidos separadamente. Tais benefícios econômicos futuros podem advir da sinergia entre os ativos identificáveis adquiridos ou de ativos que, individualmente, não se qualificam para reconhecimento em separado nas demonstrações contábeis" (Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento Técnico CPC-04 - Ativo Intangível).

20 Para explicação desses conceitos e suas repercussões no direito, ver Vilela (2023).

4. A LÓGICA DA DISSOLUÇÃO FICTA COMO LIMITE PARA ESCOLHA DO MÉTODO

Na dissolução parcial é simulada a liquidação total da sociedade em questão (ativo e passivo) para se chegar ao seu valor patrimonial, o que se convencionou chamar de dissolução ficta.

Atualmente, pode-se afirmar que o entendimento quanto à dissolução ficta para fins de apuração de haveres é uniforme entre os autores, cuja lógica é bem resumida por Alfredo de Assis Gonçalves Neto:[21] "Como é suposto que o sócio não pode ter seu patrimônio pessoal diluído na apuração dos seus haveres, esta deve proporcionar-lhe aquilo que, na liquidação total do patrimônio social, ele receberia".

O Judiciário, acompanhando a doutrina, também converge quanto à adoção da dissolução ficta para apuração dos haveres do ex-sócio.[22]

Pode-se afirmar que as discussões a respeito do critério de simulação de uma dissolução total para fins de cálculo do *ativo social* atualmente estão superadas.

Sobre o *passivo social*, um recente julgado do STJ não permitiu o cômputo do provisionamento de rescisões trabalhistas no balanço de determinação, conforme trecho do voto acolhido por unanimidade pela Quarta Turma:[23]

> Tal interpretação, todavia, não é agasalhada pela jurisprudência desta Corte, que estabelece que a apuração deve representar a situação existente na data da declaração perda da *affectio societatis*, não se havendo que falar em cálculo do rompimento do contrato dos empregados que continuarão a manter vínculo trabalhista com a sociedade, cujas atividades prosseguem sob administração dos sócios que permanecem.
> [...]
> Conjecturas sobre eventos futuros, por conseguinte, não podem ser consideradas no cômputo do real patrimônio da sociedade, que está adstrito aos fatos ocorridos até a data da retirada.

A Quarta Turma entendeu que o provisionamento das rescisões seria uma transferência de risco da sociedade para o ex-sócio. Embora a discussão sobre a dissolução ficta não tenha sido enfrentada de forma direta, parece que o acórdão contraria a sua lógica. Se a sociedade estivesse em liquidação total, para concluir sua dissolução, todos os empregados seriam dispen-

21 Gonçalves Neto (2021, p. 447).

22 Por exemplo, o REsp n. 1.904.252/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 22/8/2023, *DJe* de 1º/9/2023.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no REsp n. 1.747.225/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 28/8/2023, *DJe* de 31/8/2023.

sados e as verbas rescisórias correspondentes seriam devidas, além do recolhimento dos tributos pertinentes.

Esse é o entendimento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2021, p. 447-448), que defende a necessidade de provisionamento das verbas rescisórias trabalhistas no passivo da sociedade no momento do levantamento do balanço de determinação.

As ponderações indicam que há ao menos uma decisão recente do STJ que, aparentemente, desafia a lógica da dissolução ficta, mesmo com a referência expressa ao balanço de determinação, o que atrairia os conceitos desenvolvidos na literatura e jurisprudência a respeito desse instrumento. Após ampliação das pesquisas jurisprudenciais sobre esse aspecto específico para verificar a sua recorrência, pode ser bem-vinda disposição que evidencie a opção legislativa pela adoção da dissolução ficta como lógica norteadora do processo de apuração dos haveres.[24]

5. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O instituto da dissolução parcial foi o primeiro objeto de construção jurisprudencial e doutrinária, considerando que não havia previsão expressa quanto a essa possibilidade no regime normativo do Código Comercial de 1850, que endereçava as hipóteses de falecimento, retirada ou exclusão à dissolução total da sociedade (Nishi, 2022, p. 35).

Depois, o Código Civil de 1916 admitiu a possibilidade de desfazimento do vínculo societário com relação a um dos sócios, reconhecendo a retirada imotivada (Gonçalves Neto, 2021, p. 420). O art. 15 do Decreto n. 3.708/1919 (que regulava as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada) previa a possibilidade de retirada do sócio por dissidência, na ocorrência de alterações do contrato social da sociedade, hipótese em que teria direito ao reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado, adotando o critério patrimonial contábil para o cálculo dos haveres.

As bases da construção da dissolução parcial vieram dos princípios da função social da empresa e da sua preservação, bem como da teoria do contrato plurilateral (Gonçalves Neto, 2021, p. 421).

O desenvolvimento do princípio da preservação da empresa foi marcado pelo período de transição entre a doutrina

24 Análises empíricas são recomendáveis para se chegar a conclusões objetivas quanto à necessidade de a reforma considerar os comentários objeto desse tópico.

individualista – em que prevalecia a vontade do sócio – para o reconhecimento da relevância social e econômica da empresa como ator fundamental na evolução do capitalismo (Nishi, 2022, p. 36-37; Penteado, 1995, p. 141-142), evidenciando os ganhos sociais da preservação da empresa.

Pela teoria do contrato plurilateral, desenvolvida por Tullio Ascarelli,[25] mais de duas partes figuram no contrato, sendo que todas elas são reciprocamente titulares de direitos e obrigações, com interesses divergentes, mas também com interesses convergentes, ou uma finalidade comum unificadora de todas as adesões. Nesse cenário, o inadimplemento ou desligamento de uma das partes do contrato não o extingue, permanecendo válido e exigível em relação às demais.

A sociedade limitada, embora construída com base na preservação das relações entre os sócios (*affectio societatis*), é utilizada para negócios das mais variadas espécies e portes, sendo um importante veículo para o desenvolvimento econômico no Brasil. O desenvolvimento legislativo e jurisprudencial desse tipo societário, de certo modo, acompanhou a lógica capitalista. Aos poucos, doutrina e jurisprudência entenderam que a empresa exercida na forma de sociedade limitada deveria existir para além dos seus sócios. Foi ancorado nessa ideia que o Direito brasileiro passou a permitir a dissolução parcial como alternativa à dissolução total em caso de falecimento de sócios, como ocorria no passado.

O maior desafio da resposta jurisdicional é encontrar o exato equilíbrio entre os interesses dos ex-sócios, que querem preservar o valor do seu patrimônio, e os interesses da própria sociedade de manter a sua operação e a geração de resultados para os seus sócios e *stakeholders*.

A literatura e as decisões sobre a matéria abordam a vedação enriquecimento sem causa, sem muito aprofundamento,[26] para contextualizar a necessidade de que os haveres sejam apurados com equilíbrio entre os interesses do ex-sócio, dos sócios atuais e da sociedade.

Nesse contexto, o problema do método de apuração de haveres não é puramente financeiro; ele envole incentivos e desincentivos com potencial de afetar a estabilidade dos vínculos da sociedade limitada, um veículo de relevância para o desenvolvimento do econômico no Brasil.

Decisões judiciais sobre a apuração de haveres que privilegiem métodos que confiram alta liquidez à participação societária, com valor equivalente ao que um sócio teria em um cenário

25 Ascarelli (2008, p. 372-451).

26 Ver Santos (2015).

de compra e venda, têm o potencial de criar incentivos desfavoráveis à perpetuidade da sociedade limitada.

No art. 966-A, o ARCC reconheceu o estímulo ao empreendedorismo e o incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país como norteadores da intepretação dos dispositivos do Livro II – Do Direito de Empresa do Código Civil, devendo ser observados, ainda, diversos princípios, entre eles o "princípio da preservação da empresa, da função sua social e de estímulo à atividade econômica".

No entanto, não há indicação na legislação proposta se, na ausência de disposições específicas no contrato social, tais princípios devem influenciar os critérios de apuração dos haveres. Restam dúvidas sobre quais os impactos e limites da conexão entre a apuração de haveres e o princípio da preservação da empresa.

6. DATA DA DISSOLUÇÃO PARCIAL

Quanto à data da dissolução parcial, o ARCC estabeleceu os marcos circunstanciais e temporais objetivos para a resolução da sociedade em relação ao ex-sócio, importante avanço para mitigar as atuais controvérsias em razão da ausência de indicação expressa na legislação atualmente em vigor.

Nesse particular, reitera-se o eventual conflito com o art. 607 do CPC, que permite que o juiz revise "a data da resolução e o critério de apuração de haveres", uma possível contradição com a redação proposta no Anteprojeto, conforme abordado no item 2.

CONCLUSÕES

O tema da apuração de haveres está em constante disputa jurisprudencial e doutrinária, pelo menos desde 1957, quando começaram a surgir os primeiros julgados de tribunais superiores permitindo a dissolução parcial, o que, por si só, já nos leva a pensar que uma reforma legislativa seria bem-vinda.

O Anteprojeto: (1) reforçou a autonomia privada das partes para definir como será feita a apuração dos haveres no contrato social; (2) confirmou o balanço de determinação como suporte padrão para a apuração de haveres; (3) incluiu os ativos intangí-

veis "gerados internamente" para fins da apuração de haveres; e (4) estabeleceu objetivamente as datas para a dissolução parcial.

Apesar da evolução do instituto no Anteprojeto, que tem o potencial de estabilizar algumas discussões, a redação proposta não aborda aspectos relevantes das discussões judiciais sobre a apuração de haveres, especialmente: (a) os limites, se houver, impostos às partes no exercício das suas liberdades de contratar; (b) o método a ser empregado para a avaliação dos intangíveis, ou a possibilidade de incluir perspectivas de receita ou rentabilidade futura na avaliação; (c) a pertinência ou não da avaliação dos ativos intangíveis não identificáveis (*e.g. goodwill*); e (d) os impactos e limites da conexão entre a apuração de haveres e o princípio da preservação da empresa.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI. Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008. p. 372-451.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Código Civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAMPINHO, Sérgio; PINTO, Mariana. **A sociedade limitada na perspectiva de sua dissolução**. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. Apuração de haveres na sociedade limitada. *In*: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASRO, Rodrigo R. Monteiro de (coords.). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento Técnico CPC-46 – Mensuração do Valor Justo**, 2012.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento Técnico CPC-04 – Ativo Intangível**, 2010.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do código civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO, ECONOMIA E CONTABILIDADE. **GEDEC: Apuração de Haveres**. YouTube, 27 out. 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=moozk-YKs30. Acesso em: 29 out. 2023.

NISHI, Eduardo Azuma. **Apuração de haveres**: novos paradigmas na ordem jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995.

SANTOS, André Luiz Cardozo. **Apuração de haveres na sociedade limitada**: uma análise crítica da jurisprudência. 2015. 109 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2015.

VILELA, Renato. **Avaliação para fins de apuração de haveres nas sociedades limitadas**: apreciação de ativos intangíveis. São Paulo: Dialética, 2023.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Corresponsabilidade do lesado no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Comparative negligence in the Draft Reform of the Brazilian Civil Code

AUTOR | AUTHOR

Daniel Dias

DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) E MESTRE PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). FOI PESQUISADOR VISITANTE NA LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT MÜNCHEN, NO INSTITUTO MAX PLANCK DE DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL PRIVADO E NA HARVARD LAW SCHOOL. PROFESSOR NA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO), NA GRADUAÇÃO E NO MESTRADO. ADVOGADO E PARECERISTA.

RESUMO

Este artigo analisa o art. 945 do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, que trata da figura tradicionalmente chamada de culpa concorrente da vítima, mas que é mais bem denominada de corresponsabilidade do lesado. Primeiramente, são apresentadas as origens desse artigo, com referência aos dispositivos de outros sistemas que o influenciaram. Em seguida, são analisados criticamente os pressupostos de incidência previstos para a corresponsabilidade do lesado. Na sequência, são discutidos criticamente os critérios estabelecidos para a fixação da indenização. Por fim, é abordada a inserção da figura da mitigação de danos como hipótese de corresponsabilidade do lesado.

PALAVRAS-CHAVE

Corresponsabilidade do lesado, culpa concorrente da vítima, mitigação de danos, responsabilidade civil.

ABSTRACT

This paper analyzes art. 945 of the Draft Reform of the Brazilian Civil Code, which deals with the comparative negligence doctrine. First, the origins of this article are presented, with reference to the provision of other legal systems that influenced it. Next, the requirements of the comparative negligence doctrine are critically assessed. After that, the criteria that enables apportionment of damages are discussed. And, finally, the inclusion of the avoidable consequences rule as a special case of the comparative negligence doctrine is presented.

KEYWORDS

Comparative negligence, mitigation of damages, law of damages.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a seguinte previsão do Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC):

> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a sua participação para o resultado em comparação com a participação do autor e de eventuais coautores do dano.
> § 1º Nos casos deste artigo, todas as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração, em particular a conduta de cada uma das partes, inclusive nas hipóteses de responsabilidade objetiva ou subjetiva.
> § 2º Quando a conduta da vítima se limitar à circunstância em que agiu para evitar ou minorar o próprio dano, serão levados em conta os critérios previstos neste artigo.

Essa previsão visa substituir o atual art. 945 do Código Civil (CC). No presente artigo, serão abordados os seguintes temas: (i) a origem do art. 945 do ARCC; (ii) a nomenclatura a ser utilizada para denominar o instituto regrado; (iii) os pressupostos de incidência; (iv) os critérios para fixação da indenização; e (v) a inserção da mitigação como hipótese de corresponsabilidade do lesado.

1. ORIGEM

Dentro da Comissão de Juristas responsável pela reforma do CC, foram estabelecidas subcomissões temáticas. O art. 945 do ARCC teve origem em uma proposta da Subcomissão de Responsabilidade Civil, composta, entre outros integrantes, por Nelson Rosenvald. Em interações informais, debati com ele e auxiliei na construção do texto original, que posteriormente acabou evoluindo para o texto atual do Anteprojeto.

O art. 945 do ARCC tem inspiração remota no texto de uma proposta acadêmica de dispositivo que sintetiza o que há de melhor das previsões presentes em Códigos Civis de países europeus e dos principais normativos comparatistas europeus, como a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (em inglês, *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG), os Princípios

dos Contratos Comerciais Internacionais, os Princípios *Acquis* e o Direito Europeu Comum de Vendas (Zimmermann, 2018, p. 1475-1486):

> (1) Se a perda for atribuível tanto à parte inadimplente como à parte lesada, o pedido de indenização da parte lesada é reduzido na proporção em que a perda é atribuível a uma ou outra parte. Todas as circunstâncias do caso devem ser levadas em consideração, em particular a conduta de cada uma das partes. Se a perda for atribuível apenas numa medida comparativamente insignificante a uma ou outra parte, a pretensão pode ser totalmente excluída ou permanecer inalterada.
> (2) A parte prejudicada tem o direito de recuperar quaisquer despesas razoavelmente incorridas na tentativa de reduzir a perda.

Com base nessa norma e nas interações com Nelson Rosenvald, elaboramos a seguinte sugestão de dispositivo reformador:

> Art. 945. Se o dano for imputável tanto à parte lesante quanto à parte lesada, a indenização da parte lesada será reduzida na proporção em que o dano for imputável a uma ou outra parte. Todas as circunstâncias do caso devem ser levadas em consideração, em particular a conduta de cada uma das partes.
> Parágrafo único. Aplica-se isso mesmo quando a conduta da vítima se limitar à circunstância de que ela deixou de evitar ou minorar o próprio dano.

Essa sugestão foi alterada pela Subcomissão de Responsabilidade Civil e depois pelos demais membros da Comissão, chegando à redação atual do Anteprojeto.

2. DA CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA À CORRESPONSABILIDADE DO LESADO

O art. 945 do ARCC trata da figura da corresponsabilidade do lesado. No Brasil, esse instituto é normalmente chamado de culpa concorrente da vítima, ou apenas culpa concorrente (Cavalieri Filho, 2014, p. 58). A culpa concorrente, como esclarece a doutrina, "refere à situação em que houve culpa da vítima, mas esse fato não se apresenta [...] no sentido de *excluir* a responsabilidade do agente, mas sim no sentido de *atenuá-la*, exatamente

porque o próprio agente, ele também, agiu com culpa, operando o que se conhece e denomina *concorrência de culpas*" (Hironaka, 1999, p. 142).

A expressão "culpa concorrente" foca no suporte fático. O instituto se verificaria quando, para o evento danoso, a vítima concorresse culposamente. Já "corresponsabilidade" foca no plano da eficácia. A figura materializa-se quando, em relação a um determinado dano, tanto o lesante quanto o lesado forem responsáveis, devendo a fixação do valor da indenização levar isso em conta (Dias, 2023, p. 209).

A expressão corresponsabilidade é preferível. Em primeiro lugar, ela capta e transmite melhor a essência do instituto, que se configura quando há corresponsabilidade do lesante e do lesado por um mesmo dano. De maneira distinta, ambos podem ter concorrido culposamente para o evento danoso, mas apenas um ser responsável pelo dano. No caso da mitigação de danos, por exemplo, conforme previsto atualmente no art. 403 do CC, tanto o lesante quanto o lesado concorrem culposamente para o dano evitável, mas o lesante não responde por ele, sendo o dano integralmente suportado pelo lesado (Dias, 2023, p. 209).

Ademais, a expressão corresponsabilidade tem a vantagem de ser mais abrangente, mostrando que o instituto pode se verificar em situações de responsabilidade objetiva. Já a expressão culpa concorrente transmite a ideia de que o instituto seria aplicável apenas aos casos de responsabilidade subjetiva (Dias, 2023, p. 209).

3. PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA

Sobre os pressupostos de incidência da corresponsabilidade do lesado, o *caput* do art. 945 do ARCC dispõe: "Se a vítima tiver concorrido para o evento danoso". Já no art. 945 do CC, consta: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso". Comparando os dois textos, nota-se que, no Anteprojeto, o advérbio "culposamente" foi suprimido.

De acordo com o Anteprojeto, bastaria que a vítima tivesse concorrido para o evento danoso, não sendo necessário que o concurso fosse culposo. Só haveria então dois pressupostos para a corresponsabilidade do lesado: a consausalidade e o evento danoso.

Esse regramento tem dois problemas: um ligado à supressão da exigência de culpa do lesado e outro à exigência de

concurso para o evento danoso. Quanto ao primeiro problema, o texto agora previsto no ARCC parece ter sido influenciado pela tese predominante na doutrina brasileira, que sustenta que a figura tradicionalmente referida como "culpa da vítima" ou "culpa do ofendido" envolveria apenas o nexo de causalidade, e não também a culpa do ofendido. Nessa linha, afirma-se comumente que não se deve falar em culpa, mas sim em fato da vítima (Dias, 2020).

Essa orientação puramente causal é equivocada. Já escrevi sobre isso (Dias, 2020) e apresentarei aqui um resumo dos principais argumentos. A tese da pura causalidade dispensa o pressuposto da culpa do ofendido para que haja a possibilidade de redução ou até mesmo exclusão de sua indenização. Essa dispensa, porém, gera sérias desvantagens práticas e distorções no sistema jurídico.

Em primeiro lugar, a exigência de mera concausalidade amplia consideravelmente o campo de incidência da corresponsabilidade do lesado. Muitos elementos ligados ao ofendido representam concausas, isto é, condições sem as quais não teria ocorrido o evento danoso. A rigor, o próprio fato de a vítima estar presente no local do acidente no momento da sua ocorrência, e assim ter sido atingida (como no caso de uma explosão, por exemplo), pode ser considerado uma concausa para o evento danoso. Seria inútil e inconveniente, em todos esses casos, cogitar a redução da indenização do ofendido (Dias, 2020).

Para que seja reconhecida como relevante para fim de exclusão ou redução da responsabilidade do ofensor, a conduta do lesado deve apresentar um elemento adicional, além da mera da causalidade. Nesse sentido, o jurista alemão Dirk Looschelders afirma, em sua tese de livre docência sobre o tema da corresponsabilidade do lesado: "O comportamento do lesado não é relevante, sob a perspectiva da culpa concorrente, apenas porque ele foi concausa da ocorrência do evento danoso" (Looschelders, 1999, p. 235).

Esse elemento adicional é expresso, até hoje, nos principais CCs europeus, por meio da exigência de que o lesado tenha concorrido *culposamente* para o próprio dano. É o caso, por exemplo, do art. 1227 do CC italiano e do § 254 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB – o CC alemão).

O simples ato de atravessar a rua configura concurso da vítima para o atropelamento que sofreu de um carro que trafegava pela rodovia. Porém, isso é irrelevante para o valor de sua indenização, caso estivesse atravessando na faixa de pedestres.

No entanto, atravessar a rua fora da faixa de pedestres torna o seu concurso culposo para o atropelamento. Nessa segunda situação, sua contribuição é relevante para a redução ou exclusão da indenização.

A necessidade de analisar a culpa do lesado pode ser reforçada por meio da análise do suporte fático da mitigação de danos. Para incidência desse instituto, não basta que o dano seja objetivamente evitável. É necessário que o lesado tenha culposamente deixado de evitar o próprio dano. Além disso, a necessidade de qualificar a conduta do lesado como culposa é pacífica. Nenhum autor defende, nem há precedentes judiciais, que afirmem a irressarcibilidade do dano objetivamente evitável, isto é, que poderia ter sido evitado, independentemente do nível de sacrifício e esforço do lesado necessários para tanto (Dias, 2023, p. 265).

A necessidade de analisar a conduta do lesado é prevista mesmo em diplomas que não utilizam o termo culpa, como é o caso do art. 77 da CISG, que dispõe que não será indenizável o dano razoavelmente evitável, ou seja, o dano que o credor inadimplente poderia ter evitado mediante a adoção de "medidas *razoáveis* de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento".

A dispensa da exigência da culpa levaria, nos casos de concurso de vítima incapaz, a que o lesado tivesse de suportar as consequências desvantajosas da sua imaturidade relacionada, por exemplo, à sua idade. Essa conclusão, contudo, é incompatível com as valorações do sistema jurídico brasileiro. Essa posição não condiz com o significado especial atribuído à proteção de participantes mais vulneráveis no tráfego jurídico, como, especialmente, as crianças. Segundo Dirk Looschelders, escrevendo sobre o Direito alemão, mas de maneira aplicável ao Direito brasileiro:

> Pode-se, nessa linha, ponderar se a proteção de crianças e jovens não deveria ser ampliada; mas de maneira nenhuma é previsto reduzir essa proteção. Isso vale particularmente em relação aos acidentes de trânsito, nos quais o lesante tipicamente goza da proteção de seguro de responsabilidade civil (Looschelders, 1999, p. 355-356).

Outra questão é que o art. 928 do CC, em seu campo imediato de aplicação, protege o ofensor incapaz contra pretensões indenizatórias de terceiros. É, todavia, possível considerar tam-

bém uma aplicação analógica desse dispositivo no contexto da culpa da vítima, "porque crianças e outras pessoas inimputáveis são igualmente dignas de proteção, em face de uma redução das suas pretensões indenizatórias por culpa concorrente" (Looschelders, 1999, p. 355-356).

A tese da pura causalidade também parte de um falso problema: defende a necessidade de suprimir o pressuposto da culpa da vítima sob o argumento de que isso seria necessário para aplicar a norma às hipóteses de responsabilidade objetiva. Mas não é assim. No fundo, sob esse aspecto, apenas a expressão culpa concorrente seria equivocada, pois, no caso de responsabilidade objetiva, como não se analisa a culpa do lesante, a culpa da vítima não seria propriamente *concorrente*. No entanto, esse é um problema apenas da expressão "culpa concorrente da vítima" e não da exigência de culpa do lesado em si. Por exemplo, nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço é objetiva (arts. 12 e 14 *caput*, ambos do CDC). Mesmo assim, previu-se a *culpa* exclusiva do consumidor como hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor (art. 12, § 3º III e art. 14, § 3º II, ambos do CDC).

Por outro lado, a utilização do termo "culpa do lesado" é criticada por ser imprópria nesse contexto, uma vez que a culpa propriamente dita pressuporia a violação de deveres jurídicos, enquanto que, no caso da corresponsabilidade do lesado, a base de valor da redução da indenização não consistiria na violação de deveres genuínos. Os padrões de conduta relevantes tampouco são determinados com relação ao comportamento razoável no próprio interesse do lesado. Em vez disso, deve-se perguntar quais sacrifícios ou precauções o direito poderia esperar que a parte lesada adotasse no interesse razoável do lesante de não ter suportar uma obrigação de indenizar excessivamente extensa e onerosa. Por influência do direito alemão, emprega-se, neste contexto, o conceito de incumbência (*Obliegenheit*) (Dias, 2023, p. 241 ss.). Contudo, talvez pela dificuldade de encontrar uma palavra que transmita melhor a ideia, o termo "culpa" permanece até hoje em diversos regramentos, como no BGB (§ 254) e no Código Civil italiano (art. 1227).

O segundo problema do art. 945 do ARCC é ter mantido a expressão "evento danoso". Utilizar essa expressão reforça a separação existente no CC/2002 entre a corresponsabilidade do lesado e a mitigação de danos. Atualmente, o art. 945 do CC incide nas situações em que a vítima concorre para o evento danoso, enquanto a mitigação de danos trata das consequências danosas

desse evento danoso que o lesado, culposamente, deixou de evitar ou mitigar (Dias, 2023, p. 211 ss.).

Acontece que, como será aprofundado adiante, essa separação é criticável, por serem ambas expressões de uma mesma figura de corresponsabilidade do lesado, devendo ser tratadas conjuntamente. E é isso que os autores do Anteprojeto propuseram ao prever no § 2º a figura da mitigação de danos. E essa decisão é correta. Contudo, é incoerente com essa inovação manter a expressão evento danoso. É preferível suprimir a referência a "evento danoso" e utilizar apenas a expressão mais simples e técnica: "dano".

4. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

O art. 945, *caput* do ARCC dispõe que "a sua indenização será fixada tendo-se em conta a sua participação para o resultado em comparação com a participação do autor e de eventuais coautores do dano".

Ao falar em "participação para o resultado", a primeira impressão que se tem é a de um sentido mais restrito, ligado à causalidade. Nesse sentido, também a fixação da indenização poderia estar sendo orientada por critério puramente causal. Porém, essa orientação seria desaconselhável. O nexo de causalidade, por si só, não é capaz de resolver satisfatoriamente as questões envolvidas na fixação do valor da indenização em casos de corresponsabilidade do lesado. As teorias causais existentes não conseguem oferecer, na maior parte dos casos, uma separação precisa das contribuições de cada parte para o dano (Dias, 2020).

Sobre o critério da contribuição causal, afirma Reinhard Zimmermann que "a ideia de ponderar uma causa [...] contra a outra, e de atribuir peso predominante a uma ou a outra, é logicamente questionável." E "é por isso que, mesmo no direito alemão, que de fato – a este respeito! – se concentra principalmente na causalidade, outras circunstâncias são tidas em conta, especialmente o grau relativo de culpa" (Zimmermann, 2014, p. 215).

Contudo, essa impressão de adoção de um critério puramente causal é contrariada pela leitura do § 1º, que dispõe: "Nos casos deste artigo, todas as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração, em particular a conduta de cada uma das partes, inclusive nas hipóteses de responsabilidade objetiva ou subjetiva".

Apesar de não serem esclarecidos quais são os critérios para essa avaliação, é "razoável presumir que, dentre tais critérios, estão justamente as figuras de 'culpa' e 'nexo de causalidade' [...] à luz do bom arbítrio do juiz". Em comparação ao texto atual, "que é focado na gravidade da culpa, o texto oferece maior discricionariedade ao juiz para aferir efetivo o grau de participação de cada qual (lesante e lesado) para o evento lesivo" (Pires, 2024, p. 51).

A nova sugestão de redação inclui ainda uma referência expressa à sua aplicabilidade a casos de responsabilidade objetiva. No entanto, não é necessária essa referência expressa. A alteração do critério de fixação da indenização, ao ampliar para abarcar critérios que não o confronto da culpa das partes, é suficiente para tornar aplicável o dispositivo também à responsabilidade objetiva.

5. MITIGAÇÃO DE DANOS COMO HIPÓTESE DE CORRESPONSABILIDADE DO LESADO

O § 2º dispõe: "Quando a conduta da vítima se limitar à circunstância em que agiu para evitar ou minorar o próprio dano, serão levados em conta os critérios previstos neste artigo".

Esse dispositivo trata da mitigação de danos. A mitigação de danos, ou regra da irressarcibilidade do dano evitável, é uma regra antiga, que remonta ao direito romano (Neira, 2012). No Brasil, o tema ganhou novos influxos a partir de 2004, quando se passou a entender que o tema seria uma importação do instituto do direito anglo-americano chamado *mitigation of damages* e que, no Brasil, diante de lacuna legal, seria aplicado por meio da boa-fé objetiva. Desde 2011, defendo que essa percepção é equivocada. O tema é antigo na própria tradição do *civil law*, não havendo lacuna no Código Civil, sendo a mitigação de danos regulada no art. 403 do CC (Dias, 2023).

No CC/2002, corresponsabilidade do lesado e a mitigação de danos são figuras diferentes. Cada uma delas é regulada por um dispositivo distinto: a mitigação tem assento no art. 403 do CC e a corresponsabilidade do lesado funda-se no art. 945 do CC. Isso leva a diferenças dogmáticas de regime jurídico, entre as quais merecem destaque as diferenças em relação aos pressupostos de incidência e às consequências jurídicas.

O suporte fático de cada um dos institutos é diferente. Segundo o art. 945 do CC, há culpa concorrente "se a vítima tiver

concorrido para o evento danoso". No caso da irressarcibilidade do dano evitável, há o evento danoso – a inexecução contratual, no campo da responsabilidade obrigacional, por exemplo –, do qual emergem danos que cabia ao lesado evitar, mas ele culposamente não o faz.

Em relação às consequências jurídicas, há diferenças também. A mitigação de danos leva a que o credor não tenha direito a nenhuma indenização pelo dano que poderia ter sido evitado (art. 403 do CC), enquanto a culpa concorrente implica a fixação da indenização conforme o confronto da gravidade das culpas do lesante e do lesado (art. 945 do CC).

Desde 2020, na primeira edição do meu livro sobre mitigação de danos, destaco que esse tratamento diferenciado é estranho, uma vez que as situações são semelhantes, com comportamento culposo de ambas as partes concorrendo para o dano. Na obra, apesar dessa demonstração de desconforto, em uma tentativa de justificar a escolha do legislador, apresento os argumentos utilizados pela doutrina para separar as figuras (Dias, 2023, p. 212).

Contudo, a compreensão mais atual sobre o tema indica que a separação das duas figuras se deve mais a questões históricas e não deve ser mantida. Essas duas figuras tratam, no fundo, do mesmo fenômeno: a corresponsabilidade do lesado, quando lesante e lesado são corresponsáveis pelo prejuízo sofrido pelo lesado. Por se tratar de um mesmo fenômeno, a tendência atual na Europa é de tratar essas figuras de maneira unitária (Zimmermann, 2018, p. 1485-1486).

Como bem explica Reinhard Zimmermann, falando sobre o fenômeno no campo contratual, "a razão para tal repartição [típica da corresponsabilidade do lesado] também da perda evitável é que, se não fosse o inadimplemento, nem a perda como tal nem a necessidade de a mitigar teriam surgido. Tanto a parte lesada como a parte inadimplente podem, portanto, ser consideradas responsáveis até mesmo pelas consequências evitáveis do incumprimento" (Zimmermann, 2018, p. 1484).

Além disso, o texto do dispositivo no Anteprojeto está mal escrito. O § 2º dispõe: "Quando a conduta da vítima se limitar à circunstância em que agiu para evitar ou minorar o próprio dano, serão levados em conta os critérios previstos neste artigo".

A questão, porém, não é quando a vítima *agiu* para evitar ou minorar o próprio dano, mas sim quando ela *não agiu*. É a falta de ação para mitigar o próprio prejuízo que é relevante para influenciar negativamente o montante da indenização. O texto,

portanto, não expressa adequadamente o que se pretende, necessitando de modificação.

CONCLUSÃO

O art. 945 do ARCC trata de um tema tradicionalmente conhecido como culpa concorrente da vítima. Contudo, a figura é mais precisamente denominada corresponsabilidade do lesado. Essa nomenclatura é mais adequada, pois enfoca a eficácia do instituto (tanto lesante quanto lesado responderem pelo dano) e não apenas o suporte fático (tanto o lesante quanto o lesado concorrerem culposamente para o dano sofrido pelo lesado).

O dispositivo apresenta problemas. No plano dos pressupostos de incidência, houve a supressão da exigência da culpa do lesado, com manutenção da exigência apenas o pressuposto da concausalidade. Ocorre que esse pressuposto, apesar de necessário, não é suficiente, uma vez que a mera concorrência para o próprio dano não é o bastante para tornar o caso relevante para a redução ou exclusão da indenização do lesado. Para isso, é necessário também que o lesado tenha concorrido culposamente para o próprio dano.

O art. 945 do ARCC apresenta também o problema de trabalhar com o pressuposto do evento danoso e não do dano. A figura do evento danoso faz sentido em um sistema que trata separadamente os institutos da corresponsabilidade do lesado e da mitigação de dano. A manutenção dessa separação é uma opção ultrapassada em âmbito internacional e incoerente no próprio ARCC com a proposta de tratamento unitário presente na previsão do § 2º. Portanto, é preferível substituir "evento danoso" por "dano".

Em comparação ao atual art. 945 do CC, o § 1º ampliou os critérios para a fixação da indenização. De acordo com a proposta de reforma, não só a culpa, mas também a causalidade poderão ser elementos auxiliares na determinação judicial do valor da indenização. Essa ampliação é positiva, pois amplia os critérios, concedendo mais autonomia ao juiz para verificar as circunstâncias relevantes do caso, e torna o dispositivo aplicável a casos de responsabilidade objetiva do lesante.

No § 2º, a reforma pretende inserir o regramento da mitigação de danos. O dispositivo tem a vantagem de tratar unitariamente a mitigação dentro do instituto da corresponsabilidade do lesado, como uma de suas hipóteses. Porém, o texto apresenta

problemas. Ele dispõe que "serão levados em conta os critérios previstos neste artigo", "quando a conduta da vítima se limitar à circunstância em que agiu para evitar ou minorar o próprio dano". Na verdade, isso é o oposto do que deveria estar previsto. Os critérios da corresponsabilidade deveriam ser considerados quando a vítima *não agiu* para mitigar o prejuízo e não quando agiu. Essa inconsistência precisa ser corrigida.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

DIAS, Daniel. A chamada "culpa da vítima" é mesmo um problema apenas de causalidade?. **Consultor Jurídico (Conjur)**, São Paulo, 20 jan. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/direito-civil-atual-culpa-vitima-mesmo-problema-apenas-causalidade/#:~:text=Uma%20quest%C3%A3o%20enfatizada%20pela%20doutrina,sim%20em%20fato%20da%20v%C3%ADtima. Acesso em: 20 jul. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. *In*: DINIZ, Maria Helena (coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 141-158.

LOOSCHELDERS, Dirk. **Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

NEIRA, Lilian C. San Martín. **La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño**: estudio histórico-comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

PIRES, Edgard Prado. **Imputação do dano na responsabilidade civil**: corresponsabilidade do lesado. 2024. Projeto de qualificação de dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

ZIMMERMANN, Reinhard. Art 9:505: Reduction of Loss. *In*: NILS, Jansen; REINHARD, Zimmermann. **Commentaries on European Contract Laws**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

ZIMMERMANN, Reinhard. Limitation of Liability for Damages in European Contract Law. **The Edinburgh Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 2, p. 193-224, 2014.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Regras de interpretação dos contratos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: artigos 42I-C, 421-D e 421-E

Rules of Contract Interpretation in the Draft Reform of the Brazilian Civil Code: Articles 421-C, 421-D and 421-E

AUTOR | AUTHOR

Dante O. Frazon Carbonar

DOUTORANDO E MESTRE EM DIREITO CIVIL PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP). MEMBRO TITULAR DO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL (IBERC) E DO INSTITUTO DE DIREITO PRIVADO (IDIP). ADVOGADO EM CURITIBA E EM SÃO PAULO.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar regras de interpretação dos contratos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. São apresentadas críticas quanto à sua redação, localização, bem como sugestões de aprimoramento dos arts. 421-C, 421-D e 421-E.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos, regras de interpretação contratual, Código Civil brasileiro, reforma.

ABSTRACT

This article aims to analyze the rules of contract interpretation in the draft reform of the Civil Code. It offers critiques on their wording and placement, along with suggestions for improving Articles 421-C, 421-D and 421-E.

KEYWORDS

Contracts, rules of contract interpretation, Brazilian Civil Code, reform.

1. CÓDIGO CIVIL E AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO: O DESPERTAR PARA A HERMENÊUTICA CONTRATUAL

Historicamente, os Códigos Civis brasileiros, em suas versões originais, têm seguido orientação de pouco positivar regras de interpretação dos negócios jurídicos. Assim fora com o Código Civil de 1916, que dispunha apenas do art. 85 "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". O Código Civil de 2002, na sua redação original, seguiu a tradição. Por intermédio do art. 112 apresentou finos ajustes em relação à redação do art. 85 do CC/16 (infelizmente pouco compreendido até hoje pela doutrina), estabelecendo que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

O ajuste redacional promovido na regra, em uma rápida leitura, e para aqueles menos familiarizados com o histórico doutrinário e jurisprudencial na sua aplicação, passa desapercebido. De fato, a alteração teve por finalidade extirpar qualquer resquício remanescente da teoria da vontade, que defendia a realização de uma ampla consulta, sobretudo pessoal, das circunstancias do negócio, desprestigiando o texto da declaração negocial. A intenção – termo com conotações subjetivas (Irti, 2020) – serve como meio de interpretação, como é expresso no art. 112 do CC/2002, pois está consubstanciada na declaração negocial. A intenção, ou propósito, não deve ser buscada nas partes, tampouco no intérprete (Eco, 1993). Logo, o que não está expresso na declaração não pode ser considerado a intenção, conforme a regra de interpretação mencionada pelo legislador no art. 112 do CC/2002. Trata-se, com efeito, de uma técnica adotada que reforça a segurança jurídica, na medida em que objetiva que as partes expressem claramente no texto os fins que seu contrato busca alcançar. É desse texto que o intérprete deve extrair a intenção, que atua como vetor interpretativo do negócio.

Dessa maneira, o legislador reforçou seu posicionamento em linha com as ideias propostas ao longo do século XX pelas Teorias da Declaração: confiança e responsabilidade são os pilares maiores a balizar o posicionamento do intérprete frente ao texto negocial. O texto da declaração é o objeto da interpretação, e não a vontade, entendida como um querer psicológico não declarado ao seu parceiro negocial. Por isso, atribui-se responsabilidade – em sentido amplo – ao declarante (ou declarantes, em caso de contrato) para que se esforce em selecionar

adequadamente os termos dos enunciados que dirigirá à parte que pretende se vincular pelo contrato, sob o ônus de ficar associado a termos que talvez não reflitam seu verdadeiro propósito. A língua, fruto de um reiterado uso pela comunidade de falantes, permite a comunicação; e ao se comunicar, projeta-se sobre o outro informações e, consequentemente, expectativas a partir das quais pode, em sua autodeterminação, decidir se deseja ou não se vincular aos termos propostos.

Aquele que se depara com uma proposta ou um texto negocial compreende-o porque domina as regras gramaticais da língua e porque está inserido em um ambiente de relações de troca, isto é, conhece-as e, por isso, faz uso delas, verificando suas consequências ao se vincular juridicamente a outras partes por meio de contratos que costuma firmar. Confia-se, assim, que as palavras, em sua disposição nas frases e nas cláusulas, obedecem a uma lógica compartilhada pelas pessoas, permitindo que informações sejam intercambiadas com eficiência. Dessa forma, responsabilidade e confiança, pratos de uma mesma balança, atuam para que as pessoas possam se vincular mediante negócios jurídicos sem grandes surpresas acerca daquilo que manifestaram, promovendo um ambiente estável que favorece a conclusão de mais negócios. O sentido do negócio jurídico, portanto, não é fruto do mero querer, mas do texto resultante das escolhas feitas pelos contratantes, as quais obedecem a estáveis regras de significação.

Durante os mais de 80 anos de vigência do Código Civil de 1916 pensou-se ser suficiente para se alcançar tais fins a previsão do art. 85, complementada pelas regras do Código Comercial de 1850. Na mesma esteira, seguiu o legislador do Código Civil de 2002, que revogou as regras do Código Comercial, e, entre as regras gerais de interpretação, acrescentou apenas o art. 113, o qual dispõe que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

A despeito da diminuta alteração legislativa, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve, na doutrina civilista brasileira, um despertar para a temática da interpretação negocial. Seu ápice ocorreu em 2011, com os trabalhos de Francisco Paulo de Crescenzo Marino (*Interpretação do negócio jurídico*), Marcelo Vicenzi (*Interpretação do contrato*: ponderação de interesses e solução de conflitos), e Rodney Malveira da Silva (*Hermenêutica contratual*). Em 2016, foi publicado interessante trabalho de Felipe Kirchner (*Interpretação contratual*: hermenêutica e concreção), e no corrente ano [2024], a obra

de José Roberto de Castro Neves (*A interpretação das relações contratuais*).

Uma reação, na verdade, ao estado em que se encontrava a dogmática da hermenêutica contratual. Durante a vigência do Código Civil de 1916 apenas uma obra monográfica a respeito da temática da interpretação do negócio jurídico foi publicada por Custódio Miranda, em 1989. Reconhece-se que os trabalhos de Eduardo Espínola e Pontes de Miranda oferecem relevantes orientações que ainda são úteis para o estudo do tema. Contudo, em regra, a temática por aqui, ao contrário do que se via em Europa, era tratada em poucos parágrafos e em algumas páginas de manuais que se dedicavam a descrever as divergências entre as teorias subjetivas e objetivas do negócio jurídico, com base em obras europeias, especialmente francesas, italianas e alemãs. A doutrina do alvorecer do século XXI, ante o vácuo no desenvolvimento da temática da interpretação negocial em nossa doutrina, assumiu a incumbência de propor modelos de ordenação e controle da atividade de significação dos enunciados negociais.

A despeito das relevantes obras monográficas publicadas acerca da temática da interpretação contratual, tal não foi suficiente para, nas duas primeiras décadas de vigência do Código Civil de 2002, resultar em uma orientação uniforme na doutrina quanto à forma como operam os arts. 112 e 113 do CC/02, menos ainda na jurisprudência.

As consequências desse cenário foram sentidas por aqueles que, vinculados a um contrato, diante de uma controvérsia acerca do sentido de suas disposições, enfrentavam, no momento da resolução do litígio, um sentimento de insegurança. Afinal, a doutrina e a jurisprudência ainda buscam estabelecer qual é, por exemplo, a função hermenêutica desempenhada pela boa-fé referida no *caput* do art. 113 do CC/02. Houve, inclusive, quem afirmasse que a referência à boa-fé, diante da previsão do art. 112 do CC/02, seria desnecessária (Marino, 2011). As dificuldades quanto à compreensão de que forma a boa-fé orienta o intérprete resultaram e ainda resultam justamente naquilo que contratantes, por estarem vinculados por um contrato – instrumento de previsibilidade –, buscam evitar: surpresas decorrentes de intervenções indevidas no programa contratual, que podem o deturpar em detrimento da autonomia privada.

Uma instabilidade na definição do sentido, isto é, do conteúdo dos enunciados do texto negocial, naturalmente desestimula o mercado, visto que o programa contratual fica sob a

ameaça de ser desnaturado, devido à incerteza, em eventual litígio, de como o intérprete o compreenderá.

Foi nesse quadro que o legislador, mediante a Lei n. 13.874/2019, e sob a justificativa de introduzir referenciais mais objetivos na lei quanto à função hermenêutica desempenhada pela boa-fé, acrescentou ao art. 113 do CC/02 dois parágrafos. No primeiro deles, constam cinco incisos, contendo regras de definição do sentido negocial. No § 2º, consta previsão de que as partes dispõem de autonomia para "pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei". Nesse último parágrafo não há, com efeito, regras de significação do texto negocial, mas sim contribuições relevantes do ponto de vista técnico quanto à denominação das atividades desempenhadas com relação ao texto negocial: interpretar para atribuir significado, preencher lacunas (Nitschke, 2019) e integrar em caso de insuficiência do texto.

Ao objetivar as regras de significação do negócio jurídico – regras cuja essência está enraizada em nossa tradição –, o legislador deixa claro ao intérprete os elementos que devem ser observados ao definir o sentido juridicamente relevante de um texto negocial objeto de controvérsia. A sua inobservância, no entanto, implica violação à lei federal, passível, inclusive, de impugnação pelas partes via interposição de recurso especial. Por consequência, isso favorece quem contrata e quem julga, pois, *a priori*, já se conhecem as regras que regem a significação do texto negocial, e, para quem julga, os referenciais orientadores estão postos.

Desse modo, os contratos encontram ambiente de maior estabilidade para se desenvolver. O legislador, em modelo semelhante ao anglo-saxão, que não à toa é bastante adotado para resolver conflitos de arbitragem, deixa as regras do jogo mais previsíveis, para as partes e os julgadores, favorecendo a economia e os negócios (Menezes Cordeiro, 2009).

Neste movimento dos últimos 20 anos que denominamos de "despertar para a hermenêutica contratual", o ARCC em trâmite no Senado Federal propõe inserir mais regras acerca da significação contratual. Analisaremos adiante as principais, previstas nos arts. 421-C, 421-D e 421-E.

2. ANÁLISE DOS ARTS. 421-C, 421-D E 421-E DO ARCC

O ARCC segue, portanto, a tendência assistida desde a sua redação original de tornar a tarefa do intérprete, com relação aos contratos, objetivamente orientada por regras positivadas. Essa tendência resulta da necessidade de tornar a solução de conflitos acerca do sentido de disposições contratuais mais previsível, favorecendo quem negocia, contrata e litiga a seu respeito.

Quanto às regras de hermenêutica contratual, não há proposta de alteração daquelas previstas nos arts. 112 e 113, nem das mais recentes inseridas no § 1º do art. 113 pela Lei n. 13.874/2019. Na verdade, a proposta é de acrescentar outros dispositivos, mas não necessariamente novas regras.

O primeiro dispositivo do Anteprojeto que dispõe de regras de hermenêutica contratual é o art. 421-C, semelhante ao que hoje se observa no art. 421-A introduzido no CC pela Lei da Liberdade Econômica (Lei. n. 13.874/2019). Em um olhar atento, o Anteprojeto propõe introduzir outras disposições legais que assumiriam o lugar das previsões do atual art. 421-A, remetendo seu texto, em parte, a um novo dispositivo, o art. 421-C. A proposta de redação é a seguinte:

> Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais.
> § 1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise:
> I - os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem receber o tratamento específico que consta de leis especiais, assim como os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades;
> 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;
> 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;

> 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;
> V - a atipicidade natural dos contratos empresariais;
> VI - o sigilo empresarial deve ser preservado.

A leitura integral do art. 421-C revela um aglomerado de regras que não apresentam coesão temática para justificar sua reunião. No § 1º, menciona-se a "interpretação" dos contratos empresariais a partir de "parâmetros adicionais de consideração e análise". Aqui reside o primeiro problema de ordem técnica. O termo "interpretação" no CC refere-se à atividade definitória de sentido, ou seja, à precisão do conteúdo do enunciado objeto de controvérsia. A proposta do § 1º do art. 421-C, todavia, não emprega o termo com o mesmo significado (conceito).

