A Reforma do Código Civil

Artigos sobre a atualização
da Lei nº 10.406/2002

Org. **Rodrigo Pacheco**

SENADO FEDERAL

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2025 – 2026

Senador Davi Alcolumbre
PRESIDENTE

Senador Eduardo Gomes
PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Humberto Costa
SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senadora Daniella Ribeiro
PRIMEIRA-SECRETÁRIA

Senador Confúcio Moura
SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senadora Ana Paula Lobato
TERCEIRA-SECRETÁRIA

Senador Laércio Oliveira
QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues
Senador Mecias de Jesus
Senador Styvenson Valentim
Senadora Soraya Thronicke

A Reforma do Código Civil

Artigos sobre a atualização da Lei nº 10.406/2002

Org. **Rodrigo Pacheco**

Brasília – 2025

SENADO FEDERAL

SENADO FEDERAL

Diretora-Geral
Ilana Trombka

Secretário-Geral da Mesa
Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Secretaria de Editoração e Publicações
Diretor: Rafael A. Chervenski da Silva

Coordenação de Edições Técnicas
Coordenador: Aloysio de Britto Vieira

Serviço de Publicações Técnico-Legislativas
Chefe: Raphael Melleiro. Projeto gráfico e capa: Gilmar Rodrigues.
Preparação de originais: Mesaque Vidal e Walfrido Vianna.
Formatação: Camila Hott, Gilmar Rodrigues e Rejane Campos.

R332 A reforma do Código Civil : artigos sobre a atualização da Lei nº 10.406/2002 / org. Rodrigo Pacheco. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2025.
515 p.

Conteúdo: Apresentação – Introdução – Fundamentos – Parte Geral – Obrigações e responsabilidade civil – Contratos – Direito de Empresa – Direito das Coisas – Direito de Família – Direito das Sucessões – Direito Digital – Aportes dos consultores da Comissão – Posfácio.

ISBN: 978-65-5676-559-4 (PDF)

1. Direito civil, legislação, Brasil. 2. Reforma legislativa, Brasil. 3. Brasil. [Código Civil (2002)]. 4. Brasil. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, 2023-2024. I. Pacheco, Rodrigo, org.

CDDir 342.1

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF

Sumário

APRESENTAÇÃO

11 **A Reforma do Código Civil**
Rodrigo Pacheco

INTRODUÇÃO

15 **O anteprojeto de atualização do Código Civil**
Luis Felipe Salomão

FUNDAMENTOS

21 **Subsídios jurisprudenciais**
Marco Aurélio Bellizze Oliveira
Subsídios jurisprudenciais para a proposta de atualização do regime da prescrição no Código Civil

39 **Coerência e funcionalidade**
Rosa Maria de Andrade Nery
Código Civil: um sistema de coerência e de funcionalidade

45 **Visão geral e metodologia**
Flávio Tartuce
A reforma do Código Civil: visão geral e metodologia dos trabalhos da Comissão de Juristas

PARTE GERAL

61 **Personalidade internacional**
Rodrigo Mudrovitsch
Personalidade internacional na Reforma do Código Civil

71 **Invalidade do negócio jurídico**
Rogério Marrone Castro Sampaio
Invalidade do negócio jurídico no anteprojeto de reforma do Código Civil

OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL

89 **Teoria Geral das Obrigações**
José Fernando Simão
Guilherme Telles Anfe
Reformar é necessário: uma visão geral das propostas na Teoria Geral das Obrigações

107 **Risco e responsabilização objetiva**
Maria Isabel Gallotti
Natasha Cardoso
O relevante papel do risco no Anteprojeto de Reforma do Código Civil e a responsabilização objetiva

117 **Danos extrapatrimoniais**
Patrícia Carrijo
Os danos extrapatrimoniais na reforma do Código Civil

123 **Títulos de crédito**
Edvaldo Brito
Títulos de crédito no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

131 **Prevenção e responsabilidade**
Nelson Rosenvald
Função preventiva da responsabilidade civil no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

CONTRATOS

147 **A compra e venda e a doação**
Carlos Eduardo Elias de Oliveira
Contratos em espécie e atualização do Código Civil: propostas quanto à compra e venda e à doação

159 **O seguro**
Angélica Carlini
Contratos em espécie e atualização do Código Civil: propostas relativas ao seguro

169 **Princípios contratuais**
Claudia Lima Marques
Princípios contratuais no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

185 **Revisão e resolução contratual**
Carlos Eduardo Pianovski
Revisão e resolução dos contratos por fatos supervenientes no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

DIREITO DE EMPRESA

199 **Direito Empresarial**
Paula Forgioni
O Direito Empresarial no projeto de revisão e atualização do Código Civil

207 **Sociedade limitada**
Moacyr Lobato
A sociedade limitada e as propostas de atualização e reforma do Código Civil

217 **Segurança jurídica**
Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Segurança jurídica e o Direito de Empresa na Reforma do Código Civil

227 **Princípios do Direito Empresarial**
Flavio Galdino
Princípios do Direito Empresarial no Projeto de Reforma do Código Civil: análise da proposta de novo art. 966-A do Código Civil

241 **Conceito de *empresa***
Daniel Carnio Costa
Danieli Carla Cardozo Beltramini
A evolução do conceito de *empresa* no Direito brasileiro: desafios e perspectivas da Reforma do Código Civil

DIREITO DAS COISAS

253 **Posse e propriedade**
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Propostas sobre a posse e a propriedade no Projeto de Reforma do Código Civil

263 **Condomínio edilício**
Marcelo Milagres
O condomínio edilício no Anteprojeto de Reforma e Atualização da codificação privada de 2002

273 **Garantias reais**
Carlos Vieira
As garantias reais e as proposições para a sua atualização no Código Civil

DIREITO DE FAMÍLIA

287 **Dissolução**
Pablo Stolze
Dissolução do casamento e da união estável na Reforma do Código Civil

299 **Paternidade**
Maria Berenice Dias
O reconhecimento extrajudicial da paternidade na reforma do Código Civil

309 **Tutela e curatela**
Marco Buzzi
Morian Linke
A tutela e a curatela na Reforma do Código Civil

323 **Regime de bens**
Rolf Madaleno
Regime de bens no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

DIREITO DAS SUCESSÕES

335 **Direito das Sucessões**
Mário Luiz Delgado
O Direito das Sucessões no anteprojeto de reforma do Código Civil

363 **Nova ordem de sucessão**
Giselda Hironaka
A nova ordem de sucessão hereditária proposta para o art. 1.829 do Código Civil

373 **Sucessão testamentária**
Cesar Asfor Rocha
Apontamentos sobre a sucessão testamentária no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

DIREITO DIGITAL

387 **Um novo livro**
Laura Porto
Visão geral do novo Livro do Direito Civil Digital e seus principais fundamentos

399 **Novos direitos**
Ricardo Campos
Novos direitos para uma nova sociedade: a introdução dos neurodireitos na reforma do Código Civil

409 **Patrimônio e herança**
Dierle Nunes
Patrimônio e herança digital

APORTES DOS CONSULTORES DA COMISSÃO

427 **Reprodução assistida**
Ana Cláudia Scalquette
A reprodução assistida na Reforma do Código Civil

441 **Vulneráveis e hipossuficientes**
Fernanda da Silva Rodrigues Fernandes
A tutela dos vulneráveis e hipossuficientes na revisão do Código Civil

453 **Identidade digital**
Layla Abdo Ribeiro de Andrada
A identidade digital no projeto de reforma do Código Civil

465 **Limites da linguagem**
Jorge Miguel
Os limites da Linguagem são também os limites do pensamento

485 **União estável**
Maurício Bunazar
A união estável na Reforma do Código Civil

493 **Direito animal**
Vicente de Paula Ataide Junior
O Direito Animal na Reforma do Código Civil

POSFÁCIO

503 **A comissão de juristas**
Bruno Lunardi Gonçalves
Leandro Augusto Bueno
Lenita Cunha e Silva
A Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal para atualizar o Código Civil

Apresentação

Apresentação

A Reforma do Código Civil

A sinceridade, a razão, o trabalho, o saber não cessam de mudar: não há outra maneira humana de acertar, e produzir.

Rui Barbosa[1]

O Direito Civil é, sem dúvida, o ramo do Direito que mais se aproxima do cotidiano das pessoas; é o seu mais antigo e mais tradicional segmento, e regula o início da vida, a vida em sociedade e a própria morte. Assim como o ser humano, em constante transformação, a norma civil também precisa adaptar-se. Daí a sabedoria do ensinamento de Rui Barbosa, eterno patrono do Senado Federal – a Casa Legislativa que tenho orgulho de presidir há quase quatro anos.

Para que possamos acertar e produzir, precisamos mudar. Com isso em mente, em agosto de 2023 instalamos no âmbito da Câmara Alta do Poder Legislativo uma Comissão de Juristas com a nobre tarefa de elaborar um anteprojeto de atualização do nosso Código Civil. Sob a presidência do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, a Comissão elaborou um texto primoroso em tempo recorde.

Apenas para que possamos compreender a dimensão do trabalho realizado pela Comissão de Juristas, o Anteprojeto apresentado em abril de 2024 propõe a modificação ou revogação de 897 artigos, dentre os 2.063 do Código vigente, e o acréscimo de outros 300 dispositivos. Formado pelos maiores civilistas do País, o colegiado contou com ministros, desembargadores, professores, acadêmicos e

1 BARBOSA, Rui. *Questão Minas x Werneck*. Rio de Janeiro: MEC: FCRB, 1980. p. 203-205. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 45, t. 4).

advogados, e promoveu um verdadeiro esforço concentrado para, em apenas oito meses, encaminhar ao Congresso Nacional uma proposta robusta e necessária de atualização de nossa lei civil.

Este livro é fruto das reflexões daqueles que trabalharam na consecução do Anteprojeto. Trata-se de uma coletânea de análises e propostas que expõe ao público as ponderações colaborativas que levaram os integrantes da Comissão de Juristas ao texto final do Relatório.

As páginas que seguem são um verdadeiro testemunho coletivo dos maiores pensadores do Direito Civil brasileiro. Os artigos aqui reunidos abordam as mais diversas facetas do civilismo nacional, desde questões da Parte Geral, passando por Obrigações, Contratos, Direito de Empresa, Direitos Reais, Direito de Família, Direito das Sucessões até chegar ao Direito Digital.

Nomes como Marco Aurélio Bellizze, Flávio Tartuce, Maria Isabel Gallotti, Claudia Lima Marques, Cesar Asfor Rocha, Maria Berenice Dias, dentre tantos outros admiráveis juristas, integram o time de 45 coautores que elaboraram densos artigos para enriquecer o debate.

Ao folhear estas páginas, percebemos quão necessária é a mudança. Passados pouco mais de vinte anos desde a promulgação do Código Civil em 2002, constatamos que o mundo em que vivíamos era muito diferente do que hoje vivemos. Na época, não existiam redes sociais. Diversos direitos não haviam sido institucionalizados. Os arranjos familiares oficialmente aceitos eram bastante restritos.

Assim, posso dizer sem exageros que, com o texto do Anteprojeto, ganhamos uma bússola e que certamente a peça produzida pela Comissão de Juristas será o alicerce sobre o qual serão edificadas as paredes de um Código Civil atual e moderno. E agora, com esta coletânea, temos uma rica fonte de consulta doutrinária para qualificar ainda mais as discussões no Parlamento.

Que esta obra seja uma fonte de estudo e aprofundamento, proporcionando o debate democrático e técnico acerca de quais avanços e alterações precisam ser promovidos para que a nossa legislação de Direito Civil possa adaptar-se às demandas sociais do nosso tempo.

Senador Rodrigo Pacheco

Presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional

Introdução

Introdução

O anteprojeto de atualização do Código Civil

Luis Felipe Salomão[1]

O dinamismo das relações jurídicas, aliado às transformações na sociedade e ao crescente avanço tecnológico, tem indicado a importância de atualização das normas legais, sobretudo nos sistemas jurídicos sob a tradição romano-germânica da *civil law*.

Atento a essa necessidade e sob forte sentimento de participação democrática, o Senado Federal tem constituído comissões de juristas e especialistas para que elaborem anteprojetos de lei sobre os mais variados temas, de modo a promover significativa contribuição para o posterior debate parlamentar.

Com efeito, apenas como exemplo, mediante o Ato nº 379, de 2009, o presidente do Senado Federal à época, senador José Sarney, instituiu Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto do Código de Processo Civil, pois o então vigente tinha sido editado em 1973 e alterado por inúmeras leis. O trabalho lançou as bases do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16/3/2015. Outras comissões foram criadas pelo Parlamento com o intuito de confeccionar anteprojetos para modificar e atualizar diversos diplomas legais – tais como o Código Eleitoral (2010), a Lei de Arbitragem e Mediação (2013) e a Lei Geral do Desporto Brasileiro (2015) –, de modernizar o processo administrativo e tributário (2022) e de apresentar propostas tanto de atualização legislativa do Código de Defesa do Consumidor (2010) e do Código Brasileiro de Aeronáutica (2015), como o de desburocratização (2015). Consigne-se também a comissão de juristas que propôs regramento sobre inteligência artificial (2022) e processo estrutural (2024).

1 Luis Felipe Salomão é ministro do Superior Tribunal de Justiça e seu atual vice-presidente; corregedor-geral da Justiça Federal no Conselho da Justiça Federal; presidente da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.

Também em relação ao Código Civil – verdadeira "Constituição" do cidadão e da cidadania –, o presidente do Senado Federal Rodrigo Pacheco instituiu uma Comissão de Juristas com o propósito de revisar e adequar tão importante diploma legislativo às novas necessidades e desafios, e destacou que "o texto de 2002 trouxe muitos avanços, mas o Código Civil é como uma roupa que é preciso crescer com o corpo que veste". Com efeito, o Código Civil já foi modificado por 64 normas desde 2002, e ainda há mais de 50 propostas em análise.

Instalada em 4/9/2023 em reunião solene no Senado Federal, a Comissão foi enfim composta por 37 membros – renomados civilistas, professores da academia, magistrados, advogados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública. Tive a imensa honra de presidir a Comissão – ao lado da primorosa vice-presidência exercida pelo colega Marco Aurélio Bellizze –, formada por verdadeiro time de escol, que contou com os seguintes integrantes: Flávio Tartuce (relator), Rosa Maria de Andrade Nery (relatora), Angélica Lúcia Carlini, Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Cesar Asfor Rocha, Claudia Lima Marques, Daniel Carnio, Dierle José Coelho Nunes, Edvaldo Brito, Estela Aranha, Flavio Galdino, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Gustavo José Mendes Tepedino, João Otávio de Noronha, José Fernando Simão, Laura Porto, Marcelo de Oliveira Milagres, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Marco Buzzi, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, Maria Berenice Dias, Maria Cristina Paiva Santiago, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Mário Luiz Delgado Régis, Moacyr Lobato de Campos Filho, Nelson Rosenvald, Pablo Stolze Gagliano, Patrícia Carrijo, Paula Andrea Forgioni, Ricardo Campos, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, Rogério Marrone Castro Sampaio e Rolf Madaleno.

Figuraram como consultores: Ana Cláudia Squalquette, Fernanda da Silva Rodrigues Fernandes, Jorge Miguel, Layla Abdo Ribeiro de Andrada, Maurício Bunazar e Vicente de Paula Ataide Junior.

Ao longo de 8 meses de trabalho, a Comissão enviou cerca de 400 ofícios a entidades representativas da sociedade civil, faculdades de Direito, órgãos públicos e associações, com o objetivo de comunicar a abertura de prazo para sugestões. Examinaram-se nesse período 280 sugestões da sociedade civil, quando se realizaram 4 audiências públicas, e ocorreram vários debates acadêmicos nas universidades e eventos jurídicos.

Numa dessas ocasiões, a Comissão de Juristas contou com a participação do ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, do ministro da Suprema Corte argentina Ricardo Lorenzetti, além da professora Aída Kemelmajer, jurista e relatora do Código Civil argentino.

Durante quase 70 horas de trabalho em audiências públicas, reuniões científicas e seminários, na Comissão foi grande a interação dos integrantes, com camaradagem mesmo nas divergências mais centrais.

A ampla maioria das sugestões apresentadas no relatório final está pautada na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. Será um Código Civil para as gerações futuras, que terão de lidar com a transição da vida analógica para a digital.

A entrega do relatório final aprovado pela Comissão de Juristas ocorreu em 17/4/2024 em sessão solene no plenário do Senado Federal. O texto inclui anteprojeto de lei de revisão e atualização do Código Civil – inserindo, alterando ou revogando mais de 1.100 artigos desse diploma e de outras normas, como a Lei de Registros Públicos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Civil e o Código Penal.

Lançada pelo Senado Federal, esta obra reúne artigos de membros e consultores da Comissão de Juristas que abordam as mudanças mais relevantes no Código Civil.

Os temas tratados nesta coletânea retratam boa parte do trabalho desenvolvido na Comissão de Juristas. Nos artigos que a compõem estão presentes as mais variadas temáticas reguladas pelo Código Civil e que foram objeto de valorosas propostas de alterações no anteprojeto, sem descurar da importância da linguagem nos trabalhos da Comissão.

Da Parte Geral, comenta-se sobre as peculiaridades da personalidade internacional, as invalidades do negócio jurídico e as inovações relativas ao direito dos animais.

Em Obrigações, são apresentados motivos para a reforma com base na teoria geral; na Responsabilidade Civil, além da função preventiva, demonstra-se como o risco se relaciona com a responsabilização objetiva. Na área contratual – instituto onipresente no dia a dia das pessoas –, pontuam-se alguns princípios que nortearam as propostas da Comissão, com foco em certos tipos contratuais, tais como compra e venda, seguro e doação.

Salientou-se a importância de modernizar o Direito Empresarial, a fim de conferir segurança jurídica por meio da desburocratização das relações empresariais e contribuir para a maior previsibilidade do ambiente negocial no Brasil.

No Direito das Coisas, merecem relevo as principais mudanças na posse e propriedade. No condomínio edilício, analisam-se as hospedagens atípicas em unidades residenciais, bem como aspectos significativos para as mudanças sugeridas no regramento das garantias reais.

Os textos retratam a grande evolução em diversos temas de Direito de Família, como filiação e reprodução humana assistida, casamento e união estável, reconhecimento extrajudicial da paternidade, tutela e curatela. Em Sucessões, consideram-se, dentre outras matérias, as alterações relacionadas à nova ordem de sucessão hereditária.

Com base nas proposições contidas no novo livro de Direito Digital, incorporado no anteprojeto, há trabalhos que tratam de questões como neurodireitos, identidade, patrimônio e herança digitais, temas que necessitam de reflexão de uma sociedade cada vez mais imersa no espaço cibernético. O volume também apresenta no posfácio uma interessante abordagem dos servidores da equipe técnica do Senado Federal sobre o funcionamento das Comissões de Juristas à luz das regras regimentais que delineiam o trâmite do processo legislativo.

A expectativa é que, com base na leitura deste denso material, o leitor seja inserido na discussão dos principais temas da esfera civil, alinhados e bem representados por cada uma das subcomissões da Comissão de Juristas, a envolver Parte Geral, Obrigações, Responsabilidade Civil, Contratos, Direito Empresarial, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito Digital.

Por fim, convém registrar especial agradecimento ao presidente do Senado Federal Rodrigo Pacheco, não apenas pela iniciativa de criar a Comissão de Juristas, mas também por organizar este livro com reflexões relevantes sobre o anteprojeto de atualização do Código Civil, a ladear outras significativas obras históricas publicadas pelo Parlamento brasileiro.

Fundamentos

Subsídios jurisprudenciais para a proposta de atualização do regime da prescrição no Código Civil

Marco Aurélio Bellizze Oliveira[1]

1 Introdução

O Código Civil "*é a constituição do homem comum*" (Reale, 1998; Ascensão, 2012), porque dispõe sobre os aspectos mais elementares da vida em sociedade[2]. Não surpreende, portanto, a intensa discussão sobre a proposta de atualização geral desse diploma legal tão sensível. A despeito das críticas – naturais e salutares no país democrático em que vivemos – a divulgação de notícias falsas[3] acerca de muitas propostas é que causa espanto, sobretudo porque grande parte das mudanças consiste na incorporação de consensos doutrinários e jurisprudenciais construídos ao longo das duas décadas de vigência do Código[4].

1 Marco Aurélio Bellizze Oliveira é ministro do Superior Tribunal de Justiça; vice-presidente da Comissão de Juristas para a reforma e atualização do Código Civil; mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

2 O Código Civil trata dos atributos para titularizar e exercer direitos pessoais e patrimoniais, negócios jurídicos, direitos de propriedade, disciplina empresarial, família, a disposição dos bens após a morte e, se aprovada a proposta de mudança, o aspecto digital da vida e das relações sociais.

3 O tema foi tratado com perspicácia em Aguirre (2024).

4 A jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do STJ e do STF, nos pontos em que já pacificada, bem como as Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, foram as principais fontes das propostas de atualização realizadas pelas subcomissões, assim como critérios para a votação da versão final.

Desse modo, as alterações propostas pela Comissão de Juristas, responsável por elaborar o anteprojeto de atualização da Lei nº 10.406/2002, para aperfeiçoar o regime jurídico da prescrição no Código Civil, merecem o espaço deste artigo. Embora não seja um tema socialmente polêmico, a prescrição tem sido objeto de embates jurídicos no Brasil desde o Código Civil de 1916 (Neves, 2019, p. 20-21), assim como no julgamento de muitos recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça[5]. Por isso, a jurisprudência foi uma importante fonte para as propostas de aprimoramento do regime jurídico da prescrição, seja por possibilitar a identificação dos aspectos mais sensíveis do tema, seja para propor soluções jurídicas que, mesmo não sendo originais, têm o mérito de buscar a solução prática mais interessante para o cidadão: a promoção da justiça e da segurança jurídica[6].