Com efeito, a redação do § 1º é de difícil assimilação. Fala-se de "interpretação", "consideração" e "análise", mas os incisos que seguem não tratam necessariamente de definição de sentido, termo que é problemático entre as diferentes ciências, mas, na hermenêutica contratual, alude à noção de conteúdo de enunciado negocial, ou ainda, à ideia que se pode compreender estar nele exprimida (Ferreira de Almeida, 1992, p. 179).

Os incisos do § 1º do art. 421-C reúnem, a bem da verdade, características de natureza diversa de contratos de ordem empresarial, mas não pertencentes aos mesmos campos de regulação. Contraria-se ao assim dispor, na redação proposta, a regra do art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998, que impõe que as:

> disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] III - para a obtenção de ordem lógica: b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

Assim, para que se mantenha o rigor com o restante do CC, parece melhor que sejam empregues apenas os termos "consideração" e "análise" no § 1º do art. 421-C. A partir dessas ponderações, a título de sugestão, a redação do § 1º melhor seria se viesse assim enunciada: "Os contratos empresariais exigem, na sua análise, a consideração dos seguintes parâmetros adicionais".

Ao se retirar o termo "interpretação" do § 1º, seu enunciado exprime a mesma ideia, além de manter o rigor terminológico do CC, em respeito ao art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998.

Seguindo, o inc. I do art. 421-C encampa um valor de coerência, determinando que os tipos contratuais recebam tratamento particularizado, conferido pelas leis especiais ou próprias de suas modalidades. Em essência, a proposta é oportuna, mas a redação, para tais fins, ainda reclama aprimoramento para atender à exigência de clareza prevista no art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998: "a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas". O que seriam tipos contratuais naturalmente díspares? Qual o valor semântico do trecho "próprios de algumas relações empresariais"? Parece que nenhum. O enunciado acaba pecando pela falta de concisão e clareza.

O que dizer, a partir das mencionadas exigências do art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998, da boa-fé empresarial referida no inc. II do art. 421-C? Não só é inédita a sua aparição no CC, mas também o restante do enunciado parece não ter função alguma. Contudo, se a intenção do legislador é chamar a atenção do intérprete para que se considere, ao analisar o texto negocial, a realidade do mercado em que o contrato se insere, o art. 113, § 1º, II do CC/02 já se presta a tanto ao dispor que "a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio". Se essa é a finalidade do legislador, parece que não haver justificativa para a existência do inc. II.

Na verdade, os incs. I e II do art. 421-C seguem uma lógica que, a nosso ver, já é estabelecida com muito mais rigor técnico pelo art. 113, § 1º, II do CC/2002: a coerência na interpretação do contrato com as suas particularidades, que decorrem de previsões em leis especiais, e os costumes e práticas do mercado em que se inserem.

O inc. III, por sua vez, determina uma regra de preenchimento de lacuna ao indicar que diante da sua presença, os usos e costumes do lugar de sua celebração e as práticas comuns adotadas pelos empresários servirão como referenciais úteis para a criação da regra faltante.

A seu respeito, são oportunas ao menos duas considerações. A primeira, de rigor redacional. O art. 113, §2º do CC/02, como já adiantado, apresenta denominações de ordem técnica:

interpreta-se para significar; preencher lacunas; e integrar em caso de falta de texto expresso. Assim, para que se mantenha coesão semântica no CC, sugere-se, no lugar de "na falta de redação específica de cláusulas necessárias à execução do contrato [...]" a adoção da seguinte redação para o art. 421-C, § 1º, III: "em caso de lacuna contratual, o juiz se valerá dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração [...]".

A segunda consideração é a de que o legislador finalmente trata diretamente de regras gerais de colmatação de lacunas. Observa-se que os arts. 112 e 113 tratam de interpretação, isto é, regras voltadas para a significação do texto negocial e não do preenchimento de regramento negocial. Tal proposta consubstancia certo avanço normativo, visto que se o CC historicamente não tinha a tradição de prever pluralidade de regras de interpretação, menos ainda cuidava de regras de preenchimento de lacunas. Todavia, à luz da regra do art. 11, III, b da Lei Complementar n. 95/1998, que determina que se restrinja o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio, não nos parece que a regra proposta no art. 421-C, § 1º, III esteja bem alocada, merecendo, assim, outro local dentro do CC. A sua inclusão seria mais adequada nas disposições gerais das regras acerca do negócio jurídico, ao lado das regras de interpretação (arts. 112, 113 e 114).

Passando para a proposta do art. 421-D, também se verifica que o dispositivo reúne em seus cinco incisos, assim como faz o art. 421-C, uma série de assuntos diversos, em desrespeito à previsão do art. 11, III, b da Lei Complementar n. 95/1998, que exige, para fins de obtenção de ordem lógica, que se limite o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio. Confira-se a redação proposta que trata tanto de interpretação quanto de revisão, assuntos que não devem ser de modo algum confundidos:

> Art. 421-D. Salvo nos contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários, as partes podem, para a garantia da paridade contratual, sem prejuízo dos princípios e das normas de ordem pública, prever, fixar e dispor a respeito de:
> I - parâmetros objetivos para a interpretação e para a revisão de cláusulas negociais;
> II - hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual;
> III - alocação de riscos e seus critérios, definida pelas partes, que deve ser observada e respeitada;

> IV - glossário com o significado de termos e de expressões utilizados pelas partes na redação do contrato;
> V - interpretação de texto normativo.

Do *caput* é perceptível a preocupação de que as matérias referidas nos incisos resultem de efetivo exercício de autonomia das partes, ou seja, contratos em que haja negociação de seus termos. Sua redação em tema de interpretação, é, todavia, desnecessária. Os incs. I, IV e V apenas repetem, o que de maneira concisa e clara, o § 2º do art. 113 do CC/2002 já dispõe: "As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei". Ressalta-se que o § 2º do art. 113 já atende tanto ao requisito de que regras de significação do negócio advenham de negociação (as partes poderão livremente pactuar), quanto já cobre todos os incisos do art. 421-D, e oferece ainda mais, referindo-se à integração e colmatação de lacunas, atividades que não teriam razão para o art. 421-D, em tese, não abarcar. De todo modo, a proposta é ruim, eis que dispersa regras de significação já bem alocadas no art. 113 do CC/2002 sem oferecer nenhuma vantagem ou acréscimo necessário ao regramento do CC em sua redação atual.

Por fim, a comissão de reforma propõe a inserção do art. 421-E do CC com a seguinte redação:

> Art. 421-E. Devem ser interpretados, a partir do exame conjunto de suas cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum, os contratos:
> I - coligados;
> II - firmados com unidade de interesses;
> III - celebrados pelas partes de forma a torná-los estrutural e funcionalmente reunidos;
> IV - cujos efeitos pretendidos pelas partes dependam da celebração de mais de um tipo contratual;
> V - que se voltem ao fomento de vários negócios comuns às mesmas partes.

A proposta parece seguir a linha prevista no inc. V do art. 113, § 1º do CC/2002, inserido pela Lei da Liberdade Econômica, que dispõe que o intérprete deve atribuir ao contrato o sentido que corresponda ao que seria uma negociação razoável entre as partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições

do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

A diferença entre ambos reside na amplitude: o art. 421-E foca em uma interpretação integrada entre contratos que guardam entre si uma relação direta (coligados, unidade de interesses, contratos-quadro, etc.), enquanto o art. 113, § 1º, V do CC/2002 orienta o intérprete a definir o sentido da cláusula controversa considerando o texto completo daquele negócio. As regras dos mencionados dispositivos seguem a mesma lógica: o texto negocial, compreendido aqui como conjunto de enunciados que rege uma relação (Ferreira de Almeida, 1992, p. 164), não deve ser interpretado de forma fragmentada, mas sempre contextualizado, o que é elogiável.

A crítica aqui é que a proposta apresenta suas previsões no art. 421-E, enquanto a matéria de hermenêutica contratual do CC está toda concentrada nos arts. 112, 113 e 114. Parece-nos mais adequado, inclusive em respeito ao art. 11, III da Lei Complementar n. 95/1998, que o legislador considere alocar as previsões do art. 421-E em um novo parágrafo do art. 113, ordenando as regras de interpretação contratual em um único dispositivo, em vez de dispersá-las pelo código, o que facilitaria seu manejo pelo intérprete.

CONCLUSÕES

Os arts. 421-C, 421-D e 421-E representam uma tendência crescente desde a redação original do CC de se positivar mais regras de interpretação contratual. Trata-se, a nosso ver, de um mecanismo, se adotada boa técnica, voltado para criar um ambiente de maior previsibilidade para os contratantes, fomentando a economia.

O art. 421-C é, dos três dispositivos analisados, seguramente o mais preocupante e, por isso, merece maior atenção do Congresso Nacional. Ele não obedece às exigências da Lei Complementar n. 95/1998, pois aglomera uma série de temas em um único dispositivo; seus termos não respeitam o rigor técnico aplicado em outros dispositivos do CC, além de pecarem por falta de concisão. Suas ideias, no geral, são boas, mas requerem ainda aprimoramento e reflexão.

O art. 421-D também apresenta problemas, ao aglutinar regras de interpretação e revisão dos contratos, novamente em desacordo com a Lei Complementar n. 95/1998. Além de serem

desnecessárias diante do previsto no § 2º do art. 113, melhor à operabilidade das regras de interpretação contratual que elas estivessem alocadas de maneira próxima, nas disposições gerais do negócio jurídico (Livro III, Título I, Capítulo I).

O art. 421-E, entre as propostas, parece-nos o melhor ao menos do ponto de vista redacional, pois reúne em um único dispositivo regras de significação negocial entre si coerentes, alinhadas ao previsto no art. 113, § 1º, V. No entanto, seria preferível que suas previsões fossem alocadas em um novo parágrafo do art. 113, pelas razões já mencionadas.

REFERÊNCIAS

ECO, Umberto. **I limiti dell'interpretazione**. Milão: Bompiani, 1993.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. (v. I).

IRTI, Natalino. **Testo e Contesto**: una lettura dell'art. 1362 codice civile. Padova: Cedam, 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António. A intepretação contratual anglo-saxónica. **O Direito**, Coimbra, ano 141, p. 665-678, 2009.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Artigo 1.368-E do Anteprojeto de Reforma do Código Civil: responsabilidade no âmbito dos fundos de investimentos

Article 1.368–E of the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform: Liability in the context of investment funds

AUTORA | AUTHOR

Fernanda Mynarski Martins-Costa

DOUTORA EM DIREITO COMERCIAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAUO (USP). MESTRA EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ). ADVOGADA E PARECERISTA DO ESCRITÓRIO JUDITH MARTINS-COSTA ADVOGADOS. PROFESSORA CONVIDADA DA PÓS-GRADUAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS.

RESUMO

Este artigo examina as propostas de mudanças à redação do artigo 1368-E, e seus parágrafos, elaboradas pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, que tratam da responsabilidade civil dos fundos de investimento e de seus respectivos prestadores de serviços, bem como do regime de insolvência dos fundos. Primeiro, contextualizar-se-ão as peculiaridades dos fundos de investimento e seu sistema de responsabilização, para, após, examinar criticamente as propostas de mudanças.

PALAVRAS-CHAVES

Fundos de investimentos, Reforma, Código Civil, Responsabilidade civil, insolvência.

ABSTRACT

This article examines the proposals for changes to the article 1368-E and its paragraphs, prepared by the Committee of Jurists responsible for reviewing and updating the Brazilian Civil Code, regarding civil liability of the investment funds and their respective service providers, as well as the insolvency regime of the funds. First, it will examine the peculiarities of investment funds and then critically analyze the changes of proposals.

KEYWORDS

Investment funds, Reform, Civil Code, Civil liability, insolvency.

INTRODUÇÃO

Os agentes do mercado contemporâneo necessitam de instrumentos para captação de recursos e sua respectiva gestão. Nem sempre, contudo, o agente terá *expertise* para efetuar a gestão desses recursos, ou capital para arrecadar montante significativo apto a gerar lucros suficientemente razoáveis para enfrentar os riscos do mercado. Diante dessas necessidades, a prática instituiu os fundos de investimentos, consistentes em mecanismos de captação conjunta de recursos e gestão de risco, esta última exercida por terceiros presumidamente expertos para realizar tal função.

No Brasil, estes instrumentos têm sua regulação relativamente nova e ainda sujeita a significativas alterações, como ocorreu em 2019 com a Lei n. 13.874/2019, Lei da Liberdade Econômica, e atualmente se quer efetivar por meio das propostas da Comissão de Revisão e Atualização do Código Civil (CC), bem como as regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), como a Resolução n. 175 de 2022. Sobre as propostas da Comissão Revisora, este artigo tratará especificamente das constantes no art. 1.368-E, que visam regular a responsabilidade civil do fundo e de seus prestadores de serviços, bem como o regime de insolvência.

Em sua redação original, o *caput* do art. 1.368 determina responderem os fundos de investimento "diretamente pelas obrigações legais e contratuais por eles assumidas, e os prestadores de serviço não respondem por essas obrigações, mas respondem pelos prejuízos que causarem quando procederem com dolo ou má-fé". A proposta da Comissão Revisora adiciona a fraude como fator de responsabilização, "quando procederem com fraude, dolo ou má-fé" e ainda, ao final, adiciona responderem os prestadores de serviço "quando praticarem algum ato ilícito".

No § 1º, a Comissão foi de encontro ao originalmente estipulado pela Lei de Liberdade Econômica quanto ao regime de insolvência. Anteriormente, aplicavam-se aos fundos as regras de insolvência civil; agora, a proposta da Comissão submete-os às regras previstas na Lei de Recuperação e Falências. Em complemento, no parágrafo subsequente, a Comissão manteve os legitimados para solicitar o procedimento de insolvência. Os §§ 3º, 4º e 5º já apresentam, por completo, novas redações: instituem a ação de responsabilidade que decorre de deliberação da assem-

bleia-geral e as respectivas situações de legitimidade ordinária e extraordinária.

Também é novidade o disposto no § 6º ao esclarecer que a insolvência, falência ou a responsabilização dos fundos de investimento não afastam a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

Por fim, propõe a Comissão Revisora que a Comissão de Valores Mobiliários poderá disciplinar outros temas relativos à responsabilidade dos fundos de investimento.

A intenção dos reformadores pode ser útil. Afinal, inerentes aos fundos de investimentos são os riscos de mercado e de crédito, que podem levar a situações que provoquem danos aos cotistas e a seus credores. Assim, é sempre bem-vinda uma regulação acerca da responsabilização daqueles que podem provocar prejuízos a esses figurantes. Esta dimensão específica para a regulação dos fundos não pode, contudo, ir de encontro ou ignorar a já existente regulação geral constante do Código Civil, base central do nosso sistema de direito privado. Um Código não pode ser permeado por incongruências, antes exigindo soluções harmônicas, coerentes, requerendo, ademais, unidade conceitual.

É perceptível, assim, esta incoerência da Comissão Revisora ao determinar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica tendo a lei tanto em sua redação original quanto na proposta de alteração, não atribuído personalidade jurídica ao fundo. Como se desconsidera algo que não se considera previamente? Afinal, a lei original diz ser o fundo um condomínio de natureza especial, enquanto a proposta, em seu art. 1.368-C, determina ser o fundo uma comunhão de recursos, de natureza especial, ambas figuras não dotadas de personalidade jurídica.

Significativa parte deste tema envolve a responsabilização dos prestadores de serviço, tendo como protagonistas administradores e gestores dos fundos de investimentos, que estão ligados ao fundo por um vínculo contratual. Estes estão submetidos a uma carga considerável de deveres: deveres de boa gestão, deveres de diligência, deveres informativos, dentre outros. Sem descurar da importância desses deveres, numa visão prática, deveria haver certa flexibilidade no sistema para incentivar a tomada pelos agentes de decisões arriscadas. Afinal, é regra empírica do mercado que aquele que não assume riscos tende a ter menor expectativa de retorno de lucros. É justamente essa premissa que está em jogo na primeira proposta de alteração do art. 1.368-E, a qual será mais bem examinada no item subsequente.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

O *caput* do art. 1.368-E imputa a responsabilidade civil dos fundos de investimento e de seus prestadores de serviços e estabelece parâmetros para sua aferição. Em rigor, o próprio sistema geral do Código Civil já atribui responsabilidade aos fundos e prestadores de serviços, pelo simples fato de poderem os agentes provocar danos, que, somados aos demais pressupostos de responsabilidade civil (ato voluntário e nexo causal), submetem-nos ao dever de indenizar, bem como estabelece qual o nexo de imputação – ou culpa, ou risco – em virtude do qual estariam os agentes sujeitos ao dever de indenizar.

A alteração proposta não modifica a existência ou não da responsabilização, mas sim os critérios de sua aferição. Determina o artigo, em sua redação original, que os prestadores de serviço não respondem pelas obrigações legais ou contratuais assumidas pelo fundo, mas sim pelos prejuízos que causarem quando procederem com "dolo ou má-fé". A proposta da Comissão de Revisão e Atualização do Código Civil acresce à responsabilização pelos prejuízos o seguinte parâmetro: "ou quando praticarem algum ato ilícito".

Não se pode esquecer que os administradores e gestores, como prestadores de serviços ao fundo, mantêm vínculo contratual, e estão sujeitos a uma gama de deveres de ordem fiduciária perante o fundo, e que seus cotistas são obrigados a agir diligentemente. É pacífico em doutrina que eles respondem por obrigações de meios, e não de resultados (Adamek, 2023).

Em relação aos critérios de aferição, a redação original tinha uma motivação prática: dificultar a responsabilização dos prestadores de serviço justamente para incentivá-los a assumirem riscos na sua atuação no mercado, pois a obtenção de altos lucros decorre, muitas vezes de uma postura mais agressiva no mercado. A lógica assemelha-se à da *business judgment rule* aplicável aos administradores de sociedades anônimas, cujo fundamento é proteger o administrador de prejuízos resultantes de fatores que estão fora de seu alcance ao tomarem decisões envoltas de dificuldades advindas do mercado e de seus concorrentes.[1] A redação original, assim, ao exigir o dolo ou má-fé para responsabilização dos prestadores de serviço, determina o regime de responsabilidade subjetiva.

Já a proposta da Comissão de Revisão e Atualização do Código Civil vai de encontro ao referido objetivo prático, presente em sua redação original. Ela visa dilatar a responsabilidade

1 Sobre o fundamento da *business judgment rule*, ver Brigagão (2017, p. 245) e Pargendler (2015, p. 51-74).

dos prestadores de serviço, incluindo a responsabilidade pela prática de qualquer ato ilícito. Em termos práticos, para alcançar o suposto objetivo, teria sido mais técnico somente suprimir os critérios de aferição previamente estipulados (fraude, dolo e má-fé), já que a ilicitude é mais abrangente, e fraude, dolo e má-fé não deixam de ser condutas ilícitas, conforme os arts. 186 e 187 do Código Civil. Isto é, é absolutamente redundante acrescer ato ilícito quando os atos praticados com dolo principal, fraude e má-fé sempre são atos ilícitos.

Há nítida, ainda, imprecisão técnica nesta proposta idealizada pela Comissão Revisora, confundindo nexo de imputação, ato ilícito, com fator de imputação, "fraude, dolo ou má-fé". Com efeito, a imputabilidade é atribuir a alguém responsabilidade por alguma coisa, sendo imputável aquele que poderia e deveria ter agido de outro modo. A responsabilidade subjetiva tem como elemento de imputação a *culpa*, enquanto a objetiva, o *risco*. O artigo tenta adotar, como elemento de imputação, o ato ilícito.

O ato ilícito, contudo, significa a contrariedade ao Direito, e não apenas à lei, e não se confunde com a culpa (elemento subjetivo), embora esta esteja abrangida na noção tradicional de ilicitude, acolhida no art. 186. A questão é que a ilicitude ainda se manifesta pelo exercício inadmissível de posição jurídica (art. 187), que prescinde de elemento subjetivo para se configurar, e na medida em que a proposta elaborada pela Comissão responsabiliza o prestador por qualquer ato ilícito, ignorando os fatores de imputação anteriormente estabelecidos, está aproximando sua responsabilidade à hipótese de responsabilidade objetiva constante do Código de Defesa do Consumidor. Por outros termos, a proposta confunde imputabilidade (pressuposto subjetivo da responsabilidade civil) com ilicitude (pressuposto objetivo da responsabilidade civil).

Assim, alargar a responsabilização dos agentes por qualquer ato ilícito é no mínimo uma opção legislativa temerária, levando à possibilidade de gerar o perigo de uma "consumerização" da responsabilidade dos fundos de investimento, o que vai de encontro à necessária flexibilização da responsabilidade dos prestadores de serviço, para que tenham incentivos de assumirem riscos na gestão do fundo. Isto é, levanta mais uma vez a polêmica questão da responsabilidade civil dos administradores de fundo, se subjetiva ou objetiva.

Talvez fosse mais condizente, para aqueles que reconhecem a natureza societária dos fundos, seguir a lógica da responsabilidade aplicável aos administradores e gestores constante

no art. 158 da Lei Societária, que atribui responsabilidade aos administradores que procederem dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou em violação à lei ou ao estatuto (no caso dos fundos, da lei e do regulamento).

Além disso, a proposta regula a propositura da ação civil contra os administradores, determinando a legitimidade original dos fundos de investimentos, em seu § 3º, e em substituição, aos cotistas que representem 5%, pelo menos, do patrimônio do fundo, em seu § 5º. A ação em nome próprio do cotista pode ser ajuizada se não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembleia geral, conforme o § 4º.

Há, assim, uma similitude ao regime aplicável à ação de responsabilidade civil contra o administrador de sociedades anônimas, constante do art. 159 da Lei n. 6.404/1974. Tal qual na Lei Societária, o Código Civil exige deliberação assemblear prévia, seja positiva seja negativa. Como se trata de competência privativa, não pode ser delegada pelo regulamento do fundo para outro órgão.[2]

A lei perdeu a oportunidade de estipular o quórum para a deliberação. Deve, portanto, para aqueles que reconhecem um caráter societário aos fundos, como sendo uma sociedade anônima de fato, seguir a regra geral do quórum legal supletivo das sociedades anônimas constante do art. 129, que exige maioria simples, não se computando votos em branco. Já para aqueles que reconhecem a natureza condominial dos fundos, aplica-se a regra do art. 1352 do Código Civil.

Para a ação *ut singuli*, o requisito essencial é ser cotista, isto é, aquele que detém a titularidade das cotas do fundo de investimento. Deve ser o cotista *atual*, não tendo legitimidade o ex-cotista. No polo passivo, tanto os administradores e gestores de direito quanto os de fato podem ser acionados.

Com efeito, administradores e gestores de fato são aqueles que cumulativamente: (i) não são administradores de direito; (ii) realizam atividade – *i. e.*, um conjunto de atos e não um ato isolado; (iii) esses atos são privativos de administradores e gestores; (iv) deve haver em seu exercício independência própria de órgão de administração.[3]

2. LEI N. 11.101/2005

Em termos de insolvência, a alteração proposta pela Comissão resolveu o equívoco do legislador anterior, que submetia os fun-

2 Mesma lógica da Lei das S.A.: Adamek (2009, p. 312).

3 Mesma lógica da Lei das S.A.: Adamek (2009, p. 466-467).

dos de investimento à insolvência civil, e não ao regime da Lei n. 11.101/2005.

O sistema proporciona duas soluções para casos de insolvência: a insolvência civil ou a falência, as quais visam disciplinar diferentes públicos. Enquanto a insolvência civil sana a inadimplência de pessoas físicas ou jurídicas com natureza de sociedade civil, a falência, recuperação judicial e extrajudicial regulam a insolvência de "empresário ou da sociedade empresária".[4] Assim, o cerne para determinar o regime de insolvência será o exercício, ou não, de atividade empresária.

Pois bem. Enquanto a atividade empresária implica uma atividade voltada, de um lado, a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e de outro, a realizar a troca de bens ou serviços colhidos ou produzidos (Asquini, 1996), visando à distribuição de rendimentos, a atividade não empresária consiste, como consta em nosso art. 966, naquela relacionada à "profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística".

Atuando o fundo de investimentos como veículo de captação coletiva de recursos visando à distribuição dos rendimentos aos cotistas, é possível perceber que sua atividade se assemelha muito mais à atividade empresária do que à não empresária. Por esta razão, feliz foi a escolha da Comissão ao submeter o fundo de investimentos ao regime da Lei n. 11.101/2005. Além do mais, há obscuridades sobre o funcionamento, procedimento e demais questões administrativas sobre a insolvência civil, o que geraria um ambiente de insegurança jurídica.

Por outro lado, nem sempre será compatível com os fundos de investimentos o regime dispensado pela Lei n. 11.101/2005, sobretudo ao tratar da recuperação judicial ou extrajudicial. Poder-se-ia, por exemplo, falar em "princípio da preservação do fundo"?

A proposta ainda especifica no § 2º a legitimidade para requerer a falência judicialmente, permitindo que assim o façam os credores, por deliberação própria dos seus cotistas, nos termos do seu regulamento, ou pela Comissão de Valores Mobiliários.

A proposta do § 6º do art. 1.368-E, por sua vez, pode encerrar uma contradição sistêmica – assim para aqueles que entendem ser o fundo de investimento condomínio,[5] como determina o art. 1.368-C ao atribuir ao condomínio forma de "condomínio de natureza especial". Nesse caso, não tendo personalidade ju-

4 Art. 1º da Lei n. 11.101/2005.

5 Em doutrina, encontra-se quem entende ser o fundo de investimento condomínio ou mera comunhão de recursos, sem personalidade jurídica: Leães (2018, p. 1340); Oliva e Renteria (2021, p. 19).

rídica, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade seria contraditória: como "desconsiderar" algo que não se "considera" previamente?

Sobre o assunto, em 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão relatada pelo ministro Villas Bôas Cueva, reconheceu a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos fundos mesmo sendo condomínios despersonificados. Explicou-se que, mesmo não sendo personificados, são dotados de direitos, deveres e obrigações, de modo que o simples fato de serem condomínios e não deterem personalidade jurídica "não é capaz de impedir, por si só, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em caso de comprovado abuso de direito por desvio de finalidade ou confusão patrimonial".[6]

Já para quem sustenta ter o fundo natureza societária (Gouvêa, 2022, p. 598) faria sentido então o disposto no § 6º, muito embora seja desnecessário afirmar o que já é permitido pela aplicação das regras gerais de responsabilização.

3. LEGITIMIDADE LEGISLATIVA DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Por fim, o último parágrafo do art. 1.368-E permite que a Comissão de Valores Mobiliários discipline outros temas relativos à responsabilidade dos fundos de investimento. Parece-nos despiciendo o parágrafo sobretudo pelo fato de o § 2º do art. 1.368-C já reconhecer a competência da autarquia para disciplinar os fundos de investimento.

Frisa-se ter o artigo se referido a "outros" temas, impedindo a autarquia de tratar dos temas já regulados pelo art. 1.368-E, *i.e.*, ela não poderia editar regulamentos *contra legem*, diminuindo sobremaneira o espaço legislativo para a Comissão. Seria pertinente e viável, por exemplo, que a autarquia estipulasse o quórum deliberativo da assembleia geral prévia da ação de responsabilidade.

CONCLUSÕES

A regulação da responsabilidade civil e do regime de insolvência dos fundos de investimentos tem sua utilidade, pois a atuação dos fundos e de seus prestadores de serviços é inerente a uma gama de riscos: riscos do mercado, riscos de crédito, entre outros.

6 Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.965.982, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 5/4/2022.

A proposta, no *caput*, valorativamente alterou os parâmetros de aferição da responsabilidade do administrador, ao determinar que o administrador responde por qualquer ato ilícito, dilatando assim as situações de responsabilização, o que vai de encontro à intenção do legislador da redação original do Código Civil e parece não atender às necessidades da prática do setor, para além de, tecnicamente, apresenta problemas de coerência, redundância e compatibilidade com o regime geral da responsabilidade civil.

A lei regula a ação de responsabilidade contra o administrador, deixando lacunas, como, por exemplo, sobre qual seria o quórum de deliberação da assembleia de aprovação da ação. Entendemos que, por ter natureza societária, deve-se utilizar analogicamente o quórum de maioria simples constante do artigo 129 da Lei Societária.

Andou bem a proposta da Comissão ao submeter os fundos à falência. Com efeito, a atividade dos fundos de investimentos assemelha-se muito mais a uma atividade empresária do que a uma não empresária, não fazendo assim sentido submetê-los à insolvência civil. É claro, contudo, que as regras aplicadas da Lei n. 11.101/2005 devem ser aquela condizentes com a finalidade e estrutura dos fundos de investimento.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Responsabilidade de cotistas e administradores nos fundos de investimentos em participações. *In*: KUYVEN, Fernando (coord.). **Direito dos fundos de investimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 349-390.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Responsabilidade dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução Fábio Konder Comparato. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de companhias e a *business judgment rule***. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Comentário aos artigos 1.368-C a 1.368-F do Código Civil: fundos de investimentos na Lei

de Liberdade Econômica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme (orgs.). **Direito privado na Lei de Liberdade Econômica**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 583-622.

LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. Os deveres e a responsabilidade do administrador, custodiante, consultor e agente de cobrança de créditos de um fundo. **Novos pareceres**, São Paulo, p. 1333-1359, 2018.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimentos. *In*: HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas (orgs.). **Atualidades em direito societário e mercado de capitais**: fundo de investimentos. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2021. (v. 5). p. 13-30.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 956, p. 51-74, mar. 2015.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Interpretação contratual no Anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro: o artigo 110 e a "reserva mental"

Contractual Interpretation in the Draft Reform of the Brazilian Civil Code: Article 110 and the "mental reservation"

RESUMO

O objetivo deste artigo é dar início à análise do Anteprojeto de Reforma ao Código Civil brasileiro no que tange à matéria de interpretação contratual. Em específico, será objeto de exame neste primeiro texto o art. 110, que pretende modificar o tratamento da "reserva mental".

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação contratual, reserva mental, Código Civil brasileiro, reforma.

ABSTRACT

The purpose of this text is to begin the analysis of the Draft Reform to the Brazilian Civil Code concerning contractual interpretation. Specifically, this first paper will examine Article 110, which intends to modify the discipline of "mental reservation".

KEYWORDS

Contractual interpretation, mental reservation, Brazilian Civil Code, reform.

AUTOR | AUTHOR

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP), MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). VICE-PRESIDENTE DO COMITÊ DE ARBITRAGEM (CBAR), MEMBRO DA COMISSÃO ESPECIAL DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (IASP) PARA ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE REFORMA AO CÓDIGO CIVIL. SÓCIO DE CONTENCIOSO E ARBITRAGEM EM TOZZINIFREIRE ADVOGADOS. ADVOGADO, ÁRBITRO E PARECERISTA. E-MAIL: GMN@TOZZINIFREIRE.COM.BR.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É antigo no campo da filosofia o debate sobre se a hermenêutica é *quaestio facti* ou *quaestio iuris*; se o seu escopo é *descritivo* ou *prescritivo*; se voltada para a revelação das *condições ontológicas* do conhecimento ou se direcionada a estabelecer os *princípios metodológicos* que a ele conduzem.[1] No campo jurídico, porém, não deveria haver dúvida: o Direito carece de uma teoria *normativa* da interpretação, que diga o que os intérpretes "*devem* fazer para aplicar o direito de forma correta" (Dimoulis, 2018, p. 183); carece, em outras palavras, ter "segurança de critérios", critérios que consolidem, "de antemão, parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos" (Ávila, 2019, p. 88-89). Sem atenção ao método, a interpretação jurídica dilui-se em esquemas descritivos, pois ainda que o *ser* da interpretação releve para expor o que se passa para "além do nosso querer e fazer" (Gadamer, 2008, p. 14-15), é o *dever ser* que orienta o intérprete, que estabelece o "caminho" (οδός) "a seguir" (μετά), que fixa o "método" (μέθοδος) (Liddell, Scott 1855, p. 852).

Tão grave quanto a ausência de método (ou a pregação de sua desnecessidade) é a balbúrdia de critérios, a confusão metodológica instaurada pelo instrumento que tem (ou teria) a precípua função de assegurar: a lei. Tal tem ocorrido em matéria contratual desde que, em 2019, o legislador trocou a *insuficiência* pela *deficiência*, inserindo no art. 113 do Código Civil (CC) dois parágrafos e cinco incisos que padecem de graves atecnias. Essas deficiências manifestam-se ao ditarem o óbvio e o redundante sob problemática forma, ao inovarem em potencial contradição à disciplina da interpretação negocial, ou ao se omitirem no que deveriam – mas perderam a oportunidade de – disciplinar.[2]

Não bastassem essas intervenções, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC), entregue ao Congresso Nacional em 17 de abril de 2024, propõe ainda outras alterações em matéria de interpretação que merecem atento exame. Mesmo que não se proponham a ser tão abrangentes como as de 2019, as propostas de agora pretendem mexer no art. 110, modificando o tratamento da "reserva mental"; inserir os arts. 421-C e 421-D, mexendo também no art. 423, e inaugurando, assim, disciplina da interpretação própria para "contratos paritários" ou "simétricos", "contratos empresariais", "contratos com disparidade econômica" e "contratos por adesão"; e além de inserir o art. 421-E, que prevê a interpretação conjunta de contratos diversos.

1 Para uma síntese da tradição hermenêutica que é tida por iniciada, na modernidade, por Friedrich Ast, prolongando-se ao tempo presente: Grondin 1994, passim; Ormiston, Schrift 1998, 1-35; Palmer 1986, passim.

2 Essas circunstâncias foram objeto de análise em Nitschke (2022, p. 277-431).

Analisarei cada um desses assuntos em três artigos diversos, começando, neste, pelo art. 110, que pretende alterar o CC nos seguintes termos:

Texto atual	Texto proposto
Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.	Art. 110. A exteriorização de vontade subsiste, ainda que o seu autor haja feito reserva mental de não querer o que exteriorizou; sendo nula essa exteriorização se dela o destinatário tinha conhecimento.

Advirta-se que o dispositivo não cobre com sua incidência apenas o campo contratual, e sim toda e qualquer manifestação de vontade. Uma vez que me proponho a examinar neste texto apenas as repercussões para o campo dos contratos, é sobre os impactos da proposta na disciplina da interpretação contratual que passarei a tratar, primeiro à luz do Direito estrangeiro em um exercício de comparação jurídica (item 1); em seguida, à luz do Direito brasileiro em testagem de adequação, utilidade e necessidade da proposta (item 2).

1. A PROPOSTA À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO

Sob o prisma da comparação jurídica, não tratam da "reserva mental", entre outros, o CC italiano (1942), o CC chileno (1855), o CC colombiano (1873), o CC mexicano (1928), o CC equatoriano (1970), o CC peruano (1984) e o Código Civil e Comercial argentino (2015). No CC francês (1804), nem mesmo depois da reforma pela "Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016", que tornou mais amplas e indeterminadas as intervenções do intérprete (Aynés 2016, 14), encontra-se menção à reserva mental, constando esta apenas incidentalmente no *Code des Assurances* quando, em caso de "*réticence*" ou "*fausse déclaration*" pelo segurado, determina-se a nulidade do contrato de seguro (arts. L113-8 e L132-18). Já o CC uruguaio (1994), no art. 1297, trata apenas sutilmente da matéria ao ditar que o sentido atribuído às palavras pelo "uso geral" prevalece sobre o entendimento pessoal da parte.[3]

Há dois Códigos, porém, que aludem expressamente ao tema e que parecem ter inspirado a proposição do legislador reformador: o alemão e o português.

3 "Art. 1297. Las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo". Segundo doutrina uruguaia, tal regra indica que nem sempre a intenção comum se forma "con una coincidencia efectiva de voluntades, dado que puede ocorrir que el declarante le asigne un sentido especial, y que el contrato se forme, en cambio, según el sentido general conforme al cual las entende el destinatario (artículo 1297)" (Russo 2008, 193).

O Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), CC alemão, em vigor desde 1900, trata da reserva mental no § 116, ao dispor que "[u]ma declaração de intenções não é nula porque a pessoa que faz a declaração reserva-se secretamente o direito de não querer o que foi declarado. A declaração é nula se for feita a outra pessoa e esta tiver conhecimento da reserva".[4] A orientação alemã, assim, toma por objeto de análise as declarações unilateralmente expressas, que juntas formam o contrato, e trabalha conjugando as perspectivas do declarante e do recipiente, ainda que a primeira seja o ponto de partida (Kornet, 2006, p. 96-107). Sob essa premissa, estabelece proteção ao destinatário da declaração e faz desta nula apenas se a reserva mental fora compartilhada entre as partes.

O Direito português, de seu turno, merece comentário apartado, pois, inspirado no § 116 do BGB, trouxe no art. 244 de seu CC (1966) abordagem sensivelmente diversa dos demais códigos ocidentais: ela quer proteger o destinatário da declaração contra o "intuito de enganar" do declarante, determinando, porém, que se apliquem os efeitos da simulação caso a reserva mental seja "conhecida do declaratário".[5] Em outras palavras, de maneira semelhante ao BGB e ao art. 110 do Anteprojeto, no CC português a consequência da reserva mental compartilhada é a nulidade do negócio simulado.

Duas observações impõem-se.

Primeiro: na própria ambiência de origem, o art. 244º, 2, tem sido alvo de severas críticas, seja porque a reserva mental vai versada diversamente pela maioria dos códigos civis modernos (de modo que a solução portuguesa é exclusividade local), seja porque a previsão descura de outras hipóteses em que a reserva mental compartilhada não há de gerar nulidade, sendo reconduzível a outros modelos jurídicos (Ferreira de Almeida, 2017, p. 114-115). A este último propósito, haverá situações, por exemplo, em que a reserva mental compartilhada dará formação a outro contrato que não o originalmente cogitado, pois *falsa demonstratio non nocet*, de modo que o art. 244º deve ser lido em conjunto ao art. 236, 2, do Código português, este sim assemelhado ao vigente art. 110 do Código brasileiro: "sempre que o declaratário conheça a vontade do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida" (Ferreira de Almeida, 2014, p. 259; Menezes Cordeiro, 2017, p. 822).

Segundo: no direito contratual alemão e no direito contratual português, trabalha-se com declarações unilateralmente expressas e com a "impressão do destinatário", o que explica a

4 No original: "Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt".

5 A previsão é diversa da brasileira, seja da vigente, seja da proposta, pois no Direito português, se não houver ânimo de enganar, não haverá reserva mental (Ascensão, 1992, p. 240). Entre nós, a reserva mental relevará juridicamente apenas se dela a contraparte tiver ciência, sendo prescindível que se tenha qualquer intenção de enganosidade (Pontes de Miranda, 1983c, p. 412). É de se cogitar, porém, que o proponente da reforma ao art. 110 queira introduzir subrepticiamente o modelo português, no qual é necessária a intenção de enganosidade, o que se indicia pela inclusão da sanção nulificadora, hoje inexistente.

alusão frequente a declarante e declaratário. Segundo tal orientação, tutela-se a confiança do destinatário da declaração, privilegiando-se "o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratário",[6] desde que esse sentido seja imputável ao declarante.[7] O sentido objetivo só há de ceder caso o entendimento comum das partes prevaleça sobre os termos da declaração que saiu imperfeita, conforme parte 2 do art. 236º[8]. Essa orientação distingue-se da adotada pelo Direito brasileiro, em que é apenas a intenção comum das partes, unitariamente, que importa, à exclusão das intenções unilaterais de parte a parte.[9]

Portanto, se o Código português (ou mesmo o BGB) serviu de inspiração para o que agora se propõe para o art. 110, destacam-se de cara as incongruências produzidas por essa tão irrefletida transplantação. Adotar-se-ia um modelo jurídico criticado em sua origem por ser demasiadamente limitativo; incongruente com as premissas vigentes no Brasil, uma vez que suas âncoras de origem são as declarações unilateralmente expressas e a teoria da "impressão do destinatário"; e míope, por descurar da leitura sistemática que se faz, no Direito português, do art. 244º, 2, com o art. 236º, 2, cujo conteúdo de disciplina já é suficientemente abarcado pelo texto atual do art. 110 do CC brasileiro.

2. A PROPOSTA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

O cenário vigente no Brasil, em contraste com o que se observa no Direito estrangeiro, é de certo isolamento no tratamento da matéria da reserva mental, por ser um dos poucos países que disciplinam o tema.

De um lado, há o art. 110, que foi novidade em face do Código Civil de 1916 (CC/1916), por adotar propostas do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941 (art. 17)[10] e do Projeto do Código de Obrigações de 1965 (art. 63).[11] De outro lado, há a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (a "CISG", de 1980) hoje direito interno no Brasil[12], e que, sob a premissa de se tratar de manifestações unilaterais de vontade singularmente interpretadas, mas com disciplina aplicável também aos contratos (Schmidt-Kessel, 2010, p. 147), estabelece: "[...] as declarações e a

6 *Vide* Mota Pinto, Monteiro e Mota Pinto (2005, p. 444). Com semelhantes observações: Santos Júnior (1988, p. 141-142); Telles (2002, p. 445).

7 A imputabilidade decorre da parte final do art. 236o e, quando ausente, gera a nulidade do negócio. É uma ideia trabalhada por Correia (1985, p. 205). Atualmente, algumas críticas são direcionadas a ela, por seu alcance limitado e rara aplicabilidade: Mota Pinto, Monteiro e Mota Pinto (2005, p. 444-445, nota 562).

8 Ascensão 1992, 279: "Se usaram a expressão 'toda a vida' querendo significar, não que a vinculação seria vitalícia, mas que se prolongaria por toda a duração do contrato, será com esse sentido que o contrato deverá ser interpretado. [...] Se o declarante se referiu por exemplo 'às suas pérolas', quando o destinatário sabia que ele designava assim as éguas, é com este sentido comum que o negócio vale".

9 Entre nós, o art. 112 do CC fala em "intenção consubstanciada", no singular, o que corresponde à intenção comum das partes no campo contratual, quero dizer: a intenção que resulta do consentimento e que funde as intenções unilaterais, criando uma intenção nova (Bessone, 1960, p. 228).

10 "Art. 14. A declaração de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que declara, salvo se o destinatário tiver conhecimento da reserva."

conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la" (art. 8(1)). O regime da CISG, além de estar em consonância com outros diplomas transnacionais,[13] é aderente à disciplina brasileira, por rejeitar a *parol evidence rule* e permitir a perquirição do intérprete para além da literalidade;[14] é ancorado em *case law* estrangeiro de relevo em que a reserva mental compartilhada prevaleceu sobre o texto do contrato;[15] e é desprovido de sanção para a manifestação derrotada pela reserva mental compartilhada.

O Anteprojeto, porém, busca modificar o cenário do CC, seja por substituir a expressão "manifestação de vontade" por "exteriorização de vontade", seja por sancionar com nulidade a "exteriorização" que é derrotada pela reserva mental compartilhada. Abordarei cada uma dessas parcelas de maneira apartada, suscitando questões de forma e de conteúdo que a proposta de novo art. 110 enseja.

2.1. "Exteriorização de vontade" no lugar de "manifestação de vontade"

Primeiro, há a troca da expressão "manifestação de vontade" por "exteriorização de vontade".

Sob o ponto de vista da forma, estar-se-ia abandonando a expressão tradicional no Direito brasileiro – "manifestação de vontade" – que aparece noutras tantas passagens do próprio CC, assim produzindo impacto intrassistêmico de relevo. O Código emprega "manifestação de vontade" para mudança do domicílio (art. 74), para a abrangência das pertenças ao bem principal (art. 94), para a representação (art. 116), para o erro (art. 144), para a lavratura de escritura pública (art. 215, § 1º, inc. IV), para as situações de impedimento em contratos de transporte (art. 753, § 1º), para o início da gestão de negócios que é contrária à vontade "manifesta ou presumível do interessado" (art. 862) e em outros dispositivos. A expressão "exteriorização de vontade" não aparece em quaisquer outros trechos do Código, distinção de forma que finda por criar obscuridade de conteúdo: se haverá diferença nas expressões empregadas, falando-se no art. 110 de "exteriorização de vontade" e nos outros dispositivos, todos, de "manifestação de vontade", haverá também uma diferença quanto ao significado dessas expressões? Se é verdade que "não se presumem, na lei, palavras inúteis",[16] a resposta teria de ser

11 "Art. 63. A declaração de vontade subsiste com a reserva mental de não querer o autor o que declara, salvo conhecimento do destinatário."

12 Vigente no Brasil desde 1º de abril de 2014, via Decreto Legislativo n. 528/2012 e Decreto Presidencial n. 8.327, de 16 de outubro de 2014.

13 Como exemplo, os "Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais" (última versão de 2016), que, apesar de tratarem da interpretação contratual no art. 4.1, disciplinam a interpretação dos atos unilaterais das partes no art. 4.2(1) – "The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention"; os "Princípios Europeus de Direito Contratual" (PECL), com última versão em 2002, que estabelecem disciplina semelhante no art. 5:101(2) – "If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party"; ou o "Draft Common Frame of Reference" (DCFR), de 2009, com praticamente idêntica disciplina no art. 8:101(2) – "If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware,

positiva; e sendo positiva, o cenário de obscuridade e insegurança vai posto.

Atrelado a isso, e já sob o ponto de vista do conteúdo, a modificação é desnecessária, pois "manifestação de vontade", via de regra, é "exteriorização de vontade", sendo incontroverso que "a intenção que se procura, ou se revela de si-mesma, é a da declaração de vontade ou a manifestação de vontade" (Pontes de Miranda, 1983, t. 1, 103). Essa manifestação pode ceder espaço a outra, consistente na reserva mental compartilhada de que trata o art. 110; mas ainda nessa hipótese seguirá por ser manifestação de vontade, pois é apenas a manifestação que importa ao Direito, e não a vontade interna. Como há quase um século já apontava Eduardo Espínola, citando as lições de Raymond Saleilles, "não se trata mais, em matéria de acto privado, duma investigação integral da vontade psychologica; trata-se de estabeceler a vontade jurídica, isto é, a que o autor da declaração creou para servir de lei entre os seus cointeressados e ele"; com "existência independente daquelle que a emitiu", não sendo "uma traducção rigorosa de sua psychologia interna", mas "uma carta destinada á regulamentação dos direitos em causa" (Espínola, 1929, p. 178-179).

Tanto por isso, mais que desnecessária, a proposta de alteração legislativa, ao referir-se à "exteriorização" de vontade, parece querer dar algum peso à faceta "interna" desta, uma vez que, pelo seu texto, dessume-se que a vontade psicológica (*rectius* interna) não prevalece senão quando compartilhada. Tal opção é equivocada e faz retroceder em pelo menos um século o entendimento que se tem acerca do papel da vontade nos negócios jurídicos, cindindo entre "vontade" e "declaração", como noutros tempos se sustentava[17], por fazer com que a declaração seja percebida como mero instrumento de uma interna vontade.[18]

No caso da reserva mental compartilhada, não se trata de uma vontade interna que prevalece sobre a vontade externalizada, mas de uma manifestação de vontade que se sobrepõe a outra manifestação de vontade. A proposta de um novo art. 110, contudo, modifica esse entendimento e tenta resgatar a relevância jurídica de uma vontade interna – a psicológica – que, excepcionalmente, sobrepor-se-ia à vontade externalizada. Descura que não se trata de valorizar, em exceção, o psiquismo por sobre o declarado, mas sim de encontrar a intenção comum das partes em outra manifestação – a da reserva mental *compartilhada* – que não a inicialmente propalada. A análise do intérprete não se desloca, em circunstância alguma, à subjetividade das partes;

of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party".