O presente artigo destaca a contribuição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nas discussões que resultaram no regime jurídico da prescrição proposto no anteprojeto de atualização do Código Civil.

2 Dúvidas sobre o termo inicial da prescrição

No Brasil, a definição do termo inicial da prescrição esteve tradicionalmente relacionada à teoria da *actio nata* (Simão, 2013, p. 204) sob o viés objetivo, que tem maior prestígio doutrinário (Nery Junior, 2020, p. 205-206; Miranda, 2013, p. 118) e jurisprudencial[7]. Nessa vertente, considerada a regra geral do Código Civil, o início

5 Pesquisa realizada no repositório de jurisprudência do STJ em 24/4/2024, com as referências *termo inicial*, *prescrição*, *ciência* e *lesão*, que resultou em 145 acórdãos da Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas.

6 A fala do presidente do Senado Rodrigo Pacheco na cerimônia de assinatura do ato de criação da Comissão de Reforma do Código Civil, destacou: "o desafio de fazer conciliar a necessidade de atualização e da modernização de um estatuto, de uma lei ou de um Código, com a necessidade da preservação da segurança jurídica. […] Porque, de fato, a segurança jurídica se impõe ao Brasil e se obriga tê-la não só no Judiciário, mas também no Legislativo. A segurança jurídica não se faz só por decisões judiciais que sejam estáveis, mas também com legislações que sejam estáveis".

7 STJ, Recurso Especial 2.078.357/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 3/10/2023, *DJe* 9/10/2023; STJ, Recurso Especial 1.848.369/MG, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 13/12/2022, *DJe* 6/3/2023; STJ, Recurso Especial 1.611.929/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16/8/2022, *DJe* 14/12/2022; STJ, Recurso Especial 1.681.253/PR, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 6/12/2022, *DJe* 9/12/2022; STJ, Recurso Especial 1.777.499/RS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 22/11/2022, *DJe* 6/12/2022; STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1.260.418/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 26/10/2022, *DJe* 24/11/2022; STJ, Recurso Especial 1.919.523/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 21/6/2022, *DJe* 23/6/2022; STJ, Recurso Especial 1.758.298/MT, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 3/5/2022, *DJe* 5/5/2022; STJ, Recurso Especial 1.897.367/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 8/2/2022, *DJe* 2/3/2022; STJ, Recurso Especial 1.959.271/CE, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 8/2/2022, *DJe* 14/2/2022; STJ, Recurso Especial

da contagem do prazo prescricional não está condicionado à ciência do lesado, mas a ocorrência do dano (Theodoro Júnior; Teixeira, 2021, p. 192). Contudo, há na própria legislação hipóteses em que o início da fluência do prazo prescricional está atrelado à ciência do detentor da pretensão[8], como nos contratos de seguro (art. 206, § 1º, II, do Código Civil) (Brasil, 2020c, 2022d, 2023i), na reparação de danos por infração à ordem econômica[9] (art. 46-A, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.529/2011) (Brasil, 2023j) e na reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor) (Steiner, 2012; Brasil, 2019d).

Na doutrina, formaram-se duas correntes: a primeira defende a recepção do elemento subjetivo no suporte fático da prescrição, e a segunda, mais moderada, sustenta que o início da contagem do prazo depende da natureza da pretensão cuja eficácia a prescrição encobrirá[10]: se for uma pretensão contratual, o mero descumprimento é suficiente para o início da fluência do prazo, nas hipóteses de ilícito civil, porém, a prescrição só pode ser contabilizada a partir da ciência do dano-prejuízo pelo lesado, em toda a sua extensão (Simão, 2013, p. 209-216).

Durante a vigência do Código Civil de 1916 e mesmo no início da vigência do Código Civil de 2002, a jurisprudência entendia que a ciência do lesado era necessária para dar início a fluência do prazo prescricional apenas das pretensões baseadas

---

1.901.454/PR, rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 8/2/2022, *DJe* 10/2/2022; STJ, Recurso Especial 1.840.570/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 16/11/2021, *DJe* 23/11/2021; STJ, Recurso Especial 1.460.053/PE, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 28/9/2021, *DJe* 1º/10/2021; STJ, Recurso Especial 1.810.399/GO, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 6/4/2021, *DJe* 26/4/2021; STJ, Recurso Especial 1.861.289/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24/11/2020, *DJe* 16/3/2021; STJ, Recurso Especial 1.861.295/SP, rel. Min. Marco Buzzi, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 24/11/2020, *DJe* 12/3/2021; STJ, Recurso Especial 1.842.120/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 20/10/2020, *DJe* 26/10/2020; STJ, Recurso Especial 1.844.138/PE, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 22/9/2020, *DJe* 9/10/2020; STJ, Recurso Especial 1.784.737/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 25/8/2020, *DJe* 2/10/2020; STJ, Recurso Especial 1.859.409/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 16/6/2020, *DJe* 25/6/2020; STJ, Recurso Especial 1.735.017/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 11/2/2020, *DJe* 14/2/2020; STJ, Recurso Especial 1.719.131/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 11/2/2020, *DJe* 14/2/2020; STJ, Recurso Especial 1.280.825/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 21/6/2016, *DJe* 29/8/2016; STJ, Agravo Interno no Recurso Especial 1.922.705/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma j. 21/6/2021, *DJe* 29/6/2021.

8 Exemplo é o prazo de prescrição da pretensão do segurado contra o segurador, prevista no art. 206, § 1º, II, *a* e *b*, do Código Civil de 2002. Na legislação especial menciona-se o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação é específica das relações consumeristas.

9 Na hipótese de reparação de danos por prática anticoncorrencial não reconhecida pelo CADE como cartel, a Quarta Turma aplicou o prazo do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, porém considerando o termo inicial como a data da ciência do fato danoso, nos moldes da Lei nº 12.529/2011. Cf.: Recurso Especial 1.971.316/SP (Brasil, 2022e).

10 Além do critério extraído da natureza contratual ou não da pretensão, que é o mais conhecido, existem outros, por exemplo, as prestações oriundas de obrigação positiva ou negativa. Cf.: Recurso Especial 1.400.778/SP (Brasil, 2014c).

em contrato de seguro, o que reflete exatamente o disposto nos arts. 178, § 6º, II, e 206, § 1º, II, *a*, destes diplomas legais.

Nas relações de consumo, ainda que fosse aplicado o prazo decenal da regra geral do Código Civil de 2002, o conhecimento do titular do direito acerca da extensão da lesão e do causador do dano também eram elementos indispensáveis para caracterizar o termo inicial da prescrição (Brasil, 2011).

Paulatinamente, a regra geral da *actio nata* objetiva foi sendo mitigada na jurisprudência, em razão de diversas situações em que a ciência do titular do direito acerca de sua violação torna-se o ponto crucial do debate jurídico sobre a prescrição[11].

No caso de danos ambientais que causaram a contaminação do solo e de lençol freático, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva defendeu que o termo inicial da prescrição corresponderia à data de conhecimento inequívoco da vinculação entre a doença e o dano ambiental causado pelo vazamento de produtos químicos utilizados para o tratamento de postes de luz, mesmo aplicando o Código Civil. Com posição parcialmente divergente, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino defendeu que o prazo prescricional era de cinco anos, contados da ciência da lesão pelo titular do direito, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 2013a). Ao julgar um caso bastante semelhante, a Quarta Turma aplicou o prazo quinquenal e a vertente subjetiva da *actio nata* com base no Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 2014b). O relator, ministro Luis Felipe Salomão, fez uma importante consideração relacionando a responsabilidade contratual à teoria da *actio nata* objetiva e a responsabilidade extracontratual à teoria da *actio nata* subjetiva[12].

11 O Ministro Herman Benjamin utilizou, com felicidade, uma estrutura piramidal para ilustrar a aplicação dos aspectos objetivo e subjetivo na teoria da *actio nata* pela jurisprudência: "Na jurisprudência sobre o termo inicial da prescrição, proveitoso pedir de empréstimo simbolismo geométrico para sistematizá-la em 'modelo piramidal da *actio nata*', no qual a ampla base da pirâmide acolhe nua e seca violação do direito subjetivo (teoria objetiva, o regime comum ou critério geral); logo acima, a ciência da violação, se houver previsão legal expressa (teoria subjetiva legislada da *actio nata*); mais no alto, ciência pura da violação (teoria subjetiva ordinária da *actio nata*); após, ciência inequívoca da violação (teoria subjetiva superlativa da *actio nata*); e, no topo, na parte mais estreita da pirâmide, ciência inequívoca não só da violação em si, mas do dano e do autor do dano (teoria subjetiva hipersuperlativa da *actio nata*)" (Brasil, 2020a).

12 "Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da *actio nata* no ordenamento jurídico pátrio. [...] Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ" (Brasil, 2014b).

De fato, em muitas situações em que a *actio nata* foi aplicada em seu viés subjetivo não havia uma relação contratual prévia entre as partes. Nesse sentido foi o julgamento do Recurso Especial 1.347.715/RJ (Brasil, 2014a)[13], em que a Terceira Turma entendeu que a pretensão de ressarcimento dos danos causados pela negligência do Ofício de Notas, que abriu e reconheceu firma falsa de titularidade do autor em escritura pública de compra e venda forjada, só poderia ser exercida a partir do reconhecimento judicial de que a assinatura, com firma reconhecida, era falsa. Semelhante entendimento foi adotado para as pretensões de reparação por danos causados pelo alagamento de áreas na construção de usinas hidrelétricas (Brasil, 2019e, 2020f, 2023e), nas pretensões de indenização por violação de direitos autorais (Brasil, 2017b, 2020e), quando a extensão dos danos se revelou apenas no curso de ação popular (Brasil, 2020d), na reparação dos danos morais e estéticos por lesão que causou sequela definitiva (Brasil, 2023g), ou pelos danos morais decorrentes de divulgação de matéria jornalística ofensiva na internet (Brasil, 2019c). A reparação dos danos decorrentes de ilícito concorrencial também foi submetida à *actio nata* subjetiva, inclusive com o prazo de responsabilidade civil previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, em julgamento (Brasil, 2022e) realizado apenas 22 dias antes da inserção do art. 46-A na Lei 12.529/2011. O novo regramento foi observado em julgamento subsequente sobre a matéria (Brasil, 2023j).

Todavia, há exceções no marco inicial da prescrição da pretensão indenizatória que tem um contrato como pano de fundo (Brasil, 2022c). Nesse sentido são emblemáticos os casos em que os danos decorrentes de tratamento ou procedimento médico realizado há anos são manifestados posteriormente. Em muitos desses casos (Brasil, 2018a) foi reconhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como regra a *actio nata* subjetiva. Em outros, porém, mesmo com fundamento no Código Civil, a *actio nata* subjetiva foi adotada (Brasil, 2018b, 2023b). Na relação contratual entre o advogado (mandatário) e o cliente (mandante) houve casos de flexibilização dos critérios de determinação do prazo inicial da prescrição, no sentido de exigir a ciência do lesado, por exemplo, quando o representante firma acordo judicial prejudicial ao representado (Brasil, 2018f), quando se apropria indevidamente do valor a ele destinado (Brasil, 2019a) ou perde um prazo recursal (Brasil, 2021d). Ainda na relação entre mandante e mandatário, a pretensão deste para cobrar honorários inicia-se, em regra, quando ele toma ciência da morte do

13 Esse entendimento foi confirmado em caso semelhante: Agravo Interno no Recurso Especial 1.236.957/RJ (Brasil, 2018c).

primeiro, exceto se houver condição suspensiva, como a previsão de cláusula *quota litis*[14] no contrato de prestação de serviços (Brasil, 2021c).

De modo semelhante, houve hipóteses em que a pretensão estava embasada em ressarcimento de enriquecimento sem causa, como no pagamento feito de boa-fé a pessoa errada (Brasil, 2018e), ou na restituição de valores que foram pagos sem a correspectiva prestação de serviços (Brasil, 2019b), e foi necessária a ciência do lesado para que tivesse início a contagem do prazo prescricional.

Além da ciência do dano, há casos em que o Tribunal considerou a possibilidade de exercício efetivo da pretensão pelo lesado para considerar o curso do prazo de prescrição. Assim o fez com a pretensão de indenização pelos danos causados por ex-síndico à massa falida, cujo prazo prescricional só foi iniciado com a assunção da administração por novo síndico (Brasil, 2023h). Ainda na esfera do direito falimentar, a Terceira Turma entendeu que somente após a decretação da falência a massa passa a existir como tal e, portanto, é quando nasce a pretensão indenizatória fundada em operações fraudulentas realizadas por alguns dos sócios (Brasil, 2022b). O mesmo entendimento foi manifestado na ação em desfavor de gestores de fundo de previdência privada que teriam realizado operações financeiras ilícitas, o que só foi seguramente estabelecido após concluído o processo administrativo no âmbito do Ministério da Previdência Social (Brasil, 2021f). Neste último caso, a má-gestão de recursos por administradores foi submetida ao regramento tradicional do Código Civil, de prazo trienal contabilizado da apresentação do balanço aos sócios, ou da reunião ou assembleia no qual tomaram conhecimento da violação ao estatuto, previsto no art. 206, § 3º, VII, *b* (Brasil, 2023d).

A prescrição da pretensão de herança quando o reconhecimento da filiação ocorre após a morte do genitor também suscitou muitos debates sobre o termo inicial da prescrição. Sob o viés subjetivo, o herdeiro só teria condições de pleitear o seu quinhão após ter a certeza de seu estado de filiação, que decorre de direito personalíssimo e imprescritível. Por outro lado, admitir que a partilha dos quinhões possa ser questionada a qualquer tempo por um novo herdeiro, submete a sucessão e o direito dos demais a insustentável insegurança jurídica. A divergência entre essas perspectivas está no cerne da Súmula 149[15], aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 1963, quando ainda detinha a competência para deliberar sobre o direito infraconstitucional (Rosas, 2002, p. 69-70).

14 A cláusula *quota litis* é própria de contratos de prestação de serviços advocatícios e estipula que um percentual da vantagem financeira obtida pelo mandante será destinado ao mandatário.

15 "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança" (Brasil, 1963).

Em 2018 houve esforço legislativo voltado para a pacificação da questão. Trata-se do Projeto de Lei nº 195/2018, que tomou por base o julgamento do Recurso Especial 1.475.759/DF (Brasil, 2016), no qual o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade foi considerado o termo inicial da prescrição. Na proposta original, essa seria a data em que a prescrição começaria a fluir, sempre que ela fosse posterior ao trânsito em julgado da ação de partilha. O projeto foi arquivado em dezembro de 2022, nos termos do § 1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal[16].

Em muitas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão sob o viés subjetivo, conferindo maior proteção àquele que, tardiamente, descobre seu *status* de filho e de herdeiro (Brasil, 1995a, 1995b, 2013b, 2016, 2017a, 2021b, 2021e). Entretanto, a Segunda Seção, por maioria, admitiu como termo inicial da prescrição da petição de herança a data de abertura da sucessão, que coincide com a da morte do *de cujus*, prestigiando a perspectiva objetiva da teoria da *actio nata* (Brasil, 2022a). Devem ser destacadas as considerações do relator, ministro Antonio Carlos Ferreira, sobre a possibilidade de o eventual herdeiro proteger seus direitos desde a abertura da sucessão, pleiteando o reconhecimento e a reserva de quinhão e quanto aos efeitos *ex tunc* da ação declaratória de filiação, o que leva a concluir que a pretensão nasceu com a abertura da sucessão, já que o estado de filiação sempre existiu. A esses fundamentos, a ministra Nancy Andrighi acrescentou que as "eventuais injustiças produzidas pela determinação objetiva do termo inicial dos prazos prescricionais são mitigadas ou temperadas pelas regras atinentes à suspensão, à interrupção, e ao impedimento dos prazos prescricionais" (Brasil, 2022a).

A matéria foi afetada para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos e, em maio de 2024 foi firmada tese de que o "prazo prescricional para propor ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, cuja fluência não é impedida, suspensa ou interrompida pelo ajuizamento de ação de reconhecimento de filiação, independentemente do seu trânsito em julgado" (Brasil, 2024b, 2024c).

Além de identificar exceções à regra da aplicação objetiva da teoria da *actio nata* que não encontram previsão legal, existe nos tribunais uma séria preocupação com a configuração excepcional e pontual do viés subjetivo desta teoria. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, alguns julgamentos ilustram bem as balizas que asseguram a excepcionalidade da teoria subjetiva da *actio nata*.

16 "Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: [...] § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do *caput*, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado" (Brasil, 2023a, p. 125-126).

Nesse sentido foram as considerações da ministra Maria Isabel Gallotti nos Recursos Especiais 1.861.289/SP e 1.861.295/SP (Brasil, 2020g, 2020h), nos quais se debateu a prescrição da pretensão de reparação civil pelo uso não autorizado da imagem de atletas de futebol em jogos eletrônicos. O acórdão recorrido afastou a prescrição sob o fundamento de que a violação ao direito do atleta era contínua, já que os jogos lançados em 2011, 2012 e 2014 permaneciam disponíveis no mercado e que não era possível verificar o momento em que o autor da ação teve efetiva ciência da ofensa.

Nas considerações da ministra Gallotti, acompanhadas pela maioria dos ministros da Quarta Turma, distinguiram-se os casos em que foi aplicada a vertente subjetiva da teoria da *actio nata* pelo Superior Tribunal de Justiça da hipótese em julgamento, uma vez que o critério da ciência do lesado seria excepcional e cabível somente nas situações em que a natureza e a extensão do dano não podem ser identificadas num momento específico, a exemplo das lesões incapacitantes por erro médico, que se manifestam muitos anos após a realização do procedimento. Para a ministra, a possibilidade de identificar a conduta ilícita e a extensão do evento danoso no momento do lançamento e distribuição dos jogos não justifica a adoção do critério excepcional; ao contrário, atrai a aplicação da regra geral que se apoia em dado objetivo para a contagem do prazo prescricional, mesmo porque o lançamento e distribuição de cada versão do jogo é precedido de ampla publicidade e divulgação.

De igual modo, a permanência do jogo no mercado não renovaria o prazo prescricional, sob o risco de esvaziar o instituto e tornar a pretensão imprescritível na prática. A ministra também considerou a ausência de uma conduta continuada da empresa, já que ela desenvolve e distribui o produto no mercado em determinado momento. O mesmo entendimento foi aplicado no caso do lançamento e comercialização de álbum de figurinhas para afastar a interpretação de que ele caracterizaria um ilícito continuado, e determinar que o tribunal de origem precisasse, segundo a prova dos autos, o momento em que o titular do direito teve ciência da comercialização do produto com a sua imagem, sem autorização (Brasil, 2023c).

Em síntese, no direito brasileiro hoje "convivem [...] a determinação legal que define prescrição a partir de um critério apenas e tão somente objetivo, com os temperamentos jurisprudenciais a respeito da necessidade de análise da ciência como forma de obtenção de resultados mais justos" (Steiner, 2012, item 3.3). De modo geral, essa excepcionalidade é orientada por hipóteses em que a manifestação do dano não é imediata à prática da conduta que violou o direito, ou seja, quando os efeitos da violação só podem ser percebidos posteriormente em relação à sua ocorrência.

3 A proposta de reforma

Em 28 de agosto de 2023 foi instalada a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, pelo Ato nº 11/2023 do presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco. A finalidade era apresentar em 180 (cento e oitenta) dias um anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406/2002, e para tal mister foram indicados trinta e quatro membros, entre ministros do Superior Tribunal de Justiça, desembargadores de diversos tribunais, juízes, professores, procuradores de justiça e advogados.

No regulamento da Comissão, ficou determinada a formação de oito subcomissões, cada uma delas com um relator parcial, e responsável pela elaboração de sugestões de reforma nos seguintes temas: Parte Geral, Obrigações e Responsabilidade Civil, Contratos, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito Digital. Além disso, as atribuições do presidente e vice-presidente da Comissão de Juristas foram estabelecidas, assim como a dos relatores, professor Flávio Tartuce e professora Rosa Maria de Andrade Nery, responsáveis por receber as sugestões encaminhadas pelo público externo e distribuí-las entre as subcomissões temáticas, sistematizar as contribuições dos membros da Comissão e consolidar o relatório final, para garantir coerência e unidade de conceitos e estilo no texto.

Cada subcomissão deveria apresentar até 15 de dezembro de 2023 os relatórios com as propostas de alteração na respectiva matéria. Entre 18 e 22 de dezembro de 2023 as subcomissões poderiam enviar propostas de emenda aos demais temas. Em 22 de fevereiro de 2024 os relatores gerais apresentariam a versão final do relatório com o respectivo parecer sobre as emendas apresentadas. No dia 26 do mesmo mês o texto final seria apresentado, seguido de uma audiência pública com o ministro da Suprema Corte Argentina, Ricardo Lorenzetti. Entre 26 de fevereiro e 8 de março novas emendas e destaques poderiam ser feitos, de modo individual e, finalmente, entre 2 e 5 de abril seria elaborado o texto final, com deliberação acerca das emendas e destaques aceitos e rejeitados.

Entre outubro e dezembro de 2023, foram realizadas três audiências públicas para fomentar o debate e colher sugestões da comunidade jurídica de forma mais ampla. Elas foram realizadas em São Paulo, no dia 23 de outubro, em Porto Alegre, no dia 20 de novembro e em Salvador, em 7 de dezembro. Além disso, a Comissão abriu um canal de contribuição eletrônico, pelo qual quaisquer membros da sociedade

civil[17] poderiam enviar suas sugestões sobre as matérias tratadas no Código Civil e na reforma proposta, entre os dias 27 de setembro e 6 de novembro de 2023.