14 A *parol evidence rule* foi objeto de específica rejeição pela "Advisory Council Opinion n. 3" (CISGAC Opinion n. 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 23 October 2004. Rapporteur: Professor Richard Hyland, Rutgers Law School, Camden, NJ, USA).

15 Veja-se DiMatteo *et al.* (2005, p. 45-46).

16 O brocardo original na tradição luso-brasileira é "leis não se podem dizer supérfluas, ou ociosas, em suas disposições", como ditava Felippe Joseph Noguêira Coelho em "Princípios do Direito" reunidos por Teixeira de Freitas, destacando que o ditame já aparece em antigos assentos portugueses dos séculos XVII e XVIII (Teixeira de Freitas, 2000, p. 316).

17 Resumindo o histórico dos embates, em tema de reserva mental e simulação, entre as doutrinas firmadas na distinção entre "vontade" e "declaração", e as doutrinas que passaram a questionar a relevância de tal distinção, veja-se Cariota Ferrara (1960, p. 426-431); e Ferreira de Almeida (1992, p. 69-97).

18 Calha rememorar as críticas de Emilio Betti a esse respeito, não lembradas por quem propôs o texto do art. 110 ora analisado, ao destacar que o enfoque na vontade "[f]az pensar que a essência do negócio consiste, propriamente, apenas na vontade, e que em referência a esta a declaração só tem uma função puramente complementar

ela segue detida no que foi manifestado, pois "[é] preciso que o *querido* esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico" (Pontes de Miranda, 1983b, p. 334).

Por todos esses motivos, está correta a opção legislativa atualmente vigente, que se refere à "*manifestação* de vontade", por desconectá-la do psiquismo de quem a emite. É apenas a vontade *enquanto manifestada* que importa, pois, no caso da reserva mental compartilhada, ela ainda assim será uma *manifestação* de vontade, mas não uma *exteriorização*: a vontade interior, que se achar compartilhada por uma anterior manifestação de vontade, não foi de fato externalizada na declaração posterior.

e instrumental, como meio de prova (indício), ou como meio de revelação e reconhecimento, ou de averiguação, exigido apenas no interesse e para garantia da contraparte, mas não necessária" (Betti, 1969, p. 119-120).

2.2. A sanção de nulidade

O Anteprojeto propõe mudança também na fração final do art. 110, que, a partir dele, ditaria ser "nula" a "exteriorização" de vontade "se dela o destinatário tinha conhecimento".

Os problemas desse trecho principiam pela forma: o texto é deficiente por incidir em obscuridade, uma vez que o vocábulo "dela" (junção de preposição com pronome pessoal) pode se referir tanto à "reserva mental" do trecho anterior (que seria o significado adequado da norma) quanto à palavra "exteriorização" imediatamente precedente (que seria significado equivocado, produzido pela deficiência do texto proposto). Na forma, o texto atualmente vigente é mais claro e não deixa dúvidas quanto ao seu sentido.

Mas há mais.

No seu conteúdo, essa parcela final da proposta sanciona com nulidade a exteriorização que não corresponder à reserva mental compartilhada. Para sancionar, o aplicador precisa detectar a premissa, interpretando ter havido reserva mental compartilhada suscetível de derrotar a outra manifestação de vontade. O reconhecimento de que houve reserva mental compartilhada, portanto, será resultado da interpretação, de modo que a leitura do art. 110, por isso, se tem de fazer em conjugação ao art. 112: "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

Em outras palavras, ao proceder à interpretação de dado contrato, o aplicador há de buscar a intenção comum das partes. Esse é o objetivo da indagação hermenêutica: saber qual é o específico conteúdo contratual, identificar qual é a *concreta dis-*

ciplina vigente entre as partes, uma vez que a intenção comum das partes é, sempre, uma intenção de conteúdo. Essa intenção se pode ter manifestado por escrito (na literalidade de um instrumento contratual; seja na particular cláusula em questão, seja no conjunto de seus dispositivos ou de contratos conexos) ou ser dessumível do contexto situacional, do objeto e/ou do fim do negócio jurídico. Há, aqui, uma tensão entre dois princípios: o princípio da fixação genérica, segundo o qual há que se prestar prioritária e constante atenção ao sentido literal das expressões empregadas[19]; e o princípio da ultraliteralidade, segundo o qual *falsa demonstratio non nocet*: a descrição incorreta não vincula, devendo-se passar, assim, a outros critérios de interpretação em superação à *littera*, para o fito de desvelar-se a intenção comum das partes.[20]

O art. 110 atualmente vigente é regra que, de um lado, protege a intenção comum das partes enquanto manifestação de vontade: a reserva mental, no geral, não opera contra o que foi manifestado. Mas de outro lado, é regra que faz atuar o princípio da ultraliteralidade para as situações em que a reserva mental fora compartilhada com a parte adversa, nesses casos compondo, por debaixo da aparência, a verdadeira intenção comum das partes. Para a disciplina da interpretação contratual, assim, essa é exceção que possibilita ao intérprete escavar da fase das negociações a vontade unilateral compartilhada com a parte adversa, que, se detectada, poderá sobrepor à manifestação de vontade. A "reserva mental de não querer o que manifestou" participa do "contexto situacional" averiguado pelo aplicador quando da interpretação contratual, plasmando "elementos subsidiários de esclarecimento do pensamento das partes", sendo sob esse aspecto útil (Bessone, 1960, p. 228). Nota-se que não se trata de fazer prevalecer a *vontade psicológica* sobre a *vontade objetivada*, e nem a *vontade unilateral* sobre a *vontade comum*: a reserva mental compartilhada estará posta como intenção comum das partes, porque intersubjetiva, tornada comum, nada obstante sua manifestação ter se consolidado em sentido diverso.

Tudo isso posto, volto a tratar da sanção de nulidade sugerida pelo Anteprojeto para a manifestação de vontade que é derrotada pela reserva mental compartilhada. Em outras palavras, se a reserva mental compartilhada *é* a intenção comum das partes, assim revelada pelo processo interpretativo, o que fazer com a manifestação de vontade que se antagoniza à reserva mental compartilhada? A proposta de reforma dita que há de ser

19 O "princípio da fixação genérica", com esta denominação, vai encontrado em Pontes de Miranda (1983b, p. 328); seu conteúdo normativo, porém, há muito vem sendo acolhido pela doutrina brasileira (e.g.: Carvalho Santos (1952, p. 286-287); Cesar (1913, p. 122); Fernandes (1945, p. 60-61); Gama (1961, p. 17).

20 O "princípio da ultraliteralidade", com esta denominação, será encontrado em Natalino Irti (1996, p. 1-20); mas também o seu conteúdo normativo remonta ao direito romano ("*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*" – D. 50, 16, fr. 219) e vem consagrado por doutrina e por letra expressa do CC/1916 (art. 85), mantida, em termos gerais, pela *littera* do diploma ora vigente (art. 112).

a nulidade, mas não há tranquilidade para que se bata o martelo por unívoca solução como essa.

Há autores que procuram se aproximar das soluções alemã e portuguesa, defendendo que a consequência há de ser o reconhecimento da simulação: o ato dissimulado se mantém (*i.e.*, a reserva mental compartilhada), declarando-se a nulidade do negócio simulado (*i.e.*, a manifestação de vontade).[21] Tal equiparação, porém, porta consigo problemas teóricos, tendo em vista o afastamento conceitual entre as figuras, como destacado por Pontes de Miranda;[22] e problemas práticos, como, por exemplo, o de ensejar que o aplicador declare a nulidade mesmo que o comportamento posterior do interessado tenha sido por colocar em prática a disciplina em face da qual houve reserva mental compartilhada. Não parece adequado que o intérprete possa nulificar a manifestação de vontade quando não suscitado pela parte interessada, o que se tornaria admissível caso a sanção de nulidade, ora proposta pelo reformador, se tornasse vigente. Ora, se é admissível a convalescença em certos casos, não é de nulidade que se trata, o que torna problemática a equiparação da reserva mental compartilhada à simulação.

Nessa linha, há de se questionar se outras sanções não se afigurariam mais apropriadas, mais alinhadas aos defeitos do negócio jurídico que, como se sabe, geram não a nulidade da manifestação de vontade, mas sua anulabilidade, bem como a possibilidade de convalescença.

No entanto, mesmo a hipótese de anulabilidade pode ser colocada em xeque, pois se o intérprete declara a intenção comum das partes que se fez vigente via reserva mental compartilhada, essa declaração é de *existência*, e não de *validade* ou *invalidade* do que consta da manifestação de vontade. O que se tem na manifestação de vontade é aparência externa oca, por não representar a intenção comum das partes. Esta se encontra não na manifestação de vontade, mas no que vai descoberto a partir da escavação da fase das tratativas; e, assim, o resultado obtido, a partir do processo interpretativo, não parece ser a invalidade de uma manifestação de vontade, mas sua inexistência, uma vez que existente, em seu lugar, a reserva mental compartilhada, a plasmar, apenas ela, a intenção comum das partes. Foi nesse exato sentido a manifestação do redator da Parte Geral do CC/2002, José Carlos Moreira Alves: "[...] a reserva mental conhecida da outra parte não torna nula a declaração de vontade; esta inexiste, e, em consequência, não se forma o negócio jurídico" (Moreira Alves, 2003, p. 48, p. 107).[23] Posição ainda

21 Exemplos de autores que estabelecem tal equiparação: Beviláqua (1908, p. 295, nota 6); Garcez (1997, p. 187); Nery Júnior (1983, p. 18); Rodrigues (1959, p. 99).

22 "O que mentalmente reserva não simula: quer o que manifestou querer; nem dissimula: o que ele reservou não seria 'algo que quis aparentando querer outro ato'. O que simula dá aparência a algo, que manifesta querer, fingindo; se também dissimula, deixa de mostrar o que em verdade quis. Não reserva, porque, se houvesse reservado, não teria simulado, – teria criado e, pois, destruído, pela criação do real, o que só seria a aparência; nem teria dissimulado, porque, se dissimulasse, quereria sem reserva. O que simula de modo absoluto não manifesta o que possa entrar no mundo jurídico; o que simula relativamente manifesta vontade, que entra no mundo jurídico, embora exposto o ato jurídico à anulação. O que mentalmente reserva manifestou vontade, que entra no mundo jurídico, a despeito da reserva mental, salvo se, conhecida e admitida a reserva pelo destinatário, entraria contradição (quer + não quer), e não manifestação de vontade" (Pontes de Miranda, 1983c, p. 413-414).

23 No Direito estrangeiro, também assim Messineo (1952, p. 94).

mais extremada no plano da existência prega a consequência de duas manifestações "que se destruíram", por mútua exclusão, de modo que "não há ato jurídico nenhum" (Miranda, 1983c, p. 414).

A doutrina cita ainda outros casos em que a reserva mental talvez não se pudesse subsumir nem ao modelo jurídico da simulação, nem aos modelos jurídicos dos defeitos do negócio jurídico, como no caso – transbordando o campo contratual – dos casamentos celebrados durante o período de perseguição racial nazista, cuja única finalidade era escapar do regime totalitário (Junqueira de Azevedo, 1986, p. 167). A jurisprudência oscilou entre a nulidade e a anulabilidade, mas – comenta essa mesma doutrina – há séria dificuldade em enquadrar tais casos, estritamente, nas categorias que se conhecem (Junqueira de Azevedo, 1986, p. 168).[24] Fica-se com a indagação crítica da doutrina estrangeira, ao questionar o modelo português que pressupõe o "intuito de enganar": "e se a mentira ou o engano não forem reprováveis? que alcance tem a nulidade se nunca pode ser invocada?" (Ferreira de Almeida, 1992, p. 84).

Para ter-se o cardápio completo das sanções conectadas a cada um dos planos do negócio jurídico, há doutrina estrangeira que sustenta a ineficácia da manifestação de vontade, quando há compartilhamento da reserva mental.[25]

Essa multiplicidade de possibilidades faz com que a sanção de nulidade ora proposta não mereça acolhida, seja porque ela ignora os problemas e as insuficiências de se equiparar a reserva mental compartilhada à simulação; seja porque ela é reducionista por prever uma única sanção ao passo que a reserva mental compartilhada, a depender do caso, pode ter outras, ou nenhuma; seja porque o texto hoje vigente, por ser aberto e não aludir a qualquer sanção, é mais apropriado para acolher essa multiplicidade de modelos jurídicos que se podem aplicar, a depender das concretas circunstâncias que se apresentarem.

CONCLUSÕES

É comum correlacionar a etimologia de "hermenêutica" ao deus grego Hermes e à palavra "hérmaion" (ἑρμαιον): os "montes de pedras" que os caminhantes costumavam depor nas estradas, indicando aos viajantes, assim, o rumo certo a seguir (Eliade, 2010, p. 263). Tal correlação é, no mínimo, uma potente metáfora para o assunto da interpretação contratual, pois Hermes,

24 Também quanto ao art. 244º, 2, do CC português se faz semelhante crítica, de onde parece ter advindo a proposta de art. 110 ora analisada: "Considerando sempre que a reserva mental pressupõe uma declaração negocial (porque um pensamento ou uma intenção sem qualquer expressão nada valem para efeitos negociais), são vários os casos-padrão possíveis. O conhecimento pelo declaratário pode revelar-se como os requisitos mínimos para que possa ser qualificado como declaração tácita. [...] Se alguma das declarações for aberta e se houver o adequado consenso, forma-se um contrato. Se ambas as declarações forem ocultadas de terceiros, o acordo vale como pacto simulatório. É só esta a situação contemplada pelo artigo 244º, no 2. Se o conhecimento (efetivo) pelo declaratário das intenções reservadas do declarante não corresponder a uma declaração negocial (expressa ou tácita) pode, ainda assim, ser considerado, se for atendível para o efeito de interpretação enquanto compreensão da intenção significativa do declarante, indicativa no sentido relevante. [...] A reserva mental conhecida é afinal também irrelevante, porque se reconduz a outros institutos (consenso, simulação, interpretação)" (Ferreira de Almeida, 2017, p. 114-115).

25 Assim, e.g., Compagnucci de Caso (1992, p. 134).

em sua ambiguidade, é, ao mesmo tempo, o deus que dá o método e indica os caminhos (como fez com Príamo até Aquiles), mas também é o que despista, senhor das veredas que podem ser tortuosas, e é o que nem sempre fala a verdade.[26] Se há nele a metáfora do método, há também a representação da falibilidade deste, do arbítrio do mensageiro, dos atalhos interpretativos, dos despistes.

É pertinente que a lei aponha no caminho do intérprete alguns desses "montes de pedras", e vá guiando seus passos com a proposição de método que seja claro, preciso e sistemático. A finalidade da hermenêutica jurídica é esta: indicar o "que se deve buscar na tarefa de interpretação, quais métodos utilizar e quais diretrizes seguir na correta execução desta tarefa" (Betti, 1990, p. 187). Quando a lei o faz com deficiência, porém, a consequência tende a ser oposta: vai o caminhante correr o risco de despencar nos desfiladeiros da interpretação ou se perder em seu ilusivo arbítrio, entre atalhos e despistes que encontra pelo caminho. "Prescrições normativas só podem guiar a conduta humana se os seus destinatários puderem compreender aquilo que elas prescrevem", pois "um Direito ambíguo, vago, obscuro ou impreciso termina por enganar ou por confundir pelo menos aqueles que desejam ser guiados por ele" (Ávila, 2019, p. 338-339). A lei tem de ser segura; senão, é preferível que não haja lei.

Não é o que tem ocorrido, porém, nos últimos anos, quando a Lei da Liberdade Econômica fez inserir ao art. 113 uma lista de critérios de interpretação com graves deficiências técnicas, seja na sua forma, seja no seu conteúdo; e não é o que se apresenta enquanto proposta de arts. 110, 421-C a 421-E e 423 § 2º do Anteprojeto de Reforma ao Código Civil.

Sobre os demais dispositivos tratarei em trabalhos subsequentes, mas quanto à proposta de art. 110, e em resumo do quanto abordado neste texto, posso consolidar as seguintes conclusões e ousar as seguintes recomendações para as fases subsequentes do processo legislativo.

A proposta de art. 110 exercita transplantação irrefletida dos direitos português e alemão. No seu primeiro trecho, ao trocar "manifestação de vontade" por "externalização de vontade", incide em problema formal, que é o de criar incompatibilidade com outras tantas passagens do CC que empregam "manifestação de vontade"; e incide em problemas substantivos, porque é troca desnecessária e volta a dar anacrônico peso à "vontade interna".

No seu segundo trecho, ao apor a sanção de nulidade à "exteriorização de vontade" quando derrotada pela reserva mental

26 Como fez ainda criança com o próprio Apolo, ao roubar seu rebanho de vacas e não deixar traço de seu destino. Hermes é o que, em *Trabalhos e dias*, contribui para a criação de Pandora com mentiras e palavras ardilosas, e é o deus que faz a ligação entre homens e mortos, e por isso pode levar ao mundo inferior, por trabalhar como mensageiro de Hades e guia das almas.

compartilhada, incide em problema formal, ao conter obscuridade quando emprega a palavra "dela"; e incide em problemas substantivos, consistentes na imprópria e limitativa equiparação à simulação, a ignorar a multiplicidade de modelos jurídicos a atuar quando da reserva mental compartilhada, dependendo das circunstâncias de cada caso.

Diante de tantos problemas, resta apenas recomendar que a proposta de novo art. 110 seja rejeitada, mantendo-se o texto hoje vigente, porque mais claro e preciso, além de não suscitar questionamentos teóricos ou práticos de relevo.

Oxalá o processo legislativo que se antevê no horizonte oportunize o tempo de reflexão e democrática discussão que não foi possível ter com a devida profundidade até o momento. A ninguém interessa um código "o quanto antes", um código "já e já", para lembrar Rui Barbosa na oposição que fez à pressa de Campos Salles em ter um CC vigente: monumento como esse deveria – e ainda deve – ser não o resultado de apressados interesses, mas "produto extremo da nossa cultura, a distilar e cristalizar lentamente, com a preocupação única de obter uma obra pura e durável, que desse testemunho da geração que a elaborou" (Dantas, 1949, p. 15). Hoje, como estão as propostas concernentes à interpretação contratual, não é o que se tem no Anteprojeto.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil**: acções e factos jurídicos. Lisboa: [s.n.], 1992. (v. 3).

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AYNÉS, Laurent. **Le juge et le contrat**: nouveaux rôles? Revue des Contrats. Paris: Lextenso, 2016.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emilio. Hermeneutics as the General Methodology of the *Geisteswissenschaften*. *In*: ORMISTON, Gayle L.; SCHRIFT, Alan D. (eds.). **The Hermeneutic Tradition**: From ast to ricoeur. . Albany: State University of New York Press, 1990.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. (t. 1).

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do Direito civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

CARIOTA FERRARA, Luigi. **Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano**. Napoli: Morano, 1960.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. (v. 2).

CESAR, José Augusto. **Ensaio sobre os actos juridicos**. Campinas: Typ. da Casa Genoud, 1913.

CISGAC Opinion n. 3, Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG, 23 out. 2004. Rapporteur: Professor Richard Hyland, Rutgers Law School, Camden, NJ, USA.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **El negocio jurídico**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

CORREIA, António Ferrer. **Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1985.

DANTAS, San Tiago. **Rui Barbosa e o Código Civil**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.

DIMATTEO, Larry A. *et al*. **International Sales Law**: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ELIADE, Mircea. **História das crenças e das ideias religiosas**: da Idade da Pedra aos Mistérios de Elêusis. Tradução Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. (v. 1).

ESPÍNOLA, Eduardo. **Manual do Codigo Civil brasileiro**: parte geral. Dos factos juridicos. Arts. 74 a 113. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.

FERNANDES, Adaucto. **O contrato no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1945. (v. 2).

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Contratos V**: invalidade. Coimbra: Almedina, 2017.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Contratos IV**: funções, circunstâncias, interpretação. Coimbra: Almedina, 2014.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. (v. 1 e 2).

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. São Paulo: Vozes, 2008.

GAMA, Affonso Dionysio. **Teoria e prática dos contratos por instrumento particular no Direito brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. (v. 1).

GAMA JR., Lauro. O impacto da CISG no direito contratual brasileiro. *In*: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coords.). **Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)**. São Paulo: Almedina, 2021.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GRONDIN, Jean. **Introduction to Philosophical Hermeneutics**. Tradução Joel Weinsheimer. New Haven: Yale University Press, 1994.

IRTI, Natalino. **Testo e contesto**: una lettura dell'art. 1362 codice civile. Padova: CEDAM, 1996.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócio jurídico e declaração negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n.], 1986.

KORNET, Nicole. **Contract Interpretation and Gap Filling**: Comparative and Theoretical Perspectives.. Oxford: Intersentia Antwerpen, 2006.

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A Greek-English Lexicon**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1855.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. (v. 2. Parte geral: negócio jurídico).

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tradução R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJEA, 1952. (t. 1).

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da; MONTEIRO, António Pinto; MOTA PINTO, Paulo. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: RT, 1983.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentários ao art. 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários**. São Paulo: Almedina, 2022.

ORMISTON, Gayle L.; SCHRIFT, Alan D. (eds.). **The Hermeneutic Tradition**: From Ast to Ricoeur. Albany: State University of New York Press, 1990.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983a. (t. 1).

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983b. (t. 3).

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983c. (t. 4)..

RODRIGUES, Silvio. **Dos defeitos dos atos jurídicos**: do erro, do dolo. São Paulo: Max Limonad, 1959.

SANTOS JÚNIOR, E. **Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos**: estudo de direito privado. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

SCHMIDT-KESSEL, Martin. Arts. 8, 9. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (orgs.). **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. 3. ed. Oxford: University Press, 2010.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Regras de Direito**. São Paulo: Lejus, 2000. (Seleção Clássica em Quatro Partes).

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

A função "moralizante" da responsabilidade civil no anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002: críticas à previsão do instituto da "sanção pecuniária de caráter pedagógico"

The "moralizing" function of tort law in the draft bill for the revision and update of the 2002 Brazilian Civil Code: Criticisms of the provision for the "pecuniary sanction of a pedagogical nature"

AUTOR | AUTHOR

Guilherme Henrique Lima Reinig

DOUTOR E MESTRE EM DIREITO CIVIL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). ADVOGADO.

RESUMO

O artigo trata da proposta da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil de 2002 de inclusão do instituto da "sanção pecuniária de caráter pedagógico" (art. 944-A, §§ 3º a 6º do Anteprojeto). Analisa-se o tema da perspectiva da função punitiva da responsabilidade civil e da jurisprudência brasileira acerca da quantificação do dano extrapatrimonial. Realiza-se uma apreciação crítica da proposta de alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE

Código Civil, responsabilidade civil, função punitiva, sanção pecuniária de caráter pedagógico, dano extrapatrimonial.

ABSTRACT

The article addresses the proposal of the Commission of Jurists responsible for the review and update of the 2002 Brazilian Civil Code to include the institute of 'pecuniary penalty of educational nature' (article 944-A, §§ 3º to 6º of the draft bill). The theme is analyzed from the perspective of the punitive function of civil liability and Brazilian jurisprudence regarding the quantification of non-pecuniary damage. A critical assessment of the legislative amendment proposal is conducted

KEYWORDS

Civil code, tort law, punitive function, pecuniary sanction of a pedagogical nature, non-pecuniary damage.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto a proposta da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil de 2002 (CC/2002), que visa à inclusão, neste, do instituto da *sanção pecuniária de caráter pedagógico*, dividindo-se em três itens.

No primeiro, é apresentada a proposta da Comissão e a sua contextualização como instrumento da denominada função pedagógica. O segundo item trata da relação da proposta de alteração legislativa com a função punitiva da responsabilidade civil, incluindo uma observação terminológica (subitem 2.1) e a contextualização da proposta sob a perspectiva de restauração da função moralizante da responsabilidade civil, com uma síntese dos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil (subitem 2.2). Por fim, o terceiro e último item aborda o objeto de duas distintas perspectivas: a primeira, relativa à função punitiva na quantificação da indenização por dano extrapatrimonial (subitem 3.1), e a segunda, da perspectiva da autonomia da função punitiva, conforme a proposta do Anteprojeto (subitem 3.2). Ao final, serão apresentadas algumas considerações críticas à proposta.

1. A SANÇÃO PECUNIÁRIA DE CARÁTER PEDAGÓGICO COMO INSTRUMENTO DA FUNÇÃO PEDAGÓGICA: A PERSPECTIVA DO RELATÓRIO FINAL

Segundo o "Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil" (doravante denominado "Relatório Final"), faz-se necessária "uma intervenção mais ampla" no direito da responsabilidade civil, o que seria uma "condição necessária para que o Código Civil mantenha relevância normativa em nosso ordenamento" (Brasil, 2024, p. 291).

Embora presente em outros aspectos do anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), o propósito inovativo manifesta-se de forma muito evidente na previsão de uma *sanção pecuniária de caráter pedagógico*, localizada nos §§ 3º a 6º do art. 944-A do citado Anteprojeto, *in verbis*:

> Art. 944-A. A indenização compreende 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 do §§ 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 (Brasil, 2024, p. 90-91).

No Relatório Final, a sanção pecuniária de caráter pedagógico é referida quando explicado o terceiro dos *quatro eixos* que orientam a proposta de reforma.

Embora se inicie com a afirmação da "[manutenção d]a primazia da função reparatória de danos da responsabilidade civil e do princípio da reparação integral", o aludido *tercei-*

ro eixo toma como ponto de partida uma (re)leitura do direito da responsabilidade civil "como um sistema de gestão de riscos e de restauração de equilíbrio injustamente rompido". Assim, da perspectiva de "uma função promocional aos agentes econômicos que investirem em governança e *accountability*", o Anteprojeto propõe a introdução, no texto do CC/2002, de soluções fundamentadas nas funções preventiva e pedagógica da responsabilidade civil. Conforme o Relatório Final, a "sanção pecuniária de caráter pedagógico" seria, então, um instrumento da referida *função pedagógica* (Brasil, 2024, p. 293).[1]

Portanto, o Anteprojeto, ao menos quanto a esse aspecto, alinha-se à perspectiva de *expansão funcional* do Direito da responsabilidade civil, segundo a qual deve ser superado o ideal exclusivamente ressarcitório da responsabilidade civil (Dantas Bisneto, 2019, p. 109 e ss.).

2. A SANÇÃO PECUNIÁRIA DE CARÁTER PEDAGÓGICO E A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se tratar das razões de uma proposta de superação do referido dogma da função exclusivamente ressarcitória da responsabilidade civil, impende destacar um aspecto terminológico.

2.1. Breves considerações terminológicas

O Relatório Final não menciona a *função punitiva* da responsabilidade civil, optando pela expressão *função pedagógica*. Também não se encontra, no texto, um esclarecimento sobre essa escolha, que talvez se explique na prática judiciária brasileira, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que se refere à quantificação da indenização do dano moral (ou dano extrapatrimonial, como prefere o Anteprojeto).

Com efeito, no que diz respeito aos critérios de quantificação do dano moral ou extrapatrimonial, é frequente a referência a uma função *punitivo-pedagógica*. Para o STJ, o arbitramento da referida indenização deve atentar ao "caráter propedêutico" dela, no sentido de que a indenização por dano moral não se limita ao escopo reparatório ou compensatório, visando também à "pedagógica punição do infrator", "para que não volte a reincidir" (Brasil, 2012).[2]

1 O Relatório também faz referência ao art. 927-A quanto à função preventiva: "De acordo com o terceiro eixo, mantém-se a primazia da função reparatória de danos da responsabilidade civil e do princípio da reparação integral (art. 947). Todavia, na sociedade contemporânea – plural e complexa –, danos não mais ostentam um perfil meramente individual e patrimonial, porém, manifestam-se como metaindividuais, extrapatrimoniais e, por vezes, anônimos e irreparáveis. Para evitar que prevaleça a aplicação jurisprudencial desordenada de respostas aos novos desafios que não são solucionados pela função compensatória, consideramos a necessidade de adequar a responsabilidade civil aos mais avançados ordenamentos, para que seja compreendida como um sistema de gestão de riscos e de restauração de um equilíbrio injustamente rompido. Assim, para além de uma contenção de danos, há a necessidade de uma contenção de comportamentos antijurídicos, mediante a introdução das funções preventiva (art. 927-A) e pedagógica (§ 3º, art. 944-A) com seguros parâmetros de aplicação para a moderação de poderes judiciais, contrabalançados por uma função promocional aos agentes econômicos que investirem em governança e *accountability*" (Brasil, 2024, p. 293).

2 Acerca do tema, Silva Filho (2015, p. 199) constata que a função punitiva ingressou "furtivamente" nas cortes brasileiras. Sobre o assunto cf., outrossim, Farias; Rosenvald; Braga Netto (2016, p. 384): "O que vemos da experiência jurisprudencial dos tribu-

Feita essa ressalva, a "sanção pecuniária de caráter pedagógico" deve ser abordada da perspectiva do que efetivamente representa, uma concretização da função punitiva da responsabilidade civil. Substancialmente, não haveria qualquer diferença se o Relatório Final houvesse empregado a expressão *função punitiva* em vez de *função pedagógica*.

2.2. A função punitiva e a função "moralizante" da responsabilidade civil

Desbastado o aspecto terminológico, precisa-se compreender as principais razões que levam parte da doutrina a defender uma *função moralizante* da responsabilidade civil e a sua necessária relação com uma função punitiva ou de pena privada da responsabilidade civil.

Nos séculos XVIII e XIX, o direito da responsabilidade civil exercia uma efetiva função sancionadora, algo que os defensores da função punitiva objetivam resgatar, ainda que em outro contexto e em outros termos. Até o final do século XIX, devido ao papel moralizador do requisito subjetivo da culpa e à ausência, em regra, de mecanismos de distribuição social dos prejuízos, como os seguros, a responsabilidade civil desempenhava efetivamente uma função dissuasória das condutas contrárias ao direito. Todavia, a objetivação da responsabilidade civil limitou-a à função indenizatória, restringindo o potencial originário de "moralizar" as condutas. Segundo Suzanne Carval (1995, p. 2), esse direito da responsabilidade civil, desprovido de sua capacidade normativa, seria como *o albatroz* de Charles Baudelaire – uma vez de volta à terra, manca, impotente para conservar a majestade de seu voo.

Assim, a defesa da função punitiva da responsabilidade civil baseia-se na insuficiência "'moralizante" da obrigação de indenizar na medida em que limitada ao dano, pois, em muitos casos, ela não desincentivaria a violação de direitos. Desse modo, em certas situações, principalmente naquelas em que há um comportamento especialmente grave do lesante ou naquelas em que a racionalidade puramente econômica conduziria à opção pela prática do ilícito, seria necessária a adoção de medidas com escopo preventivo-sancionatório, consistentes, fundamentalmente, no aumento da quantia devida ao lesado, para além do dano por ele sofrido.

A função punitiva da responsabilidade civil recebe especial atenção nas hipóteses de danos extrapatrimoniais, uma vez

nais e, especialmente, do Superior Tribunal de Justiça, é um contínuo recurso à função de punir e/ou prevenir no interno do dano moral [...]". Com críticas à orientação jurisprudencial do STJ quanto ao empréstimo de um sentido punitivo aos danos morais, cf Borgarelli (2019).

que esses são insuscetíveis de avaliação em pecúnia. Destarte, a necessidade de uma resposta do ordenamento jurídico imporia uma espécie de desvio do escopo reparatório ou indenizatório e, consequentemente, a adoção de critérios de quantificação da indenização que não dizem respeito ao dano em si, mas ao lesante, ou mais especificamente, ao seu grau de culpa e ao seu patrimônio.

O aumento da frequência e da gravidade das violações de direitos e interesses não pecuniários, assim como a complexidade da quantificação de sua repercussão na esfera jurídica do lesado; a crescente necessidade de tutela de interesses difusos, caracterizados pela dificuldade ou impossibilidade de identificação dos lesados; e, por fim, a cada vez mais frequente ocorrência de danos graves e irreversíveis exigem soluções que ultrapassem os ditames exclusivamente reparatórios da responsabilidade civil. Nessa perspectiva, um direito da responsabilidade civil apoiado apenas na clássica (e restritiva) função reparatória teria eficácia prática reduzida diante da lógica de racionalidade econômica de determinados agentes, sendo, pois, imprescindível que a responsabilidade civil possa nulificar a expectativa de que a conduta ilícita desses agentes seja considerada lucrativa.

No entanto, as razões da desconfiança de parte da doutrina quanto às propostas de reconhecimento (irrestrito) da função punitiva da responsabilidade civil são de diversas naturezas. Fundamentalmente, elas residem na centralidade do requisito do dano nos regimes de responsabilidade civil de tradição civil-continental.

Nos regimes de responsabilidade civil de cláusula geral ou naqueles que adotam uma solução intermediária entre um regime casuístico e um de cláusula geral (como é o caso do CC alemão), a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil ensejaria o risco de perda da unidade dogmática da responsabilidade civil.[3] As implicações não seriam de natureza exclusivamente teórica. A perda dessa unidade afetaria a previsibilidade das decisões judiciais e, portanto, elevaria o risco de decisões arbitrárias, com possíveis efeitos econômicos negativos, notadamente hiper-prevenção e supercompensação. Assim, da perspectiva do direito da responsabilidade civil, a possibilidade de se desvincularem pretensões indenizatórias do requisito do dano eliminaria a mais importante e efetiva barreira objetiva para que as cortes exerçam uma ampla e irrestrita função moralizante ou de moralização da ordem econômica.

3 A doutrina crítica à tendência de reconhecimento de uma função punitiva menciona também uma "crise epistemológica" do instituto da responsabilidade civil. Sobre o tema cf. Borgarelli (2019, item 1.6.2); Rodrigues Junior (2016).

Passando ao largo do direito público, principalmente do direito penal e do direito administrativo, nos quais as funções punitivas do Estado se sujeitam a um modelo mais rígido de controle da legalidade, as cortes, em nome da funcionalização da responsabilidade civil e de nobres e legítimos objetivos dissuasórios, disporiam de um instrumentos para, sem qualquer controle legislativo (tipificação legal) ou jurídico-dogmático (requisito do dano), definir casuisticamente quais atos ou atividades econômicas, sociais, religiosas, etc. estariam ou não sujeitas à aplicação de penas cujas hipótese de incidência não estariam previamente definidas em lei, e cuja gradação ficaria sujeita a critérios estabelecidos pelos próprios tribunais. Seria o reconhecimento, em nome e no âmbito do direito privado (e, portanto, à margem dos postulados do direito público), de um relevante, porém desordenado e descentralizado, instrumento de controle valorativo e casuístico dos comportamentos e das atividades merecedores ou não de tutela pelo Estado-Juiz, o que, pela via indireta da indenização punitiva ou da pena privada, colocaria em risco princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

O tema, portanto, é assaz complexo e tormentoso. Reconhecidamente, o direito da responsabilidade civil, como concebido em sua formulação clássica, enfrenta dificuldades para oferecer à atual sociedade respostas a diversos e relevantes conflitos. No entanto, a atribuição a ele de instrumentos para tanto (legitimados, em grande medida, pela função punitiva da responsabilidade civil) acarreta o risco de desnaturação do regime, colocando em xeque valores caros não apenas ao direito civil ou ao direito privado, mas à própria ordem constitucional em que se funda o Estado Democrático de Direito. O perigo do reconhecimento irrestrito da função punitiva da responsabilidade civil é o de se alargar sobremaneira a ponte entre a moral e o direito, permitindo que sobre ela fluam, sem suficiente controle, decisões judiciais arbitrárias e contrárias a postulados básicos de liberdade e de legalidade.

3. O PAPEL SECUNDÁRIO OU AUTÔNOMO DA FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Feitas essas observações quanto à função punitiva, é necessário compreender o tema da função punitiva com relação à quantificação do dano extrapatrimonial (subitem 3.1), para, na sequência, analisar a perspectiva do Anteprojeto (subitem 3.2).

3.1. A função punitiva (ou pedagógica) na quantificação do dano moral

Um aspecto relevante do Anteprojeto sobre o assunto é a cisão entre a indenização do dano extrapatrimonial, que seria, então, de caráter exclusivamente reparatório ou compensatório, e a denominada função punitiva ou pedagógica, reservada à sanção pecuniária de caráter pedagógico.[4] Com efeito, parte da doutrina critica a tendência jurisprudencial brasileira de considerar a função punitiva na quantificação do dano moral (Martins-Costa, 2014; Borgarelli, 2019). Assim, não é aleatória ou acidental a localização da previsão da referida sanção no mesmo dispositivo que cuida dos critérios para a quantificação do dano extrapatrimonial (art. 944-A do Anteprojeto).

Conquanto o assunto da expansão funcional da responsabilidade civil não se restrinja a esse aspecto, há uma clara e histórica inter-relação entre as diversas perspectivas acerca das funções da responsabilidade civil e a reparação dos danos extrapatrimoniais. Na doutrina portuguesa, chega-se a afirmar que, "se entendermos que a responsabilidade civil só assume uma função reparatória, concluímos que é impossível ressarcir os danos não patrimoniais, deixando-se o lesado sem direito de indenização" (Lourenço, 2006, p. 281).

De fato, historicamente, tanto no Brasil quanto no exterior, um dos principais obstáculos ao reconhecimento da possibilidade de ressarcimento dos danos morais residiu na contradição da solução com o escopo exclusivamente reparatório da responsabilidade civil. Como solução, atribuiu-se à indenização do dano extrapatrimonial o caráter de uma *compensação* do prejuízo. Não se cogitaria propriamente de uma *reparação*, distinção terminológica que repercute nos (possíveis) critérios de quantificação da indenização. Ao contrário do que ocorre na reparação do dano patrimonial, cuja quantificação é balizada pela diretriz da "extensão do prejuízo", na *compensação* do dano extrapatrimonial são aplicados critérios que não se relacionam direta ou exclusivamente à função reparatória.

Menciona-se, nesse contexto, uma *função satisfativa* de indenização ou uma *função compensatório-punitiva*. Da primeira perspectiva, tratar-se-ia de "proporcionar [ao lesado] *uma satisfação*, em virtude da aptidão do dinheiro para propiciar a realização de uma ampla gama de interesses, na qual se podem incluir mesmo interesses de ordem refinadamente ideal" (Pinto, 2005, p. 129-130); da segunda, de uma efetiva "pena privada,

4 Para uma visão geral do tema cf. Silva Filho, 2015).

estabelecida no interesse da vítima" (Telles, 1997, p. 387, nota 1) ou de uma "compensação punitiva" (Lourenço, 2006, p. 287).

No Brasil, a relação entre o tema da indenização punitiva e a reparação do dano moral ou extrapatrimonial é tão intensa que já se constatou que "toda a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à problemática do dano moral" (Martins-Costa; Pargendler, 2005, p. 22). Nesse ponto, a fundamentação da indenização e o(s) critério(s) de sua quantificação entrecruzam-se. Chega-se a afirmar que a indenizabilidade do dano moral justifica-se, em grande medida, mais na necessidade de punição do ofensor do que na necessidade de compensação da vítima (a noção de pena privada como fundamento implícito da indenizabilidade do dano moral) (Martins-Costa; Pargendler, 2005, p. 23).[5] No entanto, a imanência do aspecto punitivo também se revela nos critérios jurisprudenciais de quantificação da indenização, uma vez que, para o STJ, na fixação da indenização deve-se levar em consideração a sua natureza punitiva e disciplinadora ("pedagógica").

3.2. A perspectiva do Anteprojeto: a função punitiva como função autônoma da responsabilidade civil

Se aprovado pelo Congresso Nacional, o art. 944-A do Anteprojeto modificaria essa construção jurisprudencial, na linha do que sustenta parte da doutrina brasileira.

Segundo esse entendimento, haveria uma incompatibilidade ontológica entre as sanções civis e as regras inerentes à responsabilidade civil. Consequentemente, os tribunais não deveriam considerar aspectos relativos à conduta do lesante na quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais, limitando-se a observar a extensão do dano (bem jurídico ofendido) e o impacto da lesão na esfera psicofísica da vítima. Todavia, isso não significa uma eliminação do aspecto dissuasório ou promocional da responsabilidade civil. Trata-se apenas de uma 'realocação' para um montante pecuniário autônomo, cuja natureza é pura e reconhecidamente punitiva. Nesse sentido:

> É preciso, pois, distinguir, (i) uma coisa é arbitrar-se a indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie do prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo

5 Para fins de esclarecimento, cumpre transcrever a explicação das autoras: "Nesse aspecto, verifica-se, com efeito, um certo paralelo com o surgimento – mas apenas com o surgimento da doutrina dos punitive damages na tradição anglo-saxônica. Como vimos, diante da impossibilidade originária em ressarcir o dano que não deixasse lastros patrimoniais, lançou-se mão da teoria punitiva a fim de não deixar o lesado, nesses casos, sem qualquer amparo por parte do ordenamento jurídico" (Martins-Costa; Pargendler, 2005, p. 23).

> mesmo ser uma indenização 'alta' (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); (ii) outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo (Rosenvald, 2022).

Nessa linha, a aprovação do Anteprojeto poria fim ao recurso, pela jurisprudência, à função punitiva ou pedagógica como critério de quantificação da indenização de danos extrapatrimoniais. Não a eliminaria, todavia. Na verdade, promover-la-ia e, de certa forma, ampliá-la-ia, na medida em que destacaria um instituto específico para tal escopo, conforme previsão do art. 944-A, §§ 3º a 6º do Anteprojeto.

Portanto, a segmentação proposta pelo Anteprojeto não significaria um reforço da clássica cisão entre responsabilidade civil e pena privada. Em verdade, se aprovada, ela contribuirá para o aprofundamento da *expansão funcional* da responsabilidade civil. A adoção legislativa da denominada sanção pecuniária de caráter pedagógico representaria o reconhecimento legislativo da autonomia da função punitiva (ou da função de pena privada) da responsabilidade civil em relação à ressarcitória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, se há algum reconhecimento, por parte da jurisprudência, da função punitiva da responsabilidade civil, isso ocorre dentro de limites estreitos e subordinados ao escopo precípuo da reparação ou compensação da vítima. Nesse contexto, a função punitiva ou pedagógica, na medida em que é acolhida pelos tribunais, exerce uma função secundária, notadamente como critério para o arbitramento da compensação por dano moral.

Malgrado eventuais críticas ao acolhimento jurisprudencial da função punitiva, mesmo em termos restritos (o que não é objeto deste artigo),[6] alguns autores que rejeitam peremptoriamente a natureza punitiva da responsabilidade civil reconhecem haver uma "dimensão ou vertente punitiva" (Matos, 2017, p. 44) na quantificação da indenização por dano extrapatrimonial.

Além disso, essa evolução jurisprudencial não enfrenta significativas dificuldades de ordem constitucional, as quais, todavia, apresentar-se-iam ao instituto da sanção pecuniária de

6 Para uma síntese das críticas ao referido entendimento jurisprudencial cf. Borgarelli (2019), para quem "a fixação de uma função punitiva dos danos morais – ou mesmo da responsabilidade civil como um todo – no Brasil, só poderia ocorrer por meio de uma reforma legislativa" (item 1.6.2).

caráter pedagógico, se aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro.[7] Mesmo que considere critérios que extrapolam a função reparatória da responsabilidade civil, a indenização do dano extrapatrimonial não deixa de ser, fundamentalmente, uma *indenização* ou uma *compensação*, ao passo que a proposta de uma pena privada seria, claramente, de natureza puramente punitiva.

Nesse contexto, é importante ressaltar o escopo prático da proposta doutrinária da adoção de penas privadas na responsabilidade civil. Trata-se de, por intermédio do direito privado, superar os empecilhos impostos pelo princípio da legalidade à aplicação de penas de direito público. Nesse quadro argumentativo, o direito da responsabilidade civil atuaria como um instituto legitimador de uma solução inaceitável e inconstitucional da perspectiva do direito penal ou do direito administrativo, os quais não admitem uma cláusula geral para a aplicação casuística de punições pelo Estado-Juiz. O deslocamento dogmático do instrumento para o direito privado não é suficiente para alterar essa conclusão.

Em verdade, a defesa da necessidade, no Brasil, de um instituto como a sanção pecuniária de caráter pedagógico contextualiza-se em uma crise de "excessos de *inputs*", pois se exige da responsabilidade civil respostas a múltiplos e contraditórios fins (Monteiro, 1999, p. 662, nota 1536). Comprometida a oferecer soluções que atendam a escopos das mais diversas naturezas, como reparar a vítima, distribuir riscos, dissuadir ofensores, prevenir condutas ilícita, "moralizar" a ordem econômica, a doutrina esquece-se, muitas vezes, de voltar os olhos à gravidade dos potenciais efeitos negativos das soluções propostas, notadamente o risco de perda da unidade do direito da responsabilidade civil, com repercussões prejudiciais nas esferas de liberdade dos indivíduos, que não devem se sujeitar a penas casuisticamente determinadas *a posteriori* pelas cortes, com fundamento em cláusulas gerais, típicas do direito da responsabilidade civil.

A prática jurisdicional brasileira tem reconhecido a relevância da função punitiva na quantificação do dano extrapatrimonial. Sem adentrar em seu mérito, esse reconhecimento da função punitiva (ou pedagógica) mantém subordinada a aludida função à reparatória ou compensatória e, embora possa ser objeto de críticas, encontra razoável explicação na natureza equitativa da quantificação do dano extrapatrimonial. Ultrapassar tal limite, elevando a função punitiva ou pedagógica a um papel autônomo, representaria uma ruptura com a tradição da *civil law* com consideráveis riscos para postulados caros àqueles ra-

7 Quanto ao tema da (in)constitucionalidade do *punitive damages* no Brasil cf. Silva Filho (2015, p. 192 e 193).

mos do Direito mais afeitos às punições impostas pelo Estado aos sujeitos de Direito.

Quanto aos critérios para a quantificação do dano extrapatrimonial, embora não se trate de objeto de análise deste artigo, é importante considerar que se trata de um tema ainda controverso na doutrina. Contrariamente à atual diretriz jurisprudencial, há quem resista à utilização da gravidade da culpa do ofensor e do seu patrimônio como parâmetros para o arbitramento da indenização do dano extrapatrimonial. Entretanto, o problema parece insolúvel em razão da própria natureza não pecuniária dos prejuízos extrapatrimoniais. Não obstante essa e outras controvérsias, a quantificação do dano extrapatrimonial na jurisprudência brasileira não necessita de correções drásticas. Nesse cenário, é aconselhável manter a definição dos critérios de quantificação do dano extrapatrimonial inteiramente a cargo da doutrina e da jurisprudência, sendo que qualquer intervenção legislativa poderia representar um engessamento para futuras e necessárias evoluções jurisprudenciais.

Portanto, além da rejeição da proposta de inclusão, no CC/2002, da denominada sanção pecuniária de caráter pedagógico, recomenda-se ao Congresso Nacional que não aprove, na íntegra, as regras propostas nos parágrafos do art. 944-A do Anteprojeto da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do CC/2002, reservando o tema dos critérios da quantificação do dano extrapatrimonial à evolução doutrinária e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

BORGARELLI, Bruno de Ávila. O método bifásico do cálculo dos danos extrapatrimoniais e sua adoção pela jurisprudência brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 18, n. 5, p. 493-509, jan./mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) Nº 1, de 2024, da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. 11 de abril de 2024. Disponível em: https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9610572&. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.221.756/RJ**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 2/2/2012, *DJe* de 10/2/2012.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: L.G.D.J, 1995.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**: um análise à luz do princípio da reparação adequada. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, [*s.l.*], v. 3, n. 9, p. 7073-7074, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **R. CEJ**, Brasília, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MATOS, Filipe Albuquerque. A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (coords.). **Responsabilidade civil**: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. (v. II). p. 31-60.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1990.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4 ed. Coimbra Editores, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, n. 3, jul./set. 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

SILVA FILHO, Osny da. Punitive (and) pain-and-suffering damages in Brazil. *In*: WHITE, Mark D. (org.). **Law and Social Economics**: Essays in Ethical Values for Theory, Practice, and Policy. Nova Iorque: Palgrave, 2015. p. 183-207.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1997.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

O capítulo sobre contrato de seguro no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

The chapter on insurance contracts in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

RESUMO:
Este artigo apresenta o contexto normativo atual do contrato de seguro e avalia criticamente algumas das mudanças propostas no Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE
Código Civil, reforma, obrigações, contratos, seguro.

ABSTRACT
This paper presents the current legal framework of the insurance contract and critically evaluates some of the changes proposed in the Draft Bill for Civil Code Reform.

KEYWORDS
Civil Code, reform, law of obligations, contracts, insurance.

AUTORES | AUTHORS

Inaê Siqueira de Oliveira
MESTRA EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). ADVOGADA EM SÃO PAULO. E-MAIL: OLIVEIRA.INAE@GMAIL.COM.

Luca Giannotti
DOUTORANDO EM DIREITO CIVIL NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). ADVOGADO EM SÃO PAULO. E-MAIL: LUCADGIANNOTTI@GMAIL.COM.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, analisaremos as mudanças propostas pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CC) no que tange à disciplina do contrato de seguro (arts. 757-802). Nosso intuito é apontar, em termos gerais, as premissas que têm guiado a revisão do Capítulo XV, Título VI do Livro I da Parte Especial, além de avaliar, em alguns aspectos, as soluções propostas.

1. ORIGEM DOS DISPOSITIVOS E CONTEXTO NORMATIVO EM QUE SE INSERE A REFORMA

Originalmente, o contrato de seguro não figurava entre os objetivos da Comissão. No parecer da Subcomissão de Contratos, primeiro passo esperado na revisão do capítulo sobre o contrato de seguro, nenhuma sugestão foi feita aos arts. 757 a 802 do CC.

A razão desse comedimento pontual é evidente. Há quase 20 anos, tramita um projeto de lei que pretende retirar do CC a disciplina do contrato de seguro, criando uma legislação especial sobre o tema.[1] Além de contar com o apoio do Ministério da Fazenda e de grande parte dos agentes econômicos envolvidos no mercado de seguros, como a Confederação Nacional das Seguradoras (CNSeg) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI), o projeto de lei de contrato de seguro já foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal e aguarda, neste momento, a apreciação do substitutivo pela casa iniciadora (Projeto de Lei n. 2597/2024).

No texto da relatoria-geral, contudo, surgiram sugestões de modificação em uma série de dispositivos do capítulo, desacompanhadas de justificativa. No texto final aprovado, essa redação da relatoria-geral foi acolhida sem alterações.

Esse processo de reforma súbita não surpreende. No Código Civil de 1916 (CC/1916), o regime jurídico do contrato de seguro foi usado por Pontes de Miranda como um mau exemplo de importação acrítica: "Diremos pouco; a fonte principal foi o Código Civil do Cantão de Zurique. [...] É, pois, sem característica, sem novidade de técnica o capítulo sobre seguro" (Pontes de Miranda, 1981, p. 324).

1 Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-3555-2004. Acesso em: 14 set. 2024.

As dificuldades do texto do CC/1916 foram atenuadas quase exclusivamente pelo trabalho da jurisprudência ao longo do século passado, visto que a produção doutrinária sobre o direito do seguro era – e ainda é – muito escassa, especialmente a desinteressada. Essas correções jurisprudenciais, todavia, foram secundárias diante da grande ruptura trazida pela política brasileira de seguros no governo Vargas.

Desde 1939, o Brasil estruturou um sistema nacional de seguros privados, que contou, até 2007, com uma entidade monopolista em diversas atividades, desde a regulação de sinistro (processos das seguradoras voltados para definir se existe cobertura ao evento avisado) até o resseguro: o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB).

Nesse arranjo, o IRB assumiu, na prática, o controle das operações de seguro no Brasil. O IRB, por exemplo, padronizava o conteúdo dos contratos de seguros e a conduta das seguradoras brasileiras, pois ressegurava apenas o que estivesse de acordo com suas políticas; interpretava os instrumentos contratuais, porque a lei lhe conferia a prerrogativa de decidir se uma seguradora deveria ou não realizar o pagamento; e ditava a capacidade de assumir riscos no mercado brasileiro, ao negociar em nome do país no mercado internacional de resseguros.

Não surpreende, portanto, que o CC/1916 regulasse pouco o cotidiano das operações de seguro no Brasil, e que seus defeitos e lacunas fossem supridos principalmente pela extensa regulação administrativa e por interpretações criativas do setor, com o aval do monopolista.

Isso não mudou com o Código Civil de 2002 (CC/2002). O texto do Capítulo XV corresponde, com pontuais modificações, ao Anteprojeto que, em 1969, Fábio Konder Comparato apresentou à Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil (Comparato, 1972).[2]

As soluções trazidas pelo substitutivo Comparato, apesar de preparadas pelo maior comercialista de sua época, não podem ser consideradas plenamente satisfatórias em seu conjunto.

Sem dúvida, houve avanços. Por exemplo, ao se distanciar do CC/1916, que não diferenciava espécies de contrato de seguro, o novo regime propôs regras gerais e regras específicas, conforme o seguro fosse de *danos* (*e.g.*, sobresseguro, rateio, sub-rogação) ou de *pessoas* (*e. g.*, regime de indicação dos beneficiários, seguros coletivos, vedação à redução do capital segurado em transação). Também é meritória a definição de seguro

2 O "Substitutivo Comparato" foi, em 1972, publicado na Revista de Direito Mercantil. Em nota de rodapé, lê-se: "Apresentado à Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Civil, a pedido do seu Presidente, Prof. Miguel Reale, em novembro de 1969".

trazida no art. 757, que consagra em lei a chamada "teoria do interesse".

Como Comparato se inspirou fundamentalmente no Código de Seguros francês de 1930, a disciplina do CC/2002 é, em vários pontos, antiquada ou desviante das práticas consolidadas do mercado brasileiro antes da nova codificação. Por exemplo, a disciplina da mora do segurado no pagamento do prêmio retrocedeu a uma solução mais adequada, já reconhecida na jurisprudência pretérita ao Código, conforme a Súmula n. 616 do STJ de 2018. Outro exemplo é o regime jurídico do sobresseguro, cujo art. 782 é solenemente descumprido pela regulamentação administrativa e pelas seguradoras em geral, que adotam regras de "concorrência de apólices".

Logo antes do início da elaboração do Anteprojeto do Código Civil, em 1969, a lei de controle da atividade seguradora foi revista à imagem do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Em 1966, o Decreto-Lei n. 73/1966 criou o atual Sistema Nacional de Seguros Privados (SNSP). Além de estabelecer regras sobre a constituição e o funcionamento das seguradoras, o SNSP estabeleceu dois agentes fiscalizadores com amplos poderes normativos: o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Pelo relato da época, infere-se que o intuito era conceder à burocracia administrativa ampla liberdade para modificar a disciplina jurídica das seguradoras e do contrato de seguro à luz das circunstâncias (Alvim, 1980, p. 174-175). Esse excesso justifica-se também pela fragilidade do regime de fiscalização anterior, o Decreto-Lei n. 2.063/1940, cuja autoridade fiscalizadora – o Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (DNSPC) – não tinha poder normativo relevante e dispunha de poucos recursos para exercer suas atribuições (Alberti, 1998, p. 205; Ribeiro, 2006, p. 21 ss.).

Essas premissas são fundamentais para compreender o regime jurídico do contrato de seguro. Sem isso, repetimos o mesmo problema dos capítulos sobre o contrato de seguro do CC/1916 e do CC/2002: regimes jurídicos desconectados da realidade do mercado brasileiro, incapazes de solucionar os problemas concretos e, em certos casos, verdadeiros retrocessos em relação ao que já estava em vigor.

Atualmente, temos, como em vários outros países, um sistema dúplice. De um lado, o CC trata do contrato de seguro (lei de contrato); de outro lado, o Decreto-Lei n. 73/1966 regulamenta a supervisão da atividade seguradora (lei de contro-

le). Contudo, com base no Decreto-Lei n. 73/1966, existe uma imensa regulação administrativa do contrato de seguro visando colmatar as insuficiências da lei de contrato, agora por meio de resoluções do CNSP e circulares da SUSEP, especialmente após a quebra do monopólio do resseguro e a privatização do IRB.

Existem diversos assuntos que, diante das lacunas do CC, foram regulados exclusivamente pela esfera administrativa, excedendo a capacidade normativa de conjuntura legitimamente atribuída ao Executivo (Grau, 2008, p. 231). Para ilustrar, sem paralelo com outros ordenamentos que nos serviram de inspiração, o regime de formação do contrato de seguro é, atualmente, regido pela Circular SUSEP n. 642/2021. As regras sobre apurações envolvendo o sinistro (regulação de sinistro) está nas Circulares SUSEP n. 621/2021 e n. 667/2022. A autorização genérica para que seguradoras cedam suas carteiras está na Resolução CNSP n. 422/2021. Por fim, a Resolução CNSP n. 407/2021 estabelece uma distinção entre seguros massificados e de grandes riscos, atribuindo a estes uma principiologia própria (*e. g.*, paridade entre as partes e intervenção do Estado de forma subsidiária e excepcional).

Como se pode observar, não é possível pensar na reforma do capítulo do contrato de seguro do CC sem levar em consideração o SNSP e a intervenção exercida pela SUSEP e pelo CNSP.

2. APRECIAÇÃO CRÍTICA DAS SUGESTÕES

Dividimos nossa apreciação em duas partes. Em primeiro lugar, trataremos de uma questão geral que explica vários dispositivos do Anteprojeto: a preocupação predominantemente conjuntural na reforma do capítulo sobre o contrato de seguro. Em seguida, selecionamos duas das mudanças propostas para analisar à luz da experiência brasileira e comparada.

2.1. A abordagem conjuntural da Comissão

De partida, é importante explicitarmos nossa posição. Temos convicção de que a melhor solução normativa é a promulgação da lei especial de contrato de seguro (Projeto de Lei n. 2597/2024). Além de ser a solução geralmente adotada em outros ordenamentos com mercados de seguro desenvolvidos,[3] a complexidade jurídica e as peculiaridades principiológicas da

3 Por exemplo, Alemanha (1901, 2007), Austrália (1984), Áustria (1959), Argentina (1967), Bélgica (2014), Canadá (2015), Chile (2013), China (2009), Espanha (1980), França (1930), Japão (2010), México (1935), Peru (2013), Portugal (2008), Reino Unido (2015), Suíça (1908, 2020) e Turquia (2012).

disciplina do contrato de seguro dificilmente se condensam em um capítulo no CC.

Existem, todavia, exceções importantes à adoção de uma lei especial, como no caso do CC italiano. Como o Código de 1942 tinha a pretensão de abranger todo o direito privado, absorvendo o direito do trabalho e o comercial, criou-se um extenso regime jurídico para o contrato de seguro, que geralmente não é complementado por atos normativos extravagantes (*e. g.*, Rossetti, 2011; Donati; Volpe; Putzolu, 2019). Desde que as soluções sejam adequadas, não há por que se apegar à forma jurídica por meio da qual elas foram introduzidas.

Alguns temas abordados no Anteprojeto revelam as principais lacunas do CC. A título de exemplo, o Anteprojeto trata de três dos temas mais sensíveis no direito do seguro atualmente: *o regime da declaração inicial do risco*, isto é, os deveres informativos impostos às partes antes da formação do contrato; o *agravamento do risco* e o *aviso de sinistro*. Todas essas regras foram totalmente afastadas ou reinterpretadas pela jurisprudência, uma vez que uma interpretação literal do texto vigente é patentemente inadequada.[4]

Parte substancial das modificações propostas, contudo, indica uma preocupação conjuntural em solucionar, de forma imediata e no CC, alguns dos problemas concretos que afligem as seguradoras atualmente. Isso se reflete em dois temas alheios ao CC que foram incorporados ao Anteprojeto: o reforço à proibição das associações de proteção, já prevista no Decreto-Lei n. 73/1966, e a introdução do conceito de seguro de grandes riscos na disciplina do CC.

O tema das associações surge no novo § 2º do atual art. 757, que define o contrato de seguro (*caput*) e determina que a parte seguradora deve ser uma entidade autorizada a operar seguros (§ 1º):

> § 2º Todas as entidades organizadas para proteção de riscos de danos ou de pessoas deverão ser autorizadas previamente pelo órgão regulador e atenderão às exigências técnicas, administrativas, jurídicas e financeiras aplicáveis ao segurador.

Esse dispositivo aparenta ser redundante à luz do § 1º do mesmo artigo. O trecho final, no entanto, introduz uma novidade: "atenderão às exigências técnicas, administrativas, jurídicas e financeiras aplicáveis ao segurador".

4 Sobre agravamento, REsp n. 685.413, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7/3/2006. Sobre deveres informativos, REsp n. 596.090, 3ª Turma., Rel. Min. Castro Filho, julgado em 3/5/2005. Sobre dever de avisar o sinistro, REsp n. 1.546.178, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/9/2016.

O objetivo do dispositivo é solucionar o crescente problema das associações de socorro mútuo, que têm surgido à margem do sistema de seguros para proteger, sem qualquer controle estatal, riscos que as seguradoras tradicionais não aceitam garantir. O tema é tão candente que dois Estados – Rio de Janeiro e Goiás – promulgaram leis sobre o assunto, as quais foram declaradas inconstitucionais,[5] e vem sendo discutido em vários projetos na Câmara dos Deputados, com destaque para o Projeto de Lei Complementar n. 519/2018.

Todos esses projetos pretendem modificar o art. 21 do Decreto-Lei n. 73/1966, que permite apenas às sociedades anônimas – e, em limitados casos, às sociedades cooperativas – o desenvolvimento da empresa securitária.

O texto proposto, ao não alterar expressamente o art. 21, gera dúvida sobre quais seriam as entidades autorizadas, além das seguradoras, já que a lei de controle apenas admite que sociedades seguradoras desempenhem essa atividade. Além de exigir a inferência de uma revogação tácita, sem contornos claros, a modificação enfrenta uma barreira constitucional.

De acordo com o art. 192 da Constituição, as normas estruturantes do SFN devem ser editadas sob forma de lei complementar. Sendo o sistema de seguros parte do sistema financeiro, a modificação dos tipos de entes admitidos no sistema, bem como a consequente ampliação da fiscalização da SUSEP e do CNSP, não poderia ser realizada por alteração no CC, que é uma lei ordinária. O tema já foi enfrentado anteriormente e, recentemente, pelo Supremo, não havendo dúvida razoável de que essas modificações estruturais do SNSP devem ser feitas por lei complementar.[6]

Isso também vale para os grandes riscos. O novo art. 757-A transpõe para o CC a distinção feita pela Resolução CNSP n. 407/2021 entre seguros massificados e de grandes riscos:

> Art. 757-A. Os contratos de seguro de grandes riscos, que se presumem paritários e simétricos, serão definidos a partir do valor da garantia contratada, do porte econômico do tomador ou segurado e de outros critérios definidos pelo órgão regulador.
> Parágrafo único. Nesses casos, as partes terão ampla liberdade para a elaboração de cláusulas, para a escolha dos meios de prevenção destinados a evitar e a conter o aumento do risco segurado, bem como para solução de conflitos.

5 ADI n. 6.753, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2023; ADI n. 7.151, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2023.

6 ADI n. 2.223-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 10/10/2002. Mais recentemente, o entendimento foi reafirmado na ADI n. 6262-MC, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/12/2019. Não por outro motivo, a autonomia do Banco Central foi concedida por lei complementar: Lei Complementar n. 179/2021, que foi discutida na ADI n. 6.696, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/8/2021.

Ao contrário do que acontece em outros ordenamentos que adotam o conceito de grandes riscos, como a Alemanha, a lei não estabelece critérios objetivos para definir quais contratos seriam classificados como de grandes riscos, nem quais são as consequências precisas dessa qualificação. Delega-se, novamente, à autoridade administrativa um assunto estrutural, que deveria estar previsto em lei.

Além disso, em vez de servir apenas para flexibilizar parte das normas sobre o conteúdo do contrato de seguro, como usualmente ocorre em leis de contrato de seguro, a finalidade precípua do dispositivo é limitar a intervenção da SUSEP e do CNSP nos seguros classificados como de grandes riscos. A dispensa de registro prévio das condições contratuais, introduzida pela Resolução CNSP n. 407/2021, é considerada pelo mercado como uma das maiores conquistas recentes. Contudo, o texto proposto permite que as próprias autoridades, cuja intervenção se pretende limitar, modifiquem os critérios definidores de grandes riscos, esvaziando, assim, a limitação que se busca impor ao controle da atividade econômica por meio da lei de contrato.

2.2. Soluções pontuais

Entre os temas que nós consideramos estruturais do contrato de seguro, selecionamos dois – *agravamento intencional de risco* e *aviso de sinistro* – para analisar mais cuidadosamente, visto que quase todos os 50 artigos do capítulo XV do CC foram modificados, ainda que por alterações pontuais de redação.

2.2.1 Agravamento intencional de risco

No agravamento de risco, são três os principais problemas do Anteprojeto.

O primeiro é a oportunidade perdida. O Anteprojeto mantém o que, do ponto de vista sistemático, é o maior defeito do CC: não há tratamento legislativo para a *causação dolosa do sinistro*, lacuna que levou os tribunais, e parte da doutrina, a subsumir também essa situação no art. 768 do CC, que trata do *agravamento intencional do risco*.

Enquanto a *causação* se refere a um sinistro, determinando o que ocorre em relação a ele (perde-se a garantia por uma questão de ordem pública, de valor ético mínimo no direito), o *agravamento* refere-se a um estado de risco, antecedendo e sendo independente da ocorrência de um sinistro. Isso determina

o que acontece com o contrato (se ele é mantido, modificado ou extinto). Além disso, as regras sobre agravamento determinam o que acontece ao sinistro que sobrevém depois de ocorrido o agravamento, mas antes de estabilizado o contrato.

Embora tenham pressupostos e consequências distintas, como o art. 768 do CC é interpretado para diversos fins e, na prática contenciosa, o estado agravado de risco é analisado após a ocorrência do sinistro, o conceito de *agravamento de risco* tornou-se obscuro no Direito brasileiro. Ao não demarcar a diferença entre *causação* e *agravamento*, a exemplo do que se encontra na experiência comparada – *e.g.*, Alemanha, §§ 23 e 81 da Versicherungsvertragsgesetz (VVG) –, o Anteprojeto desperdiça uma oportunidade de melhoria.

Segundo, ao estabelecer que o agravamento deve ser *relevante* (art. 768, *caput*), mas excluir da definição de relevância (art. 768, § 1º) a referência à *continuidade* do estado de risco agravado – requisito previsto no projeto de lei de contrato de seguro, bem como em legislações estrangeiras –, o Anteprojeto define o agravamento de modo incorreto, pois aumentos pontuais de risco são previsíveis e fazem parte da utilização normal de bens segurados. Ainda que substanciais, modificações pontuais não desfiguram o risco (Martins, 2018, p. 403).

Pense-se no caso do segurado que, ao contratar um seguro de automóvel, informa dispor de garagem com portão eletrônico, onde habitualmente o automóvel fica estacionado à noite, mas que, em determinado dia, por vontade própria, deixa o carro na rua à noite, onde ele, apesar de regularmente estacionado, é roubado. Ou, ainda, no caso do segurado que, ao contratar um seguro contra riscos de acidentes pessoais e morte, decide, anos depois, em uma viagem de férias com a família, fazer uma trilha com escalada e se lesiona.

Nessas hipóteses, ao não considerar que o agravamento de risco deve ser necessariamente é *duradouro* e, no que se refere a seguros pessoais, ao excepcionar a prática de esportes "de alto risco" não informados à seguradora, conforme a proteção prevista no art. 799, a solução pelo Anteprojeto é que haverá perda da garantia (art. 768, *caput* e § 1º). Essa latitude no tratamento do agravamento do risco frustra a expectativa de proteção do contrato de seguro.

Terceiro, e por fim, o Anteprojeto permite que as partes derroguem o regime de *agravamento do risco* "nos contratos paritários e simétricos": "Nos contratos paritários e simétricos, o agravamento intencional de que trata o caput deste artigo

pode ser afastado como causa de perda da garantia" (art. 768, § 2º). Ao assim estabelecer, o Anteprojeto prevê uma diferença de tratamento que apenas favorece o contratante de seguro com mais poder negocial, quando a intervenção legislativa que cria exceções a regras gerais deveria buscar o oposto, *i. e.*, tutelar os interesses dos hipossuficientes.

2.2.2 Aviso de sinistro

O *aviso de sinistro* tem múltiplas finalidades. Ele permite que a seguradora (i) investigue as causas e consequências do sinistro, (ii) oriente quanto a medidas de salvamento e (iii) acautele os seus próprios interesses, *e. g.*, preparando ações contra terceiros.

No CC/2002, o tema é objeto do art. 771, o qual prevê que "sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências".

Em mais um regresso do projeto de Comparato, o CC/2002 suprimiu o parágrafo único que constava no dispositivo equivalente do CC/1916 (art. 1.457), segundo o qual: "A omissão injustificada exonera o segurador, se este provar que, oportunamente avisado, lhe teria sido possível evitar, ou atenuar, as consequências do sinistro".

Todavia, o sentido literal do art. 771, que sugere a perda automática do direito à indenização em caso de demora no aviso de sinistro, não prevaleceu nos tribunais.

Por exemplo, há situações em que o aviso imediato é desnecessário – seja por se tratar de fato notório, seja porque a seguradora não tem interesse em ser avisada imediatamente da ocorrência (*e. g.*, seguro de vida).[7] Além disso, ainda que o aviso imediato seja devido, a perda do direito à indenização depende de pressupostos subjetivos (dolo ou culpa grave pela demora) e objetivos (prejuízo à seguradora).[8]

Nesse contexto, as alterações sugeridas pelo Anteprojeto não corrigem as várias deficiências do art. 771 e criam um regime de aviso de sinistro excessivamente rigoroso, sem paralelo na experiência comparada.

Segundo o Anteprojeto, o aviso de sinistro deve ser feito no prazo de 15 dias, contado da ciência inequívoca do segurado (art. 771, *caput*). Caso o segurado prove que não tinha condições razoáveis de fazer o aviso desse prazo, ele pode avisar em até 60

7 REsp n. 1.137.113, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/3/2012.

8 REsp n. 1.546.178, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/9/2016.

dias (art. 771, § 2º). Contudo, caso o sinistro não seja avisado em 60 dias, o segurado perde o direito à indenização (art. 771, § 3º).

A estipulação de um *prazo legal certo*, em dias, em contraposição a um *prazo indeterminado*, que precisa ser apreciado no caso concreto, não é, por si só, problemática. Há países cuja legislação estabelece prazo mínimo em dias (*e. g.*, Espanha, França, Itália, Portugal), o qual pode ser ampliado contratualmente. Também existem países cuja legislação emprega um conceito vago, cujo conteúdo semântico é similar ao "logo que o saiba" da lei brasileira – *e. g.*, na Alemanha, o aviso deve ser feito "imediatamente" (*unverzüglich*; § 30 da VVG); na Suíça, "assim que possível" (*aussitôt*; art. 38 da lei de contrato de seguro).

O problema do Anteprojeto é, sobretudo, a *consequência atribuída à demora*. Ao estabelecer que "transcorrido o prazo de sessenta dias da data da ciência inequívoca do sinistro, sem comunicação ao segurador, o segurado perderá o direito à indenização" (art. 771, § 3º), o Anteprojeto trata esse prazo exíguo de 60 dias como se fosse decadencial, uma escolha legislativa para a qual não há justificativa razoável.

Primeiro, não há qualquer interesse público no aviso de sinistro em até 60 dias. Por mais que avisos tenham eficácia no âmbito da supervisão, a realização posterior de um aviso de sinistro (65, 80, 90, 120, 150 dias, etc. depois da ciência do fato) não deve prejudicar a solvência da seguradora, já que existe uma técnica atuarial específica para lidar com essas situações (Bornhuetter; Ferguson, 1972).

Logo, está em causa uma ponderação entre interesses privados contrapostos: o interesse da seguradora em ser imediatamente avisada do sinistro para investigar, orientar e acautelar-se, e o interesse do segurado em receber a indenização depois do sinistro, ainda que, por alguma razão (que lhe pode ser imputável ou não), demore em avisar a seguradora.

Por esse ângulo, a escolha legislativa é desproporcional, pois estabelece uma consequência punitiva ao segurado, independentemente do eventual dano que sua conduta tenha causado à seguradora. Além disso, em regra, o descumprimento de dever acessório (avisar "logo que o saiba") não acarreta perda do direito à prestação principal (ser indenizado).

Segundo, há formas mais adequadas de tutelar esses dois interesses privados contrapostos. Tanto é assim, que, na experiência comparada, a perda do direito à indenização em caso de demora no aviso de sinistro não é automática, mas sujeita a requisitos que devem ser provados pela seguradora.

A tendência (*e. g.*, Alemanha, § 30 da VVG; Bélgica, arts. 74 e 76 da lei de contrato de seguro; Itália, arts. 1913 e 1914 do CC) é que a consequência seja determinada pelo *estado subjetivo do segurado*. Se há *dolo* na demora do aviso, o segurado perde o direito à indenização. Se há *culpa*, a indenização devida ao segurado é reduzida à medida da sua culpa (*e. g.*, ele responde por eventuais custos de investigação acrescidos que a seguradora teve ou por prejuízos que poderiam ter sido evitados, se ela tivesse sido informada antes).

Ou seja, em caso de dolo na demora do aviso, ainda que sem prejuízo à seguradora, admite-se perda do direito à indenização como sanção a um comportamento socialmente indesejado. Todavia, em caso de demora culposa, aplicam-se as regras gerais de responsabilidade contratual (Rossetti, 2012, p. 49).

CONCLUSÃO

No que diz respeito ao contrato de seguro, as modificações propostas pelo Anteprojeto são, em sua grande maioria, inadequadas. Além de não resolverem deficiências estruturais do CC vigente, elas propõem soluções desequilibradas a duas das principais situações nas quais há contraposição de interesses entre seguradora e segurado/beneficiário.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena (org.). **Entre a solidariedade e o risco**: história do seguro privado no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

ALVIM, Pedro. **Política brasileira de seguros**. São Paulo: EMTS, 1980.

BORNHUETTER, Ronald L.; FERGUSON, Ronald E. The Actuary and IBNR. **Proceedings of the Casualty Actuarial Society**, Arlington, v. 59, p. 181-195, 1972.

COMPARATO, Fabio Konder. Substitutivo ao Capítulo Referente ao Contrato de Seguro no Anteprojeto de Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 11, n. 5, p. 143-152, 1972.

DONATI, Antigono; VOLPE PUTZOLU, Giovanna. **Manuale di diritto delle assicurazioni**. 12. ed. Milão: Giuffrè, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. **Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco**. Coimbra: Almedina, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Direito de seguros**. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSSETTI, Marco. **Il diritto delle assicurazioni**. Padova: CEDAM, 2012. (v. 2).

ROSSETTI, Marco. **Il diritto delle assicurazioni**. Padova: CEDAM, 2011. (v. 1).

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Anteprojeto de Reforma do Código Civil: da exceção de contrato não cumprido, da exceção de inseguridade e da quebra antecipada do contrato

Draft Reform of the Brazilian Civil Code: The right to withhold performance, the right to adequate assurance of due performance and the anticipatory breach of contract

AUTOR | AUTHOR

João Pedro de Oliveira de Biazi

DOUTOR, MESTRE E GRADUADO EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSOR DE DIREITO CIVIL. ADVOGADO.

RESUMO

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil modificou a seção que abrigava a exceção de contrato não cumprido e a exceção de inseguridade. Além de alterar seu título, o projeto modifica o texto do atual art. 477 do Código Civil, além de criar o art. 477-A, que disciplina a categoria jurídica da resolução do contrato por inadimplemento antecipado. O presente artigo correlaciona a sugestão de Reforma do Anteprojeto com a literatura especializada já publicada sobre os modelos hermenêuticos afetados. Ao final, sugere-se à comunidade jurídica caminhos modificativos da proposta.

PALAVRAS-CHAVE

Exceção de contrato não cumprido, exceção de inseguridade, resolução do contrato por inadimplemento antecipado, Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

ABSTRACT

The Draft Reform of the Brazilian Civil Code modified the Section that covered the right to withhold performance and the right to adequate assurance of due performance. In addition to the title change, the Draft also modifies the text of the current article 477 of the Brazilian Civil Code and create a new article 477-A, which regulates the anticipatory breach of contract. The present paper correlates the suggestion of the Draft with the literature already published on the matter. In conclusion, the paper tries to create a dialogue with the legal community by suggesting ways to modify the Draft.

KEYWORDS

Right to withhold performance, adequate assurance of due performance, anticipatory breach of contract, Draft Reform of the Brazilian Civil Code.

INTRODUÇÃO

> O que foi introduzido sem razão e nasceu de um erro, apesar de confirmado pela prática, não deve ser aplicado a outros casos semelhantes que se apresentarem no futuro.[1]

O trecho supracitado, de autoria do jurisconsulto Celso e extraído do primeiro Livro do Digesto Romano, ensina que um equívoco não se convalesce pela prática. Por sua vez, a tarefa de identificação dos erros, bem como da criação de meios para superá-los, é atribuída à doutrina– ou, ainda nos termos do Digesto, aos *iuris peritus*. É pelo trabalho diuturno dos juristas, portanto, que se produzirá o substrato necessário ao aperfeiçoamento do sistema jurídico.[2]

É certo que a "Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil", instalada pelo presidente do Senado Federal em setembro de 2023, não se distancia da missão atribuída aos jurisperitos pelo Digesto Romano. Há uma série de temas que, indubitavelmente, merecem emenda no CC. A referida Comissão, apegada aos dizeres de Celso e formada por notáveis juristas de todo o Brasil, direciona-se à resolução de equívocos.

É importante destacar, entretanto, que seu hercúleo trabalho deve ser compreendido como um ponto de partida – e não de chegada – para uma possível reforma do CC.

Por meio da publicação do Anteprojeto produzido pela Comissão e o eventual início da sua jornada legislativa, inicia-se um procedimento no qual a sociedade civil contará com amplo espaço no Congresso Nacional para refletir e debater as ideias trazidas. Esse amplo espaço de discussão republicana é o que garantirá que uma reforma legislativa, se aprovada, removerá mais erros do que adicionará.

É possível afirmar que o Código Civil de 2002 (CC/2002), mesmo com seus defeitos, logrou esse objetivo quando substituiu o seu antecessor – corrigiu mais do que errou. Isso foi viável não só pelo indiscutível talento dos elaboradores do seu Anteprojeto, mas também pelas décadas de tramitação nas casas do Legislativo.

Por confiar que esse diálogo será possível neste atual esforço de reforma, este texto apresentará considerações reduzidas, mas diretas, sobre um dos temas do Anteprojeto. Escrever-se-á aqui sobre o regime jurídico sugerido para a exceção de contrato

1 Tradução de D. 1,3,39 (García del Corral, 1889, p. 212).

2 D. 1,2,3,13 (García del Corral, 1889, p. 202).

não cumprido, a exceção de inseguridade e o regime da resolução do contrato por inadimplemento antecipado.

Essas categorias jurídicas foram agremiadas na Seção III, Capítulo II, Título V, Livro I da Parte Especial do CC. A Seção III foi renomeada pelo Anteprojeto para "Da exceção de contrato não cumprido, da exceção de inseguridade e da quebra antecipada do contrato" e faz parte do Capítulo intitulado "Da extinção do contrato", que, por sua vez, insere-se no Título "Dos contratos em geral".

Para maior clareza, o texto será divido em dois tópicos principais.

O primeiro tópico aborda a contextualização das categorias jurídicas analisadas, com o objetivo de reafirmar a crítica da literatura especializada sobre a localização das exceções substanciais na referida Seção III. Também será feita a leitura do texto atual do art. 476 do CC, que não foi alterado no Anteprojeto, bem como dos novos arts. 477 e 477-A, propostos no trabalho da Comissão. O segundo tópico apresentará, a título sugestivo, maneiras de remodelar a redação original do Anteprojeto.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO CRÍTICA

A doutrina especializada não tem dificuldades em estabelecer a natureza jurídica da exceção de contrato não cumprido e da exceção de inseguridade: ambas são exceções substanciais dilatórias.[3] Diante dessa natureza, tanto a *exceptio non adimpleti contractus* como a *exceptio timoris* não se prestam à extinção da relação contratual. Destinam-se a neutralizar temporariamente a eficácia da pretensão do excepto – ou, nos dizeres de Pontes de Miranda, servem para "encobrir a eficácia"[4] de certas pretensões contratuais.

O CC/2002 agremiou as duas exceções dilatórias sob a mesma seção, intitulada atualmente "Da exceção de contrato não cumprido". Trata-se de equívoco conhecido da literatura, uma vez que a expressão "exceção de contrato não cumprido" serve para identificar apenas a categoria jurídica do art. 476 do CC, sendo outra categoria – a exceção de inseguridade – àquela positivada no subsequente art. 477.

Outro equívoco do CC/2002 é a localização da "Seção III": ela está inserida no capítulo intitulado "Da extinção do contrato". Ora, nenhum dos dois artigos que compõem a mencionada seção abordam formas de extinguir relações contratuais. Ao

3 *Vide* Lopes (1959, p. 313); Pontes de Miranda (1959a, p. 332). Mais recentemente: Gagliardi (2010, p. 35); Dal Pizzol (2022, p. 148). Em oportunidade pretérita, este autor também defendeu esta natureza jurídica (Biazi, 2019, p. 114-115). Nesse sentido, em relação à exceção de inseguridade: Bandeira (2022, p. 164).

4 Pontes de Miranda (1956, p. 8).

contrário, a função de ambas as exceções substanciais é a de reequilibrar o sinalagma e evitar a extinção do contrato por inadimplemento.[5]

Esses erros, infelizmente, não são inconsequentes. Não são poucas as ocasiões em que a literatura e os tribunais brasileiros confundem a natureza jurídica destes institutos – justamente em razão da infelicidade topológica dos arts. 476 e 477 do CC.6.[6]

Em atenção ao problema, o Anteprojeto altera o título da Seção III para "Da exceção de contrato não cumprido, da exceção de inseguridade e da quebra antecipada do contrato". A seção passa a tratar da exceção dilatória de insegurança – além de fazer referência ao remédio extintivo da resolução por inadimplemento antecipado do contrato.

O Anteprojeto acerta ao identificar a exceção de contrato não cumprido e a exceção de inseguridade como categorias jurídicas distintas. Também é correta a distinção nominal das exceções com relação à categoria da resolução por inadimplemento antecipado. Entretanto, na forma como atualmente se encontra, o texto proposto mantém o equívoco do CC/2002 quanto à inclusão das exceções substanciais dilatórias no capítulo dedicado às figuras que extinguem as relações contratuais.

Além disso, a inclusão de uma figura verdadeiramente extintiva – como é o caso da resolução por inadimplemento antecipado – junto às exceções dilatórias, também agrava a confusão.

O CC/1916 reunia as exceções substanciais e o direito legal de resolução no seu conhecido art. 1.092.[7] A crítica doutrinária e a discussão legislativa permitiram uma evolução, ainda que imperfeita, no CC/2002: as exceções dilatórias foram separadas (Seção III) do remédio resolutório (Seções II e IV). Ao adicionar a resolução por inadimplemento antecipado na mesma seção das exceções de contrato não cumprido e de inseguridade, retoma-se uma união indesejada.

Embora exista uma aproximação utilitária e operacional entre exceção de inseguridade e a figura do *anticipatory breach,* que inclusive justifica a inclusão de parágrafo único ao art. 477 pelo Anteprojeto, é seguro dizer que a primeira tem natureza jurídica, critérios de aplicação e eficácia totalmente distintos da segunda. Enquanto as espécies *exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio timoris* fazem parte do gênero das exceções dilatórias, a resolução por inadimplemento antecipado é uma espécie do gênero resolução por inadimplemento.

As exceções dilatórias não extinguem contratos – ao contrário, são figuras que buscam reconstruir o sinalagma funcio-

5 Bandeira (2022, p. 158).

6 Em trabalho anterior, inventariou-se opiniões e julgados que dão notícia deste problema (Biazi, 2019, p. 112, notas 35 a 38).

7 "Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

nal das avenças. A resolução por inadimplemento, por sua vez, destina-se a pôr uma relação contratual a termo.[8] Esses dois gêneros não deveriam, portanto, ter espécies compartilhando a mesma seção.

Resta um último comentário ao novo título da Seção III. Nota-se que a seção apresenta a "quebra antecipada do contrato", enquanto o art. 477-A utiliza outra terminologia para disciplinar a "resolução antecipada". Há, na redação do título da seção, uma confusão entre ato ilícito (o inadimplemento antecipado) e direito potestativo (a resolução anterior ao termo). Seria apropriada, portanto, a substituição do termo "quebra antecipada do contrato" por "resolução antecipada do contrato", ou outro termo que a doutrina comumente atribui a essa figura.[9]

Feitas as considerações topológicas da Seção III, passa-se à análise dos textos normativos em si.

Quanto ao texto do art. 476 do CC, o Anteprojeto não trouxe qualquer alteração. A memória legislativa do Brasil indica que o curto *caput* da exceção de contrato não cumprido é um dos textos mais antigos do CC. Sua redação é praticamente idêntica à primeira parte do já citado art. 1.092 do CC/1916 – que, por sua vez, em muito se assemelha ao art. 1.955 de Teixeira de Freitas.[10]

Dentro dos objetivos traçados pelo Anteprojeto, haveria uma oportunidade de atualizar o texto normativo do art. 476 – tão somente para evitar a antiga confusão, que ainda persiste, quanto à natureza jurídica da exceção de contrato não cumprido.

O atual *caput* afirma que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprir sua obrigação, *pode exigir* o implemento da obrigação do outro. Na prática, esse texto pode conduzir a uma equivocada interpretação *prima facie* de que a exceção de contrato não cumprido sequer precisa ser exercida, já que o contratante "não pode exigir" antes de cumprir sua parte.

A realidade da exceção de contrato não cumprido não é essa. Qualquer contratante pode exigir prestação sinalagmática vencida. A contraparte, entretanto, poderá se defender dessa exigência invocando a *exceptio* – desde que preenchidos os requisitos de aplicação da categoria jurídica.

Como já afirmado, a exceção de contrato não cumprido é uma defesa de mérito; um contradireito por meio do qual o excipiente, ao exercê-la, defende-se da pretensão contratual do excepto. Não se trata, portanto, de uma regra sobre o momento em que as pretensões surgem ou se tornam exigíveis nos contratos bilaterais.[11]

8 Nanni (2021, p. 421).

9 A doutrina utiliza-se de uma variedade de nomenclaturas para a categoria jurídica do inadimplemento antecipado – bem como em relação ao seu remédio extintivo. A título exemplificativo: quebra antecipada, inadimplemento anterior ao termo, inadimplência antecipada, ruptura antecipada, quebra antecipada, etc. (Cardoso, 2015, p. 17).

10 "Art. 1.955. Se forem bilaterais (art. 441), uma das partes não poderá demandar seu cumprimento sem provar que de seu lado os tem cumprido, ou que sua obrigação é a prazo, ou sem se oferecer a cumpri-los" (Teixeira de Freitas, 1983, p. 364).

Com isso em mente, o *caput* do art. 476 poderia ser reformulado da seguinte maneira: "Nos contratos bilaterais, se os deveres contratuais de ambas as partes forem exigíveis, uma delas poderá opor recusa ao cumprimento de sua prestação, até que a outra cumpra ou ofereça cumprimento". Trata-se de uma sugestão modificativa pontual, que está em consonância com a tradição romano-germânica predominante, bem como com os instrumentos de harmonização do direito privado.[12]

Quanto ao art. 477, a Comissão ampliou o âmbito de aplicação da exceção de inseguridade. A expressão "diminuição em patrimônio" foi substituída por "grave insuficiência em sua capacidade de cumprir as obrigações". Essa modificação do *caput* está alinhada ao Enunciado 438 da V Jornada de Direito Civil e visa aprimorar a operacionalização da *exceptio timoris* – que, a despeito do referido Enunciado, enfrentava certa resistência na sua aplicação pelos tribunais brasileiros.[13]

O Anteprojeto também adiciona um parágrafo único ao art. 477, estabelecendo que "se o devedor não satisfizer a prestação devida nem oferecer garantia bastante de satisfazê-la, após interpelação judicial ou extrajudicial, o credor poderá resolver antecipadamente o contrato".

Com a oposição da *exceptio timoris,* há uma paralisação da exigibilidade da prestação do excipiente. Isso não significa que a prestação do excepto venceu e tornou-se exigível – significa, apenas, que o excepto deverá prestar antecipadamente ou oferecer garantia se quiser restabelecer os efeitos de sua pretensão.[14] Pela dogmática jurídica da exceção de inseguridade, é o excepto quem, por esforço próprio, pode afastar os efeitos da exceção. Basta que ele cumpra antecipadamente ou ofereça garantia. Se optar por não o fazer, isso não implica que descumpriu o contrato, mas apenas que os efeitos neutralizadores da exceção de inseguridade continuarão a vigorar.

É evidente que a persistência dessa paralisação, devido à inércia do excepto em retomar a marcha contratual, pode impor ao excipiente uma extensão desproporcional de seu estado de sujeição – uma vez que a escolha de cumprir antecipadamente ou prestar garantia cabe ao excepto. Por essa razão, o parágrafo único do Anteprojeto busca fornecer ao excipiente, que já aguardou sem sucesso a atuação do excepto, um mecanismo de saída pela via da resolução antecipada do contrato. Afinal, se o descumprimento por parte do excepto é somente uma questão de tempo, evita-se que o excipiente continue aguardando inutil-

11 Aprofundou-se quanto às razões pelas quais a *exceptio non adimpleti contractus* não é pressuposto para o exercício da pretensão contratual em publicação específica anterior (Biazi, 2019, p. 116-119).

12 Cita-se, apenas a título exemplificativo: o § 320 do CC alemão; o art. 4268 do CC português; o art. 1.460 do CC italiano; e o recém-reformado – nesse mesmo sentido – art. 1.031 do Código Civil e Comercial argentino. Quanto aos instrumentos de harmonização de direito dos contratos, cita-se o art. 7.1.3. (1) dos Princípios Unidroit; o art. 108 do Anteprojeto do Código europeu dos Contratos; e o art. III.3:401 (1) do Draft Common Frame of Reference.

13 Bandeira (2022, p. 218-222).

14 Pontes de Miranda (1959b, p. 111).

mente o decurso do prazo para postular a resolução da relação contratual.[15]

Feitas as considerações topográficas sobre a nova "Seção III", bem como a análise do art. 476 do CC/2002 e do art. 477 do Anteprojeto, resta examinar a categoria da resolução do contrato por inadimplemento antecipado – sobretudo na forma apresentada pelo texto sugerido para o art. 477-A.

O uso de letras em ordem alfabética após o número de um artigo é uma técnica legislativa já presente no atual CC. Cita-se, por exemplo, o artigo 421, que trata da função social do contrato e das limitações à liberdade contratual, e o atual art. 421-A, inserido pela Lei n. 13.874/2019, que aprofunda o tema da liberdade contratual com os conceitos de paridade e simetria. É certo, portanto, que o art. 421-A complementa a mesma categoria jurídica do art. 421, visto que ambos os dispositivos regulam o mesmo princípio do direito dos contratos.

Embora estejam conectadas por sua utilidade prática, a exceção de inseguridade não pertence ao mesmo gênero ou espécie da resolução antecipada. Como já mencionado anteriormente, mas convém reforçar, a exceção de inseguridade não trata da resolução do contrato, mas apenas do encobrimento dilatório da eficácia da pretensão do primeiro credor,[16] razão pela qual possui requisitos diversos dos impostos à resolução por inadimplemento antecipado.[17]

O texto do art. 477-A, portanto, não deveria estar na Seção III, mas sim na Seção II, que regula o direito legal de resolução e a cláusula resolutiva expressa. A inclusão na Seção II faz ainda mais sentido ao se rememorar que a resolução por inadimplemento antecipado é, indiscutivelmente, uma subespécie da resolução por inadimplemento. Faria mais sentido ocupar, portanto, o art. 475-A ou o art. 475-B, em vez do atual art. 477-A.

Uma segunda crítica possível ao art. 477-A diz respeito à comparação do seu texto com os requisitos de aplicação da figura jurídica em questão. Para a configuração da resolução por inadimplemento antecipado, é exigida a presença cumulativa de três pressupostos: (i) iminência de descumprimento grave do contrato, caracterizando-se como inadimplemento definitivo; (ii) certeza de que o cumprimento não ocorrerá até o vencimento; e (iii) uma conduta culposa do devedor, que declara que não cumprirá ou que permanece inerte, sem demonstrar disposição para cumprir o acordado.[18]

O art. 477-A opta por afirmar que "a resolução antecipada é admitida quando, antes de a obrigação tornar-se exigível,

15 Zanetti (2013, p. 322).

16 Pontes de Miranda (1959b, p. 109-110).

17 Cardoso (2015, p. 146).

houver evidentes elementos indicativos da *impossibilidade do cumprimento da obrigação*". O artigo aproxima a figura, que essencialmente trata de uma hipótese de inadimplemento – ou, nos termos do próprio Anteprojeto, de "quebra" –, à categoria jurídica da impossibilidade superveniente da prestação.

A doutrina, aliás, é clara ao afirmar que a ocorrência de impossibilidade superveniente impede a aplicação da resolução por inadimplemento antecipado, uma vez que essa questão já estaria resolvida pelo direito das obrigações.

Essa redação parece inadequada. A problemática da resolução por inadimplemento anterior ao termo refere-se precisamente à reconfiguração do conceito de inadimplemento, e não à impossibilidade superveniente da prestação.

Ora, se houver uma impossibilidade superveniente da prestação, seja ela imputável ou não ao devedor, ainda que ocorra antes do vencimento da obrigação, não há necessidade de se falar em "inadimplemento antecipado" e, muito menos, em resolução por inadimplemento anterior ao termo.[19] O efeito liberatório e resolutório já se concretizou pela própria impossibilidade da prestação, conforme estabelecido nos antigos, mas ainda pertinentes, artigos que abordam as obrigações de dar, fazer e não fazer. Só será necessário recorrer à figura da resolução anterior ao termo se houver, propriamente, uma quebra de confiança no cumprimento futuro, com base em evidências objetivamente colhidas no comportamento das partes[20] – e não no contexto estrito da possibilidade de cumprir.