A subcomissão responsável pela atualização da Parte Geral do Código Civil, foi composta por Estela Aranha, pelo ministro João Otávio de Noronha, Rodrigo Mudrovitsch e Rogério Marrone. Em sua proposta, ela filiou-se à vertente subjetiva da teoria da *actio nata*, porém de forma temperada, pois a regra geral para o início da contagem do prazo seria o momento em que o titular do direito tem, ou deveria ter, conhecimento do dano sofrido e de seu causador. As exceções estariam dispostas nos parágrafos do art. 189-A, e consistem em hipóteses de violação de direito absoluto ou de obrigação de não fazer, com a fluência do prazo prescricional iniciando na data em que ocorre o ilícito, e, ainda, na pretensão de revisão de um negócio jurídico, com o prazo prescricional começando a contar do momento da celebração do primeiro pacto, ressalvada as disposições de lei especial. Interessante notar que os precedentes mencionados para fundamentar a opção pelo viés subjetivo da *actio nata* são, em sua grande maioria, oriundos da Primeira Seção, voltada para a solução das lides que envolvem relações jurídicas de Direito Público (Brasil, 2019f, 2020b, 2021a, 2023f), sendo apenas um oriundo de debate na Terceira Turma (Brasil, 2018d) do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, a subcomissão também sugeriu dispositivo indicando a celebração como termo inicial para contagem da prescrição da revisão do primeiro negócio jurídico.

Os relatores gerais não alcançaram o consenso sobre o termo inicial da prescrição. A professora Rosa Nery aderiu à sugestão da subcomissão, exceto a disposição sobre a prescrição da pretensão de revisão do negócio jurídico. O professor Flávio Tartuce, por sua vez, fez uma sugestão própria, mantendo a *actio nata* objetiva como regra e excepcionando os casos de responsabilidade civil extracontratual. Ambos os relatores aderiram propostas da subcomissão para a alteração dos prazos gerais e específicos.

O art. 189 do relatório geral foi objeto de emenda pela ministra Maria Isabel Gallotti, endossando a proposta de tornar a *actio nata* subjetiva a regra no direito brasileiro, na linha da versão apresentada pela subcomissão e encampada pela professora Rosa Nery. A ministra sugeriu apenas a fixação de um período máximo de dez anos para que o titular do direito tome conhecimento do dano e exerça a sua pretensão, a fim de resguardar a segurança jurídica e a estabilidade das relações.

17 Foram recebidas e analisadas pela Comissão de Juristas mais de 280 sugestões de membros da sociedade civil.

Destaque-se a fundamentação da referida proposta de emenda foi amplamente embasada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a ministra apresentou a coexistência das duas vertentes da *actio nata* na jurisprudência do Tribunal, salientando que ela tende para a interpretação que exige o conhecimento do titular do direito lesado nas hipóteses em que a vítima das lesões físicas não tem como saber a real extensão dos danos no momento do acidente, mas somente após a consolidação dessas lesões, e mencionou como exemplo a Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça[18]. Todavia, a ministra também ressaltou que há situações em que a *actio nata* subjetiva é aplicada em casos de responsabilidade contratual pelo Superior Tribunal de Justiça, e que essa aplicação excepcional está, na verdade, seguindo uma tendência de expansão, em detrimento da segurança jurídica. Por isso, ela defendeu que a *actio nata* subjetiva como a regra, já que sua expansão é inevitável, mas limitada a um prazo máximo para conhecimento e exercício da pretensão, a fim de equilibrar essa tendência, que favorece a justiça no caso concreto, e a desejada segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Na sessão para deliberação final, os dissensos, emendas e destaques da Parte Geral foram votados em 5 de abril de 2024. Na discussão da emenda apresentada pela ministra Maria Isabel Gallotti, ela explicou sua posição, reconhecendo que a *actio nata* objetiva é a regra no Direito Civil brasileiro desde o Código de 1916, observadas as exceções da legislação especial e do próprio Código. Todavia, em virtude de injustiças observadas em casos concretos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi ressalvando essa regra em hipóteses de responsabilidade civil extracontratual (lesões decorrentes de uma batida de carros) e de responsabilidade contratual (vícios ocultos de construção que foram finalizadas há quarenta anos). Em sua fala, reiterou que as exceções estão se tornando a regra, a ponto de encontrar mais acórdãos aplicando a *actio nata* subjetiva do que a objetiva em uma pesquisa na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, de modo que "tentarmos preservar a *actio nata* objetiva como regra, como feito no Código de 1916 e como feito no Código de 2002, é remar contra a maré"[19].

A proposta de tornar a *actio nata* subjetiva aplicável às pretensões fundadas em responsabilidade contratual e extracontratual encontrou certa resistência nos membros da comissão. A ministra explicou que não é contrária a teoria da *actio*

18 "O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral" (Brasil, 2003).

19 Trecho da fala da ministra Maria Isabel Gallotti durante a 8ª reunião da Comissão de Juristas para reforma do Código Civil – esforço concentrado para discussão e votação do relatório final (Comissão [...], 2024, 3:49:56-3:50:06).

nata objetiva, que deve continuar sendo aplicada quando às hipóteses de descumprimento de obrigações com exigibilidade temporalmente definida. Contudo, nas relações contratuais há violações que não estão atreladas a data do vencimento ou a qualquer outra data, nas quais a *actio nata* subjetiva poderia ser, e de fato vem sendo aplicada, por exemplo, quando há quebra de confiança. Mesmo modificando a proposta textual, para frisar a excepcionalidade da teoria da *actio nata* subjetiva na responsabilidade contratual, a maioria dos presentes não foi favorável à proposta, que nesse ponto acabou rejeitada. Ainda assim foi um debate muito enriquecedor, com a contribuição de vários membros da comissão e que possibilitou que muitos, inclusive, refletissem e mudassem sua posição quanto ao termo inicial da prescrição.

Entretanto, a proposta de uma trava temporal para limitar o tempo para o conhecimento da lesão e de seu autor, bem como o exercício da pretensão pelo titular do direito violado, foi acolhida. É bem verdade que houve muito debate também sobre esse ponto, não em sentido oposto ao da proposta, mas para estabelecer um consenso quanto à duração desse prazo e a forma de sua contagem. A ministra Maria Isabel Gallotti explicou que a ideia de um prazo máximo foi inspirada na norma nacional que trata do direito de evicção e em legislação de países europeus que adotam a *actio nata* subjetiva, com a previsão de um prazo máximo para exercício da pretensão, para conferir mais segurança e estabilidade às pretensões que venham a se submeter a *actio nata* subjetiva.

O relator-geral Flávio Tartuce insistiu na redação construída anteriormente, com base em sua proposta inicial, ressaltando que a doutrina clássica e a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça seguem a diretriz exposta no enunciado 14 da I Jornada de Direito Civil: a *actio nata* objetiva é a regra do Direito Civil brasileiro, aplicada a partir da exigibilidade da prestação, e a *actio nata* subjetiva é exceção, aplicável apenas para hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

As discussões centraram-se na abrangência do prazo decenal, trava temporal aplicável aos casos submetidos a *actio nata* subjetiva. A principal diferença, contudo, é sobre a extensão das hipóteses de *actio nata* subjetiva, especialmente sua aplicação em casos de responsabilidade civil. Em votação realizada por sistema eletrônico, a proposta da ministra Maria Isabel Gallotti foi rejeitada, e a proposta do professor Flávio Tartuce foi aprovada. Assim, foi deliberada a seguinte redação para o art. 189 do anteprojeto de reforma do Código Civil:

> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

> § 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 (Brasil, [2024a]).

Com efeito, a *actio nata* objetiva permanece como regra no Código Civil, e a exceção fica restrita apenas aos casos de responsabilidade civil extracontratual, com a trava temporal de dez anos para o conhecimento da lesão, do autor e para o exercício da pretensão. A redação final é, portanto, fruto de uma construção conjunta com base em duas propostas. Percebe-se que prevaleceu a clivagem *actio nata* objetiva e responsabilidade contratual em oposição a *actio nata* subjetiva e responsabilidade extracontratual, mesmo que a jurisprudência aponte que ela não se sustenta em todos os casos. Contudo, não deixa de ser interessante que as duas versões propostas para a atualização do art. 189 do Código Civil tenham buscado amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4 Conclusão

A prescrição é um tema bastante sensível e desafiador nos aspectos doutrinário, jurisprudencial e legislativo. Uma consulta ao repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça confirma as dificuldades que o tratamento legal da prescrição, mesmo após os esforços de preparação do Código Civil de 2002, e reflete a multiplicidade de posições possíveis a partir do texto atual. Pela relevância dos acórdãos envolvidos em cada tema, e pelos limites próprios de um artigo, o foco deste trabalho foi direcionado para a definição do termo inicial da prescrição.

Essa definição põe em debate as vertentes objetiva e subjetiva da *actio nata*. A posição tradicional no direito brasileiro, tanto na doutrina clássica como no próprio texto legal, é que a prescrição começa a fluir quando surge a pretensão, de maneira objetivamente identificável, independentemente da ciência do titular do direito. A perspectiva subjetiva da *actio nata*, por sua vez, vincula o termo inicial ao

momento em que o titular do direito toma ciência da violação e da pretensão que poderá exercer. Essa corrente tem conquistado adeptos na doutrina e, em alguns casos, foi reconhecido seu caráter excepcional pelo Superior Tribunal de Justiça, no campo da reponsabilidade contratual e extracontratual.

Na Comissão de Juristas, essas vertentes também entraram em confronto. Com uma posição mais tradicional, o professor Flávio Tartuce sugeriu manter a *actio nata* objetiva como regra no Código Civil, admitindo que a *actio nata* subjetiva seja aplicada apenas às pretensões de responsabilidade extracontratual. Uma proposta elaborada a partir da sugestão da subcomissão da Parte Geral, encampada pela professora Rosa Nery e modificada pela ministra Maria Isabel Gallotti, admitia a *actio nata* subjetiva independentemente da natureza contratual ou extracontratual da relação que lhe deu causa. O critério era o momento em que o titular do direito tem, ou deveria ter, conhecimento da lesão ao seu direito e do autor, limitado o prazo de ciência e exercício da pretensão ao prazo de dez anos.

Como resultado, o anteprojeto apresenta um dispositivo no qual a *actio nata* objetiva permanece como regra no Código Civil, e a exceção fica restrita apenas aos casos de responsabilidade civil extracontratual, com a trava temporal de dez anos para o conhecimento da lesão, do autor e para o exercício da pretensão. A redação final é, portanto, fruto de uma construção conjunta esteada em duas propostas básicas.

Como é de conhecimento daqueles que se dedicam aos trabalhos jurídicos, a beleza e o desafio do direito estão na versatilidade de normas que podem ser extraídas do texto legal. Porém, sendo a prescrição uma figura-chave para a segurança jurídica, a reforma do Código Civil apresenta a oportunidade de aperfeiçoar o texto para consolidar alguns consensos alcançados após vinte anos de sua vigência, e, por outro lado, para facilitar a construção de alguns outros. Nesse laborioso trabalho, a experiência prática dos tribunais é uma ferramenta valiosa tanto para detectar os pontos de maior insegurança e debate, como para apresentar quais as respostas já foram possíveis, a partir do viés prático da solução de casos concretos.

As principais propostas sobre os prazos prescricionais foram construídas com esteio na observação e interpretação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, apesar das críticas de que a reforma está, na verdade, construindo um novo Código Civil, percebe-se que, no campo da prescrição, são as decisões judiciais e as correntes doutrinárias formadas ao longo das duas décadas de vigência do Código Civil de 2002 que orientaram os membros da Comissão a buscar equilíbrio e consenso para preservar e aprimorar um instituto tão importante como a prescrição, essencial para a segurança jurídica das relações civis.

Referências

AGUIRRE, João Ricardo. O curioso caso da comissão de reforma do Código Civil. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2 abr. 2024. Coluna Opinião. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/04/o-curioso-caso-da-comissao-de-reforma-do-codigo-civil.shtml. Acesso em: 20 abr. 2024.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito civil como direito comum do homem comum. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [*s. l.*], ano 1, n. 1, p. 45-57, 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento interno*: Resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, 2023a. v. 1. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024a]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 802.391/RJ*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 11 de setembro de 2023b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.072.450/RS*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 26 de fevereiro de 2019a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.300.668/DF*. Relator: Min. Raul Araújo, 5 de novembro de 2019b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.311.258/RJ*. Relator: Min. Moura Ribeiro, 10 de dezembro de 2018a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.551.978/SC*. Relator: Min. Herman Benjamin, 11 de fevereiro de 2020a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.031.168/DF*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 17 de abril de 2018b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.236.957/RJ*. Relator: Min. Moura Ribeiro, 24 de setembro de 2018c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.747.184/PR*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 29 de abril de 2019c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.928.752/TO*. Relatora: Min. Regina Helena Costa, 21 de junho de 2021a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.047.525/SP*. Relator: Min. João Otavio de Noronha, 23 de outubro de 2023c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.060.578/SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 20 de novembro de 2023d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.776.810/MA*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 15 de agosto de 2023e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.260.418/MG*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 26 de outubro de 2022a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.106.366/RS*. Relator: Min. Francisco Falcão, 10 de junho de 2020b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 16.137/SP*. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 21 de fevereiro de 1995a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 33.858/SP*. Relator: Min. Waldemar Zveiter, 28 de novembro de 1995b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.276.311/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de setembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.346.489/RS*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 11 de junho de 2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.347.715/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 25 de novembro de 2014a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.354.348/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de agosto de 2014b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.368.677/MG*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 5 de dezembro de 2017a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.381.655/SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de agosto de 2013b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.400.778/SP*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 20 de fevereiro de 2014c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.460.474/PR*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 28 de agosto de 2018d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.475.759/DF*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 17 de maio de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.605.483/MG*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de fevereiro de 2021b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.605.604/MG*. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 20 de abril de 2021c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.622.450/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 16 de março de 2021d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.645.746/BA*. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 6 de junho de 2017b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.657.428/PR*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de maio de 2018e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.736.091/PE*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 de maio de 2019d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.750.570/RS*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 11 de setembro de 2018f.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.751.540/MA*. Relator: Min. Francisco Falcão, 12 de novembro de 2019e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.757.934/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de fevereiro de 2020c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.762.852/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 18 de maio de 2021e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.770.890/SC*. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 18 de agosto de 2020d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.776.017/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 6 de abril de 2021f.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.785.771/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de agosto de 2020e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.802.521/PE*. Relator: Min. Herman Benjamin, 16 de maio de 2019f.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.860.411/RO*. Relator: Min. Herman Benjamin, 1º de dezembro de 2020f.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.861.289/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Relatora para o acórdão: Min. Maria Isabel Gallotti, 24 de novembro de 2020g.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.861.295/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi. Relatora para o acórdão: Min. Maria Isabel Gallotti, 24 de novembro de 2020h.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial nº 1.895.936/TO*. Relator: Min. Herman Benjamin, 13 de setembro de 2023f.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.897.367/SP*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi, 8 de fevereiro de 2022b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.919.523/DF*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 21 de junho de 2022c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.970.111/MG*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de março de 2022d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.971.316/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2022e.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 2.029.809/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 22 de maio de 2024b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 2.033.839/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 22 de agosto de 2023g.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 2.034.650/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 22 de maio de 2024c.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 2.037.094/PR*. Relator: Min. Raul Araújo, 25 de abril de 2023h.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 2.063.132/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de junho de 2023i.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 2.095.107/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3 de outubro de 2023j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 278*. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. Brasília, DF: STJ, 2003. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/viewFile/5801/5920. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 149*. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Brasília, DF: STF, 1963. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula149/false. Acesso em: 25 out. 2024.

COMISSÃO de Juristas que atualiza o Código Civil discute relatório final. Brasília, DF: TV Senado, 5 abr. 2024. 1 vídeo (ca. 264min). Publicado pelo canal TV Senado. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=p0nF0t9dYRI. Acesso em: 25 out. 2024.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição. 4. ed. atual. por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 6.

NERY JUNIOR, Nelson. Actio nata e prescrição – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [*s. l.*], v. 24, p. 199-223, abr./jun. 2020.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A prescrição no direito civil brasileiro*: natureza jurídica e eficácia. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, [*s. l.*], v. 13, n. 13-14, p. 139-150, jan./dez. 1998.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINER, Renata. A ciência do lesado e o início do prazo prescricional. *Revista de Direito Privado*, [*s. l.*], v. 50, p. 75-92, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Prescrição da pretensão de petição de herança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 110, n. 1.026, p. 263-302, abr. 2021.

Código Civil: um sistema de coerência e de funcionalidade

Rosa Maria de Andrade Nery[1]

Espera-se que a sociedade organizada tenha normas que não sejam contraditórias, que elas sejam funcionais e que sejam fruto de *vontade verdadeira de servir à Justiça e à Paz*[2]; que o texto legal seja plasmado de acordo com aquilo que se revela como de regulação necessária e útil para a sociedade à qual o texto se destina como regência normativa.

O Professor Miguel Reale, em artigo de jornal escrito logo no início da vigência do Código Civil de 2002 (Reale, 2003), lembrava, a modo de advertência, que "jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática", "conflito entre artigos", pelo que "os artigos se interpretam uns pelos outros", como obtemperava Jean Portalis, eis que a *interpretação* sistemática é *essencial* à exegese jurídica, principalmente quando se trata de atualizar "o miolo do ordenamento civil da sociedade civil" (Reale, 2005, p. 179).

Importante realçar dois pontos fundamentais, vitais para a compreensão do espírito da atualização do Código Civil, em vigor desde 2002, ao ensejo de nomeação, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado da República, de Comissão encarregada de atualizar o Código Civil:

Em primeiro lugar a *centralidade* da pessoa no contexto de sua experiência humana, jurídica e civil.

1 Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery é professora associada de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; correlatora-geral do Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

2 Na expressão de Bento XVI, no Parlamento alemão, em 22-25/9/2011.

Esse ponto foi perfeitamente considerado pela Comissão, principalmente, pelas Doutas Subcomissões de Teoria Geral do Direito Privado, de Direito Digital e de Direito de Família, capitaneadas pelos Professores Rodrigo Mudrovitsch, Laura Porto e Pablo Stolze: foram analisados os múltiplos aspectos da vivência pessoal, familiar e patrimonial de cada um, em seus ambientes de interesse.

Somos, antes de tudo, alguém na *centralidade da Família*, espaço onde a Vida tem condições de medrar: os nascimentos, a formação da capacidade da pessoa e a responsabilidade pelo futuro das novas gerações, bem como com o término da existência humana: Vida, existência e finitude. Tudo tem lugar no Código Civil e está contemplado, de alguma maneira, nesse estudo, como tesouro que demandou cuidado extremado de todos os membros da Comissão.

Nada do que é humano deixou de ser considerado pelos estudiosos da Comissão, que trouxeram respostas às aflições cotidianas do nosso povo, de acordo com suas tradições culturais e de seus anseios de progresso.

Reverbera em todos nós a grave advertência de Edith Stein, filósofa judia, que abraçou o cristianismo e vislumbrou – a partir dos retratos vivos da miséria humana e da dor aguda que experimentou – a complacência, a brandura, a clemência de quem busca compreender, dizendo: "Não quero viver, num ingênuo autoengano, 'num tenso idealismo ético'. É necessário ter a mente aberta a tudo o que é humano".

O segundo ponto de realce conecta-se com o primeiro: o sentido do *ser* reclama o *ter*.

As Doutas Subcomissões de Direito das Coisas, dos Contratos, de Obrigações, de Sucessões, de Responsabilidade Civil, Digital e de Empresa (capitaneadas, respectivamente, pelos professores Marco Aurélio Bezerra de Melo, Carlos Elias de Oliveira, José Fernando Simão; Mário Luiz Delgado, Nelson Rosenvald e pelas Professoras Laura Porto e Paula Forgioni) cuidaram de olhar a pessoa e seu patrimônio, em harmonioso contexto, atualizando institutos, fomentando a circulação de riquezas, garantindo a estabilidade do patrimônio mínimo essenciais à dignidade humana, oferecendo meios técnicos institucionais para a segurança das relações pessoais e patrimoniais, para o fomento de atividades de produção, de vitalidade econômica do patrimônio da pessoa natural e da empresa, de justa e exata indenização por danos. Tudo em fecundo trabalho apresentado à Relatoria Geral, que dividi como o Professor Flávio Murilo Tartuce.

O direito tem prática normativa própria, autônoma, que se espera seja inteligível e coerente. As relações jurídicas, desde sempre, e as situações jurídicas, a partir de visão mais ampla dos fenômenos jurídicos da atualidade (como ocorre nas experiências políticas do sujeito de direito na família, na eficácia civil de direitos

fundamentais (direitos de humanidade) – ditos, equivocadamente, a nosso ver, "de personalidade" – nas experiências de responsabilidade objetiva e de peculiares entrelaçamentos de pessoas no mundo do direito digital e do risco) trazem novas necessidades, também, para a técnica do direito civil e, na atualidade, aportam o seu "*locus*" de racionalidade em dimensão muito mais ampla e diferente do que aquela antes contemplada, entre nós, pelo legislador de 1916 ou de 2002.

Bem por isso, a atualização de textos legais e de institutos jurídicos se impõem como forma adequada para dar segurança às pessoas a partir das novidades que perpassam a experiência contemporânea do direito civil e para sustentar a atualidade da jurisprudência, que se desenvolveu com mais rapidez do que a racionalidade e a *operatividade* do legislador, percebendo e apontando as engrenagens do sistema que obstaculizam a segurança das pessoas, a circulação da riqueza, a patrimonialidade pessoal, familiar e empresarial e que demandam atenção quanto à forma, o tempo e o espaço onde se movimentam os interesses de todos.

Há uma delicada harmonia entre cuidar com desvelo da estrutura legal que interessa a todos, organizar a sociedade para esse fim, com regras muito claras, mas – ao mesmo tempo – não se apartar da milenar cultura que se põe presente nas estruturas de segurança civil, que o Código pretende amalgamar, para igualdade de todos.

O Código Civil é estatuto de liberdade que busca *equilíbrio* e *igualdade* para todos. Percebe as pessoas com especial atenção, também, quando em seus estados de precariedade física ou moral (natalidade, mortalidade, estados de vulnerabilidade por doença, pobreza, abandono ou exclusão): como é próprio da lei buscar, pela força do Poder Democrático, determinar o jurídico e suas estruturas de segurança e de coerência do sistema legal, não pode, em nenhuma ocasião, tomar a Vida como um objeto destacado da humanidade do Ser.

Cresce a importância, nesse sentido, da expressão *biopolítica* para significar um esforço do Poder Político em favor da Vida em suas condições de *precariedade*, como dito, ou em seus momentos de *vulnerabilidade estrutural* (*v.g.* do menor, do incapaz, do interditado, do desprovido de recursos materiais, do deficiente, do estrangeiro, do apátrida, do refugiado), ou de vulnerabilidade *ocasional*, como ocorre nas relações mantidas em *espaços de tutela* ou como nas hipóteses das experiências que se passam no espaço virtual, onde se cria e se estabelece uma *nova e curiosa vulnerabilidade*.

A Lei é vigia da autonomia privada e a autonomia privada encontra limites na ética. A liberdade, nem tudo autoriza. A autodeterminação do sujeito se faz de maneira responsável. Já diria Canaris (1983) que contrato, dentro do sistema de direito privado, por ser fruto da *autonomia privada*, convive nele em *conexão ética*

(essa expressão é de Canaris: *ethische Bindung*) com outros princípios e com outros valores do mesmo sistema[3].

Por isso o sistema do direito privado se estrutura em princípios que promovem a *eticidade* dos movimentos dos sujeitos em todos os quadrantes da vida civil; por isso, se vale o legislador de boa técnica que não obste a *operabilidade* do sistema; por isso o legislador se interessa pela tessitura do organismo social, para que a experiência humana, desde seus mais recônditos segredos, até o exercício da atividade mais prática e argentária, não fuja ao interesse de progresso social que a *socialidade* do direito exige, organiza, fomenta e respeita.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) outorga competência legislativa ao Congresso Nacional, seja quanto ao Direito Civil, seja quanto ao Direito Processual (art. 48, *caput*, c/c art. 22, I), seja quanto aos Registros Públicos (art. 48, *caput*, c/c art. 22, XXV).

Além disso, a CRFB aponta outras competências Legislativas ao Congresso Nacional, atinentes a outros temas que também interessam mediatamente à preocupação deste estudo, sob o epíteto *atualização do Código Civil*, a saber: a) desapropriação (CRFB art. 22, II); b) informática (CRFB art. 22, IV); c) seguros (CRFB, art. 22, VII); d) estado político (CRFB, art. 22, XIII); e) populações indígenas (CRFB, art. 22, XIV); f) sistema de consórcio e sorteios (CRFB, art. 22, XX); g) seguridade social (CRFB, art. 22, XXIII); h) propaganda comercial (CRFB, art. 22, XXIX); i) dados pessoais (CRFB, art. 22, XXX), entre muitos outros.

A realização de estudos jurídicos para aperfeiçoar o CC, função cometida aos membros da Comissão de Juristas nomeada em agosto de 2023, para pôr em prática esse trabalho, sob a Presidência do Min. Luis Felipe Salomão e Vice-Presidência do Min. Marco Aurélio Bellizze, obedece a essa cadência de disposição política do Presidente do Senado, Senador Rodrigo Pacheco, eleito pelo Povo, de onde emana todo o Poder, para que se possa efetivamente cumprir esse compromisso em prol da justiça e, desse modo, criar condições para estabelecimento de Paz social.

Dessa maneira, todo o trabalho que se apresentou, à guisa de atualização do CC, volta-se para buscar a ferramenta mais funcional possível, capaz de realçar a lógica da atualização central do Direito Privado, de maneira coerente, embora seja razoável supor que o legislador não possa imaginar e considerar todas as múltiplas expressões das experiências do direito e todas as tendências que as novidades da

3 Canaris (1983, p. 55) é claro: "Die Freiheit, die echte Freiheit, und nicht Willkür ist, die ethische Bindung einschliesst, so wonht auch der Privatautonomie die Schranke der guten Sitten von vornherein inne".

vida social trazem, a todo o instante, para a conjuntura jurídica e que chegam, por primeiro e em estado conflituoso, ao conhecimento do Poder Jurisdicional do Estado.

Muitas mudanças aconteceram nos últimos tempos, a desafiar a atualização do Direito Privado. A visão prognóstica de Orlando Gomes, acerca das *novidades* que se tornariam reais, confirmaram-se em parte: a) forte influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil; b) o ocaso da codificação; c) a modernização da Família; d) o giro da propriedade para a empresa; e) a crise da autonomia privada; f) a transição da responsabilidade civil para o seguro; e g) a marginalidade do direito de sucessões.

E tudo isso é natural, porque o direito deve ser uma ciência dinâmica, uma ciência em *perpétuel mouvement*, criada pelo homem, para atender a suas necessidades[4] (Ripert, 1955, p. 29, 71, 73).

Há assuntos que estão tratados simultaneamente no CC e no CPC, no CC e em Lei de Registros, no CC e em outros diplomas legais e as superposições normativas nem sempre são harmoniosas.

A pergunta que se impôs imediatamente, portanto, a todos quantos contribuíram para o estudo de atualização do Código Civil, como apresentado, foi a seguinte: no atual cenário da experiência humana do direito, que coisa significa exatamente *atualizar o Código Civil*?

A resposta, por certo, conecta-se com a necessidade de manter-se a harmonia de todo o sistema com os comandos que brotam da Constituição Federal e com as minudências das leis esparsas, que detalham microssistemas de segurança jurídica, bem como acompanham de perto todas as contribuições positivas que o direito vivo – que emana dos tribunais, com todos seus peculiares acertos e desacertos – trouxe para a realidade brasileira e, ainda, perceber onde os conflitos foram revelando falhas ou desatualizações da lei e para onde a experiência crítica de estudiosos aponta soluções.

A Comissão escolhida para o trabalho de atualização do Código Civil de 2002, formada por professores e operadores do Direito de todas as áreas do Direito Privado, valeu-se de seus melhores dotes para contribuir com a civilidade, compreendendo as vicissitudes de nosso tempo, conservando aquilo que não deve mudar e aspirando a mudança que se impõe como imperiosa para a elevação civil da vida social.

Pode-se até mesmo dizer – com os erros e falhas que se colhem aqui e ali – o espanto e o assombro possível são também capazes de provocar novas e importantes

4 A ideia de que o direito é criado pelo homem vem de Dabin (1952), para quem o direito *não é dado, mas construído*.

realizações, pois provocações benfazejas são fomentadoras de futuras soluções, de ajustes importantes e de profícua experiência teórico-jurídica, submetidos à autoridade do Parlamento.

Referências

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. überarb. Aufl. Berlin: Duncker & Humbolt, 1983.

DABIN, Jean. *Théorie générale du droit*. 2e éd. Bruxelles: Bruylant, 1952.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2003.

RIPERT, Georges. *Les forces créatices du droit*. Paris: LGDJ, 1955.

A reforma do Código Civil: visão geral e metodologia dos trabalhos da Comissão de Juristas

Flávio Tartuce[1]

Em 24 de agosto de 2023, o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, nomeou e formou uma Comissão de Juristas para empreender os trabalhos de reforma e de atualização do Código Civil de 2002.

Como se sabe, o projeto que gerou a atual codificação privada é da década de 1970, estando desatualizada em vários aspectos, sobretudo em questões relativas ao Direito de Empresa, ao Direito de Família, ao Direito das Sucessões e diante das novas tecnologias.

Em matéria de Direito Digital e suas repercussões para o âmbito privado, por exemplo, não há atualmente um artigo ou uma linha sequer dedicada ao assunto. A esse propósito, sempre cito a realidade relativa aos contratos formados a distância ou entre ausentes, sendo certo que a atual codificação privada traz duas teorias há tempos superadas, a respeito do *contrato epistolar*, formado por carta ou missiva. Como regra geral do sistema civilístico em vigor temos a *teoria da agnição na*

1 Flávio Tartuce é pós-doutor e doutor em Direito Civil pela USP; mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP; professor titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD); professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD; correlator-geral do Anteprojeto de Reforma do Código Civil; primeiro presidente e fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont); conselheiro seccional da OAB-SP e diretor da ESAOAB-SP; advogado, parecerista, árbitro e consultor jurídico.

subteoria da expedição, e como exceção a *teoria da agnição na subteoria da recepção*, nos termos dos seus totalmente insuficientes e defasados arts. 433 e 434[2].

Nesse contexto, há tempos voltou-se a afirmar, com muita força, que o atual Código Civil "já nasceu velho". Trata-se de um texto com mais de cinquenta anos de elaboração e que, por óbvio, encontra-se muito desatualizado. A par dessa realidade, quando da realização da *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2018, foi constituída uma comissão de trabalho específica para receber propostas e aprovar enunciados doutrinários de alteração e reforma da atual codificação privada, ao lado dos já tradicionais grupos temáticos verificados nesse consagrado evento que, em certa medida, serviu de *norte doutrinário* para o Anteprojeto.

A Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal teve a Presidência do Ministro Luis Felipe Salomão e a Vice-Presidência do Ministro Marco Aurélio Bellizze, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Tive a honra de atuar como relator da comissão, ao lado da Professora Rosa Maria de Andrade Nery. O prazo para o desenvolvimento dos trabalhos fixado foi de cento e oitenta dias, com a possibilidade de eventual prorrogação. De todo modo, foram eles entregues no prazo regular, cumprindo-se a sua missão institucional, e com a entrega formal ao Congresso Nacional em 17 de abril de 2024.

Sobre a metodologia empregada, foram formados nove grupos de trabalho, de acordo com os livros respectivos do Código Civil e com a necessidade de inclusão de um capítulo específico sobre o Direito Civil Digital, o que nos foi pedido no âmbito do Congresso Nacional, como uma das razões principais para a reforma e a atualização. As composições das subcomissões, com os respectivos sub-relatores, foram as seguintes.

Na Parte Geral, Professor Rodrigo Mudrovitsch (relator), Ministro João Otávio de Noronha, Professora Estela Aranha e Juiz Rogério Marrone Castro Sampaio. Em Direito das Obrigações, Professor José Fernando Simão (relator) e Professor Edvaldo Brito. Em Responsabilidade Civil, Professor Nelson Rosenvald (relator), Ministra Maria Isabel Gallotti e Juíza Patrícia Carrijo. Quanto ao Direito dos Contratos, Professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira (relator), Professora Angelica Carlini, Professora Claudia Lima Marques e Professor Carlos Eduardo Pianovski. Em Direito das Coisas, Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (relator), Professor Carlos Vieira

2 Código Civil: "Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante. Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I – no caso do artigo antecedente; II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III – se ela não chegar no prazo convencionado" (Brasil, [2024a]).

Fernandes, Professora Maria Cristina Santiago e Desembargador Marcelo Milagres. Em Direito de Família, Juiz Pablo Stolze Gagliano (relator), Ministro Marco Buzzi, Desembargadora Maria Berenice Dias e Professor Rolf Madaleno. No Direito das Sucessões, Professor Mário Luiz Delgado (relator), Ministro Cesar Asfor Rocha, Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Professor Gustavo Tepedino. Para o livro especial do Direito Digital, Professora Laura Porto (relatora), Professor Dierle Nunes e Professor Ricardo Campos. Por fim, para o Direito de Empresa, Professora Paula Andrea Forgioni (relatora), Professor Marcus Vinicius Furtado Coêlho, Professor Flavio Galdino, Desembargador Moacyr Lobato e Juiz Daniel Carnio.

Também foram nomeados como membros consultores da Comissão de Juristas os Professores de Direito Ana Claudia Scalquette, Layla Abdo Ribeiro de Andrada e Maurício Bunazar, a Defensora Pública Fernanda Fernandes da Silva Rodrigues, o Professor de Língua Portuguesa Jorge Miguel e o Juiz Federal Vicente de Paula Ataide Junior.

Com vistas a dar publicidade e atender aos ditames democráticos na elaboração do texto, no ano de 2023, foram realizadas três audiências públicas, em São Paulo (OAB-SP, em 23 de outubro), Porto Alegre (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20 de novembro) e Salvador (Tribunal de Justiça da Bahia, em 7 de dezembro). Além das exposições de especialistas, da participação do público presente e de debates ocorridos nesses eventos, muitos outros seminários jurídicos foram realizados em reuniões de cada uma das subcomissões. Cito, a título de exemplo, as reuniões realizadas pela subcomissão de Direito das Sucessões no IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), sob a liderança do seu relator, o Professor Mario Luiz Delgado.

Foram também abertos canais para envio de sugestões pelo Senado Federal e oficiados mais de quatrocentos institutos e instituições jurídicas. Mais de duzentos deles mandaram propostas para a Comissão de Juristas, em um sistema democrático de participação não visto em processos anteriores, de elaboração e alteração da Lei Geral Privada brasileira.

Além disso, vale ressaltar o caráter amplo, plural, inclusivo e democrático da constituição da Comissão de Juristas, com destacados civilistas de todo o País, ampla participação feminina – inclusive na Relatoria Geral, como nunca havia ocorrido – e a congregação de um grupo heterogêneo, congregando Ministros do Superior Tribunal de Justiça – como igualmente nunca ocorreu, destaque-se, em outras Comissões de Juristas –, Desembargadores, Juízes, Advogados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Professores e Doutrinadores.

Após um intenso trabalho no âmbito de cada grupo temático, em dezembro de 2023 foram consolidados os textos dos dispositivos sugeridos, enviados para revisão dos Relatores-Gerais, no caso eu e a Professora Rosa Nery. Os textos das proposições foram revistos e fizemos sugestões de eventuais propostas alternativas, com eventual destaque para as divergências existentes entre nós. Nessa fase também foram propostas *emendas de consenso*, após muita negociação, interação e discussões com as respectivas subcomissões, incentivadas pelo Presidente e pelo Vice-Presidente da Comissão, que participaram ativamente de todo o processo.

Em 26 de fevereiro 2024, foi realizada uma quarta audiência pública, em Brasília, com a presença do Ministro da Suprema Corte Argentina Ricardo Lorenzetti e da Professora Aída Kemelmajer. Dela também participou o eminente civilista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Professor Luiz Edson Fachin, todos com exposições históricas e memoráveis. Na oportunidade, os juristas argentinos partilharam conosco um pouco da sua experiência com a elaboração do *Novo Código Civil* daquele País, de 2014. Entre vários aspectos que foram levantados, o Ministro Ricardo Lorenzetti destacou a necessidade de a codificação privada do século XXI ser construída a partir de uma forte e clara *base principiológica*, o que foi seguido na elaboração do Anteprojeto[3].

Seguiram-se novos debates entre todos os membros da Comissão de Juristas, a elaboração das citadas *emendas de consenso*, destacando-se as que se deram com as subcomissões de Responsabilidade Civil e de Direito das Coisas. O texto foi então finalmente consolidado para a sua votação final e, entre os dias 1º e 5 de abril de 2024, ocorreu o que o Ministro Luis Felipe Salomão denominou *esforço concentrado*, na Sala da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

As discussões e votações, com cerca de quarenta horas de trabalho, foram transmitidas ao vivo pela TV Senado, de forma inédita e novamente democrática,

3 A esse propósito, vale destacar a elaboração do art. 966-A do Código Civil, pela Comissão de Direito de Empresa, e apoio unânime dos Relatores-Gerais e dos demais membros da Comissão de Juristas. Nos seus termos, "as disposições deste Livro devem ser interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país, observados os seguintes princípios: I – da liberdade de iniciativa e da valorização e aperfeiçoamento do capital humano; II – da liberdade de organização e livre concorrência, da atividade empresarial, nos termos da lei; III – da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública; IV – da autonomia patrimonial, das pessoas jurídicas, conforme seu tipo societário; V – da limitação da responsabilidade dos sócios, conforme o tipo societário adotado, nos termos legais; VI – da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social; VII – da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública; VIII – da preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica; IX – da observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito; X – da simplicidade e instrumentalidade das formas" (Brasil, [2024b]).

estando disponíveis na página da subcomissão no *site* do Senado. Trata-se de uma experiência única vivenciada pelo Direito Privado brasileiro, com debates riquíssimos e discussões que já entraram para a nossa História. Sem dúvidas que o nosso Direito Privado muito cresceu com essa experiência, deixando-se um grande legado para as novas gerações de juristas. Foi ainda realizada uma última reunião virtual, para os ajustes finais e debates das regras de Direito Intertemporal, das importantes disposições finais e transitórias inseridas no Anteprojeto.

Feitas as revisões ortográficas, gramaticais, metodológicas e de atendimento às regras formais de elaboração legislativa, pela equipe do Senado e pela própria Comissão de Juristas – com a importante atuação do Professor Jorge Miguel –, em 17 de abril de 2024 foi realizada a sua entrega em solenidade formal ocorrida no Plenário do Senado Federal, em novo dia que entrou para a história do Direito Privado brasileiro.

Exposto todo o caminho de sua elaboração, devo deixar claro que não se trata da projeção de um "Novo Código Civil", mas apenas de uma ampla reforma, com atualizações fundamentais e necessárias, para que o Direito Civil brasileiro esteja pronto para enfrentar os desafios do século XXI, sobretudo frente às novas tecnologias e às mudanças pelas quais tem passado a sociedade, o que é mais do que necessário, é urgente e fundamental.

Como tenho destacado, foram mantidos a organização, a estrutura e os princípios da atual Lei Geral Privada, em sua versão original, assim como dispositivos fundamentais, caso dos seus arts. 113 e 187, que não sofreram qualquer alteração[4]. Na essência, foi modificado quantitativamente menos da metade do texto vigente, e muitas propostas foram de mero aperfeiçoamento da redação, com o fim de deixar mais clara a compreensão dos dispositivos na nossa realidade.

Em vários deles, houve apenas a correção – como naqueles relativos ao Direito de Família, em que se incluiu o convivente ao lado do cônjuge –, e a atualização frente a leis recentes, de decisões dos Tribunais Superiores e dos enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*; além da retomada do Código Civil como *protagonista* em matéria do Direito Privado, o que foi esvaziado, nos últimos anos.

Perguntado por um jornalista quando da entrega dos trabalhos finais sobre qual foi o momento mais difícil desse processo, apontei o enfrentamento das notícias falsas, das *fake news*, uma das maiores *pestes* ou *pragas digitais* que enfrentamos na atualidade, tema aliás que o Anteprojeto regula de forma indireta, e sem usar esse

4 Sobre o art. 113 do Código Civil, conforme reconhecido pelo próprio Miguel Reale, seu sistematizador e organizador do então projeto de codificação: ver Reale (2005).

termo, no livro de *Direito Civil Digital*, com vistas à responsabilidade civil daqueles que agem com abuso de direito no âmbito virtual.

Ao contrário do que antes se afirmou, de forma mesmo dolosa, e como fica evidente da leitura do texto final, o Anteprojeto não trata do aborto, mas, muito ao contrário, reconhece a dignidade humana do nascituro e do embrião, desde a sua concepção (art. 1.511-A, § 1º)[5]. Também foram reconhecidos os direitos da personalidade do nascituro, consoante o novo art. 11, § 4º: "a tutela dos direitos de personalidade alcança, no que couber e nos limites de sua aplicabilidade, os nascituros, os natimortos e as pessoas falecidas" (Brasil, [2024b]). Destaco, ainda, a revogação expressa da *Lei dos Alimentos Gravídicos* (Lei nº 11.804/2008), especialmente pelo uso de termos impróprios, relativos ao estado da mulher grávida; e a sua inclusão na codificação privada sob o título "dos alimentos devidos ao nascituro e à gestante", como deve ser, nos novos arts. 1.701-A a 1.701-C.

O Anteprojeto também não trata da chamada *família multiespécie* – casamento, união estável ou filiação entre pessoas e animais –, sendo certo que foi inserido apenas um dispositivo que reconhece a afetividade das pessoas como os seus animais de companhia como direito da personalidade, com vistas a legitimar os primeiros para as medidas preventivas e reparatórias em caso de lesões e danos causados aos segundos. Nos termos do projetado art. 19 da codificação privada, "a afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e de proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa" (Brasil, [2024b]).

Os animais, a propósito, deixam de ser coisas, mas não passam a ser pessoas, sendo tratados como *seres sencientes*, ou seja, seres dotados de sensibilidade, remetendo-se a sua regulamentação para posterior norma especial, como está no projetado art. 91-A. Consoante o seu *caput*, "os animais são seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da sua natureza especial". Além disso, remetendo-se o tema, como citado, para a legislação especial posterior, o seu § 1º enunciará que "a proteção jurídica prevista no *caput* será regulada por lei especial, a qual disporá sobre o tratamento físico e ético adequado aos animais". Por fim, de forma muito equilibrada, há a proposta de um § 2º desse comando, preceituando que, "até que sobrevenha lei especial, são aplicáveis, subsidiariamente, aos animais

5 Texto do Anteprojeto: "Art. 1.511-A. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício deste direito, vedada qualquer forma de coerção, por parte de instituições privadas ou públicas. § 1º A potencialidade da vida humana pré-uterina e a vida humana pré-uterina e uterina são expressões da dignidade humana e de paternidade e maternidade responsáveis" (Brasil, [2024b]).

as disposições relativas aos bens, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza, considerando a sua sensibilidade" (Brasil, [2024b]).