Para maior precisão, o *caput* do art. 477-A não deveria mencionar "elementos indicativos da impossibilidade do cumprimento da obrigação", mas sim "elementos indicativos de futuro inadimplemento definitivo da obrigação".

2. SÍNTESE DAS SUGESTÕES DE MODIFICAÇÃO

Ao longo do texto, buscou-se destacar os diversos méritos do trabalho da Comissão. A adição de texto normativo à resolução por inadimplemento antecipado representa um importante reconhecimento da doutrina e da prática internacional. A nova redação referente à exceção de inseguridade também delimita de forma clara e precisa seus âmbitos de operação.

Há, adicionalmente, a oportunidade de ajustar o texto atual da exceção de contrato não cumprido. Também há que se

18 Martins-Costa (2009, p. 41).

19 Em boa síntese: "O inadimplemento antecipado ocorre, portanto, quando não existe, no caso em exame, essa impossibilidade da prestação" (Cardoso, 2015, p. 86). Sobre a diferença entre inadimplemento e impossibilidade, há estudo pretérito feito por Biazi (2022, p. 70-72).

20 Cardoso (2015, p. 18).

atribuir cautela ao emprego das categorias jurídicas mais aproximadas ao art. 477-A do Anteprojeto.

Em síntese, sugere-se, em relação ao Anteprojeto:

- A remoção do art. 477-A da Seção III para a Seção II do Capítulo II, Título V, Livro I da Parte Especial do CC – aproximando-se, assim, da figura de direito privado relacionada à resolução por inadimplemento (art. 475 do CC).
- A relocação da Seção III para o Capítulo I, Título V, Livro I da Parte Especial do CC – removendo as exceções substanciais, que não se destinam à extinção de relações contratuais, do Capítulo II "Da extinção do contrato".
- A alteração do título da Seção III para "Da Exceção de contrato não cumprido, e da exceção de inseguridade".
- A alteração do texto atual do *caput* do art. 476 do CC para "nos contratos bilaterais, se os deveres contratuais de ambas as partes forem exigíveis, uma delas poderá opor recusa ao cumprimento de sua prestação, até que a outra cumpra ou ofereça cumprimento".
- A alteração do texto do art. 477-A do Anteprojeto para "A resolução antecipada é admitida quando, antes de a obrigação tornar-se exigível, houver elementos indicativos de futuro inadimplemento definitivo da obrigação".

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2022.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2022.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro**. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Exceção de contrato não cumprido**. Indaiatuba: Foco, 2022.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **Exceção de contrato não cumprido**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Barcelona: Jaime Molinas, 1889. (t. 1).

MARTINS-COSTA, Judith. **A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 885, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959a. (t. 25).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959b. (t. 26).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. (t. 6).

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: esbôço. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. *In*: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coords.). **Arbitragem e comércio internacional**: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Prescrição no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Prescription (limitations) in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

AUTOR | AUTHOR

Julio Gonzaga Andrade Neves

DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSOR DE DIREITO CIVIL. ADVOGADO.

RESUMO

O estudo analisa alterações na disciplina da prescrição propostas pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Cuida de oportunidades perdidas de aprimoramento técnico sobre a natureza jurídica e eficácia do instituto, bem como dos avanços importantes na operabilidade da contagem de prazos e sua abreviação.

PALAVRAS-CHAVE

Reforma do Código Civil, prescrição, direito subjetivo, pretensão, ação, contagem dos prazos.

ABSTRACT

The study examines the changes proposed by the Preliminary Draft for the Civil Code Reform in the discipline of prescription (limitations). It addresses the missed opportunities for technical improvement on the legal nature and efficacy of the institute, as well as significant advances in the operability for counting deadlines and their abbreviation.

KEYWORDS

Civil Code Reform, prescription (limitation), credits, claims, demands, prescription (limitation) deadlines.

A Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal redigiu, em tempo curtíssimo, o Anteprojeto para a Reforma do Código Civil (ARCC) – e reforma é pouco para descrever o escopo da proposta. Com exceção de alguns livros, é um virtual *novo código*.

Pesquisadores de todo o país debruçaram-se sobre o texto, e o recente volume 38.1 da Revista do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo) dedicou-se exclusivamente ao tema. Com o generoso convite do Prof. Osny da Silva Filho para esse volume, franqueou-se espaço para considerações sobre a prescrição.

As mudanças foram extensas, afetando 54 dispositivos. Esse número já denuncia a impossibilidade de passá-los todos em revista. Algumas alterações mostram consternadora falta de comedimento. O art. 201, *v. g.*, dispõe que "suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível". A proposta de redação acrescenta o vocábulo "dela" antes de "só" ("dela só aproveitam") e insere uma vírgula mal posta antes do vocábulo "se" ("outros, se"). Frívola mudança, para problema inexistente.

Outras mudanças são relevantes, mas extrapolam o escopo de um artigo dedicado à análise inicial de alterações normativas. É o que sucede com a modificação do rol de causas interruptivas da prescrição, que (bem) inseriu as interpelações extrajudiciais e os esforços de angularização em sede arbitral (art. 202, I, II e IV).[1]

O alvo dessas reflexões será fragmentado em quatro capítulos, para dar voo rasante sobre as (im)precisões conceituais da disciplina prescricional; a desnecessidade do conceito de violação para o instituto; a eficácia da prescrição (paralisante e não extintiva); e – em avanço digno de nota – o regime mais técnico e claro de contagem de prazos proposto pelo Anteprojeto.

É o que se passa a analisar.

1. AS PRECISÕES CONCEITUAIS IGNORADAS PELO ANTEPROJETO. NÃO HÁ POR QUE ERRAR (DE NOVO) NO ART. 189

A disciplina da prescrição é inaugurada pelo Código no art. 189. A redação legislativa atual dispõe que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Em uma demonstração de intemperança redacional, o Anteprojeto propõe nova

1 "Art. 202. A interrupção da prescrição dar-se-á: I - pelo despacho que ordenar a citação, retroagindo seus efeitos para a data da propositura da ação, mesmo que incompetente o juiz ou o árbitro para o exame do mérito, e desde que o autor a promova no prazo e na forma da lei processual; II - por qualquer outra forma de interpelação judicial ou extrajudicial, como a notificação do devedor ou o protesto de documentos que contenham obrigação exigível; [...] IV - por qualquer ato judicial ou extrajudicial que constitua em mora o devedor."

redação, que piora o vernáculo e não ajuda na técnica, ao estabelecer que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

Não foi por falta de aviso. Em artigo dedicado ao tema *durante os trabalhos*, o prof. Marcos Bernardes de Mello criticou, com precisão irrefutável, a posição da Comissão (Mello, 2024). São muitos os erros do art. 189 (diga-se, erros mais *originários* que *atuais*) que o Anteprojeto preferiu ignorar. Primeiro, porque a pretensão não nasce da violação do Direito. Segundo, porque a prescrição não extingue a pretensão. A solidez científica desses pontos é antiga; não havia para os manter imprecisos em um esforço revisional.

Explica-se melhor: pretensão, ou *Anspruch*, ou *actio*, no direito civil (não no processo civil), é a posição jurídica autorizativa da *exigibilidade*. Foi o CC alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) que melhor o definiu, em seu § 194: "é o direito de exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo".[2] Esse "algo" a que se refere o legislador é a *prestação*, compreendida como *a conduta positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer*, que um sujeito (devedor) tem que desempenhar em benefício de outro (credor). Conectando os dois conceitos (pretensão e prestação), a definição completa de pretensão passa a ser "o direito de exigir que alguém desempenhe a conduta devida, positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer".

O local em que repousa a pretensão é o meio da escadaria legal, sempre ascendente, de posições de tutela creditícia.

O degrau *inferior* é o primeiro: qualquer credor parte de um *direito subjetivo de crédito*. Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) referiu-se à definição que propusemos em sede monográfica: "direito subjetivo em sentido estrito, ou direito subjetivo de crédito, é o direito de receber de outrem uma prestação positiva ou negativa, de dar, fazer ou não fazer, incorporando definitivamente a seu patrimônio as vantagens dessa prestação".[3]

Trata-se de uma posição inercial: o credor aguarda que o devedor lhe transfira a riqueza da prestação e, ao recebê-la, retém-na de forma perene. Se ainda não há pretensão (=exigibilidade), o credor não pode exigir o cumprimento da prestação. Isso pode ocorrer porque o termo inicial não foi alcançado (CC, art. 131), porque a condição não se implementou (CC, art. 125), ou porque a pretensão existe, mas está paralisada por exceção (por exemplo, CC, art. 476). Se o credor ultrapassar essa linha

2 "§ 194 Gegenstand der Verjährung. (1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung." Tradução livre: "§ 194. Objeto da prescrição. O direito de exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo (pretensão) está sujeito à prescrição."

3 STJ, REsp n. 2.088.100/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/10/2023.

e, sem pretensão, exigir o pagamento em juízo, a lei (de forma atípica) pode não apenas negar seu intento, mas também o punir (CC, art. 939).

Em dado momento, contudo, o direito subjetivo de crédito passa a ser flanqueado pela pretensão. Mais que aguardar, agora, o credor passa a ordenar. Exigir. O degrau de cima, a partir da pretensão, é a *ação*, que, em regra, surge da inflamação que o desatendimento da pretensão, pelo devedor, provoca. O credor que poderia receber (pelo crédito) e poderia exigir (pela pretensão) pode, agora, *impor*. Pode fazê-lo fora de juízo, quando a lei o autorizar, ou em juízo, exercendo a ação (em sentido material) por meio de demanda judicial.

Há consenso de que a prescrição incide sobre o degrau do meio, *i. e.*, sobre a *pretensão*. Anteriormente, mencionamos dois erros na proposta do Anteprojeto: supor que a pretensão nasce da violação e supor que a pretensão é *extinta* pela prescrição. Com os conceitos expostos, é possível expandir a reflexão.

2. A VIOLAÇÃO É APENAS INCIDENTAL À PRETENSÃO, E NÃO NECESSÁRIA

Incidentalmente, *apenas incidentalmente*, a pretensão surge com a violação de um direito. Por exemplo, é o que sucede no caso dos ilícitos absolutos: se um motorista avança o sinal vermelho e colide com um caminhão; se um indivíduo colérico lança o soco no rosto do outro; se o gatuno subtrai a carteira do transeunte distraído. Em todos esses casos, há violação de direitos absolutos (propriedade, integridade física ou psíquica), ensejando o nascimento do direito subjetivo de crédito (CC, art. 186 c/c 927) e, ato contínuo, sua exigibilidade (CC, art. 398).

Essa não é a regra geral. O ordenamento jurídico oferece muitos exemplos: nas obrigações subordinadas a termo incerto ou a condição suspensiva, alheias ao devedor, ou ainda nas hipóteses de obrigações quesíveis, a pretensão precede qualquer *oportunidade* de violação de direito, quanto mais sua efetiva verificação. Também é assim nas aquisições unilaterais de créditos, verificáveis nos casos de gestão de negócios ou de contemplação de promessa de recompensa. Assim, de modo exemplificativo (sem pretensão de exaustão), podem ser identificados como credores dotados de pretensão: (i) o beneficiário do seguro de vida que noticia a morte *de cujus* à seguradora para *exigir* o correlato pagamento; (ii) a cliente que pagou por um quadro e

comparece ao ateliê para retirá-lo no dia combinado (ou, reforçando o exemplo, um dia depois), exigindo a respectiva entrega; (iii) a jovem que encontrou o cachorro desaparecido, conforme noticiado em cartazes bairro afora, e que agora *exige* o pagamento da recompensa. Em qualquer desses casos, é impossível imputar mora ao devedor, sem qualquer prejuízo à pretensão já conferida ao credor.

Não por acaso, Marcos Bernardes de Mello propôs à Comissão de Juristas uma alteração ao art. 189, sugerindo que "[v]iolada a pretensão, nasce para o titular a ação, as quais perdem sua exigibilidade pela prescrição nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". A redação é tecnicamente impecável: a violação refere-se à *ação*, não à *pretensão*.

Melhor ainda, talvez, seria retirar a referência à ação, alinhando-se à fórmula legislativa alemã e afirmando sinteticamente que "a pretensão está sujeita à exceção de prescrição nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Assim, o *caput* poderia dialogar com o § 1º do mesmo artigo, cuja redação foi elaborada nos últimos debates da Comissão, com técnica muito superior, e que afirma: "[o] início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo".

3. A PRESCRIÇÃO ENCOBRE A EFICÁCIA, MAS NÃO EXTINGUE A PRETENSÃO

O segundo erro do art. 189 reside na suposta extinção da pretensão pela prescrição. Não é o caso. Embora nunca perfeitamente enunciada pelo Código, a natureza da prescrição era mais clara à época da promulgação da lei: seguindo a tradição latina, a prescrição, em regra, dependia de invocação para que a pretensão fosse paralisada (CC, art. 194).[4]

Era evidente que se tratava de *exceção em sentido material*, ou seja, de uma posição jurídica subjetiva do devedor, autorizativa de paralisação da pretensão (Biazi, 2019, p. 22), um "direito de recusar", dito com brevidade. Se a prescrição dependia do ato de recusa do devedor, ou seja, *se a afetação da pretensão dependia desse ato, de recusa do devedor*, era difícil supor que a pretensão estivesse extinta desde o início pela simples completude do prazo prescricional, *ope legis*, como sugeria o art. 189.

Em 2006, com a reforma da Lei n. 11.280, o estado de coisas se tornou mais nebuloso. A reforma processual revogou o

4 "Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer absolutamente incapaz".

art. 194 e inseriu no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) a autorização para a cognição da prescrição de ofício (CPC/1973, art. 219, § 5º).[5] A regra foi reproduzida, com maiores garantias processuais ao credor, no atual CPC (art. 487, II e p. ú.).

A dúvida que surge é quanto à possibilidade de a prescrição manter sua natureza de exceção (direito de recusa, exercitável pelo devedor) quando, inequivocamente, é regra geral que seu reconhecimento pode partir de iniciativa do magistrado. Apenas por exercícios muito elásticos de teoria poder-se-ia presumir uma vontade do devedor-excipiente, extraível de seu silêncio (a aviltar o art. 111 do Código) ou da simples ausência de renúncia à prescrição (CC, art. 191).

Na verdade, trata-se de um excepcional exercício de exceção em lugar da parte, *pelo Juízo*, no interesse de melhor administração da Justiça. É raro que assim suceda, mas não inaudito: a condenação por litigância de má-fé também ocorre em benefício do particular (a parte vitimada), seja de ofício ou a requerimento, em defesa do interesse público pela boa conduta no curso do processo (CPC, art. 81). Sem qualquer provocação, o Juízo pode identificar o suporte fático da litigância chicaneira, ampliar o limite objetivo da lide, conhecer da imputação e condenar o ofensor ao pagamento de um crédito sequer cogitado pela parte beneficiada. São exceções ao princípio da inércia jurisdicional, que o legislador pode, dentro da ampla latitude conferida pela Constituição, estabelecer em prol de valores sociais diversos. Assim ocorre com a prescrição.

Distanciando-nos de prestigiosa doutrina, não vemos incompatibilidade entre a ideia de extinção da pretensão e a letra do art. 882, primeira parte, do Código Civil, segundo o qual "não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita".[6] Parece-nos que o conceito de direito subjetivo de crédito já esclarece a possibilidade de retenção da prestação, independentemente de haver ou não pretensão ancilar. Aderimos, sem embargo, à posição de que a tese da extinção é incompatível com a possibilidade de renúncia da prescrição. Para citar novamente o primeiro comentarista do tema, Prof. Marcos Bernardes de Mello (2024):

> a prescrição é *renunciável,* mas, somente depois de consumada (Código Civil, artigo 191), sendo certo que a *renúncia* restaura toda a eficácia que foi por ela encoberta. Ora, se a prescrição *extinguisse* a eficácia do fato jurídico, como seriam restaurados os efeitos prescritos, se não mais existiriam? Essa disposição do

5 "Art. 219 [...]. § 5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição."

6 Foi a posição de Marcos Bernardes de Mello, ao afirmar que "b) Acrescente-se, finalmente, que o outro equívoco consistente na afirmativa de que a prescrição extingue a pretensão se funda em duas razões inquestionáveis: (b.i) a primeira, seu inconteste conflito com a norma do artigo 882 do próprio Código que dispõe, textualmente: 'Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.' A irrepetibilidade do pagamento de dívida prescrita, tenha ou não o pagador ciência da prescrição, deixa claro que o adimplemento foi bom, precisamente porque o credor tinha direito de receber o que lhe era devido (=prestação); apenas não o podia exigir ou impor. Na realidade, nem a pretensão, nem a ação, se extinguem pela prescrição que, apenas, têm encoberta suas eficácias, retornando o direito a ser inexigível, apesar de continuar a existir. Parece evidente, entretanto, que a pretensão (como o direito), apesar de não puder ser exercida, também permanece viva, conforme se pode concluir dessa irrepetibilidade da prestação prescrita. Por outro lado, se considerarmos que o adimplemento da prestação constitui o cumprimento da obrigação (não do dever), forçoso é reconhecer que essa obrigação também continua a existir encoberta, como a pretensão" (Mello, 2024).

> artigo 189, em face de sua inconsistência em razão de seu conflito com a realidade, não pode prevalecer, devendo ser considerada não escrita.

Não é preciso dizer mais.

4. O ENCURTAMENTO DE PRAZOS É MOTIVO DE GRANDE COMEMORAÇÃO, E É POSSÍVEL FAZER MAIS

Tecidas algumas críticas mais agudas à redação do *caput* do art. 189, é preciso reconhecer que os §§ 1º a 3º do mesmo dispositivo, muito diversamente, ensaiam lançar o Brasil ao melhor patamar internacional em matéria de contagem de prazo prescricional.[7] Ocupamo-nos desse tema específico em boletim recente editado pelo Instituto de Direito Privado e pelo Instituto de Estudos Culturalistas (Neves, 2024), sede em que afirmamos (e mantemos a afirmativa) que se trata de um excelente ponto de partida do Anteprojeto.

O estado da arte do início dos prazos prescricionais no Brasil é, atualmente, um retrato de inaceitável incerteza. Para colher apenas o Superior Tribunal de Justiça, por vezes se afirmará que (i) "[o] Código Civil vigente adotou, como regra geral [para o início dos prazos], a data da lesão do direito – e não a da respectiva ciência – em prol da segurança jurídica [...] sendo as exceções a essa regra dependentes de previsão legal específica";[8] por vezes se dirá que (ii) "o início do prazo prescricional, com base na Teoria da Actio Nata, não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas, sim, quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão";[9] e, com a mesma pena, advertir-se-á que (iii) "o viés subjetivo da teoria da 'actio nata' deve ser admitido com muita cautela e em situações excepcionalíssimas, somente quando as circunstâncias demonstrem que o titular do direito violado não detém nenhuma possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar nenhum comportamento negligente de sua parte".[10] A doutrina é igualmente incerta.[11]

Em sede monográfica, sustentamos que a posição do item "i" é a correta. O suporte fático da prescrição no art. 189 é *objetivo* e o Código prevê hipóteses excepcionais de fluência dependente de ciência, ou dever de ciência, pelo titular, a propósito de sua pretensão, em rol legal taxativo (Neves, 2019, p. 115 e ss.). Mais importante do que essa definição, contudo, é obter clareza

7 "Art. 189 [...]. § 1º O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo. § 2º Ressalvado o previsto na legislação especial, nos casos de responsabilidade civil extracontratual, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que o titular do direito tem conhecimento ou deveria ter, do dano sofrido e de quem o causou. § 3º Nas hipóteses do § 2º, quando o dano, por sua natureza, só puder ser conhecido em momento futuro, o prazo contar-se-á do momento em que dele, e de seu autor, tiver ciência o lesado, observado que, independentemente do termo inicial, o termo final da prescrição não excederá o prazo máximo de 10 anos, contados da data da violação do direito."

8 STJ, REsp n. 1.861.295/SP, 4ª Turma, Rel. Marco Buzzi, jjulgado em 12/3/2021.

9 STJ, AgInt no AREsp n. 2.350.317/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio Belizze, julgado em 18/10/2023.

10 STJ, REsp n. 1.837.425/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio Belizze, julgado em 22/6/2023.

11 Por uma teoria objetiva, conquanto anotando as exceções jurisprudenciais: Correia (2021, p. 168). Por uma teoria mista, Simão (2013, p. 204 e ss.). Com forte preferência subjetiva (que designa "funcional"), Saab (2019, p. 182 e ss., em especial p. 210).

legal expressa, que mais de 20 anos de debates doutrinários e jurisprudenciais não lograram consolidar.

A solução trazida pelo Código colheu, de novo, de ares alemães para estabelecer um regime dúplice de prazos. Como regra geral, a fluência do prazo prescricional coincide com o nascimento da pretensão (*Anpruch, actio nata*), independentemente de ciência pelo titular. Em casos de responsabilidade civil extracontratual, correm *dois prazos* e não um: um prazo longo e objetivo, contado do surgimento da pretensão, e um prazo curto e subjetivo, contado da ciência do lesado. A prescrição opera-se com a completude do primeiro prazo, limitada, em todo caso, a dez anos da data da violação do direito.

Escrevendo a esse propósito, a mais importante doutrina alemã sobre o tema lecionou que "if we have a core regime of a short period of prescription which decisively hinges on (reasonable) discoverability, it may happen that prescription is postponed for twenty or thirty years, or even longer. But prescription should not be deferred indefinitely; at some stage, the parties must be able to treat the incident as indubitably closed [...]", e acresceu que "the question is how long the period should be", para apontar que "we observe an international trend – though not an entirely unequivocal one – towards a shorter period".[12]

Foi o que se fez no Anteprojeto. O prazo geral passa a ser de cinco anos pela redação proposta ao art. 205[13] (*short stop*), incluindo-se a responsabilidade civil extracontratual nessa regra. O prazo de dez anos como limite máximo (*long stop*) é um inquestionável avanço.

O Brasil falhou em criar um sistema jurídico com níveis aceitáveis de judicialização. Somos uma sociedade conflagrada em fóruns, de Norte a Sul, com baixíssimo custo para litigar, quase nenhuma gestão de consequência para o insucesso processual, ou mesmo para a litigância frívola. São milhares de sentenças esperadas por ano, por magistrado, e os níveis de congestionamento nas cortes superiores só não são maiores pela organização rigorosa dos gabinetes, com uso progressivo de tecnologia.

Duas notas finais, bastante pontuais, apontam na mesma direção e são igualmente merecedoras de reconhecimento. A prescrição (i) contra absolutamente incapazes, hoje não fluente por causa de impedimento absoluto, passaria a fluir quando lhes fosse dada representação legal;[14] e (ii) a exemplo da prescrição por ilícito civil absoluto, o impedimento de fluência da prescri-

12 Zimmermann (2002). Tradução livre: "[s]e tivermos um regime central de um curto período de prescrição que dependa decisivamente da (razoável) possibilidade de descoberta do direito, pode suceder que a prescrição seja postergada por vinte ou trinta anos, ou até mais. Mas a prescrição não deve ser adiada indefinidamente; em algum momento, as partes devem poder tratar o incidente como indubitavelmente encerrado [...]" (p. 99), "a questão é de quanto tempo deve ser esse período", e "observamos uma tendência internacional – embora não inteiramente inequívoca – em direção a um período mais curto" (p. 100).

13 "Art. 205. A prescrição ocorre em cinco anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Parágrafo único. Aplica-se o prazo geral do *caput* deste artigo para a pretensão de reparação civil, derivada da responsabilidade contratual ou extracontratual, e para a pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa."

14 "Art. 198. Também não corre a prescrição em detrimento: I - dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes, estes últimos enquanto não lhes for dado assistente."

15 "Art. 200. [...] Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* somente após a instauração do inquérito policial ou com o recebimento da denúncia ou da queixa, retroagindo seus efeitos à data do ato, desde que não decorrido o prazo de 5 (cinco) anos."

ção por investigação penal ganha limitador máximo, devendo haver instauração de inquérito ou oferta de denúncia (ou queixa) em até cinco anos.[15]

É preciso, em busca de equilíbrio, fechar portas com mais brevidade. Quiçá o processo legislativo possa ambicionar prazos mais curtos e mecanismos ainda mais rigorosos para a necessária pacificação social.

REFERÊNCIAS

BIAZI, João Pedro de Oliveira. **A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro**. São Paulo: GZ, 2019.

CORREIA, Atalá. **Prescrição entre passado e futuro**. São Paulo: Almedina, 2021. (Coleção IDP).

MELLO, Marcos Bernardes de. Equívocos do legislador civil em relação à prescrição. **ConJur**, São Paulo, 11 abr. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-11/equivocos-do-legislador-civil-em-relacao-a-prescricao/. Acesso em: 19 jun. 2024.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A prescrição na reforma do código: o início dos prazos. **Boletim IDiP-IEC**, 24 abr. 2024. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/ii-boletim-idip-iec/prescricao/. Acesso em: 14 jun. 2024.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. **A prescrição no direito civil brasileiro**: natureza jurídica e eficácia. 2019. 281 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SAAB, Rachel. **Prescrição**: função, pressupostos e termo inicial. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência**: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription**. Nova York: Cambridge University Press, 2002.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Análise da nova redação proposta ao artigo 91 do Código Civil no Anteprojeto de Revisão de 2024 e contribuição para seu aprimoramento

Analysis of the new proposed wording of Article 91 of the Brazilian Civil Code in the 2024 Preliminary Draft of Reform and contribution to its improvement

AUTOR | AUTHOR

Marcel Edvar Simões

DOUTOR EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). PROFESSOR DE DIREITO CIVIL NA FACULDADE DE SÃO BERNARDO DO CAMPO (FASB). PROCURADOR FEDERAL.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar o texto proposto ao art. 91 do Código Civil no Anteprojeto de Revisão de 2024, realizando críticas objetivas e sugestões para eventual aprimoramento.

PALAVRAS-CHAVE

Direito privado, teoria geral do direito privado, patrimônio, esfera jurídica individual, posições jurídicas subjetivas ativas e passivas.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the text proposed for article 91 of the Brazilian Civil Code in the 2024 Draft Revision, making objective criticisms and suggestions for possible improvement.

KEYWORDS

Private law, general theory of private law, patrimony, individual legal sphere, active and passive subjective legal positions.

O legislador não tem compromisso com a ciência do Direito – cabe ao cientista realizar a construção das suas conceptualizações, a partir do texto legal, a fim de perseguir a máxima precisão possível. Se essa asserção é, indubitavelmente, correta, também é verdade que, muitas vezes, é inescapável desejar que o legislador, em alguma medida, atente-se para a redação das leis, ao menos quanto aos conceitos básicos da ciência jurídica – aqueles centrais ou basilares, sobretudo os afetos à teoria geral do Direito ou à teoria geral do direito civil – a fim de não contribuir para a criação de dispositivos ambíguos, contraditórios, obscuros, paradoxais, inúteis ou até mesmo simplesmente inadequados do ponto de vista da linguagem comum. Esse desejo torna-se ainda mais candente quando se trata da redação de dispositivos legais atinentes à Parte Geral de um Código Civil (CC) – que pode ser considerada a quintessência do direito civil de determinado país.

Nessa linha de ideias, o presente artigo propõe-se a examinar a nova redação proposta ao art. 91 do CC pela Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil (Anteprojeto), apresentado ao Senado Federal em abril de 2024. O ânimo do estudo é contribuir de maneira objetiva quanto ao dispositivo legal em questão, sem se voltar a elogios ou críticas gerais ou de caráter subjetivo (inclusive tendo em vista que a Comissão responsável pelo Anteprojeto em tela foi formada por alguns dos mais conhecidos estudiosos do Direito do país).

Na sua redação original – e atual –, o art. 91 propõe-se a ser o dispositivo do CC brasileiro de 2002 que, de alguma forma, liga-se ao conceito jurídico de *patrimônio* – tema que temos pesquisado com especial interesse na última década. No que diz respeito a esse escopo, parece-nos que a redação do art. 57 do Código Civil de 1916 (CC/1916) era mais bem-sucedida e tecnicamente apropriada, a saber: "Art. 57. O patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidade, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais".

Já o art. 91 do Código Civil de 2002 (CC/2002) apresenta o seguinte teor: "Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico".

Finalmente, eis a redação proposta no Anteprojeto: "Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, dotadas de valor econômico, experimentadas por uma ou mais pessoas, conforme assim se tenha estabelecido".

Com relação aos três textos normativos em questão, algumas ponderações devem ser feitas. Em primeiro lugar, nota-se que o dispositivo do Código Civil de 1916 é o único que se refere expressamente ao a *patrimônio* – em rigor, a figura jurídica que realmente interessa a um diploma legal prescritivo regular, para fins operacionais. Nesse sentido, o Código Beviláqua prescrevia que o *patrimônio* e a *herança* constituem *universalidades* – de modo redundante, é verdade, na medida em que a herança não é nada mais nada menos do que uma espécie de patrimônio (aliás, uma das espécies mais importantes), precisamente o chamado *patrimônio hereditário*. Essa repetição do antigo art. 57, porém, não era exatamente viciosa, cumprindo uma função intencional de reforçar a aplicação da regra em questão, especificamente quanto à herança. No mais, o referido artigo não especifica de que tipo de universalidade se trata o patrimônio – se de fato ou de direito.

Cumpre, nesse passo, destacar que os três dispositivos ora comparados, em verdade, referem-se ao conceito de universalidade – sendo que os dois últimos afirmam se tratar de uma *universalidade de direito*. Como já tivemos a oportunidade de destacar em outra obra (Simões, 2023, p. 41), há um problema incontornável ao qualificar o patrimônio como uma universalidade de direito: enquanto o patrimônio é um conjunto de posições jurídicas subjetivas (poderes e deveres jurídicos), a universalidade pertence ao campo da classificação dos bens. Universalidades são, conforme descrição habitual da doutrina, universalidades de *bens*, e de acordo com as prescrições atualmente constantes do CC/2002, correspondem a uma classe de bens *considerados em si mesmos* (cf. arts. 90 e 91 do CC). Indo além nessa linha de pensamento, parece-nos que os conceitos de universalidade de fato e de direito, embora de emprego clássico pela ciência jurídica, pouco acrescentam em termos práticos para a resolução de problemas jurídicos concretos. Portanto, esses conceito deveriam ser deixados de lado por um CC que pretende materializar, entre suas diretrizes, a da *operabilidade*. Em outras palavras: a noção de universalidade pode conservar algum interesse de estudo e sistematização para o *cientista* (embora, também nesse campo, pareça-nos um interesse cada vez mais pálido), mas, na atualidade, não deve mais conservar interesse para o *legislador*.

De todo modo, vale lembrar que as tentativas de diferenciação entre os conceitos de universalidade de fato e universalidade de direito são feitas, habitualmente, com base nos

seguintes critérios: (i) a universalidade de fato seria composta exclusivamente por bens,[1] enquanto a universalidade de direito seria composta por bens e direitos,[2] ou apenas por direitos (dependendo da variante teórica em questão); (ii) a universalidade de fato resulta da vontade humana (seria a *vontade humana* a fonte da reunião dos elementos que compõem a universalidade, ou seja, aquilo que daria a destinação unitária aos seus elementos componentes); já a universalidade de direito resulta da lei, isto é, de previsão legal que confere tratamento unificado aos seus elementos.

Contudo, conforme já afirmado anteriormente, o conceito que realmente deveria interessar ao legislador é o de patrimônio (até porque a doutrina nunca obteve muito sucesso em apontar outra categoria que integre o gênero *universalidade de direito* além daquela relacionada ao patrimônio). Ainda que a lei não deva ser conceitual (afinal, a linguagem nela empregada tem função preponderantemente prescritiva, e não descritiva), sob o risco de se tornar excessivamente cientificista ou *manualesca*, o texto legal pode se beneficiar enormemente de uma saudável ancoragem em sólidos conceitos jurídicos científicos – especialmente, como já mencionamos, quando se trata de uma disposição atinente à Parte Geral de um CC.

O conceito jurídico de patrimônio não é unitário: desde a gênese da teoria clássica do patrimônio, com Zachariä, Aubry e Rau, até o advento das chamadas teorias *modernas* do patrimônio, como as de Von Brinz e Bekker, a figura em questão vai simultaneamente pluralizando-se e fragmentando-se. Assim, atualmente é possível identificar múltiplos conceitos de patrimônio relevantes para o Direito: o patrimônio geral, o patrimônio especial, o patrimônio separado, o patrimônio autônomo, o patrimônio bruto, o patrimônio líquido, entre outros.

No entanto, o ponto de partida para o exame da figura do patrimônio (e, efetivamente, a acepção que interessa ao art. 91 do CC/2002) é o denominado patrimônio geral. Nessa esteira, cabe sublinhar, com base nas correntes mais seguras da teoria geral do Direito e da teoria geral do direito civil, que o patrimônio (no sentido de patrimônio geral) é o conjunto ou complexo de posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas, simples e complexas, suscetíveis de valoração econômica e consequente expressão pecuniária, titularizadas por um sujeito de direito em determinado momento. Corresponde a um setor da *esfera jurídica* de um sujeito de direito, denominado setor patrimonial (Simões, 2023, p. 83). Se a concepção econômica do patrimônio,

1 Para algumas concepções, somente por bens corpóreos (coisas).

2 Para algumas concepções, somente por direitos.

por exemplo, pode tomá-lo como um conjunto de *bens*, a concepção jurídica do patrimônio (nos termos da ciência jurídica atual) não pode o fazer: para a concepção jurídica, o patrimônio é um conjunto de *posições jurídicas subjetivas*.

Ora, nem o patrimônio, nem a universalidade de direito (como quer o art. 91 do CC/2002 em sua atual redação) são conjuntos de *relações jurídicas*. Uma relação jurídica *inteira* (cujo conceito abrange os dois polos da relação, o seu objeto, o fato jurídico constitutivo da relação e também a garantia dessa relação, conforme explica Domingues de Andrade (1998, p. 19-27) não ingressa na esfera jurídica ou no patrimônio de um sujeito de direito. Se isso fosse verdade, isto é, se a relação jurídica em que um sujeito é parte ingressasse em seu patrimônio por inteiro, na sua integralidade, isso significaria que também o sujeito ou os sujeitos que figuram no outro polo da relação fariam parte, então, do patrimônio do primeiro sujeito (!), o que é absurdo. Na realidade, é somente uma fração da relação jurídica que ingressa no patrimônio de alguém, ou seja, apenas a posição ou o conjunto de posições jurídicas que o sujeito tem na relação que integra o seu patrimônio.

É bem verdade que essa forma de se referir ao patrimônio como formado por relações jurídicas remonta a Clóvis Beviláqua, para quem o patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tenha valor econômico (Beviláqua, 1956, p. 231). Contudo, à luz dos desenvolvimentos ulteriores obtidos pela teoria geral do direito privado ao longo do século XX, não parece aceitável que o art. 91 do CC brasileiro trate de patrimônio – ou de universalidade de direito – afirmando ser um conjunto de relações jurídicas. Trata-se, com maior precisão, de um conjunto de posições jurídicas subjetivas (isto é, de *poderes jurídicos* e de *deveres jurídicos*, em sentido amplo, abrangendo direitos subjetivos, deveres jurídicos, pretensões, faculdades, poderes formativos, imunidades, poderes funcionais, ônus, exceções, deveres comportamentais, sujeições, deveres de obediência, etc.). Nesse sentido, parece-nos que o texto proposto ao art. 91 do CC pelo Anteprojeto perde uma excelente oportunidade de corrigir essa imprecisão técnica.

Entretanto, o Anteprojeto acerta ao manter a expressão "dotadas de valor econômico", já constante da atual redação do art. 91, apenas realizando uma alteração posicional que, na verdade, parece melhorar o texto, tornando-o mais direto. Com efeito, somente integram o patrimônio as posições jurídicas subjetivas suscetíveis de valoração econômica (o que significa

a possibilidade de sua avaliação em termos de escassez de bens em sociedade, considerando o chamado problema econômico fundamental) e de consequente expressão pecuniária (ou seja, expressão em dinheiro, o que se relaciona, em última análise, à possibilidade de precificação ligada a essas posições). Esse ponto é central e merece referência na legislação, na medida em que o patrimônio cumpre função fundamental nas relações jurídicas obrigacionais, ao atuar como garantia geral dos credores (na verdade, a garantia de um credor é a ação, em sentido material, que ele tenha e que se volta contra o patrimônio do devedor, mais especificamente contra as posições ativas constantes desse patrimônio).

Não se pode, hodiernamente, confundir o conceito de patrimônio com o de esfera jurídica, que é mais amplo e não se restringe às posições de cunho econômico. Com efeito, esfera jurídica é um complexo de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas, elementares *e complexas, patrimoniais e não patrimoniais, de que é titular determinado sujeito jurídico (pessoa natural, pessoa jurídica ou ente não personificado), por atribuição que lhe faz o ordenamento jurídico* (Larenz, 1978, p. 46-48; Tomasetti, 2004; Vitucci, 1939, p. 557). O patrimônio corresponde a apenas um setor ou uma parte da esfera jurídica – aquele setor ou parte em que se concentram as posições econômico-patrimoniais, cujo regime jurídico apresenta alguns traços gerais (embora nem sempre absolutos), como a renunciabilidade, a transmissibilidade e a suscetibilidade à penhora. Beviláqua já asseverava que o patrimônio compreende apenas os direitos privados economicamente apreciáveis, enquanto elementos ativos, e as dívidas, enquanto elementos passivos (1956, p. 231).

O Anteprojeto ainda propõe três modificações no texto do art. 91, que devem ser, com o devido respeito, objeto de algumas críticas objetivas.

Em primeiro lugar, causa certo espanto e é questionável de que forma relações jurídicas podem ser *experimentadas* por alguém. Na realidade, uma pessoa pode figurar em um dos polos de uma relação jurídica ou ser parte em uma relação jurídica, mas jamais a experimentar (o uso do vocábulo "experimentar", neste caso, é inadequado mesmo do ponto de vista do sentido comum do termo).

Em segundo lugar, a alteração que inclui a referência de que uma universalidade de direito (*rectius*, um patrimônio) pode ser titularizada por mais de uma pessoa não parece ser

estritamente indispensável, à luz do atual entendimento da doutrina e da jurisprudência nesse sentido e, mais do que isso. à luz de outras disposições do próprio CC que deixam esse fato suficientemente claro, como os arts. 988 e 1.667. Essa segunda crítica, porém, somente é feita com a premissa de que o Anteprojeto foi apresentado com o intuito de realizar modificações pontuais no texto, apenas no que fosse estritamente necessário (o que não parece ser o caso). Não se trata, porém, de uma alteração tecnicamente equivocada ou não exprima a realidade.

Em terceiro e último lugar, mostra-se indesejavelmente enigmática a passagem proposta no dispositivo, a saber: "conforme assim se tenha estabelecido". Estabelecido o quê? E por quem? Seria um reforço da afirmação de que um patrimônio pode ser titularizado por uma ou mais pessoas? Conforme tenha sido estabelecido por essas pessoas ou pela lei? Se for esse o caso, tal parte final do artigo mostra-se desnecessária; entretanto, se não for esse o caso, não se vislumbra qual seria a sua função.

Diante do que foi exposto neste breve estudo, ousamos sugerir, a título de exercício e de contribuição, aquela que nos pareceria a melhor redação para o art. 91 do CC, caso seja efetivamente inevitável que o Congresso Nacional proceda, no futuro, à sua alteração: "Art. 91. Patrimônio é o complexo de direitos e deveres dotados de valor econômico de uma pessoa, de um conjunto de pessoas ou de um ente não personificado".

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. (v. 1).

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998. (v. 1).

LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte General. Tradução Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.

SIMÕES, Marcel Edvar. **O patrimônio no direito civil e no direito empresarial**: patrimônios destinados, patrimônios separados e patrimônios autônomos. Indaiatuba: Foco, 2023.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. **Compilação de aulas da disciplina Tipos Contratuais Gerais**, ministradas no

Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2004.

VITUCCI, Elio. Patrimonio. **Nuovo digesto italiano**, Torino, v. 9, p. 557-559, 1939.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Paridade e simetria no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Parity and symmetry in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

AUTOR | AUTHOR

Osny da Silva Filho

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). ADVOGADO.

RESUMO

Paridade e simetria tornam-se, no Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2024, os principais critérios para a seleção de normas jurídicas aplicáveis a contratos civis e empresariais celebrados no Brasil. Suas referências, no entanto, permanecem indeterminadas. O Anteprojeto não esclarece o que conta e o que não conta como um contrato paritário e simétrico; não viabiliza a sistematização de suas consequências, que se multiplicam em enunciados ora ociosos, ora inconsistentes; e não lida de maneira clara com o principal objetivo da distinção entre contratos paritários e simétricos e contratos não paritários e assimétricos, que é conter e, ao cabo, substituir o esgarçamento da disciplina contratual consumerista.

PALAVRAS-CHAVE

Paridade, simetria, contratos, indeterminação, Código Civil.

ABSTRACT

In the 2024 Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform, the concepts of parity and symmetry are established as the main criteria for identifying legal norms applicable to civil and commercial contracts. Its references, however, remain indeterminate. The Preliminary Draft does not clarify what qualifies as a paritary and symmetrical contract and what does not; it does not facilitate the systematization of its consequences, which proliferate in statements that are sometimes redundant and sometimes inconsistent; and it does not clearly address the primary objective of distinguishing between paritary and symmetrical contracts and non-paritary and asymmetrical contracts, which is to contain and ultimately replace the overextension of consumer contract regulation.

KEYWORDS

Parity, symmetry, contracts, indetermination, Civil Code.

* Agradeço a Sergio Lima Dias Junior, Alberto Lucio Barbosa Junior, Bianca Tavolari e Yasmin Bewiahn Saba Relvas por seus comentários e sugestões.

INTRODUÇÃO

Paridade e simetria tornam-se, no Anteprojeto de Reforma do Código Civil de 2024 (ARCC), os principais critérios para a identificação de normas jurídicas aplicáveis a contratos civis e empresariais celebrados no Brasil. Levados ao *caput* do art. 421-A do Código Civil (CC) pela Lei da Liberdade Econômica (LLE),[1] os conceitos reproduzem-se em 30 disposições do novo Anteprojeto.

Sua proliferação reflete a percepção de que contratos civis e empresariais já não podem ser disciplinados indistintamente.[2] Esse juízo não é novo (Gordon, 2007 [1985]; Roppo, 2011 [2002]), tampouco exótico (Silva Filho, 2017). Ao invés, o reconhecimento da necessidade de estabelecer critérios distintivos no interior de categorias contratuais abrangentes está na base de inovações legislativas relevantes, a exemplo dos Princípios Unidroit e dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL).[3] O ARCC parece, assim, apontar para a direção correta.

Seu texto revela, porém, extenso descompasso entre intenções e resultados (Trindade, 2024). A copiosa reprodução dos conceitos de paridade e simetria não gera, como promete o ARCC em sua *Justificativa*, "mais segurança jurídica para a formalização [...] da vontade dos cidadãos e dos agentes de mercado". Pelo contrário: o Anteprojeto baralha conceitos de paridade e simetria, que permanecem indeterminados; embaraça a sistematização das consequências atribuídas a contratos paritários e simétricos e a contratos não paritários e assimétricos, que se multiplicam em enunciados ora ociosos, ora inconsistentes; e não lida de maneira clara com a principal finalidade dessa distinção, que é aplacar ou mesmo substituir o renitente esgarçamento normativo do Código de Defesa do Consumidor.[4]

A partir daqui, nossa principal referência é o longo art. 421-C do ARCC:

> Art. 421-C. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, e assim interpretam-se pelas regras deste Código, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais.
> § 1º Para sua interpretação, os contratos empresariais exigem os seguintes parâmetros adicionais de consideração e análise:
> I - os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem

1 CC, art. 421-A, *caput*: "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. [¶] I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; [¶] II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e [¶] III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada." A Medida Provisória (MP) n. 881, de 30 de abril de 2019, que deu origem, em setembro do mesmo ano, à Lei n. 13.874 (LLE), referia-se ao conceito de simetria em seu art. 480-B: "Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida." Antes disso, o conceito de assimetria contratual havia sido proposto no Anteprojeto de Código Comercial de 2013, que a ele se refere em seus arts. 17 e 20. Discussão em Fradera (2019) e Marino (2022).

2 No Brasil, a admissibilidade da distinção entre contratos civis e empresariais permanece controvertida. Sua origem pode ser traçada ao Código Comercial de 1850, que singularizou os contratos e as obrigações comerciais ou mercantis. Se bem que seu art. 121 previsse

> receber o tratamento específico que consta de leis especiais, assim como os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades;
> 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;
> 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;
> 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;
> V - a atipicidade natural dos contratos empresariais;
> VI - o sigilo empresarial deve ser preservado.
> § 2º Nos contratos empresariais, quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes, não se aplicará o disposto neste artigo.

O art. 421-C do ARCC não define o que seja um contrato paritário e simétrico, nem o que seja um contrato não paritário (em seu vocabulário, "díspar") e assimétrico. Informa apenas, em termos equivalentes aos estabelecidos no *caput* do art. 421-A vigente, que contratos civis e empresariais "presumem-se paritários e simétricos". A tarefa de definir os conceitos de paridade e simetria contratual fica, assim, a cargo do intérprete. E o intérprete se vê diante de três alternativas.

A primeira é buscar o significado desses conceitos fora do campo do Direito, adaptando-os (seção 1). A segunda é definí-los como atributos jurídicos materiais, particularmente como parâmetros de igualdade material entre os contratantes (seção 2). A terceira é considerá-los como critérios procedimentais (seção 3).

A indeterminação dessas alternativas é aprofundada pelo tratamento ambíguo que o ARCC confere à inter-relação estabelecida entre os conceitos de paridade e simetria. Trata-se de conceitos jurídicos conjuntivos (como perdas e danos ou usos e costumes) ou disjuntivos (como prescrição e decadência ou juros e correção monetária)? Embora o ARCC se refira tanto a "paridade e simetria" quanto a "paridade" apenas, sem simetria,

a aplicação do direito civil aos contratos comerciais, ele o fazia "com as modificações e restrições estabelecidas neste Código". A regra substitiu até a promulgação do Código Civil de 2002, que determinou, ao menos textualmente, a unificação do direito dos contratos e das obrigações. Não obstante, parte da doutrina insistiu na proposição da dicotomia, substituindo os contratos comerciais ou mercantis pelos contratos empresariais. Em 2019, essa posição foi outra vez incorporada à legislação com a MP 881.

3 Princípios Unidroit, 2010, arts. 3.1.4, 3.2.7 e 3.2.8 (disparidade excessiva); e a partir de 2016, art. 7.3.1 (inexigibilidade de cláusula de limitação de responsabilidade "excesssivamente injusta"); *Principles of European Contract Law* (PECL), 2000, art. 4.109 ("cláusulas injustas que não foram negociadas individualmente").

4 A indeterminação dos conceitos de paridade e simetria inviabiliza a oferta de respostas jurídicas seguras em contextos nos quais essa oferta é possível e desejável (Kress, 1989). Essa indeterminação representa, portanto, problema específico e sanável, e não instância de problema geral e impassível de solução, como propõem aqueles para quem todo o direito, a despeito da precisão de suas fontes e de sua interpretação, é sempre e necessariamente indeterminado (por exemplo Kennedy, 1973).

o conjunto de suas disposições sugere que as palavras tenham sido usadas indistintamente (seção 4).