Também desmentindo outra notícia falsa que surgiu no processo de elaboração das propostas, não se regula no âmbito do Direito de Família a *união poliafetiva* ou o *trisal*, conforme se depreende da leitura do *caput* do novo art. 1.564-D, o qual determina que "a relação não eventual entre pessoas impedidas de casar não constitui família" (Brasil, [2024b]). Como tenho destacado em vários ambientes e escritos, um dos nortes seguidos pela Comissão de Juristas foi o de aplicar no texto da reforma o entendimento jurisprudencial ora consolidado, sendo certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo do Conselho Nacional de Justiça não admite o reconhecimento da poligamia ou de relações familiares paralelas em nosso País. A esse propósito, cito a tese fixada no Tema nº 529 de Repercussão Geral da Suprema Corte brasileira:

> A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (Brasil, 2020).

Já se percebe que o texto do Código Civil foi atualizado e reformado para se retirarem lacunas e para se inserir na norma a posição hoje consolidada da doutrina e da jurisprudência. Não se *inventou a roda* ou se propôs nada além do que já se vinha debatendo no âmbito civilístico nos últimos vinte anos. A esse propósito, para trazer outro exemplo entre tantos, destaco a temática relativa às relações de parentesco, em que se propõem urgentes atualizações.

De início, diante do seu caráter geral para o Direito de Família, a Comissão de Juristas encarregada da Reforma do Código Civil sugere que o tema abra o livro respectivo, tratando "das pessoas na família", entre os novos arts. 1.512-A e 1.512-G. Seguiu-se, portanto, proposição elaborada pela Relatora-Geral, Professora Rosa Maria de Andrade Nery, que é melhor do ponto de vista metodológico.

O primeiro dispositivo proposto sobre o tema tratará das modalidades gerais de parentesco, como deve ser, prevendo que

> a relação de parentesco pode ter causa natural ou civil. § 1º O parentesco é natural se resultar de consanguinidade, ainda que o nascimento tenha sido propiciado por cessão temporária de útero. § 2º O parentesco é civil, conforme resulte de

> socioafetividade, de adoção ou de reprodução assistida em que há a utilização de material genético de doador (Brasil, [2024b], art. 1.512-A).

E o segundo deles, também com um sentido genérico e sem qualquer alteração frente à realidade atual, tratará do parentesco na linha reta ou colateral: "qualquer que seja a causa, o parentesco pode se dar em linha reta ou colateral" (Brasil, [2024b], art. 1.512-B).

Como se pode perceber, objetiva-se positivar expressamente na norma civil o reconhecimento das hipóteses em que há parentesco civil, além da adoção, como está no Enunciado nº 103, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*:

> o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho (Conselho da Justiça Federal, [2002], p. 1).

A respeito da última, cito ainda o Enunciado nº 256, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*: "a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil" (Conselho da Justiça Federal, 2005, p. 68).

Quanto às técnicas de reprodução assistida, almeja-se incluir na codificação privada o seu tratamento legal, o que é urgente, pela falta de regulação legal mínima a respeito do assunto neste momento (arts. 1.629-A a 1.629-V). Na atualidade, o tema é apenas tratado por regulamentação administrativa, do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça – dirigida para os oficiais dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais –, sendo primordial a sua normatização jurídica plena, a fim de lhe conferir segurança jurídica e estabilidade institucional.

Sobre a inclusão da parentalidade socioafetiva, concretiza-se novamente o teor de julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, em repercussão geral, que reconheceu efeitos jurídicos não só para ela como também para a multiparentalidade. Consoante o seu Tema nº 622, que analisou a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Brasil, 2016).

Como é notório, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é uníssona no seu reconhecimento como forma de parentesco civil. Entre muitos acórdãos, destaco o seguinte trecho:

> a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos. […]. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho, restou atestada pelo juízo primevo, cuja sentença merece ser restabelecida (Brasil, 2022b).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva e a viabilidade da multiparentalidade, pelos Provimentos nºs 63 e 83, em 2023 incorporados ao seu Código Nacional de Normas (CNN-CNJ).

Em verdade, a parentalidade socioafetiva é uma construção jurídica totalmente consolidada no nosso País – por doutrina e jurisprudência dominantes, quase unânimes –, não havendo qualquer razão plausível para que não seja incorporada ao texto do Código Civil. A esse propósito, lembro mais uma vez e destaco que o Anteprojeto do Código Civil foi orientado pela doutrina hoje amplamente majoritária – consubstanciada pelos enunciados doutrinários das *Jornadas de Direito Civil* –, e não por posições isoladas.

Nesse contexto, o Anteprojeto de Reforma e Atualização coloca a parentalidade socioafetiva em posição de igualdade com o parentesco consanguíneo, sem hierarquia entre eles, o que foi o norte da decisão do Supremo Tribunal Federal antes destacada, e para todos os fins possíveis, além dos próprios pais e filhos que estabelecem esse vínculo, fundado na posse de estado de filhos.

Assim, o novo sistema apresentará impedimentos matrimoniais entre os parentes socioafetivos, incluindo os irmãos, situação hoje não tratada pela norma e que gera dúvidas na prática. Atualmente, ao tratar dos impedimentos para o casamento, o art. 1.521 do Código Civil prevê o seguinte:

> Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do

> adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (Brasil, [2024a]).

A Comissão de Juristas sugere ajustes pontuais no comando, mais uma vez urgentes e necessários, no tratamento dos impedimentos matrimoniais. Para os fins do que trata este texto, no inciso IV do art. 1.521 propõe-se mencionar apenas os irmãos, não importando a sua origem, justamente porque o parentesco civil gera os mesmos efeitos do parentesco consanguíneo, a incluir a adoção, a parentalidade socioafetiva e o uso de técnicas de reprodução assistida. Essa conclusão, inafastável, será retirada do antes destacado projeto de art. 1.512-A da codificação privada. Também se almeja retirar a menção aos *irmãos bilaterais* – mesmo pai e mesma mãe – e *unilaterais* – mesmo pai ou mesma mãe –, uma vez que o impedimento matrimonial existe em qualquer hipótese de vínculo colateral de segundo grau.

Com o fim de afastar outra notícia falsa, que ainda circula em nossos meios sociais e jurídicos, destaco a revogação do inciso V do art. 1.521, que hoje menciona o adotado com o filho do adotante. De todo modo, apesar da retirada do inciso, a restrição se manterá, pelo inciso anterior, pois devem ser considerados irmãos também os adotivos. Assim, ao contrário do *devaneio* de alguns – baseado em interpretações totalmente equivocadas da lei ou mesmo mal-intencionadas, com o fim de *sabotar* a Reforma do Código Civil –, essas alterações do dispositivo que trata dos impedimentos do casamento não permitirão o *incesto*, ou seja, o casamento entre irmãos. Muito ao contrário, há uma ampliação a respeito dos impedimentos, a fim de atingir os irmãos socioafetivos.

Sobre a socioafetividade e na linha das propostas que formulamos, acrescento que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu efeitos sucessórios em relação ao que denominou como *fraternidade* ou *irmandade socioafetiva*. Em acórdão muito bem relatado pelo Ministro Marco Buzzi – membro destacado da Comissão de Juristas –, em que se evidencia a abrangência da aplicação da parentalidade socioafetiva na Corte Superior:

> a atual concepção de família implica um conceito amplo, no qual a afetividade é reconhecidamente fonte de parentesco e sua configuração, a considerar o caráter essencialmente fático, não se restringe ao parentesco em linha reta. É possível, assim, compreender-se que a socioafetividade constitui-se tanto na relação de parentalidade/filiação quanto no âmbito das relações mantidas entre irmãos, associada a outros critérios de determinação de parentesco (de cunho biológico ou presuntivo) ou mesmo de forma individual/autônoma. Inexiste qualquer vedação

> legal ao reconhecimento da fraternidade/irmandade socioafetiva, ainda que *post mortem*, pois o pedido veiculado na inicial, declaração da existência de relação de parentesco de segundo grau na linha colateral, é admissível no ordenamento jurídico pátrio, merecendo a apreciação do Poder Judiciário (Brasil, 2022a).

Ora, se a *irmandade socioafetiva* gera *bônus* – como a sucessão entre os irmãos socioafetivos –, deve gerar o *ônus* – o impedimento matrimonial entre eles –, sendo imperioso o reconhecimento de efeitos amplos para a parentalidade socioafetiva. As conclusões desse último *decisum*, como não poderia ser diferente, orientaram o Anteprojeto de Reforma.

Quanto aos dispositivos relativos ao parentesco, em especial as propostas sobre a parentalidade socioafetiva, há também proposições de se incluírem os novos arts. 1.617-A a 1.617-C no Código Civil, para regular expressamente a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade, afastando-se dúvidas, incertezas e instabilidades ainda existentes no mundo teórico e na realidade prática.

De acordo com o novo 1.617-A, e na linha do entendimento jurisprudencial superior antes exposto, "a inexistência de vínculo genético não exclui a filiação se comprovada a presença de vínculo de socioafetividade" (Brasil, [2024b]). Em outras palavras, admite-se a multiparentalidade, com a presença de vínculos concomitantes, consanguíneo e socioafetivo, o que confirma a tese julgada pelo STF, em repercussão geral (Tema nº 622), bem como o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência.

A respeito dos deveres parentais advindos da parentalidade socioafetiva, o novo art. 1.617-B da Lei Geral Privada passará a prever que "a socioafetividade não exclui nem limita a autoridade dos genitores naturais, sendo todos responsáveis pelo sustento, zelo e cuidado dos filhos em caso de multiparentalidade" (Brasil, [2024b]). Nesse contexto, é perfeitamente possível a *autoridade parental compartilhada*, sobretudo nos casos de vínculos concomitantes, sendo necessário um texto que deixe essa questão afirmada, para maior efetividade do instituto.

Por fim, prevaleceu na Comissão de Juristas o entendimento – contra o meu voto e o de outros – de que somente é possível o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva de pessoas com menos de dezoito anos e incapazes no âmbito judicial, o que afasta toda a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça hoje vigente, originária dos seus Provimentos nºs 63 e 83, incorporados ao seu Código Nacional de Normas (arts. 505 a 509).

Consoante o novo art. 1.617-C proposto para o Código Civil, "o reconhecimento de filiação socioafetiva de crianças, de adolescentes, bem como de incapazes, será feito por via judicial" (Brasil, [2024b]). Porém, para pessoas capazes e maiores de

dezoito anos, havendo a concordância dos pais naturais, dos pais socioafetivos e do filho, o reconhecimento poderá ser feito extrajudicialmente, cabendo ao oficial do Registro Civil reconhecer a existência do vínculo de filiação e levá-lo a registro (§ 1º). Em casos de discordância de um ou de ambos os genitores naturais, o reconhecimento da multiparentalidade poderá ser buscado apenas judicialmente (§ 2º).

Essas mudanças propostas, que acabaram prevalecendo pelo voto da maioria e pela democracia que orientou os nossos trabalhos, farão com que o Conselho Nacional de Justiça tenha que regulamentar novamente o tema, quando as mudanças emergirem e forem aprovadas como lei.

Apesar da minha posição contrária, as posições prevalecentes no voto democrático acabam por espelhar o entendimento que hoje é até majoritário na doutrina, com o fim de se garantir mais segurança e certeza para o reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, afastando-se alguns exageros vistos na prática.

Como se pode perceber, a *democracia* foi a essência do trabalho de elaboração do Anteprojeto, tendo a Comissão de Juristas entregue o seu trabalho final de acordo com a sua missão institucional de propor aquilo que hoje é majoritário na realidade do Direito Privado brasileiro, entre julgadores e doutrinadores.

Nesse contexto, sem qualquer apego, e cientes de que desenvolvemos o melhor trabalho possível e de acordo com nossas forças e possibilidades, para o bem da nação brasileira, entregamos ao Parlamento um amplo texto, com trezentas e onze páginas, iniciando-se agora, no âmbito do Congresso Nacional, uma nova fase de sua elaboração democrática, como sempre deve ser.

Referências

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.674.372/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 4 de outubro de 2022a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.867.308/MT*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3 de maio de 2022b.

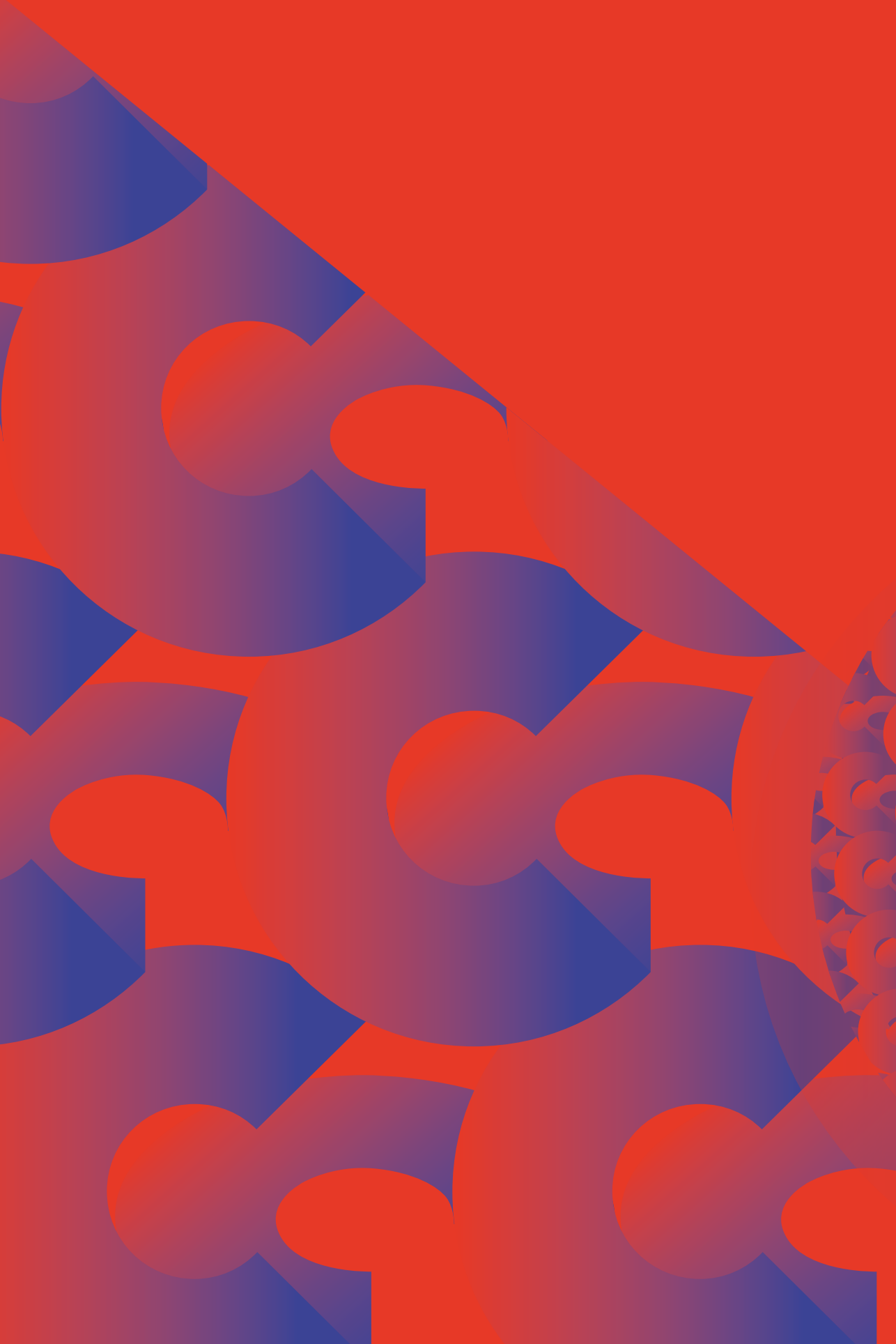
_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 898.060/SC*. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de dezembro de 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *I Jornada de Direito Civil*. [Brasília, DF]: CJF, Centro de Estudos Judiciários, [2002]. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf/view. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2005. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf. Acesso em: 29 out. 2024.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. *In*: _____. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 240-243. (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1).



Parte Geral

Personalidade internacional na Reforma do Código Civil

Rodrigo Mudrovitsch[1]

1 Personalidade internacional e os direitos humanos

A ideia de personalidade internacional do indivíduo confunde-se com a própria gênese dos direitos humanos tal como são conhecidos atualmente. Com o término da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional caminhou para a formação do consenso em torno da ideia de que a proteção dos valores civilizatórios fundamentais e da pessoa humana não mais poderia permanecer exclusivamente sob a discricionariedade dos Estados Nacionais.

Nessa conjuntura histórica, os Estados deixam de ser o centro de gravitação da ordem jurídica internacional e o indivíduo passa a assumir posição de centralidade. É o que o saudoso juiz Cançado Trindade chamou de "a grande revolução jurídica do século XX" (Corte IDH, 2001, par. 16). Naquele momento, consolidou-se o postulado de que os sujeitos gozam de personalidade jurídica internacional, *status* que apresenta algumas implicações fundamentais.

A primeira delas é a que a titularidade dos direitos essenciais deriva da própria condição humana, e a observância desses direitos pelos Estados deixa de estar condicionada por questões jurídicas de ordem interna ou à vinculação do indivíduo

1 Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch é juiz vice-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; doutor em Direito do Estado pela USP; mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB; sub-relator da Parte Geral da Comissão de Juristas criada pelo Senado para a revisão e a atualização do Código Civil.

a esta ou aquela nacionalidade, como preceitua o art. 2.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

A segunda é a de que os Estados passam a responder internacionalmente pelos atos que porventura violem os direitos humanos dos indivíduos que se encontram em sua jurisdição. O movimento humanista da segunda metade do século XX levou a uma série de tratados regionais de proteção dos direitos humanos, dentre eles a Convenção Americana, nos quais foram instituídos órgãos de supervisão investidos da atribuição de zelar pela garantia dos direitos ali contidos. A instalação de mecanismos jurídicos de responsabilização estatal deu corpo a outro desdobramento fundamental da personalidade jurídica internacional, qual seja a capacidade postulatória do indivíduo no plano supranacional.

Uma terceira implicação diz respeito ao direito conferido ao indivíduo de pleitear o reconhecimento de violações de direitos humanos no respectivo sistema internacional de proteção. No caso das Américas e parcialmente da África[2], o acesso ainda é indireto, mas no contexto europeu o indivíduo pode acessar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sem necessidade de intermediação por uma comissão desde a entrada em vigor do Protocolo nº 11 em 1998.

A ideia de personalidade jurídica internacional é, portanto, o grande fundamento jurídico da ordem normativa internacional que emergiu do pós-guerra. Atualmente, os indivíduos não são mais considerados como objeto dos direitos adquiridos pelos Estados, mas efetivamente sujeitos capazes de gozar desses direitos ao lado e até contra os próprios Estados. A incorporação da personalidade jurídica internacional no anteprojeto do Código Civil brasileiro o coloca, portanto, em plena sintonia com os principais movimentos do direito internacional.

2 Direitos de personalidade no sistema interamericano

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece, em seu art. 3º, que "[t]oda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica" (OEA, 1992). O conteúdo da disposição convencional vem sendo estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em sua jurisprudência desde o caso *Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, no qual afirmou que:

2 No caso africano, dos 34 países que ratificaram o Protocolo de Estabelecimento da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, apenas 8 depositaram a declaração que permite que indivíduos e organizações não governamentais pleiteiem seus casos diretamente à Corte.

> [e]l derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes (Corte IDH, 2000).

Em termos jurisprudenciais, a Corte IDH tem reconhecido a violação ao direito à personalidade jurídica sob dois aspectos principais. O primeiro diz respeito ao dever do Estado de reconhecer existência legal (isto é, documental) dos indivíduos. No caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, o Tribunal se deparou com as dificuldades impostas pelo Estado dominicano para outorgar a documentação de identidade às vítimas, menores de idade, que possuíam ascendência haitiana, o que as colocou em situação de apatridia. Nesse contexto, a Corte IDH destacou a relação entre personalidade jurídica e dignidade humana:

> la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares (Corte IDH, 2005).

Violações do gênero também foram identificadas nos casos *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (Corte IDH, 2006b) e *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana* (Corte IDH, 2014).

A partir do caso *Anzualdo Castro vs. Peru*, a Corte IDH passou a reconhecer a violação ao direito à personalidade jurídica também em casos de desaparecimento forçado, já que

> más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional (Corte IDH, 2009a)[3].

A passagem pelos precedentes da Corte IDH demonstra que o direito à personalidade jurídica tem *status* especial: ao mesmo tempo em que configura um direito

3 Em sentido semelhante, Corte IDH (2010b).

em si, é também a condição de possibilidade para o exercício dos demais direitos, e a personalidade internacional – consagrada no Anteprojeto do Código Civil – é uma de suas mais relevantes expressões.

3 A estrutura e justificativa do art. 11 do Anteprojeto

O Anteprojeto acolhe a ideia de personalidade internacional logo no art. 1º, parágrafo único. Seu conteúdo, porém, é aprofundado em seu art. 11, § 1º, com a seguinte redação:

> Os direitos e princípios expressos neste Código não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio e nos tratados internacionais dos quais o País é signatário, para a proteção de direitos nas relações privadas, e dos direitos de personalidade, inclusive em seus aspectos decorrentes do desenvolvimento tecnológico (Brasil, [2024]).

O dispositivo pode ser dividido em três aspectos principais, analisados separadamente a seguir.

3.1 "Os direitos e princípios expressos neste código não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio e nos tratados internacionais dos quais o País é signatário"

O enunciado legislativo[4] tem dois sentidos fundamentais, complementares entre si: de um lado evitar interpretações equivocadas de que as modificações propostas pela Comissão de Atualização do Código Civil provocariam a revogação de algum direito, garantindo a plena observância ao princípio da vedação ao retrocesso. Do outro lado, reconhecer que os mecanismos jurídicos de proteção de direitos de contemplados no Anteprojeto compreendem os direitos e garantias derivados da Constituição, de outras leis e do direito internacional, pressuposto fundamental da ideia de personalidade internacional, ampliando o bloco de constitucionalidade e convencionalidade.

Essa mesma fórmula é comumente adotada em instrumentos internacionais. A CADH, por exemplo, dispõe que sua interpretação não pode excluir outros direitos

4 Semelhante dispositivo aparece no art. 1º do *Código Civil y Comercial* argentino.

e garantias inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo (art. 29.c). É importante relembrar que, em relação às obrigações internacionalmente assumidas, é vedado aos Estados invocarem seu ordenamento interno como justificativa para o descumprimento dos deveres previstos em tratados e convenções, consoante o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). O que se tem, portanto, é uma ampliação do leque de direitos conferidos aos cidadãos, na medida em que as obrigações internacionais devem sempre se somar aos direitos e garantias já reconhecidos no plano interno. A assunção de um compromisso internacional – após o devido processo de internalização segundo as regras de cada Estado – é suficiente para acrescentá-lo ao rol de direitos, passando a ser inoponível pela legislação interna.

Em se tratando de instrumentos internacionais de direitos humanos, é necessário abandonar a discussão sobre o *status* hierárquico atribuído a tais obrigações, mesmo ante a existência da cláusula de equivalência constitucional do art. 5º, § 3º, pois essa exprime caráter unicamente legislativo-procedimental. Essa assimetria artificial, seguindo sua lógica formalista, pode levar ao contraditório cenário em que direitos humanos – que não possuem hierarquia entre si – podem ser declarados "inconstitucionais" apenas em razão do tratado ou convenção do qual constam e do procedimento legislativo adotado para sua internalização.

Dessa forma, os tratados relativos a direitos humanos, pela própria natureza das obrigações neles contidas[5], não podem ser afastados em caso de colisão com outras normas de direito interno, sob pena de serem reduzidos a hermenêutica meramente formalista e desvestida de sentido. Ou seja: os direitos humanos devem ser considerados sempre como o piso mínimo para o reconhecimento de direitos fundamentais. A lógica de hierarquia entre Constituição, tratados e legislação deve dar lugar ao cânone da primazia da norma mais protetiva da pessoa humana.

De outro lado, as aludidas disposições do Anteprojeto estão em linha com o dever convencional do Brasil de adequar o seu ordenamento interno às normas firmadas em tratados internacionais de que seja signatário, em perfeito diálogo com a CADH, cujo art. 2 dispõe que os Estados-Partes se comprometem a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades garantidos pela Convenção. Ressalte-se que tais

5 "En este punto es fundamental tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos y los efectos que ello tiene sobre su interpretación y aplicación. Por una parte, el objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos; por la otra, significa la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Corte IDH, 2009, par. 62).

direitos não se limitam aos prescritos no texto convencional, mas compreendem os oriundos da jurisprudência da Corte IDH como um todo, i.e., não apenas em casos envolvendo o Brasil.

A Corte IDH tem entendimento consolidado de que o art. 2 da Convenção apresenta dupla faceta: de um lado, a obrigação positiva de expedir normas e desenvolver práticas aderentes à efetiva observância dos direitos e garantias previstos no texto convencional; e, de outro lado, a obrigação de não apenas não aplicar norma ou prática que violem a Convenção (Corte IDH, 1999, par. 205), mas de suprimir do ordenamento dispositivos dessa natureza (Corte IDH, 2006a, par. 118).

Nesse sentido, essa obrigação não se reduz à atividade do legislador, mas compreende todos os setores do Estado. Nas palavras do juiz MacGregor Poisot,

> [l]a obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido (Corte IDH, 2010a, par. 60).

3.2 "Proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas"

A visão tradicional de que o ônus de garantir e respeitar os direitos humanos é arcado exclusivamente pelos Estados tem sido cada vez mais criticada por limitar a eficácia da proteção da pessoa humana em relações fora da alçada do Poder Público, como as travadas entre empresas e indivíduos. Recorda-se que Estado ser responsabilizado pela violação de direitos humanos e fundamentais, ainda que a ela não tenha dado causa, caso tenha falhado no seu dever de diligência[6], o que não exime particulares da incumbência de observar tais direitos em suas atividades regulares. Desse modo, o Anteprojeto coloca-se em sintonia fina com o estado da arte em matéria de direitos humanos nas relações privadas.

A fim de fazerem frente a essas obrigações, inclusive em relação ao dever de não se omitir, aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados cabe exigir e fiscalizar a observância dos direitos humanos e fundamentais também aos particulares, sejam

6 "En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Corte IDH, 1988, par. 172).

eles pessoas naturais ou jurídicas. Assim, por exemplo, é que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento de que o texto constitucional também protege a violação de direitos fundamentais nas relações particulares – das quais o Estado não participa, por definição – na medida em que aqueles seriam dotados de eficácia imediata ou teriam a chamada eficácia horizontal[7]. O respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos em geral é igualmente obrigação das pessoas físicas ou jurídicas, e é disso que trata o art. 11 do Anteprojeto.

Tal postulado tem sido objeto de iniciativas fundamentais no plano internacional. Em 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou os "Princípios reitores sobre as empresas", cujo principal objetivo é esclarecer as responsabilidades das empresas, partindo da premissa de que "as empresas devem respeitar os direitos humanos [...], o que significa que elas devem abster-se de infringir os direitos humanos de terceiros e abordar as consequências negativas sobre os direitos humanos em que tenham qualquer tido qualquer participação" (Naciones Unidas, 2017, princ. 11). O tema também foi objeto do relatório *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 2019.

Em 2023, a Corte IDH proferiu sentença paradigmática em que reiterou sua jurisprudência a respeito da obrigação do Estado na proteção, respeito e reparação dos direitos humanos eventualmente violados por atividades empresariais, sejam públicas ou privadas. No ensejo, a Corte IDH (2023a, par. 114) ainda consignou que "son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos".

7 "As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais" (Brasil, 2005).

3.3 Direitos de personalidade e aspectos decorrentes do desenvolvimento tecnológico

Como visto, a inclusão da personalidade jurídica internacional no Anteprojeto não é mero acaso, mas reflexo da evolução do direito internacional. Ao enfatizar os "aspectos decorrentes do desenvolvimento tecnológico", o Anteprojeto buscou dar relevo às novas vertentes de proteção da pessoa humana que são exigidas diante de eventuais riscos e externalidades geradas pela introdução de novas tecnologias na sociedade. Certamente, o exemplo mais simbólico desse fenômeno reside na construção de todo um ramo jurídico destinado à proteção de dados, contemplado também no Anteprojeto, em seu Livro sobre Direito Civil Digital, em consonância com o art. 5º, LXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) – recentemente incluído pela EC nº 115/2022, e ao reconhecimento do direito à autodeterminação informacional pelo STF (Brasil, 2020, 2022, 2023).

Esses avanços estão em linha com os principais organismos internacionais. Além de corroborados pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos[8] e, nas Américas, a Corte IDH proferiu sentença em que afirmou a existência do direito humano autônomo à autodeterminação informativa, como desdobramento dos direitos reconhecidos nos arts. 11 e 13 da CADH (Corte IDH, 2023b, par. 586-588). Por ocasião desse julgamento, pude afirmar que "[a] relevância da autodeterminação informativa per se está, assim, ligada a interesses fundamentais que vão além de qualquer tecnologia específica existente. Ela inscreve-se na matriz perene dos direitos humanos, não sendo mero reflexo de mudanças tecnológicas contingentes" (Corte IDH, 2023b, par. 81, tradução nossa). E penso que é disso que cuida esse aspecto do art. 11: uma salvaguarda para a prevenção da violação dos direitos da personalidade associados ao mundo digital, em constante transformação e que não se resumem apenas à proteção dos dados pessoais.

4 Conclusão

A escolha de incorporar o conceito de personalidade internacional no Anteprojeto de não é mero jogo vocabular, colocando a proposta de reforma do Código Civil em

8 "Article 8 of the [European] Convention thus provides for the right to a form of informational self-determination, allowing individuals to rely on their right to privacy as regards data which, albeit neutral, are collected, processed and disseminated collectively and in such a form or manner that their Article 8 rights may be engaged" (ECHR, 2017, par. 136-137).

linha com os principais avanços do direito internacional nas últimas décadas. Além de reforçar a comunhão entre a ordem jurídica do direito civil do País e o direito internacional dos direitos humanos com base numa lógica de complementaridade e não exclusão, o documento aprofunda o conteúdo e o alcance da noção de personalidade internacional. Nesse sentido, destacam-se tanto a permeabilidade do ordenamento à assimilação de novos direitos oriundos dos desafios tecnológicos dos novos tempos quanto o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos humanos.

Acima de tudo, o Anteprojeto dá o passo fundamental para derrubar, de uma vez por todas, a obsoleta separação entre o direito privado e a proteção dos direitos humanos.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.561/TO*. Relator: Min. Edson Fachin, 4 de setembro de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.649/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de setembro de 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 26 de septiembre de 2006a. Serie C No. 154.

_____. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 22 de septiembre de 2009a. Serie C No. 202.

_____. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 26 de noviembre de 2010a. Serie C No. 220.

_____. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

_____. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 25 de mayo de 2010b. Serie C No. 212.

_____. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. 29 de marzo de 2006b. Serie C No. 146.

_____. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

_____. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

_____. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

_____. *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 16 de noviembre de 2009b. Serie C No. 205.

_____. *Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 27 de noviembre de 2023a. Serie C No. 511.

_____. *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 18 de octubre de 2023b. Serie C No. 506.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

ECHR. *Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*: Application no. 931/13. 27 June 2017.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General n. 24*. UN Doc. E/C.12/GC/24. 10 de agosto de 2017.

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *In*: BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

Invalidade do negócio jurídico no anteprojeto de reforma do Código Civil

Rogério Marrone Castro Sampaio[1]

1 Introdução

Na condição de integrante da comissão de juristas instituída pela Presidência do Senado Federal com o objetivo de propor a revisão e atualização do Código Civil brasileiro, motivo de muito orgulho, recebo, nesta oportunidade, o honroso convite de trazer algumas reflexões sobre a invalidade do negócio jurídico, tema que, à semelhança de todos os outros, foi trabalhado com especial cuidado pela comissão.

De início, há que se destacar a importância e a dificuldade de se propor a revisão da codificação civil como um todo, visando a sua atualização e melhor adequação aos significativos avanços pelos quais passou a sociedade desde a vigência do Código Civil de 2002, cujo projeto, na realidade, teve sua tramitação nas Casas Legislativas iniciada em 1975[2]. Neste ponto, importa deixar claro que não houve a pretensão da elaboração de um novo diploma civil, mas sim de promover sua atualização a uma nova realidade, fruto, principalmente, dos avanços sociais e tecnológicos.

1 Rogério Marrone de Castro Sampaio é juiz de Direito em São Paulo, titular do cargo de juiz substituto em segundo grau; convocado atualmente como juiz assessor do gabinete do ministro Alexandre de Moraes; mestre em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); doutor em Processo Civil pela Faculdade de Direito da USP; professor da Escola Paulista da Magistratura.

2 O Código Civil de 2002 começou a ser elaborado em 1969 e iniciou sua tramitação no Congresso Nacional em 1975, tendo sido aprovado em agosto de 2001. O texto do respectivo projeto foi elaborado por comissão coordenada pelo jurista e professor Miguel Reale.

Não se desconhecem os significativos avanços introduzidos pelo Código Civil de 2002, em comparação com o então vigente Código Civil de 1916. Conquanto elogiável o Código de 1916, considerado avançado para sua época, o Código de 2002, apesar de iniciada a tramitação do respectivo projeto de lei em pleno período autoritário, incorporou ao nosso sistema jurídico, durante sua longa transformação, as influências do pensamento jurídico pós-redemocratização, que se acentuou já no início do século XXI. Modernizando a legislação civil então vigente, alicerçou-se em novos paradigmas, compatíveis, inclusive, com o denominado *direito civil constitucional* consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). No âmbito das relações jurídicas de direito privado e num contexto em que as situações fáticas que as embasam se multiplicam e assumem conteúdos diversos, o modelo normativo fechado, predominante durante a vigência do Código de 1916, não mais atendia aos anseios da sociedade moderna. Saiu-se, então, em busca de uma legislação civil aparelhada a permitir soluções mais justas e diferenciadas de sorte a enfrentar os desequilíbrios sociais e econômicos vivenciados pelos sujeitos das mais variadas relações jurídicas.

Nessa linha de evolução, inspirou-se o Código Civil de 2002 em um modelo normativo mais aberto, esculpido em princípios e regras de conteúdo aberto[3]. Vale a pena destacar os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, vetores com base nos quais, por exemplo, se consagrou a boa-fé objetiva como fator essencial a definir a nova configuração de abuso do direito[4]. O mesmo fundamento embasou a relativização dos princípios contratuais básicos, como a vinculação do exercício da liberdade de contratar aos limites da função social do contrato (art. 421 do CC) e a obrigatoriedade de os contratantes respeitarem os princípios da probidade e da boa-fé durante todo o processo contratual (art. 422 do CC). Tais regras de conteúdo aberto, em matéria contratual, acabaram por legitimar a intervenção judicial nos contratos, ora permitindo a readequação do seu conteúdo, ora levando à sua dissolução. Também a função social se fez presente na responsabilidade civil, como se percebe da relativização do paradigma da integral reparabilidade do dano. Tanto assim que, no art. 944, *caput* e parágrafo único, do CC, o legislador, mesmo tomando

3 As regras de conteúdo aberto ou cláusulas gerais são aquelas marcadas pela utilização de expressões com significados mais abrangentes e de conteúdo indeterminado. Vieram como alteração da linguagem jurídica característica do período positivista. Canaris (1996, p. 123-124) faz menção às cláusulas gerais quando trata, no Direito Alemão, da modificação do sistema objetivo, apontando-as como um dos fatores responsáveis pela sua mobilidade.

4 No art. 187 do CC, a boa-fé objetiva surge como fator de limitação do exercício do direito subjetivo. Essa mesma limitação veio a ser reafirmada, de forma especial, no exercício das faculdades que compõem o direito de propriedade, tal como previsto no art. 1.228, § 2º, do mesmo Diploma.

como regra que a indenização se mede pela extensão do dano, possibilitou ao juiz, diante da excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir, equitativamente, a indenização. Esta mesma evolução se fez presente no Direito das Coisas, com sensíveis limitações ao exercício do direito de propriedade, positivadas principalmente nos parágrafos do art. 1.228 do CC, com destaque, também, ao prestígio dado à função social da posse, ora facilitando a aquisição da propriedade por usucapião, ora permitindo a regularização dominial em favor dos possuidores que, de forma coletiva, destinaram a posse de extensa área à realização, em conjunto ou separadamente, de obras ou serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (art. 1.228, § 4º, do CC). O mesmo cenário se pôde constatar no campo das invalidades, tema a ser mais bem explorado adiante, oportunidade em que o legislador possibilitou a conservação de determinados negócios jurídicos, mesmo presentes defeitos estruturais.

Como efeito desse novo contexto normativo, frise-se, acentuado no corpo do Código Civil de 2002, tem-se um natural aumento no poder de atuação do juiz na outorga da prestação jurisdicional, muitas vezes equivocadamente confundido como o denominado "ativismo judicial". Melhor explicando, a aplicação das regras de conteúdo aberto, em harmonia com os princípios, muitos dos quais também positivados no ordenamento jurídico, passa não só por um processo interpretativo mas também pela necessidade, muitas vezes, da integração da própria regra, conferindo-lhe aptidão para sua aplicação à situação fática apresentada de sorte a proporcionar a outorga de uma prestação jurisdicional justa. Esse quadro tem-se materializado nos inúmeros precedentes jurisprudenciais envolvendo as mais variadas questões de direito civil, muitas das quais uniformizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo as técnicas processuais que atualmente realçam a força dos precedentes.

Depois de mais de duas décadas de convívio e acomodação a este novo sistema legislativo, os sensíveis avanços sociais e tecnológicos suportados, também nesse período, fizeram surgir a necessidade de se propor uma revisão e atualização da legislação civil. São inúmeros os exemplos a demonstrar esta nova realidade, merecendo destaque a velocidade e a dimensão do acesso às informações veiculadas pelo sistema virtual, que também facilita e simplifica a emissão das declarações de vontades, repercutindo em temas como a formação dos contratos, a prova dos negócios jurídicos e o próprio tratamento a ser dado ao regime jurídico das invalidades. Não se pode descuidar, também, que todo este avanço proporcionado pelo mundo virtual está a exigir uma melhor definição da responsabilidade civil daqueles que viabilizam este novo cenário, como é o caso das grandes provedoras de aplicação

frente a maciça divulgação de desinformação pelos milhões de usuários. Não se pode deixar de mencionar, ainda, as inovações introduzidas no Direito de Família, notadamente na configuração atual dada ao casamento e à união estável pelo Supremo Tribunal Federal, conformando tais institutos aos princípios constitucionais.

Ainda a justificar a necessidade de revisão do Código Civil de 2002, constatou-se também uma expectativa de boa parcela da comunidade jurídica de se melhor adequar este maior poder de intervenção judicial nas relações jurídicas de direito privado, garantindo maiores estabilidade econômica e segurança jurídica aos negócios jurídicos paritários, notadamente os celebrados dentro do contexto empresarial. Em outras palavras, espera-se que nesses negócios jurídicos originados de uma base econômica equilibrada e sólida haja uma maior predominância da autonomia da vontade, com menor possibilidade de intervenção judicial.

Em suma, não há dúvidas da necessidade de se promover a revisão e atualização do nosso Código Civil, de sorte a contemplar todos esses avanços, entre tantos outros, e aproveitar, como norte, todo repertório jurisprudencial já produzido durante a vigência deste novo modelo normativo aberto.

2 A teoria das invalidades dos negócios jurídicos

Sem a pretensão de um exame mais aprofundado do tema, é possível afirmar que o regime jurídico das invalidades tem sido objeto de acaloradas discussões durante a evolução histórica da nossa legislação civil; na teoria geral dos negócios jurídicos, o tratamento das invalidades dos negócios jurídicos passa pela visão clássica dos três planos em que o ato negocial deve ser analisado, quais sejam: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Nessa linha, Antônio Junqueira de Azevedo já apontava a dificuldade em se trabalhar academicamente a questão das nulidades, propondo, dentro de uma perspectiva mais didática, o exame dos negócios jurídicos em três planos bem definidos, quais sejam, o da existência, o da validade e o da eficácia. Ao final desse exame se poderia então concluir pelo efetivo atingimento do resultado econômico pretendido com o ato negocial[5].

5 Em trecho da sua obra, Azevedo (2002, p. 25) afirmava que "o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isso, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das soluções matemáticas".

Pontes de Miranda, dentro da teoria geral dos negócios jurídicos, já trabalhava o exame dos negócios jurídicos em planos de análise. Nessa linha de estudo, os negócios jurídicos deveriam ter, de início, sua existência averiguada diante da presença de seus elementos constitutivos essenciais. Apenas superada essa etapa, poder-se-ia cogitar da sua validade, compreendida como aptidão para produzir efeitos, o que se atingia com a presença dos requisitos que qualificam tais elementos constitutivos. Ao final, em um terceiro plano, se aferiria a eficácia propriamente dita do ato negocial, uma vez inexistente óbice externo à produção dos efeitos, possibilitando o atingimento dos resultados econômicos e sociais inicialmente objetivados[6].

Conquanto prevista a categoria dos atos inexistentes no projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua, o Código Civil de 1916 acabou por não contemplar tal categoria, resolvendo as patologias do ato jurídico no campo da invalidade, restrita às hipóteses da nulidade e anulabilidade. Essa opção foi mantida pelo Código Civil de 2002, que apenas introduziu ao sistema de invalidades inovações fruto dos novos paradigmas em que estruturado do Direito Civil moderno, com já destacado. Esse mesmo caminho foi trilhado durante a elaboração do anteprojeto de reforma do Código Civil.

A par das intensas discussões doutrinárias a respeito do tema e, mais especificamente, da defesa da positivação do plano da existência, a opção de nossa legislação civil por não o contemplar parece embasar-se em razões de ordem prática. Melhor explicando, as mais variadas patologias, entre as quais as que pudessem qualificar o ato como inexistente, permitem adequada reação do ordenamento jurídico com o regime jurídico das invalidades (nulidades e anulabilidades). Com efeito, não parece haver preocupação quando o negócio jurídico, por ausência de um elemento constitutivo essencial, não tem a menor condição de produzir efeitos no mundo jurídico. O nada jurídico não exige do sujeito qualquer tipo de reação, já que não haverá interferência na sua esfera jurídico.

No entanto, diversa é a situação em que o negócio jurídico, a despeito de a patologia incidir sobre um de seus elementos constitutivos, ganha aparência de legitimidade, com potencial possibilidade de interferir nas relações jurídicas dos envolvidos. Nesse caso, é imprescindível que haja uma reação do prejudicado, com

6 Afirmava Miranda (2012, p. 6-7) que "para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não há de se afirmar nem de se negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, não há nada que possa ser válido ou invalido [...]. Os fatos jurídicos, inclusive os atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes".

a provocação de uma tutela jurisdicional que venha a aniquilar o ato do mundo jurídico, ainda que tecnicamente considerado inexistente. Para corrigir tal patologia, a base legal das invalidades, com regulamentação mais ampla, se mostra apta e adequada[7].