Ao cabo, o elevado número de consequências jurídicas reconduzidas aos conceitos de paridade e simetria transforma as indeterminações em defeitos sistemáticos. Em vez de aplacar ao menos parte dos "inúmeros problemas" trazidos pela LLE (Marino, 2022, p. 518), o ARCC delineia problemas novos (seção 5).

1. PARIDADE E SIMETRIA COMO CONCEITOS INTERDISCIPLINARES

Na filosofia prática contemporânea, o termo "paridade" é utilizado para identificar modalidade de comparação irredutível a igualdades, inferioridades ou superioridades. Elementos paritários são elementos reconhecidamente desiguais que podem, não obstante, ser equiparados (Chang, 2002). É possível, se não formos mais a fundo, classificar contratos civis e empresariais como paritários nesse sentido filosófico: seus figurantes podem não ser iguais, mas recebem o mesmo tratamento.

Nada sugere, todavia, que essa ideia tenha inspirado a Comissão de Juristas que elaborou o ARCC, e antes dela, os autores da LLE, responsáveis pela introdução do conceito de paridade na legislação brasileira. As únicas tentativas de "domesticação jurídica" da concepção filosófica de paridade que pudemos localizar encontram-se no campo do direito constitucional.[5] Salvo melhor juízo, teoria e doutrina civilistas seguem indiferentes ao pensamento filosófico nesse ponto.

A origem do conceito de simetria também pode ser buscada fora dos limites do Direito. Uma hipótese plausível, especialmente quando consideramos o economicismo subjacente ao discurso libertário da LLE (Silva Filho, 2022),[6] é que a ideia de contrato assimétrico, e então de contrato simétrico, tenha derivado do conceito de informação assimétrica (Akerlof, 1970). A assimetria de informações representa, afinal, uma falha de mercado que pode ser mitigada ou corrigida pelo Direito.

O tema não é novo: diferentes normas de direito privado já funcionam como instrumentos de mitigação ou correção de assimetrias informacionais.[7] É improvável que a Comissão de Juristas não tenha considerado essa ideia, sobretudo tendo em vista a produção acadêmica de seus membros.[8] Mas nada disso nos autoriza a traçar uma genealogia segura entre suas propostas e o pensamento econômico, seja porque a conexão específica en-

5 Na doutrina constitucional, a concepção filosófica de paridade como instrumento comparativo é empregada para designar estados de coisas orientados por princípios diferentes, mas igualmente dignos de tutela (Silva, 2003, p. 184). Argumenta-se, por exemplo, que uma solução que amplie o âmbito da liberdade de expressão está em paridade com uma solução antagônica que reduza esse âmbito, mas amplie a proteção da honra. Isso significa que uma solução não pode ser classificada como melhor ou pior que a outra, ainda que elas não sejam iguais. Por estar situada no plano das relações, e não das decisões, a paridade contratual se esquiva das afinidades decisionistas que marcam a domesticação constitucional do conceito de paridade. Quanto ao conceito de domesticação interdisciplinar, remetemos a Silva Filho (2023).

6 O economicismo, nesse contexto, fica geralmente restrito à invocação retórica de conceitos imediatamente disponíveis, como eficiência, custos de transação e assimetria informacional. A superficialidade dessas referências não constitui peculiaridade brasileira, como evidencia Slobodian (2023).

7 Preocupações com a assimetria informacional já estão incorporadas em normas de direito dos contratos: é o caso, por exemplo, do art. 765 do CC, que impõe "a mais estrita boa-fé" no contrato de seguro (*uberrima fides*), e de disposições da Lei de Franquias relativas à circular de oferta de

tre assimetria informacional e a noção de contrato assimétrico é teoricamente disputada,[9] seja porque nenhuma das referências do ARCC ao conceito de simetria aponta para sua articulação econômica.

2. PARIDADE E SIMETRIA COMO PARÂMETROS DE IGUALDADE MATERIAL

As primeiras referências civilistas ao conceito de simetria surgem na literatura europeia em meados da década de 1990, quando as relações estabelecidas entre figurantes de contratos civis e empresariais passam a ser descritas como "simétricas" (sugestões em Trillmich, 2009, p. 18). É diante desse contexto que, em conhecido prefácio, Roberto Pardolesi identifica a emergência de um "terceiro contrato", distinto tanto de contratos celebrados entre empresas, "simétricos", quanto de contratos de consumo, "assimétricos" (Colangelo, 2004, p. xiii-xiv).

Essa proposta desenvolve-se em duas direções principais.[10] Na primeira, o reconhecimento de casos de assimetria contratual pavimenta caminho para justificar a tutela jurídica do abuso de dependência econômica, categoria que conecta direito da concorrência e direito civil (Fabbio, 2006; Colangelo; Minervini, 2023).[11] Na segunda, a bifurcação entre contratos simétricos e assimétricos transforma-se em remédio contra o "risco de fragmentação" (Roppo, 2009, p. 344-345) insinuado pelo esgarçamento do âmbito de aplicação de normas de direito do consumidor,[12] que, sobretudo no contexto do direito comunitário europeu, passa a ser demandado para solucionar conflitos entre empresas — Micklitz (2004, p. 340) chega a dizer que "o direito dos contratos europeu é basicamente direito do consumidor".[13]

Nos dois casos, a simetria (vez ou outra nominalmente substituída pela paridade) representa um atributo que pode ou não se verificar concretamente. Embora *prima facie* simétricos, certos contratos podem se revelar assimétricos (Gitti; Villa, 2012). Parece possível ler o art. 421-C, *caput* do ARCC através dessas lentes: "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, se não houver elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção [...]." O texto é, como vimos dizendo, equivalente ao que hoje encontramos no *caput* do art. 421-A, inserido no CC pela LLE.[14] As novidades vêm na sequência.

franquia. Nesses casos, a correção da assimetria de informações pelo regime legal assegura "paridade e simetria" em dimensão procedimental, como discuto na seção 3 adiante.

8 A título de exemplo: "Diferentemente dos contratos de seguro tradicionais, nos quais há uma assimetria de informações e poder entre seguradoras e segurados, nos contratos de resseguro, as partes são consideradas juridicamente iguais em termos de conhecimento e recursos disponíveis" (Carlini; León, 2023, p. 82). "Predominam em larga escala os contratos de adesão, com o conteúdo imposto por uma das partes negociais, tida como mais forte ou hiperssuficiente, muitas vezes por ter o domínio das informações" (Tartuce, 2015, p. 622).

9 Essa conexão é endossada, para ficarmos com apenas um exemplo de cada orientação, por Andrea Zoppini (2008, p. 536-541), mas rejeitada por Enzo Roppo (2011 [2002], p. 140).

10 Um terceiro caminho é proposto por Tim Florstedt em sua tese de habilitação (2015). A simetria é tomada, ali, como predicado abrangente, que o autor associa ao conceito de direito subjetivo.

11 Esse itinerário foi trilhado pelo Anteprojeto de Código Comercial de 2013, que dispôs, no § 1º de seu art. 20, que "[a] assimetria das relações contratuais entre empresários será considerada pelo juiz em razão da dependência econômica entre a empresa de um

No lugar dos três incisos atualmente inscritos no art. 421-A, o art. 421-C do ARCC contém dois parágrafos, o primeiro dos quais dividido em cinco novos incisos. Na primeira parte do primeiro inciso, lemos que "os tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos, próprios de algumas relações empresariais, devem receber o tratamento específico que consta de leis especiais [...]". O inc. V do § 1º redunda ao informar que a "atipicidade natural" está entre os "parâmetros adicionais de consideração e análise" dos contratos empresariais.

Essas disposições contrastam com o *caput* do art. 421-C. "Tipos contratuais que são naturalmente díspares ou assimétricos", afinal, têm de ser identificados em plano abstrato, *a priori*, ao passo que "elementos concretos", expressão do *caput*, verificam-se *a posteriori*, empiricamente. Os incs. I e V do § 1º também entram em conflito com o *caput* do art. 421-C ao excetuar o que, imaginávamos, deveria funcionar como presunção de caráter geral: tipos contratuais "naturalmente díspares ou assimétricos", afinal, não se presumem paritários e simétricos.

A última parte do mesmo inc. I determina que "os contratos que decorram da incidência e da funcionalidade de cláusulas gerais próprias de suas modalidades" também devem "receber o tratamento específico que consta de leis especiais". Infelizmente não é possível saber se o substantivo "modalidades" refere-se aos tipos contratuais "naturalmente díspares e assimétricos", às "relações empresariais" a eles reconduzidas ou às "leis especiais" que os definem.

Os incs. II e III reproduzem entendimentos doutrinários sobre boa-fé e usos e costumes. O inc. IV, mais importante para nossa análise, instila a já mencionada aproximação entre os conceitos de paridade e simetria e o direito da concorrência. Seu texto assegura a licitude de cláusulas de não concorrência pós-contratual que "não violem a ordem econômica e sejam coerentemente limitadas no espaço e no tempo, por razoáveis e fundadas cláusulas contratuais". Não se trata, porém, da aproximação sugerida pela noção de dependência econômica.

Na sequência, o § 2º, sempre do art. 421-C, cria nova complicação: "Nos contratos empresariais, quando houver flagrante disparidade econômica entre as partes, não se aplicará o disposto neste artigo."

O texto gera perplexidade. Não apenas pela ambiguidade da expressão "disparidade econômica" — que pode significar coisas tão diferentes quanto desigualdade de poder, diferença de porte e desproporção de *market share* —, mas especialmente

contratante em relação à do outro." A categoria é encarada com desconfiança pela doutrina civilista: "a noção de dependência econômica, desprovida de base legal e caracterizada por contornos imprecisos, torna extremamente incerto o seu manejo pelos agentes jurídicos" (Marino, 2022, p. 524).

12 O esgarçamento fica evidente no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) de 2009, que define consumidor como "qualquer pessoa física que esteja agindo principalmente para fins que não estão relacionados com seu comércio, negócio ou profissão" (Art I.–1:105/1).

13 Esse fenômeno não é estranho ao Direito brasileiro, como exemplifica o caso Vivendas: STJ, REsp n. 1.352.419/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/8/2014, *DJe* de 8/9/2014. Nesse caso, o STJ considerou que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado a contrato de seguro empresarial sobre o patrimônio de sociedade limitada.

14 Reprodução na nota 1 acima. As diferenças são (i) a substituição de "até a presença de elementos" por "se não houver elementos", (ii) o acréscimo da expressão "e assim interpretam-se pelas regras deste Código" e (iii) a remoção das "garantias" estabelecidas no atual art. 421-A para outros lugares.

por suas implicações. As exigências estabelecidas nos incs. IV e VI do art. 421-C realmente serão dispensadas se estivermos diante de contratos díspares e assimétricos? Cláusulas de não concorrência pós-contratual estabelecidas nesses contratos poderão ser ilimitadas, alheias a constrições da ordem econômica? Seus figurantes não precisarão respeitar o sigilo empresarial?

A conjugação dos enunciados reproduzidos até aqui sugere um quadro intrincado: (i) contratos civis e empresariais são, em princípio, paritários e simétricos; (ii) alguns tipos de contratos empresariais, todavia, são, por "natureza", díspares e assimétricos; (iii) contratos civis e empresariais que sejam paritários e simétricos podem deixar de sê-lo se contiverem "elementos concretos que justifiquem o afastamento" da presunção de paridade e simetria; e nada disso deverá ser levado em consideração se (iv) houver flagrante disparidade econômica entre as partes.

3. PARIDADE E SIMETRIA COMO CRITÉRIOS PROCEDIMENTAIS

A terceira alternativa para a determinação dos conceitos de paridade e simetria evoca, como já antecipamos, distinção eminentemente procedimental. Contratos paritários e simétricos equivalem, nesse caso, a contratos negociados, e contratos díspares e assimétricos, a contratos de adesão. A disciplina da paridade e da simetria confunde-se, assim, com a disciplina estabelecida pelos arts. 423 e 424 do CC,[15] que também se torna mais complexa no ARCC (Trindade, 2024).

A leitura procedimental dos conceitos de paridade e simetria encontra eco entre os membros da Comissão de Juristas responsável pelo ARCC. Dois deles, entre os quais um dos relatores, defenderam essa interpretação em 2021. De acordo com eles, "o contrato pode ser paritário ou por adesão; sendo por adesão, estará submetido ao regime jurídico dos arts. 423 e 424 do Código Civil, não se lhe aplicando as regras dos arts. 113, § 2o, e 421-A" (Tartuce; Bunazar, 2021, p. 639). Tartuce, em particular, já havia se referido ao tema alguns anos antes, embora em alusão a uma síntese das ideias de Roppo, que é defensor de concepção *material* de assimetria.[16]

A ambiguidade projeta-se sobre o ARCC. Embora privilegie concepções materiais de paridade e simetria, seu texto também aponta para a alternativa procedimental. Ela se manifesta sobretudo no art. 421-D, que, embora não enuncie hipóteses ou

15 Os arts. 423 e 424 estabelecem regra de interpretação de "cláusulas ambíguas ou contraditórias" em sentido mais favorável ao aderente e nulidade de "cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

16 Na passagem citada por Tartuce (2015, p. 641), Roppo anota que "a figura do contrato de consumo é a do passado, enquanto a do contrato assimétrico é a do futuro" (Roppo, 2009).

critérios de identificação de contratos paritários e simétricos, contrasta-os com os "contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários":

> Art. 421-D. Salvo nos contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários, as partes podem, para a garantia da paridade contratual, sem prejuízo dos princípios e das normas de ordem pública, prever, fixar e dispor a respeito de:
> I - parâmetros objetivos para a interpretação e para a revisão de cláusulas negociais;
> II - hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual;
> III - alocação de riscos e seus critérios, definida pelas partes, que deve ser observada e respeitada;
> IV - glossário com o significado de termos e de expressões utilizados pelas partes na redação do contrato;
> V - interpretação de texto normativo.

A disposição sugere uma dicotomia abrangente. De um lado, agrupa os "contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários" (quanto aos quais não se cogita a existência de paridade); de outro lado, os contratos paritários (cujo estatuto pode ser "garantido" pela estipulação de cláusulas específicas). Adiante, a distinção é corroborada e especificada pelo art. 629, parágrafo único: "Em contratos paritários e simétricos, é válida a cláusula de limitação ou de exclusão da responsabilidade do depositário, sendo nulas, de pleno direito, em contratos de adesão."

Para além de sua incoerência sistemática, que voltaremos a examinar mais adiante, a qualificação dos conceitos de paridade e simetria como critérios procedimentais pode gerar incentivos perversos. Contratantes dotados de maior poder de mercado teriam incentivo adicional para forjar negociações, ainda que seu resultado seja equivalente ao da oferta de contrato padronizado.[17]

4. PARIDADE E SIMETRIA SÃO UMA COISA SÓ?

Ainda que se deva partir da resposta negativa, como há muito se ensina,[18] tudo leva a crer que os autores do ARCC tenham concluído que *sim*, que paridade e simetria são uma coisa só, ou ao menos que são conceitos equivalentes (conforme a leitura proposta por Rodrigues Jr.; Leonardo; Prado, 2019).

17 Como os custos da negociação tendem, nessa circunstância, a ser atribuídos a figurantes com menor poder de barganha relativo, seu prejuízo pode ser dobrado: esses figurantes não apenas estarão sujeitos a um regime menos protetivo, mas pagarão a mais por isso.

18 O princípio segundo o qual palavras da lei não podem ser tomadas como redundantes ou inúteis pode ser traçado a Ulp. 5 *ad ed.*, D. 2, 7, 5, 2: "*verba cum effectu sunt accipienda*". Em tradução livre, "palavras são de ser tomadas com efeito".

Na maioria das vezes, como vimos, o ARCC reporta-se conjuntamente aos conceitos de paridade e simetria. É o que ocorre em 22 enunciados.[19] Em outros oito, no entanto, o ARCC menciona apenas o conceito de paridade, sem fazer referência à simetria.[20] Essa diferença já é observada na LLE, que menciona tanto o conceito de paridade quanto o de simetria no texto levado ao art. 421-A do CC, mas restringe sua garantia de "livre estipulação" ao campos dos "negócios jurídicos empresariais paritários", de acordo com o inc. VIII de seu art. 3º.

No ARCC, a distinção entre os enunciados que informam o que conta e o que não conta como um contrato paritário e simétrico — enunciados de hipóteses, como o do art. 421-C, *caput* — e os enunciados que estipulam seus respectivos efeitos jurídicos — enunciados de consequências, como aquelas estabelecidas nos incs. IV e VI do mesmo art. 421-C, § 1º — não nos ajuda a elucidar eventual diferença entre os conceitos. Todos os enunciados de hipóteses referem-se aos conceitos de paridade e simetria conjuntamente.[21] A paridade isolada, sem simetria, surge apenas em alguns poucos enunciados de consequências.

Para sustentar que paridade e simetria são conceitos distintos — ou que "paridade", isolada, é coisa diferente de "paridade e simetria", em conjunto — teríamos de supor que os enunciados de consequências referidos unicamente ao conceito de paridade não se articulam com os enunciados de hipóteses que se referem aos conceitos de paridade e simetria. Essa suposição é implausível.

5. APLICAÇÕES E COMPLICAÇÕES

Referências a paridade e simetria são animadas, no plano da doutrina, por um propósito sistemático comum: conter o esgarçamento do regime contratual estabelecido pelo direito do consumidor, frequente e impropriamente estendido a relações alheias ao seu espírito originário.[22] Há quem leve esse propósito às últimas consequências, sugerindo a própria *superação* do modelo consumerista, seja em favor de modelos regulatórios baseados no conceito de assimetria contratual, seja em favor de modelos orientados pela proteção de clientes, e não propriamente de consumidores (referências em Roppo, 2011 [2002]; 2009).

O ARCC não acompanha nenhuma dessas tendências. Em vez disso, introduz novas repartições no regime jurídico dos contratos civis e empresariais. A primeira dessas repartições

19 Entre os enunciados que se reportam a paridade e simetria, três dizem respeito a negócios jurídicos (arts. 1.424, parágrafo único; 1.428, § 3º; e 1.431, § 2º), três a contratos em geral (arts. 413, parágrafo único; 1.422, § 3º; e 1.431-A, *caput*), um a contratos civis e empresariais (art. 421-C, *caput*), um a contratos empresariais apenas (art. 421-C, § 1º, I), e 14 a contratos em espécie (arts. 532; 603, parágrafo único; 604, *caput*; 620, parágrafo único; 629, parágrafo único; 757-A, *caput*; 762, parágrafo único; 766, § 2º; 768, § 2º; 771, § 5º; 771-C, parágrafo único; 786, § 2º; 786, § 3º; e 946-A).

20 Entre os enunciados que referem apenas o conceito de paridade, três dirigem-se a negócios jurídicos (arts. 212, § 2º; 1.428, § 1º; e CPC, 374), um a contratos em geral (421-D, *caput*), um a contratos civis e empresariais (art. 421, § 1º), e os restantes a contratos específicos (arts. 599, § 2º; 725, § 1º; e 734, *caput*).

21 Além do art. 421-C, *caput* já citado, arts. 421-C, § 1º, I e 725-A, *caput*.

22 Esse não é um propósito meramente teórico, tampouco estranho ao contexto brasileiro. Ele está evidente, por exemplo, em importante decisão do STJ envolvendo o assunto: REsp n. 1.518.604/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 15/3/2016, *DJe* de 29/3/2016: "Em sendo paritária e, assim, simétrica a relação negocial estabelecida entre conhecido jogador de futebol e empresa multinacional do

corresponde a um conjunto de contratos favorecido por normas que reforçam a autonomia privada. Esse reforço é edificado por uma série de permissões, seja para pactuar conteúdos não vinculados,[23] seja para excepcionar normas gerais.[24] Neste último grupo, encontramos disposições permissivas de modulações, limitações ou exclusões de responsabilidade ou dever de indenizar, seja em caráter específico,[25] seja em caráter geral,[26] bem como a significativa permissão de estipulação de pactos marcianos, explicitada no § 1º do art. 1.428.[27]

Algumas dessas regras são ociosas (caso das permissões para excepcionar normas dispositivas); outras são inconsistentes (caso do art. 599, § 2º, discutido em Trindade [2024, p. 5–6]). Há, sim, regras úteis, ou mesmo necessárias. Porém, essas regras são atravessadas pela indeterminação. Algumas delas só se justificam como correções de desigualdades materiais; outras, apenas como prerrogativas de contratantes que não puderam negociar. Essas razões podem coincidir, mas não coincidem necessariamente. É perfeitamente possível que um contrato *procedimentalmente* díspar e assimétrico (porque não negociado) seja *materialmente* paritário e simétrico (porque igualitário), assim como um contrato *materialmente* díspar e assimétrico (porque celebrado entre partes dotadas de poderes ou atributos desiguais) pode ser *procedimentalmente* paritário e simétrico (porque negociado).

Para complicar ainda mais, referências aos conceitos de paridade e simetria também estão na base da enunciados constitutivos de regimes mais exigentes para um ou alguns dos contratantes,[28] marcados, em certos casos, pela imposição de deveres acessórios.[29] Alguns desses enunciados justificam-se pela inefetividade de normas jurídicas vigentes.[30] Outros são injustificáveis.[31]

CONCLUSÃO

O art. 421-A do CC vigente informa que contratos civis e empresariais "presumem-se paritários e simétricos". Lista, em seguida, prerrogativas e direitos já reconhecidos pelos tribunais, com o intuito de reforçar sua cogência. O ARCC dá vários passos adiante, e transforma paridade e simetria em conceitos decisivos para a definição de regimes abrangentes e especificidades típicas.

O problema não reside na ideia, mas em sua execução. Os regimes estabelecidos pelo Anteprojeto são fatalmente prejudica-

ramo dos artigos esportivos [...], não é possível qualificá-la como relação de consumo para efeito de incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor."

23 Exemplos nos arts. 212, § 2º (convenções sobre prova); 421-D (permissão, "para a garantia da paridade contratual", da pactuação de parâmetros para interpretação e revisão do contrato, cláusulas de alocação de riscos, glossários e cláusulas interpretativas); 603, parágrafo único (convenção sobre penalidades); e 1.422, § 3º (cessão de grau de prioridade na excussão da garantia).

24 Exemplos nos arts. 599, § 2º (pacto de resilição unilateral em contrato de prestação de serviços); 604, *caput* (dispensa de declaração de encerramento do serviço); art. 620, parágrafo único (exclusão de revisão na empreitada); art. 725, § 1º (obrigação de pagar a comissão de corretagem); art. 768, § 2º (agravamento intencional do risco); art. 1.424, parágrafo único (definição genérica do objeto da garantia); art. 1.431, § 2º (manutenção das coisas empenhadas continuam em poder do devedor); e art. 1.431-A, *caput* (extensão da garantia aos frutos).

25 Caso dos arts. 629, parágrafo único (responsabilidade do depositário) e 734, *caput* (responsabilidade do transportador).

26 Caso do art. 946-A (licitude de cláusula de exclusão ou limitação de indenização).

27 A norma é complementada pela disposição

dos pela indeterminação de suas referências. Em vez de esclarecer hipóteses e consequências, o ARCC multiplica dúvidas. Alguns de seus enunciados evocam concepções materiais de paridade e simetria, avizinhando-se de tendências internacionais. Outros, no entanto, referem-se a concepção procedimental, nova embalagem para o velho regime dos contratos de adesão. Referências indistintas a paridade e simetria (em conjunto) e a paridade apenas (sem simetria) aprofundam o quadro de insegurança.

No fim das contas, o ARCC não avança em relação ao principal objetivo da distinção entre contratos paritários e simétricos e contratos não paritários e simétricos, que é conter e, ao cabo, substituir o esgarçamento da disciplina contratual consumerista. A frustração dessa finalidade, agudizada pela indeterminação que vimos discutindo, recomenda revisão de todas as disposições do Anteprojeto referidas aos conceitos de paridade e simetria antes de sua apreciação legislativa.[32]

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, [s.l.], v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

CARLINI, Angélica; LEÓN, Gustavo Amado. Breves comentários acerca da arbitragem em resseguro no projeto de lei n. 29 de 2017. **Direito Internacional e Globalização Econômica – DIGE**, [s.l.], v. 11, n. 11, p. 78-85,

CHANG, Ruth. The Possibility of Parity, **Ethics**, [*s.l.*], v. 112, n. 4, p. 659-688, 2002.

COLANGELO, Giuseppe; MINERVINI, Vittorio (orgs.). **La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica**. Milão: Il Mulino, 2023.

COLANGELO, Giuseppe. **L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti**: un'analisi economica e comparata. Torino: Giappichelli, 2004.

FABBIO, Philipp. **L'abuso di dipendenza economica**. Milão: Giuffrè, 2006.

FLORSTEDT, Tim. **Recht als Symmetrie**: Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Privatrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Art. 7º: liberdade contratual e função social do contrato – art. 421 do Código Civil.

do § 3º (dação em pagamento após o vencimento), que o ARCC restringe (diferentemente do regime atual) aos contratos paritários e simétricos.

28 É o caso dos arts. 532 (estabelecimento bancário não responde pela existência ou qualidade da coisa vendida); 762, parágrafo único (equiparação entre culpa grave e dolo em contrato de seguro); 786, § 3º (sub-rogação em cláusula de eleição de foro e convenção de arbitragem em contrato de seguro); e 374 do CPC (dispensa de prova de fatos afirmados em negócios jurídicos paritários).

29 Exemplos nos arts. 771, § 5º: (dever de cooperação com medidas de salvamento e mitigação dos danos); e 786, § 2º (dever de colaboração no exercício dos direitos decorrentes da sub-rogação legal securitária).

30 É o caso do art. 413 do CC, que autoriza a redução equitativa da penalidade contratual em duas hipóteses específicas, mas passou a ser aplicado como permissão geral, senão mesmo como dever. Na prática, pedidos de redução equitativa são atendidos contra legem, em patente violação da autonomia. O parágrafo único proposto no ARCC mitiga o problema ao proibir a redução sob fundamento de excesso manifesto quando se tratar de contrato paritário e simétrico.

31 Caso dos arts. 771-C, parágrafo único (confidencialidade de documentos que compõem o processo de regulação e liquidação do sinistro); e 766, § 2º (dever de indicar circunstâncias e fatos que possam agravar o risco segurado).

In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019.

GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il terzo contratto**: l'abuso di potere contrattuale. Milão: Il Mulino, 2012.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. Tradução Marcos de Campos Ludwig. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, 2007 (1985).

KENNEDY, Duncan. Legal Formality. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973. .

KRESS, Ken. Legal Indeterminacy. **California Law Review**, [*s.l.*], v. 77, n. 2, p. 283-337, 1989.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Comentário ao artigo 421-A do Código Civil: presunção de paridade e simetria em contratos civis e empresariais. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme (orgs.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina, 2022

MICKLITZ, Hans-Wolfgang. The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party. **Journal of Consumer Policy**, [s.l.], v. 27, n. 3, p. 339-356, 2004.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROPPO, Enzo. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law?. **European Review of Contract Law**, [*s.l.*], v. 5, n. 3, p. 304-349, 2009.

ROPPO, Enzo. **Il contratto del duemilla**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2011 (2002).

SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

SILVA FILHO, Osny da. Interdisciplinaridade na pesquisa em Direito. *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; PESSO, Ariel Engel; ROQUE, Luiz Felipe (orgs.). **Reflexões sobre teo-**

32 Se essa revisão for dispensada, ao menos o art. 421-C, objeto específico deste texto, deverá receber reparos importantes. O primeiro é a supressão das referências a "naturezas" díspares e assimétricas, mencionadas nos incs. I e V de seu § 1º. É mais simples e seguro dizer: contratos regidos por leis especiais — como é, paradigmaticamente, o caso dos contratos de franquia. O segundo é a eliminação de disposições que deveriam ser aplicadas tanto a contratos paritários e simétricos quanto a contratos díspares e assimétricos, como é o caso dos incs. IV e VI do § 1º.

ria e história do Direito: estudos em homenagem a José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Almedina, 2023.

SILVA FILHO, Osny da. Comentário ao artigo 3º, inciso V: presunção de boa-fé e interpretação em prol da autonomia. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme (orgs.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina, 2022.

SILVA FILHO, Osny da. Contract as Inequality. **Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC**, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 89-107, jul./set. 2017.

SLOBODIAN, Quinn. **Crack-Up Capitalism**: Market Radicals and the Dream of a World Without Democracy. Londres: Penguin, 2023.

TARTUCE, Flávio. Contratação eletrônica. Princípios sociais, responsabilidade civil pré-contratual e pós-contratual. Uma abordagem luso-brasileira. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, [*s.l.*], v. 1, n. 2, p. 613-662, 2015.

TARTUCE, Flávio; BUNAZAR, Maurício. A Lei da Liberdade Econômica e os contratos agrários. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, [*s.l.*], v. 7, n. 4, 2021.

TRILLMICH, Philip. **Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG**. Tübingen: Siebeck, 2009.

TRINDADE, Marcelo. A reforma do Código Civil e os contratos. In: BOLETIM IDIP/IEC, v. 22. **Anais**... Canela-São Paulo, 12 jun. 2024. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/xxii-boletim-idipiec/a-reforma/. Acesso em: 17 set. 2024.

ZOPPINI, Andrea. Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza. **Rivista di Diritto Civile**, Milão, v. 54, n. 5, p. 514-541, set./out. 2008..

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil e a restrição à cessão de espaço via plataformas digitais

The Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform and the restriction on the rent through digital platforms

AUTOR | AUTHOR

Pedro Ricardo e Serpa

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. ADVOGADO EM SÃO PAULO.

RESUMO

Entre suas alterações, o Anteprojeto de Revisão do Código Civil inclui o parágrafo primeiro no artigo 1336 para restringir, em condomínios residenciais, a cessão de espaço via plataformas digitais. Tal alteração, além de polêmica, funda-se em jurisprudência estadual que vem se consolidando recentemente em razão da leitura equivocada de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e apresenta uma série de preocupações.

PALAVRAS-CHAVE

Locação por temporada, hospedagem, condomínio, Airbnb.

ABSTRACT

Amongst its changes, the Draft Revision of the Civil Code includes the first paragraph in article 1336 to restrict, in residential condominiums, the rent via digital platforms. This change, in addition to being controversial, is based on state jurisprudence that has been consolidating recently due to the misreading of precedents from the Superior Court of Justice and presents a series of concerns.

KEY WORDS

Season rentals, lodging condominium, Airbnb.

INTRODUÇÃO

Vem-se experimentando uma explosão da chamada "economia compartilhada", atividade econômica usualmente implementada por meio de plataformas digitais e consistente no oferecimento de bens materiais ou serviços entre pares (Oliveira, 2018, p. 479-495; Carpena, 2020, p. 175-194; Santos, 2023).

Entre as atividades inseridas nessa concepção, destaca-se uma vertente denominada *collaborative housing* (Hanich; Soares, 2016, p. 19-31), segmento representado por empresas como Airbnb, Booking, entre outras, as quais atuam como plataformas para promover o contato entre pares, fomentando a cessão de espaço em imóveis mediante remuneração.

Uma vez estabelecida por aqui, a *collaborative housing* caiu nas graças do público brasileiro, tendo-se noticiado em São Paulo o surgimento de um "novo mercado" para a aquisição de imóveis estrategicamente localizados, com boa infraestrutura de transportes e serviços públicos, destinados posteriormente à cessão via plataformas digitais.[1]

O rápido crescimento dessa modalidade de ocupação de imóveis urbanos tem gerado diversos conflitos entre os proprietários de apartamentos destinados à cessão por meio de plataformas digitais e os condomínios em que tais imóveis se encontram. Sob o argumento de que essa atividade, por implicar alta rotatividade de ocupantes, poderia trazer riscos ao sossego, à segurança e até a saúde dos demais condôminos, muitos condomínios têm restringido a cessão de espaços via plataformas digitais.

Nessa esteira, uma das polêmicas alterações propostas pelo Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil, atualmente em trâmite perante o Senado Federal, atinge o *collaborative housing* e pode impactar esse mercado no Brasil. O texto atual do Anteprojeto prevê a inclusão do parágrafo 1º no art. 1336 do Código Civil (CC), com a seguinte redação:

> [n]os condomínios residenciais, o condômino ou aqueles que usam sua unidade, salvo autorização expressa na convenção ou por deliberação assemblear, não poderão utilizá-la para fins de hospedagem atípica, seja por intermédio de plataformas digitais, seja por quaisquer outras modalidades de oferta.

1 Vide Freitas (2023).

O propósito é evidente: estabelecer uma incompatibilidade legal entre os condomínios residenciais e o que se pretende nomear de "hospedagem atípica", tornando necessária "autorização expressa em convenção" ou em "deliberação assemblear" para que contratos dessa natureza possam ser celebrados.

A referência ao contrato de "hospedagem atípica" não é inadvertida: a proposta de alteração legislativa alude à expressão mencionada na ementa do REsp n. 1.819.075/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 20 de abril de 2021, no qual, levando-se em conta uma hipótese bastante particular de cessão de espaço mediante Airbnb, considerou-se que o contrato analisado no caso concreto seria caracterizado como uma modalidade atípica de hospedagem.

Pior do que isso, a proposta de alteração legislativa parece também encontrar fundamento na questionável jurisprudência estadual que se seguiu ao mencionado acórdão, a qual, em uma leitura equivocada do precedente, passou a qualificar apriorísticamente todo contrato de cessão de espaço via Airbnb como contrato de "hospedagem atípica" e, ainda, a tratar tais contratos como naturalmente incompatíveis com a finalidade residencial de condomínios edilícios.

Como se verá, o Anteprojeto parte de premissas dogmáticas equivocadas e tem como finalidade positivar a solução trazida em uma recentíssima corrente jurisprudencial, impactando um mercado em crescimento no Brasil.

1. A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESTRIÇÃO CONDOMINIAL À CESSÃO DE ESPAÇO VIA PLATAFORMAS DIGITAIS

É antiga a discussão sobre a possibilidade de os condomínios edilícios estabelecerem restrições ao exercício do direito de propriedade daqueles que neles residem. Basta lembrar os precedentes sobre as normas condominiais que limitavam ou vedavam a locação coletiva de apartamentos para grupos de estudantes (as chamadas "repúblicas"),[2] ou a criação de animais em unidades autônomas.[3]

Na jurisprudência paulista, identifica-se uma tendência a reconhecer a validade das restrições condominiais ao exercício do direito de propriedade – quer para impor limites,[4] quer para vedar determinadas condutas –,[5] muitas vezes utilizando o critério da proporcionalidade para aferir a regularidade específica

2 "[A] instalação das chamadas 'repúblicas' sabidamente gera problemas de toda ordem, prejudicando sobremaneira o convívio no condomínio. A presença do número excessivo de pessoas, superlotando elevadores e dependências, compromete a segurança e leva até à distorção da natureza do edifício, pela heterogênea qualidade de seus moradores, com óbvia promiscuidade e desconforto para todos" (TJSP, 11ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 7102872-3, Rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, julgado em 14/12/2006).

3 Sobre o tema, julgado do STJ, de 2019, admitiu o questionamento judicial de normas condominiais que, ao restringir ou vedar a criação de animais, mostrassem-se desarrazoadas, em especial por terem sido constituídas sem que houvesse prévia demonstração de que a criação de animais pudesse, em concreto, impactar o sossego, a segurança ou a saúde dos demais condôminos: STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.783.076/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/5/2019.

4 "Não é abusiva a decisão assemblear que, em virtude do elevado número de ocupantes (média de seis moradores por apartamento) da unidade condominial locada para habitação multifamiliar (república), bem como a alta rotatividade desses moradores, determina a redução para quatro no número de ocupantes em cada apartamento" (TJSP, 35ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1078294-0/8, Rel. Des. Clóvis Castelo, julgado em 7/5/2007).

de tais restrições. Exige-se, por exemplo, comprovações concretas de violação ao sossego, à segurança ou à saúde para reconhecer a adequação de determinada restrição ou impedimento.[6]

Diante do crescimento da chamada "economia compartilhada", essas discussões voltaram à tona, identificando-se, apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), mais de 70 acórdãos a tratar da regularidade de restrições convencionais à cessão de espaço via Airbnb.

Entre os anos de 2018 e 2021, consolidou-se na jurisprudência paulista o entendimento favorável a restrições da cessão de espaço via plataformas digitais.[7] Estabeleceu-se, contudo, divergência quanto à qualificação jurídica de tais contratos, identificando-se, no mesmo período, de um lado, os acórdãos que se recusaram a promover uma qualificação apriorística, exigindo a identificação de caracteres concretos para que o contrato pudesse ser considerado como alguma modalidade de hospedagem[8] e, de outro lado, os acórdãos que, mesmo em análise apriorística e independentemente das características específicas do caso concreto, apontavam para uma suposta semelhança entre a cessão de espaço via plataformas digitais e a prestação de serviços de hotelaria,[9] semelhança da qual se extrairia ora a possibilidade de restrição condominial a tal prática, ora uma incompatibilidade, de origem, entre tal modalidade de cessão e a finalidade residencial dos condomínios.[10]

Em abril de 2021, o STJ estabeleceu um marco jurisprudencial que se tornou acidentalmente relevante sobre o tema ao julgar o REsp n. 1.819.075/RS. O caso concreto, contudo, apresentava uma particularidade: em condomínio de finalidade residencial, dois condôminos *reformaram seus apartamentos para aumentar o número de quartos* e, na prática, subdividiram suas unidades para ceder individualmente a posse desses quartos, inclusive por meio de plataformas digitais, para hóspedes que não possuíam relação entre si, fornecendo a eles, ainda, serviços de lavanderia e internet.

No primeiro voto a tratar do caso, o Min. Luis Felipe Salomão considerou inviável qualificar *a priori* os contratos de cessão de espaço mediante plataformas digitais, considerando que tais operações econômicas poderiam se revestir de *diversas modalidades distintas*, a depender das particularidades do caso. Além disso, o ministro asseverou que, no caso concreto, os contratos então analisados, qualificados como de locação por temporada (art. 48 da Lei n. 8.245/1991), não desvirtuavam a finalidade residencial do condomínio.[11]

5 TJSP, 1ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 96.135-4/8, Rel. Des. Erbetta Filho, julgado em 23/5/2000.

6 TJSP, 36ª Câm. de Dir. Priv., Ap 1005229-36.2022.8.26.0071, Rel. Des. Pedro Baccarat, julgado em 14/2/2023.

7 Ora exigindo que tais restrições fossem inseridas propriamente na convenção de condomínio (TJSP, 35ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1110659-26.2018.8.26.0100, Rel. Des. Flávio Abramovici, julgado em 9/12/2019), ora admitindo restrições impostas de maneira mais informal, como no regulamento interno ou mesmo em deliberação assemblear sem a exigência de quórum qualificado (TJSP, 31ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1109273-58.2018.8.26.0100, Rel. Des. José Augusto Genofre Martins, julgado em 9/8/2019).

8 TJSP, 36ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1065850-40.2017.8.26.0114, Rel. Des. Milton Paulo de Carvalho, julgado em 12/7/2018.

9 TJSP, 26ª Câm. de Dir. Priv., AI 2013529-28.2018.8.26.0000, Rel. Des. Bonilha Filho, julgado em 26/2/2018.

10 TJSP, 32ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1067304-03.2017.8.26.0002, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, julgado em 24/4/2019.

11 A qual não continha restrição específica quer para a locação por temporada, quer para a cessão de espaço via plataformas digitais, limitando-se a prever que os apartamentos deveriam ser

O Min. Raul Araújo inaugurou divergência para negar provimento ao recurso dos condôminos. Em seu voto, o ministro sustentou que o conceito civil de residência pressuporia estabilidade, de modo que, no caso concreto, o caráter efêmero das ocupações inviabilizaria sua qualificação como residencial. Além disso, o *fracionamento físico do apartamento*, a cessão para hóspedes *sem relação entre si* e a *prestação de serviços habituais*[12] qualificariam os contratos analisados naquele caso concreto como "hospedagem atípica".

A Min. Maria Isabel Gallotti foi a única a acompanhar sem ressalvas o voto da divergência.

Já o Min. Antônio Carlos Ferreira, ao acompanhar o voto divergente, frisou que a adequada qualificação contratual exige a análise das características do caso concreto (notadamente, no caso, *a prestação de* serviços)[13] e que, para tal qualificação, o meio pelo qual ocorreu a contratação é irrelevante. A solução do caso seria a mesma, independentemente de a contratação ter sido realizada via plataformas digitais ou não, razão pela qual ele ressaltou que "haveria um equívoco se este julgamento fosse divulgado de modo a vincular seu resultado à atividade desempenhada pelas empresas de aplicativos, como é o caso do assistente admitido nestes autos, o 'Airbnb'".

Confrontando os votos proferidos para aferição do "voto médio", constata-se que, embora os contratos analisados nos autos tenham sido qualificados como "hospedagem atípica" e, por isso, considerados incompatíveis com o uso residencial, essa qualificação decorreu não da celebração por meio de plataformas digitais, mas da conjugação de elementos como o fracionamento dos apartamentos, a cessão de espaço para pessoas sem relação entre si, para ocupações efêmeras e a prestação de serviços aos hóspedes. Além disso, somando-se as fundamentações expostas pelos ministros Luis Felipe Salomão e Antônio Carlos Ferreira, nota-se que *não houve maioria* nem quanto à suposta incompatibilidade entre o conceito civil de residência e a ocupação efêmera, nem quanto à vinculação do resultado do julgamento às plataformas digitais.

Apesar disso, constaram da ementa do acórdão, como se de consenso se tratasse, elementos que só foram relevantes no voto Min. Raul Araújo, pontuando-se que "[o]s conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente na-

utilizados para finalidade exclusivamente residencial.

12 A relevância da prestação de serviços para a qualificação contratual foi referida pelo voto do Min. Raul Araújo: "[n]a hipótese, mostrou-se incontroverso, como já afirmado, que os recorrentes, proprietários de três unidades imobiliárias no condomínio edilício recorrido estariam promovendo a locação fracionada, parcial, de dois de seus imóveis – alugando, separadamente, para distintas pessoas, quartos existentes em cada unidade habitacional, disponibilizando serviço de internet e de lavanderia (conf. sentença [...]). Esse contexto, *data venia*, descaracteriza a locação por temporada e configura contrato de hospedagem, na modalidade atípica já tratada".

13 O Min. Antônio Carlos Ferreira enfatizou que a violação à convenção condominial decorria exatamente da prestação habitual de serviços, afirmando que "na medida em que a controvérsia reside apenas na qualificação jurídica que recai sobre os serviços prestados pela recorrente, o resultado do julgamento não seria diverso se ela oferecesse seu imóvel por meio de anúncio em jornal escrito, no quadro de avisos do condomínio ou de qualquer outra forma [...]. Se tratássemos aqui de uma locação para temporada pura, sem a oferta de qualquer serviço adicional, ainda que avençada por meio de um aplicativo, possivelmente não teria a mesma sorte este recurso, ao menos sob a minha compreensão, ressalvada a hipótese de expressa vedação na convenção condominial [...]".

queles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem" e que "[n]a hipótese, tem-se um contrato atípico de hospedagem".

Posteriormente, em novembro daquele mesmo ano, o STJ julgou, em outro caso relevante, o REsp n. 1.884.483/PR. A demanda, embora movida por condômino que anunciava a cessão de espaços de seu apartamento mediante plataformas digitais, tinha delimitação bastante distinta: tratava-se de ação anulatória de assembleia na qual o condomínio residencial proibiu a celebração de qualquer contrato de locação por prazo inferior a 90 dias, *independentemente do meio utilizado para viabilizar a contratação*.

Em seu voto, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, sustentou que a qualificação dos contratos celebrados via plataforma não seria relevante para dirimir o conflito em questão, invocando, para isso, a suposta incompatibilidade entre a "locação por curto ou curtíssimo prazo, caracterizada pela eventualidade e pela transitoriedade" e a finalidade exclusivamente residencial do condomínio. Desse modo, havendo previsão, na convenção de condomínio, de que os apartamentos só poderiam ser utilizados para fins residenciais, isso seria suficiente para que se reputassem proibidas quaisquer cessões de espaço "por curto ou curtíssimo prazo", qualquer que fosse o veículo da contratação.

Na sequência, votou o Min. Marco Aurélio Bellizze, que, apesar de acompanhar *no resultado* o voto do relator (por compreender que o condomínio poderia restringir o prazo de locações), divergiu quanto à fundamentação. Além de lembrar que o caso em questão *não tratava* da cessão de espaço por meio de plataformas digitais, o ministro pontuou que a qualificação do contrato é, sim, relevante até mesmo para dirimir conflitos entre condôminos e o condomínio, e que a locação por temporada, ainda que celebrada "por curto ou curtíssimo prazo", não seria incompatível com condomínios residenciais.

Em voto vogal, a Min. Nancy Andrighi também acompanhou *no resultado* o voto do relator, divergindo na fundamentação ao sustentar que o prazo do contrato de cessão de espaço, ainda que curtíssimo, não desvirtuaria a finalidade residencial.

Já o Min. Moura Ribeiro acompanhou o relator *no resultado*, mas divergiu na fundamentação ao não considerar os contratos de locação por temporada incompatíveis com a finalidade residencial.

Cotejando-se os votos dos ministros para aferir o "voto médio", constata-se que *não houve* deliberação da maioria quanto

à compatibilidade entre os contratos de cessão de espaço por meio de plataformas e condomínios residenciais (posição, em verdade, adotada *apenas* pelo relator).

Apesar disso, na ementa do recurso especial constou o item de n. 9, com a seguinte redação:

> [a] exploração econômica de unidades autônomas mediante locação por curto ou curtíssimo prazo, caracterizada pela eventualidade e pela transitoriedade, não se compatibiliza com a destinação exclusivamente residencial atribuída ao condomínio.

A situação levou à oposição de embargos de declaração acolhidos para reconhecer expressamente que "com relação a esses específicos pontos, *não houve* a adesão dos demais integrantes do Órgão Colegiado ao voto do Relator", de modo que se determinou a exclusão, inclusive, do item 9, referido anteriormente, da ementa do acórdão.[14]

O esclarecimento mencionado, apesar de oportuno, não impediu o surgimento de forte jurisprudência estadual que, partindo de uma leitura equivocada das ementas dos REsp n. 1.819.075/RS e n. 1.884.483/PR, passou não apenas a qualificar toda e qualquer cessão de espaço via plataformas digitais como "hospedagem atípica", independentemente das características particulares do caso sob julgamento,[15] mas também a considerar incompatível tal cessão de espaço com condomínios residenciais.[16]

Essa linha jurisprudencial, entretanto, não chegou a se consolidar como pacífica no âmbito estadual, ainda havendo precedentes que se recusam a realizar uma qualificação contratual apriorística, ou, ainda, a identificar incompatibilidade entre a cessão de espaço mediante plataformas digitais e a finalidade residencial de condomínios.[17]

2. ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

É justamente nesse contexto que vem o Anteprojeto, propondo positivar, emum texto que traz muitas preocupações, o entendimento de uma jurisprudência estadual recém-constituída com base na interpretação equivocada de precedentes do STJ.