O quadro pode ser retratado mediante algumas hipóteses, consideradas pela doutrina e jurisprudência, como de inexistência do negócio jurídico: escritura de compra e venda de imóvel lavrada com base em procuração comprovadamente falsa, ou em data em que um dos contratantes se encontrava internado em estado de coma. Mais recentemente, vivenciamos uma massiva quantidade de processos objetivando a declaração de inexigibilidade de débito, com o cancelamento do respectivo apontamento em entidades de proteção ao crédito, todos fundados em contratos bancários não aperfeiçoados pelos supostos devedores. Ainda que em todos os casos se constate, na realidade, a ausência de vontade de um dos contratantes, não há dúvidas da necessidade de socorro à tutela jurisdicional para evitar a efetiva produção de efeitos indesejáveis, ainda que tecnicamente se pudesse classificá-los como negócios jurídicos inexistentes. Em suma, o que se constata, na prática, é a inserção dos atos inexistentes à categoria dos atos nulos[8].

Assim, adotado na legislação civil o regime jurídico das invalidades com base para solução de todas as patologias a que acometidos os negócios jurídicos, ainda prevalece a visão clássica que subdivide as hipóteses de invalidades às nulidades e anulabilidades. É exatamente partindo desse contexto que, no correr dos anos, se deu a evolução da nossa legislação civil, também objeto dos estudos feitos na elaboração do novo projeto de reforma do Código Civil de 2002.

Dentro dessa visão clássica, as hipóteses de nulidade diferem das de anulabilidade pela intensidade da patologia apresentada (importância e natureza dos requisitos violados) e pelo interesse a ser protegido. Sendo grave o vício e público ou social o interesse a ser protegido, tem-se por configurada a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, sendo de menor intensidade o vício, com repercussão apenas na esfera

7 A teoria do ato inexistente, difundida na França no século XIX, surgiu com o objetivo de solucionar problema prático diante de um modelo francês de nulidades que se mostrava rígido, notadamente em matéria de casamento. Na oportunidade, com a premissa de que só seriam nulos os atos cujas nulidades estivessem expressamente previstas em lei, não haveria no modelo normativo solução para a total privação de efeitos de um casamento celebrado por pessoas do mesmo sexo. Confira-se: Espínola (1932, p. 145-154).

8 Focando esse tópico, Orlando Gomes foi mais enfático ao afirmar que a "teoria da inexistência é tida como construção inútil. A falta de objeto pode ser considerada causa de nulidade, e a da vontade, até de anulabilidade". Em seguida, conclui o autor que "Se, doutrinariamente, é admissível a distinção entre inexistência e nulidade, praticamente não teria utilidade. A lei não pode admitir a categoria dos negócios jurídicos inexistentes porque, sendo simples fatos sem ressonância jurídica, logicamente, deles não deve ocupar-se" (Gomes, 2007, p. 422).

jurídica dos envolvidos no ato, se tem por caracterizada hipótese de anulabilidade. Ainda sob essa visão clássica, a distinção entre nulidade e anulabilidade define o tratamento jurídico dado aos seus efeitos, como reação do ordenamento jurídico a uma situação patológica.

Basicamente, o negócio jurídico nulo, dada a gravidade do vício apresentado, fica privado de qualquer efeito desde a sua concepção, não se permitindo o saneamento do vicio, com a sua confirmação, ou o seu convalescimento em razão do decurso do tempo. A nulidade pode ser invocada por qualquer interessado ou mesmo reconhecida de ofício pelo magistrado, inclusive de forma incidental no curso de determinado processo.

De outro lado, o negócio jurídico anulável podem produzir efeitos até a sua desconstituição por decisão judicial, que só pode ser provocada por iniciativa da parte prejudicada, sendo vedado seu reconhecimento de ofício pelo magistrado. Comporta ratificação e convalescimento pelo decurso do tempo.

Esse tratamento clássico dado ao regime jurídico das invalidades, fixado em critérios objetivos e didáticos, não ficou imune à evolução social e econômica suportada, não só durante a vigência do Código Civil de 1916, como também durante as mais de duas décadas de vigência do Código Civil de 2002. A importância econômica e social dos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva exigida de todos os envolvidos na relação negocial, entre outros fatores, acabaram por influenciar mitigações a este regime jurídico clássico, muitas das quais positivadas na própria legislação civil e, em outras situações, consagradas jurisprudencialmente.

A título ilustrativo, invoca-se a adoção do princípio da conservação dos negócios jurídicos prevista no art. 170 do atual Código Civil que possibilita o aproveitamento das declarações de vontade emitidas em um negócio jurídico nulo, inaproveitável pelo regime clássico das invalidades, convertendo-o em outro quando "o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem prevista a nulidade" (Brasil, [2024a]). Também se admite o aproveitamento do negócio, mesmo presente o instituto da lesão, quando viável o reequilíbrio econômico da base negocial, fruto de cooperação entre as partes (art. 137, § 2º, do CC).

Na mesma linha dessa evolução, é possível conferir eficácia a negócios jurídicos eivados de nulidade, quando presentes a boa-fé objetiva, notadamente em relação a terceiros prejudicados, como previsto para a hipótese de simulação, categorizada como hipótese de nulidade pelo Código Civil de 2002 (art. 167, § 2º, do CC). Sob outro aspecto, contrariando a regra de que o ato nulo não convalesce, nos termos do art. 48 do CC, sujeita-se ao prazo decadencial de três anos o direito de postular a invalidação de decisão colegiadas das pessoas jurídicas quando violarem a lei,

ou estiverem eivadas de simulação, ambas tecnicamente hipóteses de nulidade, segundo os arts. 166 e 167 do CC.

Infere-se desses exemplos, aliados a muitos outros, que a base principiológica em que se estruturou o Direito Civil moderno acabou por dar uma reconfiguração ao regime jurídico das invalidades, relativizando, sempre em nome de tais princípios, as regras que até então distinguiam as nulidades das anulabilidades. É evidente que isso também influenciou os trabalhos da comissão de juristas ao promover a proposta de revisão do atual Código Civil, em especial no campo das invalidades.

3 As invalidades no projeto de reforma do Código Civil

Dentro do espírito que norteou os estudos da comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto de reforma do Código Civil de 2002, cujo objetivo não foi elaborar nova codificação da legislação civil, mas revisar e atualizar o texto então vigente, no tocante ao regime jurídico das invalidades, não se propôs a quebra da estrutura já consolidada, tal como destacada no tópico anterior. Não desconhecendo as inúmeras críticas doutrinárias, o fato é que, mesmo diante da atual realidade do Direito Civil moderno, a estrutura baseada no binômio nulidade e anulabilidade resolve as controvérsias originadas das patologias de que têm sido acometidos os negócios jurídicos, aí incluídas as que, sob o ponto de vista acadêmico, levariam à sua inexistência.

De outro lado, aproveitou-se a oportunidade para se conferir um tratamento mais adequado às hipóteses de nulidade e de anulabilidade dos negócios jurídicos, aproximando-as ao um contexto em que se faz necessária a harmonização dos inúmeros princípios em que estruturado o Direito Civil Moderno. De forma mais específica, a importância social e econômica dos negócios jurídicos, a presença da boa-fé objetiva entre todos os envolvidos, o princípio da confiança, entre outros fatores, devem influenciar no tratamento dado ao clássico regime jurídico das invalidades, autorizando, por vezes, a mitigação das regras a que se submetem os atos nulos, conferindo-lhes, circunstancialmente, tratamento próximo ao dos atos anuláveis. Em outras palavras, haverá situações em que, a despeito da gravidade do vício, interesses maiores justificarão a conservação do negócio, ou a sua readequação para o reequilíbrio social e econômico, inclusive por força de intervenção judicial.

Importante, neste estágio, que sejam feitos alguns destaques no projeto de revisão do Código Civil de 2002, no campo do tratamento dado as invalidades dos negócios jurídicos.

A estrutura do art. 166 do Código Civil, onde se concentram as hipóteses de nulidade do negócio jurídico, foi mantida no projeto de reforma. Nesse ponto, já se mostravam adequados os vícios graves nele elencados, centrados nos elementos essenciais do negócio jurídico, como a incapacidade absoluta de um dos sujeitos, a inidoneidade do objeto e a forma ou solenidade exigida para certos negócios, em prestígio à segurança jurídica. Além disso, manteve-se o motivo como fator de nulidade, quando ilícito e determinante para a prática do ato (art. 166, III), como também a cláusula mais aberta que permite fulminar de nulidade o ato quando a "a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção" (Brasil, [2024a], art. 166, VII). Este último dispositivo resolve, na prática, situações indesejáveis que levariam ao teratológico reconhecimento da validade de certos atos por ausência de previsão expressa de sua nulidade.

Ainda em relação a redação do art. 166 do CC, merece destaque, no projeto de revisão, a complementação do seu inciso VI, para, além de contemplar como nulo o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa, também o que vier a fraudar norma de ordem pública[9]. No caso, como a hipótese de nulidade tem como base a noção de fraude, visa-se com a nova redação proposta acentuar a reação do ordenamento jurídico contra o uso degradado do negócio jurídico, ainda que ele aparente ser legítimo. Sob a influência da função social a ser preenchida também na esfera dos negócios jurídicos, não se pode tolerar que os sujeitos se utilizem do negócio jurídico, seja para a obtenção de um resultado vedado expressamente por lei, seja para gerar obrigações entre as partes em dissonância com normas de ordem pública. Neste último caso, tem-se nas normas de ordem pública, embasadas em valores que transcendem à esfera subjetiva dos sujeitos da relação negocial, uma limitação à autonomia da vontade.

No que diz respeito ao tratamento legal dado às mencionadas hipóteses de nulidade, também se detecta na proposta de revisão do Código Civil uma inclinação no sentido de se introduzirem novas mitigações à clássica distinção entre as nulidades e anulabilidades, situação já destacada em tópico anterior.

Vale a pena mencionar, na proposta de revisão, a inclusão dos §§ 1º e 2º ao atual art. 169 do Código Civil. Mantida a premissa de que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, tal como definido no regime jurídico clássico acerca das invalidades, previu-se a prescrição, segundo as regras do Código Civil, das pretensões fundadas em consequências patrimoniais

9 No projeto de reforma proposto, no inciso VI, do art. 166, passou-se a considerar nulo o negócio jurídico quando "fraudar lei imperativa ou norma de ordem pública" (Brasil, [2024b]).

danosas decorrentes do negócio jurídico nulo (§ 1º). Na mesma linha, a despeito da premissa contida no *caput* do dispositivo, abriu-se a possibilidade, ainda que excepcional, dos negócios jurídicos nulos produzirem efeitos quando presente a boa-fé, ao menos de uma das partes, a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela. Tem-se, nesta última hipótese, norma de conteúdo aberto, com base na qual se legitima uma tutela jurisdicional justa e equilibrada, permitindo aquele que sempre manteve comportamento compatível com a boa-fé objetiva, possa se beneficiar de determinados efeitos do negócio jurídico, mesmo diante da sua declaração de nulidade.

Percebe-se, em ambos os casos, que, embora seja sempre possível a declaração de nulidade do negócio jurídico, já que imune à convalidação, ou ao decurso do tempo, o mesmo não acontece com a pretensão fundada em consequências patrimoniais danosas deste mesmo ato, ou aos efeitos dele decorrentes, desde que presentes certas condições. Em suma, infere-se, da nova redação proposta, que os negócios jurídicos nulos, pese a gravidade dos defeitos que os viciam, não podem gerar situação de eterna insegurança jurídica e, tampouco, consolidar injustiça na esfera jurídica dos sujeitos envolvidos.

Merece atenção, ainda no campo das nulidades, as alterações propostas pela comissão revisora na regulamentação da simulação. Categorizada como vício social dos negócios jurídicos, a simulação, já no Código Civil de 2002, passou a ser tratada como hipótese de nulidade, sendo determinante, para tal, a gravidade do vício, baseado na intenção dos sujeitos de mascararem a real intenção pretendida com as declarações emitidas, visando prejudicar terceiros. Na mesma oportunidade, já se introduziu mitigação ao regime jurídico clássico das nulidades, conferindo-se eficácia ao ato nulo com a preservação dos seus efeitos em relação a terceiros de boa-fé, em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (art. 167, § 2º, do CC).

Nessa linha de evolução, ao mencionado art. 167 do CC, propôs-se a inclusão de mais três parágrafos para consolidar na legislação entendimento jurisprudencial firmado durante a vigência do CC. No primeiro, explicitou-se que toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante, conferindo-se relevância à gravidade do vício (§ 3º). No segundo, enfatizou-se que, sendo a simulação causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra (§ 4º). No terceiro, assentou-se que o reconhecimento da simulação prescinde de ação judicial própria, mas a decisão incidental que a reconhecer fará coisa julgada (§ 5º). As alterações ora propostas merecem duas reflexões: mesmo sendo causa de nulidade, permitir que a simulação possa ser alegada por um dos sujeitos contra o outro, de forma irrestrita, pode acabar por prestigiar a indesejável postura do *venire contra factum*

proprium, permitindo que um dos contraentes se valha da própria torpeza; possibilitar o reconhecimento da simulação por decisão incidental, prescindindo de ação própria, com a formação de coisa julgada, confere à tutela jurisdicional a força declaratória de nulidade do negócio jurídico. Nesse caso, não se pode descuidar do efetivo respeito às garantias do devido processo legal, em relação a todos os envolvidos no negócio simulado. As regras de Direito Civil devem ser harmonizadas às de Direito Processual.

Também relacionado ao tema das nulidades, a comissão revisora, tratando do tema representação, propôs a figura do representante aparente, situação já reconhecida jurisprudencialmente. Novamente, em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, introduziu-se, no art. 116 do Código Civil de 2002, parágrafo único para conferir eficácia à manifestação de vontade proveniente de representante aparente em relação a terceiros de boa-fé. Como condição, exigiu-se a existência de elementos razoáveis para se concluir pela legitimidade do signatário, agindo em nome de outrem. A rigor, na hipótese, nem sequer haveria representação, o que obstaria a vinculação do representado ao negócio jurídico almejado. A realidade vivenciada durante os anos de vigência da atual legislação civil, mostrou não ser incomum o aperfeiçoamento de negócios jurídicos pela via da representação, sem que, contudo, formalmente fossem outorgados poderes pelo representado à pessoa identificada como representante. No entanto, a massificação das relações negociais e a maior facilidade na formação dos contratos, fruto da evolução tecnológica, criou um cenário propicio à aplicação da teoria da aparência. No caso específico, as circunstâncias do caso acabam por gerar para um dos contraentes a expectativa de que, de fato, estava aperfeiçoando determinado contrato com o regular representante do outro contraente. E, nestas condições, seria injusto simplesmente privar totalmente de efeitos o negócio entabulado, em manifesto prejuízo daquele que, desde o início, manteve postura compatível com a boa-fé objetiva.

Completando o tratamento dado pela comissão revisora às invalidades do negócio jurídico, as hipóteses de anulabilidade, previstas no art. 171 do CC, foram mantidas. Além dos casos expressamente previstos por lei, são anuláveis os negócios por incapacidade relativa do agente ou pela presença dos vícios resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. As propostas de alteração se deram, portanto, de forma pontual e baseadas nos princípios já destacados anteriormente.

Entre as alterações propostas, merece destaque a preocupação com a anulabilidade por incapacidade relativa do agente. Nesse ponto, foram introduzidos dois parágrafos ao mencionado art. 171. No parágrafo primeiro, adotando posição já

consolidada jurisprudencialmente, possibilitou-se, ressalvados os direitos de terceiro de boa-fé, a arguição de anulabilidade do negócio jurídico uma vez demonstrada a pré-existência da incapacidade relativa, mesmo que o ato tenha se aperfeiçoado antes da sentença de interdição ou da instituição de curatela parcial. Em outras palavras, não se tem como exigência para a anulação do negócio, a pré-existência da sentença declaratória da interdição ou da instituição da curatela parcial, sendo possível a prova cabal da incapacidade relativa do agente, quando da realização do negócio, pelos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. Já no parágrafo segundo, novamente em atenção aos princípios da boa-fé e da confiança, previu-se a subsistência do negócio jurídico se ficar demonstrado que não era razoável exigir que a outra parte soubesse do estado de incapacidade relativa daquele com quem contratava.

Quanto à anulabilidade fundada nos defeitos do negócio jurídico, as alterações propostas se deram circunstancialmente, sempre escudadas, em especial, nos princípios da confiança, da boa-fé objetiva e da função social dos negócios jurídicos.

Nessa linha, em relação ao erro, alterou-se a redação do atual art. 138 do CC, para expressamente considerar irrelevante ser o erro escusável ou não para fins de anulação do negócio[10].

Na realidade, convive-se com certa dificuldade de interpretação do mencionado artigo, segundo a redação final dada pelo legislador no Código de 2002[11]. Embora não se fizesse qualquer menção a escusabilidade do erro, constou do texto legal serem anuláveis os negócios jurídicos "quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio" (Brasil, [2024a]). Uma interpretação literal da segunda parte do dispositivo poderia conduzir ao absurdo de se permitir a invalidação do negócio pelo declarante que incidiu no equívoco de forma desidiosa, uma vez passível de cognição por pessoa de diligência normal[12]. Certamente, não é esta a concepção a ser dada ao erro como vício de consentimento. Assim, ainda que

10 O art. 138 do CC, no projeto de revisão, ficou com a seguinte redação: "São anuláveis os negócios jurídicos, quando as exteriorizações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio, sendo irrelevante ser o erro escusável ou não" (Brasil, [2024b]).

11 O Código Civil de 1916, ao tratar do mesmo tema, possuía redação mais enxuta, restrita ao erro substancial com fator determinante para a anulação do negócio. Dispunha, em seu art. 86, que "são anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial" (Brasil, [2002]). Também não se fazia menção expressa à escusabilidade do erro.

12 A imprecisão do legislador quanto à redação do art. 138 do CC gerou na esfera doutrinária a interpretação de que a escusabilidade do erro estaria justamente na parte do dispositivo que faz referência à percepção do erro por pessoa de diligência normal, faltando a inclusão da locução "não" à redação do dispositivo. Nesse sentido, confira-se: Coelho (2003, p. 330).

permaneça a discussão doutrinária acerca da exigência da escusabilidade para que o declarante possa se valer do erro e postular a anulação do negócio, optou-se na proposta de revisão por excluí-la e manter como exigência, em prestígio ao princípio da confiança, a incognoscibilidade do erro pela pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do caso, exigência esta que, segundo interpretação mais voltada aos princípios da eticidade e da confiança, deve, também, direcionar-se ao receptor da declaração, dele se cobrando responsabilidade pela falha de cognição em que incidiu o declarante. O que parece essencial, no caso, é conferir maior segurança jurídica na aplicação do erro substancial, passível de anular o negócio, cuja aferição passa por critérios mais objetivos, direcionados a ambos os contraentes, tendo como foco pessoa de diligência normal. De outro lado, prescinde-se do subjetivismo decorrente da investigação do estado anímico do emitente da declaração errônea.

Ainda quanto ao erro, propôs-se a modernização do art. 141 do CC, para contemplar, na transmissão errônea da vontade por meios interpostos, tanto os físicos quanto os virtuais, equiparando-a, para fins de anulação do negócio, à declaração direta[13].

Vale a pena mencionar, no campo das anulabilidades, as alterações propostas pela comissão revisora do Código Civil nas figuras do estado de perigo e da lesão. Ambas foram incorporadas na legislação civil com a vinda do Código Civil de 2002, fruto dos ideais de sociabilidade e de equilíbrio econômico nas relações negociais que o inspirou. Visando à melhor adequação do texto legal ao entendimento consolidado nos meios jurisprudenciais, em relação ao estado de perigo, introduziu-se um parágrafo ao art. 156 (§ 2º) possibilitando a conservação do negócio, mesmo presente o estado de perigo na sua formação, se a parte beneficiada oferecer suplemento compensatório suficiente ou concordar com a redução do proveito ou benefício. A importância social e econômica dos negócios jurídicos justifica a preservação do ato uma vez reestabelecido o equilíbrio da sua base econômica.

Na mesma linha e de forma até mais ousada, no caso da lesão, a alteração proposta possibilitou ao lesado ingressar diretamente com ação visando à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito da parte contrária ou do complemento do preço. Para a hipótese, prestigiou-se a conservação do negócio, ao invés da sua anulação, não só quando houver consenso entre os sujeitos para o reequilíbrio econômico da base negocial[14], mas também por intervenção judicial provocada pela parte lesada. Neste último caso, o reequilíbrio da base econômica se dá por

13 No projeto de revisão, propôs-se a seguinte redação para o art. 141 do CC: "A transmissão errônea da vontade por meios interpostos, físicos ou virtuais, é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta" (Brasil, [2024b]).

14 Redação do § 3º, do art. 157 do Código Civil, dada pelo projeto de revisão.

tutela jurisdicional revisora do próprio negócio jurídico[15]. Também com foco no aspecto social, para facilitar a prova dos requisitos exigidos para a configuração da lesão, propôs-se, no projeto de revisão, a presunção da existência de premente necessidade ou de inexperiência do lesado, quando patente a vulnerabilidade ou a hipossuficiência da parte[16]. Na mesma linha, afastou-se, para a caracterização da lesão, a presença de dolo de aproveitamento[17]. Nesse ponto, a preocupação ficou centrada no efetivo desequilíbrio da base econômica do negócio, fruto da premente necessidade ou inexperiência do contratante lesado, pouco importando o estado anímico do outro sujeito da relação contratual.