Em primeiro lugar, a utilização da expressão "hospedagem atípica", desacompanhada de qualquer densidade normativa, é um problema por si só. Isso porque no presente contexto de

14 STJ, 36ª Turma, EDS no REsp n. 1884483/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/4/2022.

15 "O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recentíssima decisão proferida nos autos do REsp 1819075-RS, julgado em 20/04/2021 e publicado no DJe de 27/05/2021, assentou entendimento no sentido de que o sistema de reserva de imóveis através de plataformas digitais do tipo 'Airbnb' é caracterizado como uma espécie de contrato atípico de hospedagem e não se confunde com locação por temporada [...]" (TJSP, 34ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1054917-45.2020.8.26.0100, Rel. Des. L. G. Costa Wagner, julgado em 30/11/20211). No mesmo sentido, TJSP, 26ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1003902-37.2020.8.26.0100, Rel. Des. Felipe Ferreira, julgado em 10/2/2022. Ao votar no REsp n. 1.884.483/PR, a Min. Nancy Andrighi incorreu no mesmo equívoco, afirmando que "no julgamento do REsp 1.819.075/RS, a Quarta Turma do STJ, por maioria, concluiu que a relação jurídica em questão [*i.e.*, o contrato celebrado via Airbnb] configura, na prática, contrato atípico de hospedagem, especialmente porque os ocupantes do imóvel não têm a intenção de residir no local".

16 TJSP, 33ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1002069-18.2023.8.26.0281, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, julgado em 20/5/2024.

17 Nesse sentido, considerando que eventual

construção de jurisprudência estadual, a expressão vem sendo utilizada como um sinônimo da cessão de espaço mediante plataformas digitais, *sem referência a características concretas da operação econômica*.

A uma, tal compreensão falha por qualificar o contrato aprioristicamente, sem referência a elementos fáticos concretos, bastando para tanto a circunstância de o contrato ser *intermediado* por plataformas digitais.

A falha ocorre tanto pela qualificação contratual desvinculada de elementos fáticos concretos, quanto pela relevância atribuída ao meio digital em que o contrato é celebrado, meio esse que, nos casos inseridos na "economia compartilhada", não traz nenhuma implicação no que se refere à qualificação contratual, haja vista a atuação de *mera intermediadora da plataforma digital* (Bortali, 2019, p. 165-185; Silva, 2021, p. 345-392, itens 16, 23 e 36).

A duas, mesmo que fossem analisadas *em concreto* as características da operação econômica em questão, a qualificação dos contratos de cessão de espaço via plataformas digitais como um contrato assemelhado ao de hospedagem seria de difícil operacionalização.

Isso porque o contrato de hospedagem – mesmo aquele na modalidade dita "atípica", que é aquela em que o anfitrião não é ente cadastrado junto aos órgãos públicos competentes (conforme determina o art. 23, § 1º, da Lei n. 11.771/2008) – exige não apenas a cessão de posse de imóvel, mas, *necessariamente* (como elemento categorial *inderrogável* do tipo) a prestação de serviços denominados "serviços de hospedagem" (Paiva, 2012, p. 103-114; Guimarães, 2007, p. 4-9), conforme o art. 23, *caput,* da Lei n. 11.771/2008.

No contrato de hospedagem, a prestação de "serviços de hospedagem" ocorre *em caráter principal* (Silva, 2021, p. 345-392, item 86), sendo verdadeira contraprestação ao pagamento da remuneração devida pelo hóspede (a diária). Isso faz com que o contrato de hospedagem mescle elementos dos contratos de locação, prestação de serviços e depósito (Cabral; Viana, 2022, p. 245-285).

Mesmo nos casos de cessão de espaço via aplicativos em que, excepcionalmente, verifica-se a prestação de serviços (como os de lavanderia e internet referidos no REsp n. 1.819.075/RS), tal prestação costuma acontecer de maneira *circunstancial, não principal*,[18] não servindo para requalificar o contrato em questão como sendo de hospedagem.

restrição à cessão de espaço via Airbnb deveria ser prevista expressamente em convenção condominial, alterável com base em quórum específico de dois terços, cf.: TJSP, 28ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1019801-31.2022.8.26.0577, Rel. Des. Michel Chakur Farah, julgado em 24/6/2024 e TJSP, 25ª Câm. de Dir. Priv., Ap. 1035634-86.2023.8.26.0114, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, julgado em 19/6/2024.

18 Esse aspecto foi frisado no voto do Min. Luis Felipe Salomão: "a apontada prestação de serviços, a exemplo de lavagem de roupas, revelou-se atividade circunstancial, não essencial, em nada se assemelhando, portanto, ao plexo de serviços exigidos à caracterização da hospedagem".

A três, não se qualificando o contrato de cessão de posse mediante plataformas como de hospedagem, tem-se, no caso, uma operação econômica que envolve a cessão de posse de imóvel por prazo curto, a qual, nos termos do art. 48 da Lei n. 8.245/1991, submete-se às regras da locação por temporada (Silva, 2021, p. 345-392, itens 62, 73 e 81). Tal modalidade de locação de imóveis urbanos tem como elemento categorial inderrogável o limite *máximo* de tempo de vigência (necessariamente *inferior* a 90 dias [Pacheco, 1993, p. 176; Souza, 2012, p. 205]), mas não apresenta *limite temporal mínimo* (de modo que, assim como ocorre nas cessões via plataforma, a ocupação pode perdurar por período tão curto quanto o de uma diária [Couto; Novais, 2017, p. 269-292]).

Em segundo lugar, o estabelecimento de uma incompatibilidade legal entre os contratos de cessão de posse por meio de plataformas digitais e a finalidade residencial é igualmente problemática.

A uma, a positivação dessa incompatibilidade é delicada porque, como já examinado, ela *não constou* do "voto médio" no julgamento do REsp n. 1.884.483/PR.

A duas, e ainda que assim não fosse, o argumento da incompatibilidade é tecnicamente falho, haja vista que o conceito de *residencial,* tanto em locação *residencial* quanto em condomínio *residencial*, não se funda na ideia de estabilidade ou habitualidade extraível dos arts. 70 a 78 do CC.

De um lado, a atribuição de caráter *residencial* à locação ocorre em contraposição ao caráter *não residencial* – o qual compreende as locações *destinadas* ao comércio, à indústria e à prestação de serviços (Souza, 2012, p. 76) –, não se vinculando a uma maior ou menor estabilidade da ocupação a ser implementada pelo inquilino, que pode ter no imóvel apenas a sua *morada* (Silva, 2016, p. 63). Tanto é assim que a locação por temporada, regrada pelo art. 48 da Lei n. 8.245/1991, é textualmente prevista como destinada à "*residência* temporária do locatário", ou seja, também ligada ao conceito de ocupação *para fins residenciais*.

De outro lado, o qualificativo *residencial* atribuído aos condomínios edilícios também não tem relação nem com a suposta estabilidade das ocupações (tanto assim que são admissíveis as locações por temporada em condomínios residenciais, ainda que elas ocorram, ordinariamente, por curto período), nem com a possibilidade de alguma exploração econômica, haja vista que mesmo os edifícios em que se exerce a atividade de *apart-hotéis*

(cujos contratos de cessão de espaço *não são* regrados pela Lei n. 8.245/1991, ante a exclusão expressa prevista no art. 1º ao 4º) possuem finalidade *residencial*, podendo neles coexistir apartamentos ocupados por aqueles que estabelecem sua residência de forma estável e apartamentos ocupados em caráter de alta rotatividade (Diniz, 2014, p. 62-63).

Não se confundem, portanto, os conceitos de *residência* previstos nos arts. 70 a 78 do CC com aqueles aplicáveis às locações de imóveis urbanos, à utilização dos condomínios edilícios ou, ainda, à legislação urbanística. Cada conceito tem conteúdo e âmbito de atuação específicos.

Em terceiro lugar, é também problemática a referência à possível "autorização expressa na convenção" ou "deliberação assemblear" para que se viabiliza a cessão de espaço na modalidade "hospedagem atípica".

De um lado, em doutrina é ainda viva a discussão sobre se o condomínio poderia, em convenção, restringir ou proibir as cessões de espaço via plataformas digitais, encontrando-se desde os posicionamentos firmemente contrários a toda e qualquer possibilidade de restrição (Santos, 2020, p. 43-59; Bortali, 2019, p. 165-185; Couto; Novais, 2017, p. 269-292) até posicionamentos no sentido de admitir, em tese, a existência de restrições, desde que seja observada a proporcionalidade (em suas três vertentes, de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) entre as restrições e os fins por elas perseguidos (Silva, 2021, p. 345-392, itens 160-186; Seixas; Cabral, 2022, p. 211-235).

De outro lado, ainda que se admitisse a restrição à cessão de espaço via plataformas digitais, ela deveria ocorrer em convenção condominial (não, portanto, em regimento interno ou em mera decisão assemblear), respeitado, para tanto, o quórum específico para a alteração da convenção, correspondente a dois terços dos condôminos (art. 1351 do CC).

Por último, a proposta de alteração legislativa também levanta uma séria preocupação atinente ao direito intertemporal: na medida em que a proposta estabelece uma incompatibilidade entre a "hospedagem atípica" e condomínios residenciais, sem que haja necessidade de nenhuma alteração da convenção para tanto, surge a dúvida de se, nesses condomínios, a proibição à cessão de espaço entrará em vigor no exato instante em que a alteração legislativa assim o fizer. O cenário de incerteza e insegurança é patente.

CONCLUSÕES

Como se viu, a alteração do art. 1.336 proposta no Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil padece de uma série de problemas.

De um lado, a redação proposta tem como finalidade positivar o entendimento que, em posição contrária à parcela significativa da doutrina nacional, vem sendo adotado por uma recente jurisprudência estadual, formada na esteira da leitura inadequada de dois precedentes do STJ.

De outro lado, ainda que a redação proposta estivesse efetivamente alinhada ao que realmente restou decidido nos dois únicos precedentes individuais julgados pelo STJ, identificam-se nela diversos equívocos dogmáticos, como a referência, sem a devida densificação, à expressão "hospedagem atípica"; o apontamento de uma suposta incompatibilidade entre contratos de cessão de espaço de curto período e condomínios residenciais; e a alusão indistinta entre convenção condominial e decisão assemblear, sem referência ao quórum específico para o afastamento da incompatibilidade mencionada.

Por tais razões, sugere-se a eliminação dessa proposta de alteração legislativa.

REFERÊNCIAS

BORTALI, Henrique. Economia compartilhada: impactos do fenômeno e reflexos regulatórios. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 102, p. 165-185, 2019.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti; VIANA, Davi Travas. Reflexões sobre a (i)legalidade de exploração econômica de unidades condominiais residenciais para fins de estada de curta duração (Airbnb style). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 30, n. 9, p. 245-285, 2022.

CARPENA, Heloisa. AirBnB e a responsabilidade por danos causados aos consumidores na economia compartilhada. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 29, n. 129, p. 175-194, 2020.

COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de *sharing economy*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 111, p. 269-292, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Hyndara. Boom da locação flexível cria novo mercado e atrai investidores na cidade. **Veja São Paulo**, São Paulo, 19 maio 2023. Disponível em: https://vejasp.abril.com.br/cidades/locacao-flexivel-cria-novo-mercado-sao-paulo. Acesso em: 29 ago. 2024.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

HANICH, Caroline Meller; SOARES, Ardyllis. Economia compartilhada e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 105, p. 19-31, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 115, p. 479-495, 2018.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Nova Lei sobre as locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. **Direito, turismo e consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANTOS, Danilo Alves dos. Os contratos de intermediação na economia compartilhada: análise dos casos Uber e AirBnB. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 20, s. p. , 2023.

SANTOS, Marianne Neiva dos. A possibilidade de proibição de aluguéis de curta temporada em condomínios residenciais por Airbnb: análise do Recurso Especial 1.819.075/RS do STJ. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1018, p. 43-59, 2020.

SEIXAS Bernardo Silva de; CABRAL, Yasmin Lemos. A restrição de utilização do Airbnb pela convenção do condomínio. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 23, n. 111, p. 211-235, 2022.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Locação e despejo**. Leme: Cronus, 2016.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Regras condominiais de restrição às locações por temporada (parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 28, n. 8, p. 345-392, 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Lei do Inquilinato comentada**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REVISTA JURÍDICA PROFISSIONAL

A *compensatio lucri cum damno* na reforma do Código Civil

The *compensatio lucri cum damno* in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

AUTOR | AUTHOR

Sergio Lima Dias Junior

DOUTORANDO EM DIREITO CIVIL NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). ADVOGADO EM SÃO PAULO.

RESUMO

A Comissão responsável pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil propôs a inserção, no Código Civil brasileiro, de uma norma sobre a *compensatio lucri cum damno* (a compensação do benefício com o dano). Recorreu-se, como critério central para o cálculo da indenização nessas hipóteses, a uma expressão indeterminada: segundo o art. 946-B, o julgador deve avaliar se seria "justo e razoável", tendo em vista "a natureza do dano sofrido" e a "finalidade subjacente à concessão" do benefício, levar em conta os benefícios decorrentes de um "evento lesivo". Com isso, a norma não soluciona propriamente o problema fundamental da *compensatio lucri cum damno*: ela não fornece critérios objetivos e seguros para definir em que situações os benefícios devem ser considerados para o cálculo da indenização. Diante da falta de posicionamento consolidado da jurisprudência brasileira bem como da ausência de posições doutrinárias aprofundadas, é conveniente, à semelhança de outros códigos civis, como o português, o argentino, o alemão, o francês e o italiano, abster-se de prever uma regra geral. Propomos, por isso, a supressão do art. 946-B do ARCC, de modo a evitar insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Compensatio lucri cum damno, indenização, teoria da diferença, danos, benefícios.

ABSTRACT

The Commission responsible for the Preliminary Draft of the Civil Code Reform proposed the inclusion, in the Brazilian Civil Code, of a rule regarding *compensatio lucri cum damno* (i.e. equalisation of benefits). The Commission resorted to an indeterminate expression as the central criterion for determining damages in these cases: according to Article 946-B, the judge must assess whether it would be "fair and reasonable", considering "the nature of the damage sustained" and the "underlying purpose of conferring" the benefit, to take into account the benefits arising from a damaging event. Thus, the provision does not properly address the fundamental issue of *compensatio lucri cum damno*: it does not provide objective and reliable criteria to establish in which situations benefits should be taken into account while determining damages. Faced with the lack of a consolidated position in Brazilian case law as well as the absence of in-depth doctrinal positions, it is advisable, as in other civil codes such as Portuguese, Argentinean, German, French and Italian ones, to refrain from creating a general rule. Therefore, we propose the removal of Article 946-B from the ARCC in order to avoid legal uncertainty.

* Agradeço a Ana Laura Cury Ramos Carvalho, Bruno de Ávila Borgarelli, Giovanna Inglez Teixeira, Osny da Silva Filho, Paulo Eduardo Frederico e Yasmin Bewiahn Saba Relvas por comentários e sugestões.

KEYWORDS
Compensatio lucri cum damno, compensation, difference hypothesis, damage, benefits.

> Os conceitos gerais e a grande soberba estão sempre no caminho para causar terríveis desgraças.
> Allgemeine Begriffe und großer Dünkel sind immer auf dem Wege, entsetzliches Unglück anzurichten.
> – Goethe, Maximen und Reflexionen

1. A PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* NO CÓDIGO CIVIL

No Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC), propôs-se a inserção no Código Civil (CC) da seguinte norma:

> Art. 946-B. Os benefícios advindos para a vítima como resultado do evento lesivo não devem ser levados em consideração na fixação da indenização.
> Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica aos casos em que os benefícios tenham a mesma natureza do dano causado à vítima, decorram do mesmo evento lesivo, seja justo e razoável levá-los em consideração para a fixação da indenização, conforme a natureza do dano sofrido e, quando conferidos por um terceiro, conforme a finalidade subjacente à concessão desses benefícios.

A norma proposta (art. 946-B) dirige-se a situações nas quais, além de causar um dano, um ato ilícito também dá causa a um benefício. Um exemplo seria um caso de homicídio: ao mesmo tempo em que a morte priva o cônjuge sobrevivente de valores com que o falecido contribuía para a renda familiar – havendo, pois, um inegável dano patrimonial[1] –, ela também pode ensejar o recebimento de uma herança (Scognamiglio, 1952, p. 635) assim como de uma quantia derivada de seguro de vida ou de seguro obrigatório[2] ou, por fim, a percepção de valores a título de pensão estatutária vitalícia[3] – ou seja, benefícios patrimoniais (Cantzler, 1958, p. 30).

Outro exemplo estaria na destruição de um edifício: embora haja, em virtude dessa conduta ilícita, um prejuízo patrimonial, os destroços do prédio podem representar também, se

1 Cuida-se, nesse caso, do que se costuma chamar, em doutrina, de "dano reflexo ou por ricochete", tendo em vista que o prejuízo é sofrido por um terceiro – no caso, o cônjuge sobrevivente – "em consequência de um dano corporal inicial sofrido por outrem" – na situação descrita, o falecido. Em tais casos, o dano pode ser de "natureza patrimonial ou extrapatrimonial". A esse respeito, cf. Reinig e Silva (2017, p. 2). Para simplificação do problema aqui apresentado, os danos extrapatrimoniais serão desconsiderados. Cf., a respeito da *compensatio lucri cum damno* em relação a danos extrapatrimoniais, Salpico (2020).

2 No Brasil, esse é o caso do Seguro Obrigatório para Proteção de Vítimas de Acidentes de Trânsito (DPVAT). Quanto a ele, a Súmula n. 246 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou o entendimento de que "[o] valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada". Sobre o tema, cf. Silva (2018).

3 Cf., *v.g.*, STJ, REsp n. 1.392.730/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/3/2024, *DJe* de 5/4/2024 (homicídio de funcionário público) e STJ, REsp n. 604.758/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/10/2006, DJ de 18/12/2006 (homicídio de juiz de direito).

forem vendidos, uma vantagem econômica (Nanni, 2023, p. 121-144).

Um terceiro caso seria o do "salvado", isto é, da parte de um automóvel – dotada de algum valor econômico – que a vítima recupera após um acidente e vende (Silva; Luiz, 2017, p. 284). Trata-se de um benefício decorrente também de um ato ilícito.

A concorrência entre dano e benefício, ambos decorrentes do mesmo ato ilícito (De Cupis, 1979, p. 311), suscita um problema: quando deve um benefício ser levado em conta no cálculo da indenização? Afinal, na tradição jurídica romano-germânica, vigora "o princípio de que a indenização dos danos não há de conduzir a que o ofendido fique em situação mais favorável do que era a sua" (Pontes de Miranda, 2012 [1954], p. 134). Cuida-se, nesse ponto, também de assegurar efetividade à proibição do enriquecimento sem causa (Ahrens; Spickhoff, 2022, § 42, p. 550, Rdnr. 68).

Nesse sentido, em rigor, a indenização, que é medida "pela extensão do dano" (art. 944 do CC), deve "reconduzir o lesado à situação" hipotética "em que estaria sem o dano" (Steiner, 2018, p. 71). Isso implica, em princípio, que os benefícios decorrentes do ato ilícito devam igualmente ser levados em consideração (Messner, 2022, p. 4). Trata-se, nesse contexto, embora não se resuma necessariamente a isso (Silva, 2024, p. 61), também de aplicação da chamada "teoria da diferença": o valor da indenização deve ser o resultado da diferença entre a situação patrimonial da vítima antes do dano e a sua situação patrimonial após a ocorrência do evento danoso (Ahrens; Spickhoff, 2022, § 42, p. 539, Rdnr. 23).

Diante disso, tenta-se, nos casos de *compensatio lucri cum damno*, responder à seguinte pergunta: em que circunstâncias um benefício deve ser levado em conta para o cálculo da indenização? (Cantzler, 1958, p. 33). A Comissão responsável pelo ARCC propôs, por meio do art. 946-B, uma resposta a essa indagação.

2. JUSTIFICATIVAS CLAUDICANTES

A norma proposta não foi, no entanto, devidamente fundamentada. No item de *Justificação* do Relatório Final, na parte de *Responsabilidade Civil*, não há nenhuma alusão a essa nova regra. Por sua vez, no Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa,[4] que cuidou da

4 O Relatório dessa Subcomissão foi apresentado em 15 de dezembro de 2023. Em seu anexo, cada uma das propostas foi justificada com especial referência tanto à posição da jurisprudência (notadamente, do Supremo Tribunal Federal [STF] e do STJ) quanto ao conteúdo de Enunciados de Jornadas do Conselho da Justiça Federal. Cf., para o inteiro teor desse Relatório, o seguinte *link* do portal do Senado Federal: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/b02f40e3-8cb9-4c02-8a13-98bdd1a05d93.

elaboração do art. 946-B, a norma não está acompanhada de nenhuma referência ao posicionamento da jurisprudência a respeito da matéria, tampouco de Enunciados de Jornadas do Conselho da Justiça Federal.

O silêncio desses Relatórios é significativo. Em recente estudo, Giovanni Ettore Nanni recordou que, a despeito da sua relevância, a *compensatio lucri cum damno* é pouco suscitada em demandas judiciais no Brasil e teria, por consequência, "parco acolhimento jurisprudencial" (2023, p. 121-144).[5] Na Itália também é possível observar situação semelhante: a Corte de Cassação referiu-se, em 2016, ao caráter ainda "prematuro" dessa questão, malgrado a sua inegável relevância (Achille, 2018, p. 720). Além disso, em 2017, Rafael Peteffi da Silva e Fernando Vieira Luiz afirmaram que, quanto a certas questões, como a extensão da *compensatio lucri cum damno* a casos de danos extrapatrimoniais, ainda seria necessário um "amadurecimento acerca do tema" no Brasil (2017, p. 301).

Surpreende, por isso, a criação de uma regra a respeito da compensação de benefícios com danos, uma vez que, na *Justificação* do Relatório Final, no capítulo da *Responsabilidade Civil*, afirmou-se que a Reforma teve em vista a consolidação de "avanços jurisprudenciais e doutrinários do Direito brasileiro e das melhores contribuições do direito comparado". Contudo, como vimos nos últimos parágrafos, quanto à *compensatio lucri cum damno* no Direito brasileiro, não parece haver nada ainda que possa ser propriamente consolidado.

Se a Reforma é, mais uma vez nos termos da sua *Justificação*, um "momento apropriado para consolidar de forma madura e criteriosa as transformações da responsabilidade civil", é preciso reconhecer que, tratando-se de *compensatio lucri cum damno*, inexiste por ora substrato doutrinário e jurisprudencial apto a esses fins.

Além da ausência de base jurisprudencial consolidada no STJ quanto à rica casuística da *compensatio lucri cum damno*, o recurso às "melhores contribuições do direito comparado", como pretendia a Comissão, também não se presta a justificar a proposta. Por um lado, segundo o Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa, a norma teria sido inspirada no art. 6:103 do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).[6] O DCFR resultou de um esforço acadêmico de criação de um quadro europeu comum de princípios, definições e modelos normativos com vistas à elaboração de um Código Civil europeu (von Bar *et al.*, 2009, p. 9). Por isso, em

5 Não se quer dizer, com isso, que a jurisprudência brasileira não solucione, de maneira concreta, situações típicas de *compensatio lucri cum damno*. Basta recordar, a esse respeito, a já citada Súmula n. 246 do STJ sobre o desconto do valor do DPVAT do cálculo de indenizações. No entanto, nas hipóteses que lhes são apresentadas, os tribunais não se baseiam – ao menos não expressamente – nos pressupostos próprios desse instituto. O que parece faltar, portanto, é uma aplicação autônoma e consciente da *compensatio lucri cum damno*.

6 VI. – 6:103: Equalisation of benefits. (1) Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account. (2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage sustained, the nature of the accountability of the person causing the damage and, where the benefits are conferred by a third person, the purpose of conferring those benefits.

princípio, a proposta parece, de fato, basear-se em um modelo internacional de relevo.

Por outro lado, no entanto, os códigos civis de maior influência sobre o direito civil brasileiro não contêm regras gerais expressas voltadas para esse específico problema. O Código Civil português, por exemplo, "não consagra expressamente um princípio de *compensatio lucri cum damno*" (Salpico, 2020, p. 309). Na Alemanha, como costumam destacar estudos que tratam do tema (*v. g.*, Büdenbender, 1995, p. 920; Hahn, 2022, p. 215), se bem que a questão tenha sido percebida durante o processo legislativo do CC alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), decidiu-se conscientemente pela não criação de uma regra geral: a solução foi deixada a cargo da doutrina e da jurisprudência.[7] Também na Itália inexiste regra específica para o instituto (Ferrari, 2008, p. 1; Venchiarutti, 2024, p. 700). Mesmo "o elogiado Código Civil da Argentina, de 2015", para usarmos os termos da *Justificação* do Relatório Final, não se aventurou a prever alguma regra geral para tais casos.

No Direito francês, por sua vez, no Projeto de Reforma da Responsabilidade Civil apresentado em 2017, previu-se a inclusão de uma regra,[8] um pouco parecida[9] com a do art. 947 do ARCC,[10] segundo a qual a indenização deve reconduzir a vítima, na medida do possível, ao estado em que ela estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido. Disso decorreria, segundo a norma, que não podem restar, após a reparação, perdas ou benefícios para a vítima ("*Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit*"). Por meio dessa previsão, há, sem dúvida, a enunciação de uma regra geral que pode se aplicar a casos de *compensatio lucri cum damno* (Achille, 2018, p. 720). A solução representa, em especial pelo contexto normativo em que se insere, uma consequência seja da teoria da diferença, seja do escopo reparatório da responsabilidade civil. No entanto, é notável, ao mesmo tempo, que não foram indicados, nesse texto normativo, critérios gerais – como os do art. 946-B ("justo e razoável", "natureza do dano causado" e "finalidade subjacente" à concessão de benefícios) – para lidar com esse problema. Mais uma vez, cuida-se de uma abstenção que merece ser levada em conta em eventuais processos legislativos para a elaboração de regras sobre a *compensatio lucri cum damno*.

A despeito disso, as experiências desses países e as suas respectivas opções legislativas não foram objeto de apreciação pelos Relatórios da Reforma do Código Civil. É problemático que em nenhum momento essa singular circunstância – a

7 Tradução livre: "A decisão sobre a questão, se e em que medida, nas pretensões à reparação de danos, uma vantagem, que surja para a vítima por meio da circunstância causadora do dano, deva ser compensada da quantia [devida] a título de indenização (*compensatio lucri cum damno*), deve ser deixada a cargo da ciência do direito e da jurisprudência". No original: "Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den Schaden bringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Abrechnung zu bringen sei (compensatio lucri et damni), muss der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden" (Motive, 1888, § 218, p. 18-19).

8 Cf., no Projet de Reformé de la Responsabilité Civile de 2017, na proposta ao art. 1258 do Code Civil: "La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit".

9 A parecença está em que ambas as normas se referem a estados em que os eventos danosos não existem. A despeito disso, elas diferenciam-se na medida em que a norma francesa, à semelhança tanto do § 249 BGB quanto do art. 562 do Código Civil português, remete, com precisão, a um estado hipotético, no qual os danos não teriam existido, ao passo que o art. 947 do ARCC prevê a recondução ao "estado anterior ao fato danoso". O adjetivo "anterior" é impreciso. Conforme destaca Renata Steiner (2018, p. 71), "não se trata de mero jogo de palavras". Se, em relação à indenização, as perdas e danos abrangem também aquilo que

generalizada ausência de regras em códigos civis de países de tradição semelhante para lidar com esse problema – tenha sido sequer abordada. A criação de uma regra geral representaria, afinal, uma solução peculiar se comparada a ordenamentos semelhantes. Por isso, se a Comissão almejava concretizar as "melhores contribuições do direito comparado", como lemos na *Justificação* do Relatório Final, ela deveria ter apresentado alguma justificativa para a singular – em termos de direito comparado – solução que foi proposta. E isso se agrava quando verificamos que há boas razões para não recorrer a uma regra geral em se tratando da *compensatio lucri cum damno*.

3. INCONVENIÊNCIA DE UMA REGRA GERAL

Como já bem sabiam os juristas romanos, regrais gerais de caráter abstrato podem trazer problemas consideráveis (Schulz, 1934, p. 27 *et seq*.). Em uma postura cética semelhante, no processo de elaboração do Código Civil alemão, considerou-se "questionável" a "mera tentativa" de resolver o problema da *compensatio lucri cum damno* por meio da criação de uma regra legal.[11]

De acordo com os *Motive* do BGB, sobretudo em casos de responsabilidade civil, uma tal "tentativa conduziria a uma extensa casuística, da qual não se poderia esperar nenhum resultado satisfatório".[12] As hipóteses de aplicação desse instituto são tão vastas e variadas que elas não se ajustariam bem a uma regra geral. Conforme destacam Dieter Medicus e Stephan Lorenz (2021, § 52, IV, p. 322, Rdnr. 23), provavelmente não existe uma resposta única, capaz de ser expressa em uma fórmula curta, para a questão de quando os benefícios devem ser compensados com os danos. Não há, portanto, esquemas simples aplicáveis a esse problema (Ahrens; Spickhoff, 2022, § 42, p. 550, Rdnr. 69). Fórmulas genéricas estão, por isso, fadadas ao insucesso (Müller, 2000, p. 219; Messner, 2022, p. 8).

Nesse sentido, julgou-se, à época, que a jurisprudência seria capaz de encontrar um caminho para a solução desses casos, desde que não estivesse restrita por uma norma.[13]

Embora o art. 946-B não tenha um escopo restritivo, uma vez que confere amplo poder ao julgador ao referir-se ao "justo e razoável", a criação dessa regra geral mostra-se também inconveniente no caso brasileiro. Na tentativa de ser flexível, ela deixa de prever critérios objetivos e seguros para a solução de casos

"razoavelmente" se "deixou de lucrar", de acordo com o art. 402 do CC, a vítima não poderia, por isso, ser reconduzida a um estado anterior ao dano (*statu quo ante*, como ocorre nos casos de anulação de negócios jurídicos – cf. art. 182 do CC – "estado em que antes dele se achavam"), uma vez que, em um estado anterior, inexistiriam vantagens prospectivas, como, *e.g*., os lucros cessantes. Desse modo, com base nos termos do art. 947 do ARCC, "os lucros cessantes deixariam de ser indenizáveis" (Xavier, 2024). De maneira a evitar esse inconveniente resultado, a indenização deve dizer respeito, portanto, não a um estado anterior, mas a uma situação hipotética (Silva, 2018, p. 142). Nesse sentido, quanto ao art. 947 do ARCC, cf. Martins *et al.* (2024, p. 50), que o qualificam como um "retrocesso", e Xavier (2024), para quem "a palavra anterior seria dispensável, senão, perigosa".

10 "Art. 947. A reparação dos danos deve ser integral com a finalidade de restituir o lesado ao estado anterior ao fato danoso."

11 "Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich" (Motive, 1888, § 218, p. 19).

12 "Der Versuch müsste zu einer weitgehenden Kasuistik führen, von welcher keine befriedigenden Resultate zu erwarten wären" (Motive, 1888, § 218, p. 19).

13 "Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden" (Motive, 1888, § 218, p. 19).

concretos. E, tal como a regra do DCFR, na qual se inspirou, ela não é capaz, a despeito de sua pretensão de generalidade, de fornecer respostas adequadas para uma tão diversa casuística (sobre os problemas da regra do DCFR, ver Messner [2022, p. 16]).

Desse modo, em vez de recorrer à criação de uma inconveniente regra em lei, parece mais prudente que as inovações sejam introduzidas por meio do trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência brasileiras, a exemplo do que já ocorre na Alemanha a partir da análise de grupos de casos (cf., a respeito, Ebert [2023, p. 894-899, Rdnr. 82-117]).

4. ÂMBITO OPERATIVO DO ART. 946-B

Como mencionamos, a norma do art. 946-B aplica-se a casos nos quais, além de danos, um ato ilícito também dá causa, ao mesmo tempo, a benefícios. Em regra, costuma-se restringir a *compensatio lucri cum damno* a casos em que surgem vantagens patrimoniais (Silva; Luiz, 2017, p. 283; Silva, 2018, p. 141, nota 3; Hahn, 2022, p. 215).[14]

Embora já existam, em outras ordens jurídicas, estudos favoráveis à extensão da *compensatio lucri cum damno* a hipóteses de danos extrapatrimoniais (Pletzer, 2007, p. 409-433; Erm, 2013),[15] os estudos publicados no Brasil abstêm-se de enfrentar a questão (Silva, 2018, p. 141, nota 3) ou não a analisam com a mesma profundidade dedicada a danos patrimoniais (Silva; Luiz, 2017, p. 301-302). Pela literalidade do art. 946-B, a proposta da Comissão de Reforma do Código Civil não o limitou, ao menos expressamente, a danos patrimoniais.

No entanto, a extensão da *compensatio lucri cum damno* a danos extrapatrimoniais seria inadequada,[16] uma vez que, na avaliação do *quantum* devido a título de compensação da vítima, já devem ser consideradas, conforme o art. 944 – e, se aprovado, também o art. 944-A – todas as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis que possam influir na fixação do valor. Não há, por isso, razão para uma especial aplicação dessa figura, porque ela já compõe a lógica por trás da estimação desses danos (quanto ao Direito alemão, Ebert [2023, p. 895, Rdnr. 92]; no Direito brasileiro, de forma semelhante, Pontes de Miranda [2012 [1954], § 5.510, p. 331]): nesses casos, haveria apenas "maior ou menor dano, e não consequências benéficas e prejudiciais possíveis de confrontar" (Aldax, 2012, p. 26).

14 Na regra do DCFR, em que se inspirou a proposta brasileira, trata-se apenas de "benefícios", sem qualquer limitação expressa. Nos comentários a essa regra (von Bar; Clive, 2009, p. 3747), faz-se referência a "some (mostly) economic advantage". Para a aplicação da regra do DCFR, portanto, o benefício pode não ser patrimonial.

15 A título de ilustração, Pletzer (2007, p. 410), pensa na seguinte situação hipotética: uma médica tratou sua paciente, que sofria de esclerose múltipla, com um medicamento ainda não aprovado para esse fim, sobretudo em razão de estudos que atestavam efeitos colaterais sobre o coração. Com isso, a paciente passou a ter de tomar outros remédios e a usar um marca-passo. No entanto, obstou-se o avanço da esclerose. A paciente propôs uma ação de indenização por danos morais. Seria possível falar em uma compensação entre "estados de sofrimento" imateriais? Poderia, como defendeu a médica, o sofrimento atual ser "compensado" com o sofrimento que, por meio dessa mesma conduta, teria sido poupado? Parece-nos, nesse caso, como qualifica Aldax (2012, p. 26), que há, na verdade, "maior ou menor dano, e não consequências benéficas e prejudiciais possíveis de confrontar". Não há necessidade de recorrer à compensação de lucro com dano: o caso já se resolve pela estimação da extensão do dano extrapatrimonial a partir das circunstâncias do ato ilícito. Cf., também, sobre o problema, Salpico (2020).

16 Em sentido contrário, visualizando um potencial de aplicação da figura, Silva e Luiz (2017, p. 301-302).

Por fim, a inserção da norma no Capítulo "Da indenização" do Título "Da Responsabilidade Civil", que cuida, em rigor, de hipóteses de responsabilidade civil aquiliana, poderia fazer supor que a figura se limita à responsabilidade civil extracontratual. A *compensatio lucri cum damno* lida, porém, substancialmente com questões de indenização (Ebert, 2023, p. 894). Sempre que for esse o problema, independentemente da natureza da responsabilidade – se contratual ou não, será possível a aplicação da regra.

5. CRITÉRIOS QUESTIONÁVEIS E PROBLEMAS DE TRADUÇÃO

De acordo com o art. 946-B, os benefícios "não devem ser levados em consideração na fixação da indenização" a não ser que, "conforme a natureza do dano sofrido", "seja justo e razoável" considerá-los. Em linha com o que já criticamos nos itens anteriores, ainda que acompanhada de outros parâmetros, a alusão ao "justo e razoável" não pode ser qualificada como um critério "objetivo e claro para o necessário caminhar da doutrina e aperfeiçoamento das decisões de juízes e tribunais", como pretendia a Comissão.

O critério do "justo e razoável" em nada contribui para a definição das circunstâncias nas quais os benefícios devem ser considerados (Büyüksagis, 2012, p. 76). Por melhor que possa soar a expressão, ela não indica, mesmo que acompanhada de outros parâmetros, qual caminho o julgador deve tomar na avaliação de um caso concreto (Messner, 2022, p. 16).

Esse critério, como já adiantamos, é uma tradução literal da expressão "*fair and reasonable*", constante do art. 6:103, que cuida da *compensatio lucri cum damno* no DCFR. Tal parâmetro largamente flexível foi empregado originalmente em diversas regras dos *Principles of European Law* (PEL),[17] entre elas a da compensação de benefícios com danos. As regras do PEL assemelham-se muito às normas de responsabilidade civil extracontratual do DCFR (Infantino, 2010, p. 66, nota 97). Nesse contexto, o critério do "*fair and reasonable*" funcionava como uma válvula de escape para contrabalancear o rígido modelo de responsabilidade civil extracontratual do PEL, no qual os interesses tutelados – *e. g.*, vida, saúde e propriedade – eram, a exemplo do que ocorre no Direito alemão (§ 823 BGB) e ao contrário do que ocorre em países que contam com cláusulas

17 Os PEL são o resultado de um esforço acadêmico, iniciado em 1998 e publicado em 2006, de reunião dos princípios comuns a todo o direito patrimonial europeu (Infantino, 2010, p. 65-66). Eles não se confundem com os *Principles of European Tort Law* (PETL), publicados em 2004 e elaborados, desde 1992, por um outro grupo de acadêmicos do *European Group on Tort Law*. A despeito de serem iniciativas distintas, ambas recorrem a uma técnica semelhante de flexibilização dos limites de suas regras por meio do conceito do "justo e razoável" ("*fair and reasonable*") (Infantino, 2010, p. 72-73).

gerais, como o Brasil (arts. 186 e 927), previamente fixados e delimitados (Infantino, 2010, p. 70-73). Era preciso, portanto, que as normas fossem flexíveis.

Em vista disso, a tradução da norma de compensação de benefícios com danos do DCFR e do PEL para o Código Civil brasileiro parece carecer de uma visão do "todo", na medida em que desconsidera não somente a peculiar função do parâmetro central da norma – o critério do "*fair and reasonable*" – em seu contexto normativo de origem, mas também os efeitos de sua transposição para outro sistema jurídico. Enquanto, na Europa, esse critério serve para flexibilizar limitações peculiares das regras rígidas do PEL, ele parece perder o seu sentido jurídico no "todo" do Direito brasileiro, que conta com uma cláusula geral de responsabilidade civil, convertendo-se, por isso, em uma indesejável fonte de casuísmo e de insegurança jurídica.[18]

Se, por um lado, existem vantagens em recorrer aos chamados "transplantes jurídicos" (Watson, 1993, p. 95-101), incorporando institutos ou conceitos de outras experiências jurídicas, é importante considerar, por outro lado, que a regra importada pode não se adequar aos condicionantes jurídicos e aos institutos do ordenamento para o qual será transplantada (Berkowitz; Pistor; Richard, 2003, p. 71). A Comissão de Reforma do Código Civil não avaliou, pelo que podemos ler dos Relatórios, se o transplante da norma do DCFR, em especial pela referência ao "justo e razoável", seria necessário ou mesmo adequado para o Direito brasileiro, que já contém alguns parâmetros normativos – *e. g.*, a teoria da diferença, a regra de reparação integral e a proibição ao enriquecimento sem causa – para solucionar o problema.

Não sem razão, quanto aos *Principles of European Tort Law* (PETL), que, tal qual o PEL, também adotam o parâmetro do "*fair and reasonable*" em suas regras de responsabilidade aquiliana, critica-se a ausência de critérios que indiquem, a partir dos textos normativos, alguma "direção operativa" segura para a definição, no caso concreto, de quais benefícios podem ser considerados para o cálculo da indenização (Infantino, 2014, p. 426, nota 87). Ao mesmo tempo, compreende-se que uma formulação assim tão genérica da regra seria "conveniente" para evitar aplicações demasiado rígidas da figura em desfavor de vítimas (Infantino, 2014, p. 426, nota 87). No Direito brasileiro, considerando a existência de uma cláusula geral de responsabilidade civil e a regra geral de reparação integral (art. 944 do CC), não parece haver conveniência na criação de uma

18 O ARCC já foi criticado, em termos gerais, por trazer "grande insegurança jurídica" e por conter "uma série de distorções decorrentes da introdução de soluções controversas e pouco testadas" (Frazão; Guedes; Pargendler, 2024). Essa crítica geral pode ser estendida, de modo particular, ao art. 946-B, cujo texto introduz uma solução controversa e pouco testada: o recurso a uma regra geral para o problema da *compensatio lucri cum damno*.

nova regra genérica baseada em um critério central que nada tem de objetivo.

6. POSSÍVEIS INCONSISTÊNCIAS NA APLICAÇÃO DA REGRA

Como vimos argumentando, o art. 946-B não privilegia, diferentemente do que se pretendeu propor na *Justificação* do Relatório Final, "critérios decisórios objetivos" para "a atuação de juízes e tribunais". De modo a avaliar concretamente a inadequação do parâmetro do "justo e razoável", que se afasta muito da noção de um "critério decisório objetivo", consideremos o seguinte caso julgado recentemente pelo STJ: um homem morreu em virtude de acidente automobilístico e sua companheira propôs uma ação contra o ofensor para obter, entre outros valores (por exemplo, danos morais), "prestação de alimentos" sob a forma de uma pensão indenizatória com base no art. 948, II, do CC.[19]

Ela já recebia, no entanto, em virtude desse mesmo ato ilícito – o homicídio de seu companheiro –, uma pensão mensal vitalícia do Estado "no valor integral dos vencimentos" antes recebidos pelo falecido, que era funcionário público. Tendo isso em vista, indagou-se, nesse caso, se alguma indenização seria devida à companheira.

Considerando, em princípio, apenas o *caput* do art. 946-B, a resposta seria positiva. Em regra, "os benefícios advindos para a vítima como resultado do evento lesivo não devem ser levados em consideração na fixação da indenização". Dessa maneira, a pensão estatutária, que é um benefício advindo para a vítima como resultado do "evento lesivo", não deveria ser levada em consideração para a determinação do *quantum* indenizatório.

No entanto, de acordo com o parágrafo único do art. 946-B,

> a regra do *caput* não se aplica aos casos em que os benefícios tenham a mesma natureza do dano causado à vítima, decorram do mesmo evento lesivo, seja justo e razoável levá-los em consideração para a fixação da indenização, conforme a natureza do dano sofrido e, quando conferidos por um terceiro, conforme a finalidade subjacente à concessão desses benefícios.

Em primeiro lugar, para a aplicação dessa exceção, é necessário verificar se os benefícios tinham "a mesma natureza do

19 STJ, REsp n. 1.392.730/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/3/2024, *DJe* de 5/4/2024.

dano causado à vítima". A expressão não tem um exato paralelo na regra do DCFR, na qual a norma se inspirou, pois naquela apenas se alude à "espécie do dano sofrido" ("*kind of damage sustained*"), sem exigir, porém, que ele tenha sido da "mesma natureza" que o benefício.

Conforme o Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa, a identidade de natureza deve dizer respeito aos "interesses atinentes ao dano e aos benefícios", de maneira que "apenas benefícios patrimoniais podem vir a suscitar um abatimento da verba indenizatória relativa a danos patrimoniais". Abstraindo de eventuais danos extrapatrimoniais existentes no caso, essa seria justamente a situação ora analisada: o benefício – a pensão – é de natureza patrimonial assim como o dano – a supressão da renda familiar em virtude do óbito – também o é. Desse modo, o benefício poderia, em princípio, ser considerado para o cálculo da indenização, como de fato ocorreu no caso do STJ.[20]

Contudo, em seu contexto original, nos comentários à expressão "*kind of damage sustained*" do DCFR, que inspirou a referência do art. 946-B à "natureza do dano", entende-se que "seria cínico e qualquer coisa menos 'justo e razoável' dizer", em um caso concreto, "que a perda de alguém próximo também teria trazido consigo benefícios pecuniários" (von Bar; Clive, 2009, p. 3748). Adotada essa interpretação, não seria possível levar em consideração a pensão estatutária, porque não seria justo nem razoável qualificá-la, ao tratar dessa espécie de dano, como um benefício decorrente da morte.

Vemos, dessa maneira, que o art. 946-B do ARCC não resolve o problema, uma vez que se recorre, por meio dele, a um critério fortemente indeterminado, como o "justo e razoável", para balizar a aplicação de outros parâmetros. No caso analisado, o julgador não encontraria uma resposta segura para suas indagações: a regra pode conduzir, como foi possível constatar acima, a dois resultados diametralmente opostos.

Quanto aos outros critérios, na situação analisada, o benefício da pensão estatutária vitalícia decorre do "mesmo evento lesivo" que o dano: ambos foram desencadeados pela morte. Assim, um dos pressupostos para a aplicação do art. 946-B teria sido preenchido.

Por fim, caso os benefícios tenham sido "conferidos por um terceiro", seria preciso avaliar também o cabimento da indenização "conforme a finalidade subjacente à concessão desses benefícios". A "finalidade subjacente à concessão" do benefício da

20 STJ, REsp n. 1.392.730/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/3/2024, *DJe* de 5/4/2024, p. 20.

pensão estatutária vitalícia é a garantia da renda familiar. Trata-se, aparentemente, do mesmo escopo da pensão indenizatória do art. 948, II, do CC, que se volta a reparar as perdas patrimoniais sofridas pelas pessoas a quem o morto devia alimentos.

José de Aguiar Dias, ao comentar dispositivo equivalente ao art. 948, II, na vigência do Código Civil de 1916, observava, porém, que "pensões, seguros etc. não influem na indenização" (1983, n. 230, p. 849). No item dedicado à liquidação do dano, o autor salientava que o recebimento de pensões, mesmo "a título de assistência social", não deve ter influência sobre o valor da indenização (1983, n. 245, p. 879). A justificativa seria, em sua visão, "simples": tais pensões e benefícios constituem "correspectivos de prestações da vítima" e não se poderia, com isso, permitir que o ofensor seja beneficiado pela "previdência da vítima". Em outros termos, não se pode efetivar o ressarcimento de danos "à custa do prejudicado ou daquele que o representa" (1983, p. 879).

A explicação é compreensível e relaciona-se ao chamado "argumento do parasita": o ofensor, por ter praticado um ato ilícito, não deveria, em princípio, poder ser eximido do pagamento de indenização à custa da coletividade, que custeia uma pensão estatutária, ou mesmo à custa de terceiros que ajudem a vítima (Müller, 2000, p. 220).

A despeito da relevância dessas considerações, parece-nos que, na casuística de pensões por morte, o benefício previdenciário, se for integral, implica, em uma perspectiva estritamente patrimonial, a ausência de um prejuízo. Se "indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima" (Rodrigues, 1999, p. 185), não parece haver como cogitar de indenização nessas hipóteses, pois inexiste prejuízo.

A essa conclusão é possível chegar por meio da aplicação da teoria da diferença: comparando-se a situação patrimonial do cônjuge antes da ocorrência do dano e a sua situação patrimonial após o evento danoso, nada surgiria, nesse caso, como diferença: inexiste um prejuízo patrimonial. Nesse sentido, em duas decisões sobre o tema, o STJ reconheceu "não haver direito à indenização sem dano material (prejuízo) efetivo".[21]

Questões relacionadas à responsabilização do ofensor nesses tipos de caso poderiam ser resolvidas de outro modo. A título de exemplo, em alternativa ao pagamento de indenização, que, com base na teoria da diferença, não seria devido, poder-se-ia prever expressamente em lei, em caráter geral, a legitimidade ativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para pro-

21 STJ, REsp n. 1.392.730/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/3/2024, *DJe* de 5/4/2024 , p. 16, e STJ, REsp n. 604.758/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/10/2006, DJ de 18/12/2006.

por ações regressivas contra ofensores nos casos em que forem devidas pensões à vítima de um ato ilícito (cf., a respeito dessas ações, Silva e Luiz [2017, p. 302-309]). Quanto a isso, o art. 120 da Lei n. 8.213, de 1991, já estabelece, em hipótese específica, que a "Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis" em "casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva". Com isso, assegura-se que o causador efetivo do dano seja o responsável pela sua reparação.

Contudo, a despeito dessa alternativa, "a grande maioria dos julgados" na jurisprudência brasileira "não permite a aplicação da *compensatio lucri cum damno*" a casos de benefícios previdenciários por morte (Silva; Luiz, 2017, p. 302). No caso do art. 948, II, do CC, entende-se, nos tribunais, que "a indenização não se compensa com a previdenciária, mas, sim, com o seguro obrigatório" (Godoy, 2017, p. 912).

A explicação dos tribunais revolve os mesmos argumentos de José de Aguiar Dias. Recorre-se, para justificar a cumulação da indenização com a pensão, à "ausência de identidade de causas entre as duas vantagens". Nesse contexto, argumenta-se que o benefício previdenciário decorreria antes das contribuições que foram mensalmente pagas pelo falecido e, por isso, o seu recebimento pela vítima não implicaria "ofensa ao princípio da reparação integral" (Sanseverino, 2010, p. 66-67). Mais uma vez, parece-nos, no entanto, igualmente relevante que, pela teoria da diferença, a presença do benefício previdenciário integral implica necessariamente a ausência de prejuízo patrimonial. Nesse sentido, recentemente, em um caso no qual a pensão previdenciária era integral, o STJ julgou que esse benefício deveria ser levado em conta na avaliação da indenização sob pena de desrespeito ao princípio da reparação integral do dano, "segundo o qual o efetivo prejuízo é o teto da indenização do dano material".[22]

O problema não surge somente na casuística de benefícios previdenciários. Há também as situações em que os benefícios decorrem de doações feitas por terceiros ou de vaquinhas em favor da vítima. Considera-se, na doutrina estrangeira, que tais vantagens não podem ser computadas na indenização (Thiele, 1967, p. 225; Ahrens; Spickhoff, 2022, § 42, p. 551, Rdnr. 70), porque, se usássemos os termos do art. 946-B, a "finalidade subjacente à concessão desses benefícios" não seria, nesses casos, a de exonerar o ofensor de sua responsabilidade (Ebert, 2023, p. 897, Rdnr. 106). Não se considera justo que pagamentos de ter-

22 STJ, REsp n. 1.392.730/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/3/2024, *DJe* de 5/4/2024, p. 20.

ceiros por ocasião do evento danoso tenham o condão de eximir o ofensor da responsabilidade (Koziol; Welser; Zöchling-Jud, 2015, p. 400, Rdnr. 1457).

Além disso, levá-los em consideração para diminuir ou mesmo excluir a indenização "iria, frontalmente, contra a intenção do doador e contra o próprio tipo do contrato de doação" (Pontes de Miranda, 2012 [1954], § 3.111, p. 137), uma vez que, nesses casos, a "verdadeira causa do benefício" seria "a ação caridosa" (Silva; Luiz, 2017, p. 289).

Novamente, tais argumentos, embora bastante compreensíveis e adequadamente fundamentados, não parecem facilmente conciliáveis com a ideia de reparação integral. Se a pensão previdenciária por morte também teria uma causa diversa da indenização, assim como as doações feitas por terceiros o têm, por que essas situações recebem, por vezes, tratamentos distintos na doutrina? Afinal, em ambos os casos, os benefícios podem implicar, na perspectiva da teoria da diferença, que a situação patrimonial da vítima após o evento danoso seja exatamente a mesma em que ela se encontrava antes do dano.

Em um cenário de controvertida jurisprudência e com poucas posições doutrinárias – ainda que dignas de igual relevância –, a criação de uma regra que remeta a solução do problema à apreciação do que seria "justo e razoável", tendo em vista "a natureza do dano" e a "finalidade subjacente" ao benefício, soa desnecessária e imprudente.

7. AVALIAÇÃO CONCLUSIVA DA REGRA

Diante da inexistência de jurisprudência consolidada no Brasil sobre o tema, bem como da ausência de substratos doutrinários aprofundados, não existem elementos suficientes para a criação de uma regra no Código Civil brasileiro para a *compensatio lucri cum damno*. A falta de referências à doutrina e à jurisprudência brasileiras nas *Justificativas* dos Relatórios propostos não é obra do acaso, mas sim um sinal da carência de um amadurecimento de debates acerca desse instituto no país.

Além disso, a experiência de diversos países da tradição romano-germânica revelou a cautela e a prudência de muitos ordenamentos ao se absterem de prever uma regra geral em seus códigos civis quanto à *compensatio lucri cum damno*. Afinal, como já se alertava nos *Motive* do BGB, esse instituto engloba uma variada casuística, que não se reduz a fórmulas

gerais nem pode ser adequadamente resolvida a partir de critérios genéricos.

A expressão "justo e razoável", extraída do DCFR, tampouco é um critério "objetivo e claro para o necessário caminhar da doutrina e aperfeiçoamento das decisões de juízes e tribunais", como pretendia a Comissão. Ao subordinar a esse parâmetro a avaliação de outros critérios, como a natureza do dano e a finalidade da concessão de um benefício, o art. 946-B não soluciona o problema da *compensatio lucri cum damno*, pois não define com segurança em que hipóteses os benefícios devem ser considerados.

Em linha com o que destacam alguns autores alemães, a que aludimos no item 3, parece-nos também que não é possível criar uma fórmula curta, com apenas alguns critérios, sob a forma de regra geral, para resolver a questão de quando os benefícios devem ser levados em conta na fixação da indenização. Por ora, parece mais prudente que, com base no art. 944 do CC, fique a cargo da doutrina e da jurisprudência a solução desses casos.

Diante disso, é mais conveniente, à semelhança do que já ocorre com outros códigos civis do sistema romano-germânico, como o alemão, o francês, o português, o argentino e o italiano, abster-se de prever uma regra geral. Propomos, dessa maneira, que esse artigo seja suprimido do ARCC, de modo a evitar insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ACHILLE, Davide. Danno e vantaggio nel sistema della responsabilità civile: la c.d. compensatio lucri cum damno. **I Contratti**, Milano, v. 6, p. 719-728, 2018.

ALDAX, Martín. Aplicación de la regla compensatio lucri cum damno en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura. **Lecciones y Ensayos**, Buenos Aires, v. 90, p. 19-53, 2012.

AHRENS, Hans-Jürgen; SPICKHOFF, Andreas. **Deliktsrecht mit Wirtschaftsdeliktsrecht**. München: Beck, 2022.

BAR, Christian von *et al*. Contents of the DCFR. *In*: BAR, Christian von *et al.* (eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the

Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. München: sellier, 2009.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric (eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**. Draft Common Frame of Reference (DCFR). München: Sellier, 2009. (v. 4).

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean-Francois. The Transplant Effect. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 51, n. 1, p. 163-204, 2003.

BÜYÜKSAGIS, Erdem. The New Turkish Tort Law. **Journal of European Tort Law**, Berlin, v. 3, p. 44-89, 2012.

BÜDENBENDER, Ulrich. Wechselwirkungen zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation. **Juristen-Zeitung**, Tübingen, v. 50, n. 19, p. 920-928, 1995.

CANTZLER, Klaus. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, v. 156, n. 1, p. 29-59, 1958.

DE CUPIS, Adriano. **Il dano**. Teoria generale della responsabilità civile. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1979. (v. 1).

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. (v. 2).

EBERT, Ina. § 249. *In*: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg (eds.). **Erman** – Bürgerliches Gesetzbuch. 17. ed. Köln: Otto Schmidt, 2023. p. 880-931.

ERM, Dominik. **Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld**: ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 2013.

FERRARI, Mariangela. **La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del dano**. Milano: Giuffrè, 2008.

FRAZÃO, Ana; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; PARGENDLER, Mariana. O anteprojeto de reforma do Código Civil é adequado? NÃO. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 24 maio 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-nao.shtml. Acesso em: 25 jul. 2024.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Comentários aos arts. 927-954 – Responsabilidade civil. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 11. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 882-923.

HAHN, Jakob. **Das Schadensrecht der Geschäftsleiterhaftung**. Schadensbegriff – Verbandsgeldbußenregress – Reputationsschaden – Vorteilsausgleichung. Berlim: Duncker und Humblot, 2022.

INFANTINO, Marta. Making European Tort Law: The Game and Its Players. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, New York, v. 18, n. 1, p. 45-88, 2010.

INFANTINO, Marta. ¿Hacia un derecho europeo de la responsabilidad civil? Los proyectos, los métodos, las perspectivas. **Revista de Derecho Privado**, [*s.l.*], v. 26, p. 407-448, 2014.

KOZIOL, Helmut; WELSER, Rudolf; ZÖCHLING-JUD, Brigitta. **Grundriss des bürgerlichen Rechts** – Schuldrecht – Allgemeiner Teil. Schuldrecht Besonderer Teil. Erbrecht. 14. ed. Wien: MANZ'sche, 2015. (v. 2).

MARTINS, Fábio Floriano Melo *et al*. Responsabilidade civil. **Revista do IASP**, São Paulo, v. 38.1, n. 27, p. 49-56, 2024.

MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. **Schuldrecht I** – Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 22. ed. München: Beck, 2021.

MESSNER, David. Deduction of Benefits in European Tort Law. **Graz Law Working Paper Series**, v. 10, p. 1-16, 2022.

MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II: Recht der Schuldverhältnisse. Berlim: J. Guttentag, 1888.

MÜLLER, Peter. **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**. Berlin: de Gruyter, 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. Desconto de proveitos no direito civil brasileiro ("*compensatio lucri cum damno*"). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 116, n. 24, p. 121-144, 2023.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Contornos essenciais da *compensatio lucri cum damno* na sua acepção clássica. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 34, n. 10, p. 175-219, 2023.

PLETZER, Renate. Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld?. **Juristische Blätter**, Wien, v. 129, n. 7, p. 409-433, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Direito das obrigações. Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. São Paulo: RT, 2012 [1954]. (t. 53).

REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de "choque nervoso" (Schockschaden) no direito civil alemão. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1-34, 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. (v. 4).

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALPICO, Nuno Alexandre Pires. *Compensatio lucri cum damno*: em especial, por violação de direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil**, Coimbra, v. 5, n. 2, p. 307-353, 2020.

SCOGNAMIGLIO, Renato. In tema di «compensatio lucri cum damno». **Il Foro italiano**, Milano, v. 75, n. 1, p. 634-641, 1952.

SILVA, Rafael Peteffi da; VIEIRA LUIZ, Fernando. A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 281-312, 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficacial próprio. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 38, n. 11, p. 33-107, 2024.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Compensatio lucri cum damno* no direito brasileiro: estudo a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o pagamento do DPVAT. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 139-165, 2018.

SCHULZ, Fritz. **Prinzipien des römischen Rechts**. München: Duncker und Humblot, 1934.

STEINER, Renata. **Reparação de danos**: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

THIELE, Wolfgang. Gedanken zur Vorteilsausgleichung. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, v. 167, n. 3, p. 193-240, 1967.

VENCHIARUTTI, Angelo. Damages and Benefits: New Rules for the Compensatio Lucri Cum Damno Doctrine. *In*: HEIDEMANN, Maren (ed.). **The Transformation of Private Law – Principles of Contract and Tort as European and International Law**: A Liber Amicorum for Mads Andenas. Cham: Springer, 2024. p. 699-712.

WATSON, Allan. **Legal transplants**: An Approach to Comparative Law. 2. ed. Athens: University of Georgia, 1993.

XAVIER, Rafael Branco. Remodelação indesejada. **Boletim IDiP-IEC**, São Paulo, 4 jun. 2024. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxi/. Acesso em: 25 jul. 2024.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

A situação do cônjuge e do convivente na sucessão de acordo com o Anteprojeto de Reforma do Código Civil

The position of the spouse or cohabitant in the succession according to the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

AUTORA | AUTHOR

Vivianne Ferreira

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). ADVOGADA EM SÃO PAULO.

RESUMO

O presente artigo discute as mudanças propostas pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil com relação à posição do cônjuge ou do convivente na ordem de vocação hereditária, sua exclusão do rol de herdeiros necessários e a previsão da possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro. Aprovadas tais mudanças, teremos, nos dois primeiros casos, um retorno à situação existente durante a vigência do Código Civil de 1916. Ainda, o pacto sucessório, como introduzido no Anteprojeto, teria limitado alcance. As alterações, em todo caso, não parecem justificadas, atendendo muito mais a mecanismos de planejamento sucessório do que à maioria dos casos de sucessão.

PALAVRAS-CHAVE

Pacto sucessório, vocação hereditária, cônjuge, convivente, herdeiros necessários.

ABSTRACT

This paper discusses the changes proposed by the Civil Code Project in relation to the position of the spouse or cohabitant in the legal order of hereditary vocation, their exclusion from the list of obligatory heirs and the possibility of reciprocal renunciation to the status of heir. Once these changes are approved, there will be, in the first two cases, a return to the situation that existed during the validity of the Civil Code of 1916. Furthermore, the succession contract, as introduced in the Project, would have limited scope. These changes, in any case, do not seem justified, serving much more to succession planning mechanisms than to most succession cases.

KEY WORDS

Succession contract, hereditary vocation, spouse, cohabitant, obligatory heirs.

INTRODUÇÃO

No direito civil, e considerando as matérias tratadas no Código Civil (CC), o direito de família é provavelmente a área mais sujeita a um descompasso entre o que está previsto em lei e a realidade social. Claro, o Direito está sempre fora de contexto (Watson, 2000, p. xi), sendo promulgado necessariamente para aplicação futura e, na maior parte das vezes, por longos períodos de tempo. Porém, em direito de família, esse "estar fora de contexto" é agravado pelo fato de a família ser um núcleo social marcado por constantes transformações. Vale ressaltar, aqui, as mudanças que ocorreram no último século: a família legítima, constituída única e exclusivamente pelo casamento, patriarcal, foi fortemente impactada pela ocupação do espaço público pela mulher, com o necessário reconhecimento da igualdade de gênero, o combate à violência doméstica, bem como pela também necessária proteção da infância, com a proibição constitucional de discriminação entre filhos e a garantia da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, e pelo reconhecimento da família homoafetiva. É evidente que ainda há muito o que fazer para que essas garantias, conquistadas especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), sejam respeitadas, mas é inegável que avançamos no sentido da proteção de um modelo de família mais plural e inclusivo.

Existe, assim, uma percepção de necessidade constante de reforma do direito de família. Tanto é assim que, logo após a promulgação do Código Civil de 1916 (CC/1916), já havia demandas no sentido de reforma e atualização do direito de família recém-codificado (Ferreira, 2017, p. 30-31). Não seria diferente com o Código Civil de 2002 (CC/2002), que, a despeito de ser considerado moderno ao tempo da sua promulgação, teve, por diversas vezes, dispositivos alterados ou revogados; vale lembrar as reformas de 2009 e 2014 sobre o regime de guarda, com a introdução da guarda compartilhada em nosso sistema.

No entanto, o direito das sucessões brasileiro parecia imune a grandes reformas, mantendo em 1916 e também em 2002 sua base de forte inspiração romana (Ferreira, 2012, p. 138). Essa é uma contradição, já que, considerando o grande significado cultural da família em nossa sociedade, existe um aparente consenso em torno da importância da sucessão legítima, com a herança tendo por função amparar parentes mais próximos – vale lembrar as hipóteses bastante restritas de deserdação, o rol

de herdeiros necessários e a legítima que compreende metade da herança.

Embora conservadas grande parte das soluções do CC/1916, o CC/2002 trouxe, sim, algumas novidades. Uma dessas inovações foi a previsão do cônjuge como herdeiro de primeira e segunda classe em concorrência com ascendentes e descendentes (art. 1.829, incs. I e II), além de herdeiro de terceira classe (art. 1.829, inc. III) e, também, como herdeiro necessário (art. 1.845) (Leite, 2003, p. 32-37). Ainda em relação ao cônjuge, não foi prevista a possibilidade da renúncia recíproca entre cônjuges realizada no pacto antenupcial. Ao contrário, o art. 426, em sua redação atual, declara nulo qualquer contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva.

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC), elaborado pela Comissão de Juristas e apresentado ao Senado Federal em abril de 2024, retoma as regras de vocação hereditária do CC/1916, ao mesmo tempo em que modifica o rol de herdeiros necessários e prevê a possibilidade do pacto sucessório, como veremos a seguir.

1. A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E O ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS SEGUNDO O ARCC

O ARCC altera a ordem de vocação hereditária atualmente em vigor. Assim dispõe o seu art. 1829:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I - aos descendentes;
> II - aos ascendentes;
> III - ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente;
> IV - aos colaterais até o quarto grau.

Em primeiro lugar, cabe sublinhar que o art. 1.829, inc. III, passaria a falar em cônjuge ou convivente sobrevivente. O ARCC incorpora, portanto, a decisão do STF que equiparou, para fins sucessórios, o companheiro ao cônjuge, declarando inconstitucional um tratamento do convivente diferente – tido como discriminatório – daquele dado ao cônjuge (STF, Recurso Extraordinário n. 878694 e Recurso Extraordinário n. 646721).

Se aprovado o ARCC, o cônjuge ou convivente deixará de ser chamado à sucessão do autor da herança, concorrendo com descendentes (como herdeiros de primeira classe) ou com as-

cendentes (como herdeiros de segunda classe), como ocorre hoje, de acordo com a redação atual do art. 1.829. No ARCC, o cônjuge ou convivente é apenas herdeiro de terceira classe. Será, pois, chamado à sucessão apenas na ausência de herdeiros das outras duas classes anteriores, ou seja, na ausência de descendentes e ascendentes.

Além da mudança na ordem de vocação hereditária, o ARCC alterou também o rol de herdeiros necessários: "Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes".

Na redação atual do CC, o cônjuge também é herdeiro necessário, além de descendentes e ascendentes – doutrina e jurisprudência reconhecem, majoritariamente, também o convivente como herdeiro necessário. Deixando de ser herdeiro necessário, conforme a proposta do ARCC, basta que o cônjuge ou convivente não seja contemplado em testamento que disponha sobre a totalidade dos bens da herança para que seja afastado da sucessão.

Na justificativa do Anteprojeto, é apontado como motivo para as mudanças na ordem de vocação hereditária e no rol de herdeiros necessários a "progressiva igualdade entre homens e mulheres na família" e o "ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas" (Relatório Final, p. 307). Ainda, a justificativa afirma que tais mudanças tinham por objetivo "atender a determinadas demandas da sociedade civil".

O ARCC desconsidera, no entanto, que a "progressiva igualdade entre homens e mulheres na família" é relativa, atingindo de forma mais intensa determinados grupos socioeconômicos, grupos estes especialmente privilegiados dentro da heterogênea sociedade brasileira. Sim, é verdade que, sob a perspectiva do planejamento sucessório, é interessante não ter o cônjuge ou convivente concorrendo com descendentes e ascendentes, bem como não o ter entre os herdeiros necessários. No entanto, os casos de planejamento sucessório não deveriam pautar a alteração do CC, justamente por não representarem a grande maioria dos casos de sucessão. Mulheres ainda são as principais – quando não as únicas – responsáveis pelo cuidado; são elas que, normalmente, abrem mão ou diminuem o ritmo de trabalho em prol dos cuidados com a família. A lei não deveria ignorar essa realidade, enquanto se apoia em uma igualdade que é muito mais formal do que material.

2. A PREVISÃO DE PACTO SUCESSÓRIO NO ARCC

Uma novidade trazida pelo ARCC foi a previsão, inédita em nosso sistema, da possibilidade do pacto sucessório, com a alteração da redação atual do art. 426, que proíbe o contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva:

> Art. 426.
> § 1º Não são considerados contratos tendo por objeto herança de pessoa viva, os negócios:
> I - firmados, em conjunto, entre herdeiros necessários, descendentes, que disponham diretivas sobre colação de bens, excesso inoficioso, partilhas de participações societárias, mesmo estando ainda vivo o ascendente comum;
> II - que permitam aos nubentes ou conviventes, por pacto antenupcial ou convivencial, renunciar à condição de herdeiro.
> § 2º Os nubentes podem, por meio de pacto antenupcial ou por escritura pública pós-nupcial, e os conviventes, por meio de escritura pública de união estável, renunciar reciprocamente à condição de herdeiro do outro cônjuge ou convivente.
> § 3º A renúncia pode ser condicionada, ainda, à sobrevivência ou não de parentes sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do art. 1.829 deste Código, não sendo necessário que a condição seja recíproca.
> § 4º A renúncia não implica perda do direito real de habitação previsto no art. 1.831 deste Código, salvo expressa previsão dos cônjuges ou conviventes.
> § 5º São nulas quaisquer outras disposições contratuais sucessórias que não as previstas neste código, sejam unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.
> § 6º A renúncia será ineficaz se, no momento da morte do cônjuge ou convivente, o falecido não deixar parentes sucessíveis, segundo a ordem de vocação hereditária.

A justificativa para tal alteração é "a aderência das regras contratuais às atuais tendências culturais e sociais" (Relatório Final, p. 287). Aqui, interessam-nos os parágrafos que se referem a cônjuges e conviventes (§§ 2º, 3º, 4º e 6º). Porém, ressaltamos que a regra geral segue sendo a nulidade do pacto sucessório, como afirma o § 5º do art. 426 do ARCC. Os autores do Anteprojeto foram, ainda, bem tímidos, abrindo espaço apenas para dois tipos de pacto sucessório que seriam exceções à regra geral proibitiva: além da renúncia recíproca entre cônjuges ou

conviventes, seria admitido o pacto sucessório entre descendentes herdeiros necessários desde que tratem de colação, excesso inoficioso ou partilha de participações societárias. É a consagração, por assim dizer, da *holding* familiar, enquanto pactos sucessórios a respeito da renúncia de herança futura, por exemplo, seguem sendo inválidos. Novamente, o ARCC atende mais anseios do planejamento sucessório, enquanto deixa de dar o passo que poderia, de fato, arejar o direito das sucessões. Em vez disso, opta por normalizar a escolha do direito societário como alternativa ao engessado direito das sucessões (Ferreira, 2019, p. 658-659).

Voltemos ao nosso problema, a situação do cônjuge ou convivente na sucessão de acordo com o ARCC. Aprovado o seu texto, será válida a renúncia recíproca à condição de herdeiro realizada por meio de pacto antenupcial ou escritura pública pós-nupcial, no caso dos cônjuges, ou por meio de escritura pública de união estável, no caso dos conviventes.

É interessante que a renúncia deva ser recíproca. A renúncia de um só dos cônjuges ou companheiros seria nula, recaindo sobre a regra geral da proibição do pacto sucessório.

Há dois pontos, ainda, que devemos ressaltar. Primeiro, com a proposta de alteração do art. 426 e a validade de alguns (poucos) pactos sucessórios, o ARCC abre a porta para a sucessão contratual. O problema clássico da sucessão contratual não é a morbidez que cercaria esse tipo de contrato (Beviláqua, 2020, p. 319), mas o fato de os contratos serem, em princípio, irrevogáveis, enquanto declarações de vontade voltadas para a sucessão (disposições de última vontade) serem revogáveis a qualquer tempo. A esse respeito, o ARCC nada diz. Os cônjuges ou conviventes que renunciem reciprocamente à herança do outro poderiam revogar o pacto sucessório ou, em outras palavras, o compromisso assumido de não se tornar herdeiro do outro?

Segundo, a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro por cônjuges ou conviventes perde importância se o cônjuge e companheiro não for herdeiro necessário; o mesmo ocorre em relação à condição de cônjuge ou convivente de herdeiro de terceira classe. Parece ter havido uma piora significativa da condição do cônjuge ou convivente quanto ao quadro atual sem que haja justificativa ou mesmo necessidade para tanto. O pacto sucessório entre cônjuges ou conviventes faz sentido se estes concorrerem, em especial, com descendentes. Não sendo o cônjuge herdeiro necessário, basta que haja um testamento

(um instrumento esquecido, mas fundamental de planejamento sucessório) para que ele não se torne herdeiro.

CONCLUSÃO

O ARCC, no que se refere especificamente à situação de cônjuges e companheiros no direito das sucessões aqui analisada, representa certo retrocesso em relação ao CC/2002 ao retirar o cônjuge ou convivente do rol de parentes que devam ser amparados com a morte do autor da herança. Naturalmente, tal alteração faz todo o sentido em situações nas quais as mulheres sejam economicamente ativas e independentes e dividam o cuidado com a família de forma equilibrada com seus cônjuges ou conviventes. Essa não é, porém, a realidade da maioria das mulheres. Mesmo no caso de famílias recompostas, muitas vezes o direito à herança está intrinsecamente ligado ao próprio reconhecimento daquela pessoa como integrante da família.

As mudanças propostas são salutares do ponto de vista do planejamento sucessório e da proteção da integralidade do patrimônio familiar. Essas situações, porém, não representam a regra ou a maior parte dos casos.

Com relação ao núcleo familiar, há espaço, naturalmente, para um fortalecimento da autonomia privada. Apenas não devemos o fazer a partir de premissas superdimensionadas, esquecendo da realidade da maior parte das famílias brasileiras, nas quais o pouco de toda uma vida (e normalmente uma vida desigualmente a dois) é dividido.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Campinas: Red Livros, 2020.

FERREIRA, Vivianne. La formazione del diritto delle successioni brasiliano. *In*: AMAYUELAS, Esther Arroyo *et al.* (eds.). **Casi controversi in materia di diritto delle successioni**. Esperienze straniere. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. (v. 2). p. 657-669.

FERREIRA, Vivianne. **Die soziale Funktion des Vertrages**: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur richterlichen Vertragsanpassung. Baden-Baden: Nomos, 2017.

FERREIRA, Vivianne. Das brasilianische Recht und die europäische Romanistik. *In:* BALDUS, Christian *et al.* (eds.). **Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen**. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011). Trento: Università degli studi di Trento, 2012. p. 89-116.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 815, p. 32-37, 2003.

WATSON, Alan. **Law out of context**. Atenas: University of Georgia Press, 2000.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Direito à identidade pessoal no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

The right to personal identity in the Preliminary Draft of the Brazilian Civil Code Reform

AUTOR | AUTHOR

Wallace Corbo

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO RIO) E DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ).

RESUMO

Partindo da premissa de que a constitucionalização do direito civil é um projeto ainda inacabado, este artigo examina como o Anteprojeto de Reforma do Código Civil contribui para avançar este fenômeno ao erigir a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e, especialmente, o direito à identidade pessoal à centralidade do Código Civil. Assim, passa-se à análise de como os artigos 16 a 18 do Anteprojeto buscam dispor acerca do direito à identidade pessoal, ao reconhecimento e à não discriminação, apresentando-se, ao fim, algumas reflexões acerca dos avanços efetivos e de necessários aprimoramentos ao Anteprojeto.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à identidade pessoal, constitucionalização do direito civil, Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

ABSTRACT

Based on the premise that the constitutionalization of Civil Law is an unfinished project, this article analyzes how the Draft Civil Code Reform advances this phenomenon by elevating human dignity, fundamental rights, and especially the right to personal identity to the centrality of the Civil Code. Thus, it proceeds to examine how Articles 16 to 18 of the ARCC aim to address the right to personal identity, recognition, and non-discrimination, concluding with some reflections on the effective advancements and necessary improvements to the Draft.

KEYWORDS

Right to personal identity, constitutionalization of civil law, Draft Civil Code Reform.

INTRODUÇÃO

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil (ARCC) representa o mais substancial esforço de revisão e atualização do Código desde sua edição em 2002. Conforme afirmou a Comissão de Juristas responsável por sua elaboração, o objetivo do ARCC não foi propriamente substituir o código de modo "descolado da experiência passada" (Brasil, 2024). Nos termos da justificação, os objetivos da Comissão foram múltiplos: preservar o texto normativo naquilo que se teria revelado eficaz; propor modificações que trouxessem respostas a fenômenos de maior relevância jurídica recente; além de atualizar o Código à luz das contribuições da jurisprudência e da doutrina moldadas pelas mais de duas décadas de vigência do vigente diploma civilista. Com a divulgação do Anteprojeto, inicia-se a fase de reflexão acerca da proposta junto à sociedade civil, esforço no qual este artigo se insere.

Em específico, voltamos nossa atenção às disposições do ARCC sobre o chamado direito de identidade pessoal e como ele é fundamentado a partir de uma nova centralidade (expressa) que o ARCC atribui à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Trata-se de três conceitos hoje inexistentes no Código Civil (CC), que virtualmente silencia acerca do direito à identidade como direito fundamental ou da personalidade vinculado à dignidade humana.

Neste artigo, pretendemos situar o ARCC em uma trajetória do pensamento civilista que dialoga com o processo de constitucionalização do direito civil a partir do marco da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Situado o ARCC nesse contexto, analisamos o conteúdo normativo da proposta trazida pelo ARCC, notadamente pelos arts. 16 a 18 inseridos no Anteprojeto, buscando compreender como esses dispositivos se relacionam com as reivindicações contemporâneas por respeito à identidade e não discriminação. Por fim, tecemos algumas reflexões críticas acerca da proposta trazida pelo ARCC – a ensejar amadurecimento e considerações mais aprofundadas pela sociedade civil, pela academia e pelo Poder Legislativo.

1. O ARCC COMO PARTE DO PROJETO (AINDA) INACABADO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A ideia de que o direito civil, como todos os ramos do Direito, deve ser interpretado à luz da Constituição parece, atualmente, banal. Qualquer estudante de Direito nos primeiros períodos da faculdade consegue compreender, de maneira mais ou menos aprofundada, que a Constituição ocupa o ápice (ou o centro, ou o fundamento) do sistema jurídico, irradiando suas regras e seus princípios para todo o ordenamento que com ela deve ser compatibilizado.[1] Essas premissas aparentemente tão simplórias estavam longe de serem evidentes quando um conjunto de autores e autoras passaram a propor o que viria a se consagrar como uma verdadeira escola de pensamento jurídico no Brasil: a Escola do Direito Civil Constitucional.

Não nos cabe, aqui, reconstruir historicamente a construção e afirmação dessa corrente de pensamento.[2] Basta destacar que, no Brasil, obras de autores como Maria Celina Bodin de Moraes (1991), Gustavo Tepedino (2007), Heloísa Helena Barboza[3] e Luiz Edson Fachin[4] – em importante medida influenciados, ainda, pelo pensamento de Pietro Perlingieri (2020) – contribuíram para uma virada epistemológica no estudo do direito civil. Enquanto as correntes civilistas predominantes propunham uma leitura do CC centrada nos aspectos patrimoniais das relações privadas e em concepções oitocentistas do direito civil, a Escola do Direito Civil Constitucional passou a propor uma interpretação dos institutos civilistas a partir de suas repercussões existenciais e tendo por norte a Constituição e seus valores centrais – notadamente, a dignidade da pessoa humana.[5]

Um CC depois, pode-se dizer que a constitucionalização do direito civil foi uma ideia vitoriosa. Como prática, contudo, trata-se de um projeto ainda inacabado. Isso ocorre, em especial, por duas razões.

A primeira razão é porque o Código Civil de 2002 (CC/2002) já nasceu velho. Essa também é uma afirmação atualmente banal, mas vale a breve explicação: a despeito de sua edição mais de dez anos após a promulgação da CF/88, o projeto que culminou no CC/2002 foi originalmente elaborado ainda nos anos 1960, com atualizações ao longo das décadas que não incorporaram as mais básicas inovações constitucionais. Entre os exemplos mais comumente elencados a esse respeito, basta observar que o Código tratava de maneira desigual a união estável

1 Trata-se aqui da teoria da eficácia irradiante dos princípios constitucionais assentada, no direito comparado, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso Lüth (Alemanha, 2024).

2 Para um panorama da história da escola do direito civil constitucional, confira-se Schreiber (2016, p. 3-8).

3 Em conjunto, Moraes, Tepedino e Barboza sedimentaram a aplicação da metodologia civil-constitucional em sua interpretação do CC/2002 (Barboza; Moraes; Tepedino, 2014).

4 Este, notadamente, pela liderança do grupo de pesquisa "Virada de Copérnico" no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Schreiber, 2016, p. 7).

5 Esta é, contudo, uma simplificação de um debate mais amplo. Em realidade, o projeto da escola do Direito Civil Constitucional envolveu não apenas uma perspectiva teórica – repensar o próprio conceito de direito civil, na medida em que o CC perdia sua centralidade na sociedade contemporânea – como também uma perspectiva metodológica – concernente à própria epistemologia do direito civil e aos mecanismos de interpretação e reinterpretação de seus institutos (Schreiber, 2016; Konder, 2016).

e o casamento, para fins sucessórios, em frontal contrariedade ao texto constitucional. Soma-se a isso as múltiplas formas de discriminação de gênero ou estereotipagem das mulheres ainda presentes no CC (Silva, 2016). O desencontro entre o projeto que se tornaria o CC/2002 e a sociedade existente quando da sua discussão (nos anos 1990 e 2000) foi, em parte, o que levou à oposição de autores então comprometidos com uma visão constitucionalizada do direito civil (Tepedino, 2007). O fato é que o projeto foi aprovado, cabendo novamente à doutrina e jurisprudência, pela interpretação conforme à Constituição, adequar o diploma civilista aos ditames constitucionais.

Ocorre que, passados mais de 20 anos desde a edição, evidencia-se a segunda razão pela qual a constitucionalização do direito civil ainda reflete um projeto inacabado. É que, apesar de a doutrina e jurisprudência haverem avançado uma hermenêutica constitucionalizada do direito civil, parte significativa do texto do Código permanece inalterada – refletindo uma distância cada vez maior entre a realidade e o texto normativo.[6] Nesse sentido, a Comissão responsável pela elaboração do ARCC afirmou que "a constitucionalização do direito civil, cada vez mais estruturada pela doutrina e jurisprudência, não é necessariamente acompanhada pelo ordenamento civil".

Isso permite compreender o ARCC como uma proposta de avançar o projeto de constitucionalização do direito civil, o que exige indagar de que forma o Anteprojeto o faz. Três inovações chamam atenção a esse respeito.

A primeira consiste na proposta de inclusão de parágrafo único ao art. 1º reconhecendo os "direitos, deveres e liberdades fundamentais" de todas as pessoas naturais em território nacional. Tratar-se-ia da primeira menção aos direitos fundamentais em um CC brasileiro.

A segunda inovação que merece destaque consta da proposta de nova redação do *caput* do art. 11 apresentada no ARCC – notadamente, na afirmação de que "os direitos da personalidade se prestam à tutela da dignidade humana". Essa leitura finalística dos direitos da personalidade não é inovadora no plano teórico (Moraes, 2003), mas é, sem dúvidas, inovadora no plano textual. Pela primeira vez, a dignidade da pessoa humana seria expressamente mencionada como princípio estruturante do direito civil – superando um silêncio até hoje incompatível com a centralidade que o princípio possui no ordenamento constitucional.[7] Nesse sentido, o princípio ressurge em diversos outros

6 Isso sem mencionar a distância entre o texto normativo e as normas efetivamente vigentes. Normas que são fruto da interpretação judicial ou doutrinária cada vez mais heterodoxas, para dar conta das complexidades eventualmente nem mesmo concebidas pelo texto do código. Daí que súmulas (vinculantes ou não), acórdãos (em recursos repetitivos ou não), ou enunciados das mais diversas espécies de "jornadas" (sem qualquer normatividade e/ou de legitimidade questionável) ocupem o espaço de fontes quase primárias do Direito, em detrimento de um texto desatualizado e, por isso, tensionado pela atividade interpretativa.

7 Diversos autores aprofundaram o tema da centralidade da dignidade da pessoa humana no plano constitucional, como Ana Paula de Barcellos (2011), Luis Roberto Barroso (2012) e Daniel Sarmento (2016).

dispositivos do ARCC, a indicar um CC efetivamente elaborado a partir da ótica de proteção integral da pessoa humana.

Por fim, conferindo ainda maior concretude ao projeto de constitucionalização a partir da centralidade da pessoa humana, o ARCC reconheceu – também pelo que seria a primeira vez em texto normativo expresso – o "direito à identidade da pessoa natural", revelado por seu pertencimento a múltiplos grupos sociais e com uma previsão expressa de vedação à discriminação.

A afirmação dos direitos fundamentais das pessoas naturais, da tutela da dignidade humana como finalidade dos direitos da personalidade e do direito à proteção da identidade individual contra toda forma de discriminação revelam, em conjunto, um passo adiante do direito civil em direção à CF/88. Cada um desses aspectos poderia ser aprofundado individualmente de maneira extensa. Dada a granularidade com a qual a terceira inovação – o direito à identidade da pessoa natural – é regulada pela ARCC, as próximas reflexões são dedicadas especificamente aos arts. 16 a 18 do ARCC, expondo seus aspectos centrais para, posteriormente, apresentar algumas reflexões que se afiguram essenciais no momento de debate social sobre o Anteprojeto.

2. O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO ARCC (ARTS. 16 A 18)

O debate político contemporâneo gravita cada vez mais em torno do conceito de identidade. Isso ocorreu, principalmente, devido ao fortalecimento dos chamados novos movimentos sociais, na segunda metade do século XX. Os movimentos de mulheres, pessoas LGBTQIA+, pessoas negras e outros articulam suas reivindicações a partir de seus lugares sociais, do respeito às suas identidades de gênero, sexuais, raciais. O que significa "identidade", contudo, não é autoexplicativo. Do Iluminismo à Pós-Modernidade, a ideia de identidade teve múltiplos e conflitantes significados (Hall, 2006). Não nos cabe, aqui, reconstruir todos – porque o ARCC também não o pretende fazer. Nesse ponto, longe de ser uma obra teórica, o ARCC – como proposta normativa – assume uma concepção sobre o direito à identidade que reflete as reivindicações mais evidentes no cenário contemporâneo.[8] Notadamente, a proposta dos arts. 16 a 18 contida no ARCC não conceitua a ideia de identidade pessoal, mas estabelece os elementos constitutivos da identidade protegida pelo ARCC.

8 Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2007), contudo, o direito à identidade pessoal já vinha sendo reconhecido pelos tribunais como um direito da personalidade autônomo – representando "uma 'fórmula sintética' para destacar a pessoa globalmente considerada, de seus elementos, características e manifestações".

Nesse sentido, o art. 16 estabelece que a identidade pessoal é revelada pelo estado "individual, familiar e político" da pessoa. Significa dizer que, na perspectiva adotada pelo art. 16, o direito à identidade erige-se de três status da pessoa natural: seu status como indivíduo, seu status como membro de uma unidade familiar e seu status como membro da comunidade política. Os parágrafos do referido artigo dispõem, por sua vez, acerca do nome e das correspondentes técnicas de anonimização como projeções da individualidade e da identidade assumida publicamente.

O art. 17, por sua vez, densifica aspectos da identidade no plano individual e político ao afirmar que a identidade pessoal é composta do "conjunto de atributos, características, comportamentos e escolhas que distingam das demais". Há o reconhecimento, portanto, de que a identidade pessoal é formada não apenas por atributos inerentes ao indivíduo – eventualmente até mesmo imutáveis – mas também pelas escolhas que realiza no exercício de sua autonomia existencial. Incluem-se, portanto, na identidade pessoal, o nome, a imagem, a voz, a integridade psicofísica, a orientação ou expressão de gênero, sexual, religiosa, cultural e outros aspectos inerentes à tal identidade (art. 17, § 2º do ARCC).

Por fim, quanto ao status familiar do indivíduo, o art. 18 estabelece o direito da pessoa a "conhecer suas origens ancestrais, biológicas, étnicas, culturais e sociais por meio de dados e informações disponíveis em arquivos públicos ou [...] de interesse público".

Além de estabelecer os elementos da identidade pessoal, o ARCC vincula ao direito à identidade o direito a não ser discriminado em razão de sua identidade. De maneira expressa, a parte final do *caput* do art. 16 veda a discriminação de gênero, orientação sexual ou em razão de características sexuais. Já o art. 17 estabelece o direito ao reconhecimento e preservação da identidade pessoal – do que decorre o contraposto dever a respeitar e, portanto, não discriminar a pessoa natural em razão de sua identidade.

3. REFLEXÕES ACERCA DOS AVANÇOS EFETIVOS E DAS POSSIBILIDADES FUTURAS PARA O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO ARCC

Os arts. 16 a 18 do ARCC configuram inovação não apenas no CC, mas também na legislação de direito privado em geral. O

reconhecimento de um direito à identidade pessoal, há muito extraído de normas constitucionais ou supralegais, não consta de maneira expressa em normas de direito privado. Neste sentido é que se pode afirmar, como observado, que o ARCC avança em direção a um direito civil crescentemente constitucionalizado sob a égide da dignidade humana.

É de se notar, ainda, que o ARCC abriu caminho para a interação – até o momento virtualmente inexistente – entre o direito civil e o direito antidiscriminatório. Apesar de a discriminação contra grupos vulneráveis ocorrer de maneira significativa no âmbito das relações privadas, a legislação civilista nacional deixou de regular o fenômeno da discriminação e do seu enfrentamento. Ao reconhecer um direito à identidade e ao reconhecimento que vedam a negação e violação de direitos de grupos vulneráveis, permite-se aprofundar uma leitura do direito civil comprometida com a proteção de direitos fundamentais.

É certo, contudo, que algumas alterações poderiam tornar o ARCC ainda mais próximo de um projeto de constitucionalização do direito civil que assume a centralidade da dignidade humana nas relações privadas.

A primeira alteração do ARCC a merecer reflexão diz respeito à necessidade de se tratar dos aspectos antidiscriminatórios concernentes aos direitos da personalidade em dispositivo próprio e em linguagem mais abrangente. Isso ocorre por duas razões: primeiro, porque, nos termos atuais, o ARCC dá margem à interpretação de que a discriminação vedada seria apenas aquela que ocorre "quanto a gênero, a orientação sexual ou a características sexuais" (art. 16). Isso, por certo, vai de encontro ao objetivo do ARCC; que é também proteger o direito à identidade religiosa, cultural e de "outros aspectos" (art. 17). Além disso, restringir a vedação à discriminação a apenas alguns dos elementos da identidade pessoal tornaria o ARCC – tal qual o CC/2002, quando da sua elaboração – velho na origem. Isso porque o bloco de constitucionalidade brasileiro reconhece, hoje, a proteção expressa de outros grupos sociais contra a discriminação – a exemplo das pessoas com deficiência e das pessoas negras. Destacar o direito à identidade do direito à não discriminação permite, portanto, tratar de maneira mais transparente e efetiva de ambos os direitos – de um lado, a identidade protegida em seus diferentes elementos; de outro lado, o direito a não sofrer discriminação em razão da manifestação de quaisquer dessas identidades.

Segunda reflexão que merece ser incorporada ao ARCC, ainda na linha anterior, diz respeito à necessidade de se extrapolar ainda mais as reflexões do direito antidiscriminatório a outros dispositivos do CC. Sendo a identidade pessoal central à reforma proposta, ela deve guiar também as demais seções do Código – com repercussões sobre o direito dos contratos, das famílias, de sucessões, das empresas e outros. Tal preocupação não é ignorada pelo ARCC, que a reflete em diversos dispositivos (como o art. 609-D, parágrafo único; art. 1.596; art. 1.629-B; e dispositivos do proposto Livro VI), mas não se encontra, tampouco, esgotada.[9]

Por fim, as reflexões do ARCC merecem aprofundamento quanto à extensão da proteção ao direito à identidade. Não há dúvidas de que o direito à identidade e ao reconhecimento impedem, por exemplo, a discriminação praticada com base em gênero, orientação sexual, religião, raça e outros. O ARCC vai além, contudo, ao partir do direito à identidade pessoal para afirmar faculdades jurídicas que colidem diretamente com direitos fundamentais consagrados na Constituição. Isso é evidenciado pela proibição absoluta estabelecida pelo ARCC ao uso do nome, sem autorização da pessoa, em "publicações ou representações [...] que tenham fins econômicos ou comerciais" (art. 16). O mesmo problema evidencia-se na proibição contida no ARCC à "divulgação não autorizada dos elementos de identidade da pessoa" (art. 17, § 2º do ARCC).

Não se deve confundir proteção da identidade pessoal da vítima de discriminação e marginalização social com um suposto direito absoluto do indivíduo sobre todos os aspectos concernentes a si. Notadamente, quando se fala no uso não autorizado do nome e dos elementos identificadores do indivíduo, devem-se diferenciar as situações em que esse uso revela discriminação – por exemplo, no uso de nome masculino para se referir a uma mulher transexual, de forma a produzir danos morais contra essa mulher – de situações em que esse uso revela o exercício regular de direitos fundamentais – como no caso de biografias não autorizadas, ou da simples divulgação de notícias, informações ou críticas a pessoas públicas ou envolvidas em fatos de interesse público. Nesse último aspecto, as meras ressalvas feitas pelo art. 17-A e pela parte final do art. 20, § 1º do ARCC à liberdade de expressão, de informação e ao direito de crítica não parecem elevar tais direitos fundamentais à condição central que merecem ter na legislação civilista – ao lado da dignidade, do direito ao reconhecimento e do direito à identidade.

9 Basta verificar que os dispositivos concernentes à responsabilidade civil silenciam acerca da responsabilidade por atos discriminatórios, cuja reparação individual e eventualmente coletiva merecem consideração específica.

CONCLUSÃO

O debate acerca do ARCC apenas se inicia. Este início, contudo, é marcado por um fato inequívoco: está-se diante de um Anteprojeto que – com acertos ou erros – dialoga e tensiona com a sociedade atual de forma que o CC/2002 possivelmente já não seja capaz de fazer. Mantenha-se ou não o texto proposto pelo ARCC, nenhum novo debate parece ser possível sem seguir algumas de suas linhas centrais – notadamente, a inafastável necessidade de se abordar o debate civilista a partir da CF/88, de seu núcleo axiológico – a dignidade humana – e de sua finalidade última: resguardar e promover os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51**. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1958/01/rs19580115_1bvr040051.html. Acesso em: 27 jul. 2024.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. (v. 4).

BARCELLOS, Ana Paula De. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da humana no direito constitucional contemporânea**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9589177. Acesso em: 27 jul. 2024.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP & A, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson;

KONDER, Carlos Nelson (orgs.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 25-46.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 5, p. 1-20, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti**. 4. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Concurso Público para Professor Titular. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (orgs.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1-24.

SILVA, Cristina Telles de Araújo. **Por um constitucionalismo feminista**: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. 2016. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

REVISTA
JURÍDICA
PROFISSIONAL

Volume especial

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil em debate | 2024

ISSN 2764-8664

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

FGV DIREITO SP