De outro lado, é preciso que se aplique com cautela a figura da lesão a fim que não se comprometa a segurança jurídica gerada aos sujeitos da relação, quando do aperfeiçoamento do negócio jurídico. Quanto ao tópico, também houve preocupação da comissão revisora, notadamente em relação aos contratos paritários e empresariais. Para esse contexto específico, realçou-se, entres os princípios positivados no livro que trata do Direito de Empresa, o princípio da "autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública" (Brasil, [2024b], art. 966-A, III). Em linhas gerais, propõe-se certa contenção do Poder Judiciário na intervenção judicial nos contratos empresariais.

Em resumo, sem prejuízo de outros temas também relacionados com o regime jurídico das invalidades, pretendeu-se, neste trabalho, retratar o contexto que serviu de norte para a elaboração de um projeto de revisão de Código Civil de 2002, com destaque para as principais modificações e atualizações que acabaram sendo propostas no tocante ao regime jurídico das invalidades.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

15 Redação do § 4º, do art. 157 do Código Civil, dada pelo projeto de revisão.

16 Redação do § 2º, do art. 157 do Código Civil, dada pelo projeto de revisão.

17 Redação do § 5º, do art. 157 do Código Civil, dada pelo projeto de revisão.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

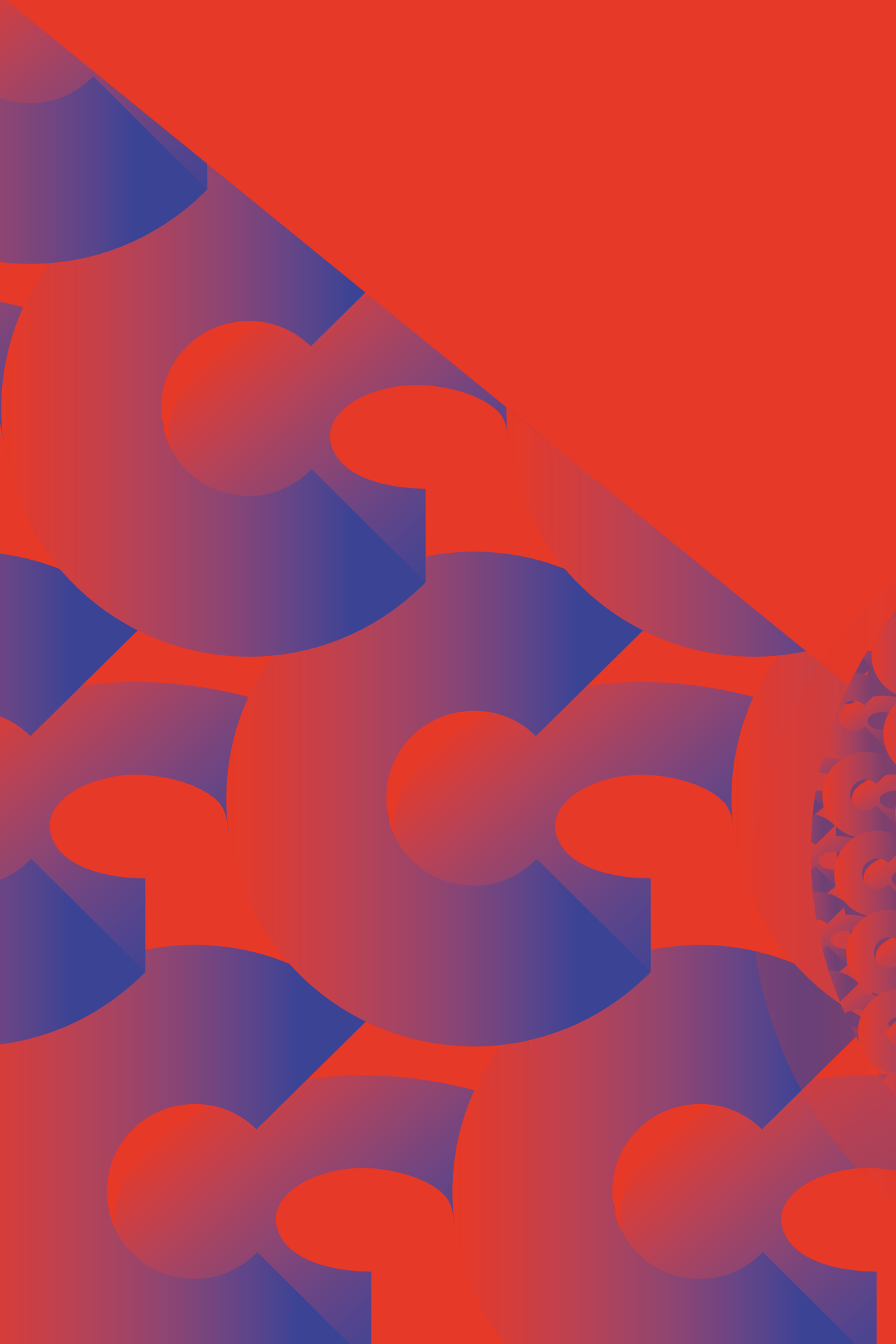
CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1932. v. 3, pt. 4.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 4.



Obrigações e responsabilidade civil

Reformar é necessário: uma visão geral das propostas na Teoria Geral das Obrigações

José Fernando Simão[1]
Guilherme Telles Anfe[2]

Cada vez mais assim penso. Cada vez mais ponho
Na essência anímica do meu sangue o propósito
Impessoal de engrandecer a pátria e contribuir
Para a evolução da humanidade.

Fernando Pessoa

1 Agostinho Alvim: uma homenagem precisa

Eu nunca tinha pensado na mora em que me encontrava até ser alertado pelo coautor Guilherme Anfe sobre a minha negligência em homenagear Agostinho Alvim.

1 José Fernando Simão é professor do Departamento Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; relator parcial da Subcomissão de Obrigações e Responsabilidade Civil da comissão de juristas criada pelo Senado Federal para revisar e atualizar o Código Civil.

2 Guilherme Telles Anfe é graduando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Efetivamente, apesar de meu apreço intelectual pelo autor, nunca tinha tido a oportunidade de prestar homenagem ao pai do livro das Obrigações do Anteprojeto de Código Civil e que fez parte da comissão de juristas coordenada pelo Prof. Miguel Reale.

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 1919, teve uma rápida passagem como delegado de Polícia. Foi professor e primeiro diretor da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo, tendo lecionado por mais de 30 anos, inclusive presidiu a colação de grau da primeira turma de formandos do curso de Direito da PUC em 1950. Era especialista da área de Direito Civil e ficou responsável pela parte do Direito das Obrigações. Faleceu em março de 1976 (Agostinho [...], [20–]).

Como o direito das obrigações é meu ramo predileto de estudos, sempre fui fascinado pelo Professor que repensou o Código Beviláqua no tocante à matéria. Suas obras em matéria de "contratos em espécie", especial "Da Doação" e "Da Compra e Venda e da Troca" são próprias de um gênio: linguagem simples e conteúdo profundo. Não há respostas que o Mestre não dê.

É verdade que de todas as obras monográficas de direito civil aquela cuja leitura me dá mais prazer é sua "Da inexecução das obrigações e suas consequências". Acho que essa *vis atrativa* tem uma razão. Agostinho Alvim resolve o que muitos autores não resolvem. Aborda todos os temas exigidos para a compreensão da matéria com elegância de poucos, profundidade peculiar e de maneira tão agradável que me faz esquecer as horas.

Conversei com sua aluna e minha mestra e querida orientadora, Teresa Ancona Lopez, que teve com Mestre Alvim seu curso de Família e Sucessões. Nas palavras de Teresa: "Era um professor seguro, claro. Um grande professor, querido pela turma. Sua sala de aula estava sempre cheia. Os alunos ansiavam por ter aula. Era um orgulho para PUC!".

Se é verdade que o presente não existe, porque rapidamente se torna passado, é mais cruel ainda se perceber que nem o passado mais existe, porque o esquecimento dos grandes juristas, de nossos autores fundamentais, é a regra entre as novas gerações. O esquecimento por desconhecimento é o que ocorre com frequência. Que essa curta e modesta homenagem, desperte nos leitores o interesse pela leitura dos clássicos e sirva de propulsão para se cultivar os juristas do ontem.

2 Reformar é preciso: uma introdução

Um dos versos mais declamados em língua portuguesa, inclusive por quem não é afeto à leitura de poemas, "navegar é preciso, viver não é preciso", faz parte de um dos muitos sonetos do genial Fernando Pessoa.

Nascido em Lisboa no ano de 1888, no Largo do Teatro de São Carlos, Pessoa é sem dúvida um dos mais aclamados poetas do mundo lusófono. Notabilizou-se por seus heterônimos: Alberto Caeiro, Álvaro de Campos, Ricardo Reis etc. e até hoje é leitura obrigatória nas escolas não só pela beleza e qualidade de seus versos, mas pela riqueza de detalhes históricos que sua obra contém.

Para sermos honestos, a frase não é de autoria de Fernando Pessoa. Plutarco, que viveu no século I antes de Cristo, atribui a frase ao general romano Gnaeus Pompeius Magnus (*navigare necesse, vivere non est necesse*) que a teria proferido a frase quando embarcava para Roma com grãos essenciais à alimentação do povo e uma tormenta se abateu sobre a frota.

Evidentemente, diante da situação em que a frase é mencionada, "preciso" só pode ter um significado, que é necessário. Navegar é necessário para que os grãos cheguem ao povo romano.

Por mais encantadora que seja uma outra possível leitura pela qual os portugueses, conhecedores exímios dos mares (assim como eram os romanos com relação ao mar Mediterrâneo que chamavam de *mare nostrum*) achariam a navegação precisa por ser certa, exata, sem erros, sem surpresas; enquanto a vida, ao contrário, é sempre imprevisível e cheia de intempéries, não é esse o sentido do adjetivo na poesia de Pessoa.

O poeta afirma que "Viver não é necessário; o que é necessário é criar. Não conto gozar a minha vida; nem em gozá-la penso. Só quero torná-la grande". Logo, a ideia não era de precisão, de certeza. Não se tratava de precisão matemática e sim de uma necessidade.

Reformar o Código Civil é preciso, necessário, por força das inúmeras mudanças por que o mundo, e em especial o Direito, passou nesses últimos 20 anos. A necessidade de incorporação das mudanças que o direito pessoal de família sofreu é realmente óbvia. Se lermos o direito pessoal de família e a intepretação dos Tribunais, vê-se que a lei não está, nem de perto, refletida na leitura jurisprudencial.

A questão das novas tecnologias e seus efeitos para o direito das obrigações não poderiam deixar de ser incorporadas aos sistemas. Aliás, a tão falada herança digital é tema que compete ao Código Civil tratar.

Agora, se sobra necessidade, problema temos com a precisão no sentido de exatidão. O desafio da Comissão, da qual honrosamente faço parte, é se desincumbir do ônus de alterar a lei espetacularmente pensada por Juristas simplesmente geniais, com precisão, exatidão, para que o sistema seja aprimorado.

Quando pensei na chance de alterar o texto pensado por Agostinho Alvim, segui a lógica da manutenção dos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade. E mais. Alterar o menor número possível de artigos seguindo algumas balizas: resolver as dúvidas que a doutrina apresentava na interpretação de certos dispositivos, corrigir imprecisões do texto muitas das quais já vinham do Código de 1916 e trazer algumas inovações discricionárias com base em leitura minhas de possível aperfeiçoamento do sistema.

3 Das dúvidas necessárias

A partir da leitura dos manuais de Direito Civil, é comum perceber a formação de correntes em casos em que o artigo de lei tem possibilidade efetiva (ou nem tanto) de duas interpretações. Essa "dúvida" conduz a enormes debates doutrinários, bons temas para seminários com os alunos, mas efetivamente reduz a operabilidade do sistema.

É verdade que os Enunciados do Conselho da Justiça Federal, alguns dos quais de minha autoria, são fontes seguras para fins de operabilidade. A partir desse entendimento claramente majoritário, sanei dúvidas necessárias quanto aos arts. 263, § 2º (perda da coisa indivisível por culpa de apenas um dos devedores), e 282 (renúncia da solidariedade em benefício de apenas um dos devedores e o valor a ser cobrado dos demais).

3.1 A perda da prestação na obrigação indivisível por culpa de parte dos devedores

Segundo Pontes de Miranda, a "divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação em geral consiste na possibilidade ou impossibilidade de fracionar o objeto da prestação, isto é, a prestação mesma (pois dividi-lo importaria em dividir a prestação)" (Miranda, 2003, p. 184-185).

O conceito de obrigação indivisível, ideia que só interessa diante da multiplicidade de credores e/ou devedores, é definido no art. 258 de nossa codificação civil: "Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa

ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico" (Brasil, [2024a]).

A questão do perecimento da prestação em obrigações indivisíveis com pluralidade de devedores sempre gerou calorosos debates doutrinários, especialmente quando a prestação se perde por culpa de apenas uma fração dos devedores.

Havendo multiplicidade de devedores em obrigação indivisível, se a prestação se perder sem culpa de nenhum dos devedores, a obrigação se resolve, não havendo indenização por perdas e danos. Trata-se de regra de ouro da Teoria Geral das Obrigações: só há indenização por perdas e danos se há culpa.

Se todos agirem com culpa para o perecimento da prestação, respondem todos em partes iguais pelo equivalente e pelas perdas e danos (art. 263, *caput*).

A dúvida surge se a prestação se perde por culpa de um dos devedores. Todos respondem pelas perdas e danos? Ou os não culpados respondem apenas pelo equivalente? O Código responde a essa indagação no § 2º do art. 263: "Art. 263. Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos. [...] § 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros, respondendo só esse pelas perdas e danos" (Brasil, [2024a]).

Pelas perdas e danos somente o devedor culpado responde. E quanto ao equivalente? Esse dispositivo, entretanto, não esclarece bem a controvérsia e gera dúvidas de interpretação. Formaram-se duas correntes.

De um lado estavam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. Hoje, Flávio Tartuce é voz (quase) solitária. Entende essa corrente que os devedores não culpados respondem nem pelo equivalente nem pelas perdas e danos. O principal argumento? O equivalente (o que efetivamente se perdeu), nos moldes do art. 402, compõe as perdas e danos e, portanto, quando o Código diz que só o culpado responde pelas perdas e danos inclui nelas o equivalente. Entendemos que se equivoca Flávio Tartuce e, junto com a majoritária doutrina, nos filiamos à segunda corrente.

Por outro lado, o devedor inocente só não responde pelas perdas e danos, devendo, no entanto, responder pelo equivalente de maneira divisível. Vejamos um exemplo. João e Maria vendem a vaca a Paulo por R$ 800,00. Maria esquece a porteira aberta e a vaca foge. Paulo (credor da vaca) venderia churrasco em um show e, por isso, deixou de lucrar R$500,00. Maria deve a Paulo R$ 900,00 (metade do equivalente e perdas e danos), já João deve apenas R$ 400,00 (metade do equivalente).

Em um primeiro momento, podemos, em equivocado raciocínio, pensar o seguinte: se a vaca era de João e Maria (condôminos em 50% cada), João teria que suportar a perda da vaca (perdida por culpa exclusiva de Maria) e ainda responder pelo equivalente a Paulo? Esse pensamento tem um sério vício lógico. Existem duas

relações. Uma obrigacional: João e Maria devem a Paulo. Outra, absolutamente distinta, é a eventual relação real entre os devedores. Se a vaca estava em condomínio, Maria deve indenizar João por ter destruído sua propriedade.

Mas por que partir dessa premissa? A lei não segue essa ilação pela qual o objeto era de ambos. É possível que os devedores ainda nem fossem donos do objeto da prestação ou que ele pertencesse a apenas um deles. Essa relação interna (com eventual condomínio) é distinta, e sua análise deve ser feita de forma apartada da análise da relação obrigacional credor-devedor. A lei não presume que os devedores de coisa indivisível sejam também seus proprietários.

Enfrentemos, agora, o argumento de Flávio Tartuce: perdas e danos, nos termos do art. 402, é o que efetivamente se perdeu (dano emergente, o equivalente) e o que se deixou de lucrar (lucros cessantes). Portanto, quando o Código fala de perdas e danos, trata também do equivalente.

O equivalente é questão de enriquecimento sem causa. Se os vendedores já receberam pela prestação invisível, devolvem o valor ao comprador de maneira divisível. Contudo, eventuais lucros cessantes ou danos emergentes resolvem-se pelas regras da responsabilidade civil.

Mais um ponto importante demonstra a incorreção da primeira corrente. Um Código deve ser lido como um todo, não artigo por artigo. Especialmente em casos de dúvidas interpretativas, é fundamental recorrer a uma leitura sistemática. Em toda a teoria geral das obrigações, perecendo sem culpa do devedor, a prestação se resolve e o equivalente deve ser devolvido ao credor (vedação ao enriquecimento sem causa). Por que aqui seria diferente? Qual a racionalidade jurídica? *In dubio, pro sistema*.

A Comissão, para sanar a dúvida, alinhou-se à segunda corrente que, além de majoritária, já era o texto do Enunciado nº 540 da *IV Jornada de Direito Civil* de propositura de José Fernando Simão. Assim, sugeriu-se a alteração do § 2º do art. 263 do Código Civil, que passaria a vigorar com a seguinte redação: "Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros quanto às perdas e danos, respondendo todos pelo equivalente" (Brasil, [2024b]).

3.2 Renúncia à solidariedade

A regra de nosso Código é a do *concurso partes fiunt*. O devedor responde somente por aquilo que deve. Existem, no entanto, exceções. Uma delas é a solidariedade, em que há um descompasso entre dívida (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*). Nesse tipo de obrigação, a responsabilidade é maior que a dívida, pois, na prática,

a solidariedade é uma espécie de garantia. O art. 264 do Código Civil define que há solidariedade "quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda" (Brasil, [2024a]).

Dois tipos de solidariedade existem: a passiva (pluralidade de devedores) e a ativa (pluralidade de credores). Na primeira, todos os devedores respondem frente ao credor comum pela totalidade da dívida. Na segunda, todos os credores podem cobrar do devedor comum a integralidade do que é devido.

Devemos pensar a solidariedade como um fio de cobre. Por dentro, o fio é composto por vários filamentos (as obrigações autônomas), por fora, o amontoado de filamentos encapado se torna algo uno (há um estrangulamento das relações obrigacionais). Existem, assim, nas obrigações solidárias, várias relações jurídicas distintas, mesmo que, na relação externa, pareça ser única.

João, José e Paulo devem solidariamente 150.000 reais a Maria. Existem três relações: João deve 50.000 reais a Maria; José deve 50.000 reais a Maria; e Paulo deve 50.000 reais a Maria. Graças à solidariedade, essas relações se enfeixam, como se fossem encapadas e se tornassem, como um fio, algo único. Assim, João, José e Paulo respondem todos por 150.000 reais frente a Maria.

Um dos controversos pontos relacionados à solidariedade que a Comissão tentou resolver é a questão da renúncia à solidariedade. Em casos de solidariedade passiva, é faculdade do credor (ou credores) comum exonerar um ou algum dos devedores da solidariedade.

Havendo renúncia em prol de um dos devedores, por quanto responderão os outros? Pela totalidade da dívida? Ou deve-se descontar a quota do beneficiado pela renúncia? Em primeiro lugar, é preciso entender distinção entre renúncia e remissão.

Remissão (ou perdão) é negócio jurídico bilateral, ou seja, que necessita também da vontade do devedor. Havendo remissão, a uma das relações jurídicas do feixe da solidariedade desaparece por completo. Tira-se um dos filamentos do fio da solidariedade. Assim, como a dívida diminuiu (*Schuld*), por consequência a responsabilidade dos demais devedores é também reduzida (*Haftung*) e nada mais se pode cobrar do beneficiado pelo perdão.

Renúncia da solidariedade, por outro lado, é um negócio jurídico unilateral que independe da vontade do devedor. Na renúncia, abre-se mão de parte da garantia ao remover do feixe obrigacional uma das relações jurídicas. É como se agora houvesse dois fios: um pequeno filamento sozinho do beneficiado pela renúncia e o antigo fio, que agora perdeu um de seus filamentos.

Nesse caso, a *Schuld* (dívida) do beneficiado segue a mesma, mas a *Haftung* (responsabilidade) se reduz, ficando igual à *Schuld*. Voltemos ao exemplo de Paulo, João

e José. Maria renuncia à solidariedade em favor de Paulo. Ele continua a dever 50.000 reais, mas responde, agora, apenas por 50.000 reais (e não mais por 150.000 reais). Se Maria tivesse remitido, nada poderia de Paulo cobrar. Essa é a grande diferença entre remissão e renúncia que a Comissão esclarece no segundo parágrafo inserido no art. 282: "§ 2º Poderá o credor, porém, cobrar daquele liberado da solidariedade a quota por ele devida" (Brasil, [2024b]).

A questão mais controversa, no entanto, é a seguinte: por quanto respondem José e João? Por quanto respondem aqueles não beneficiados pela renúncia de um (ou alguns) dos devedores solidários? A questão divide a doutrina. De um lado, professores como Gustavo Tepedino entendem que é possível cobrar dos demais devedores a totalidade da dívida, sem, portanto, descontar a quota do beneficiado pela renúncia. Por outro, a doutrina majoritária, à qual nos filiamos, entende que a quota do beneficiado pela renúncia deve ser descontada. A razão é clara. Ao renunciar, o credor abre mão de parte da garantia e, por óbvio, ela se reduz. Retira-se do fio da solidariedade um de seus filamentos e o aparta. Uma das relações se solta do liame obrigacional. Não se pode mais cobrar o que antes se podia dos demais devedores, pois o feixe está menor.

Maria renuncia à solidariedade em favor de Paulo. José e João continuam a responder solidariamente. Existem agora dois feixes: uma obrigação solitária de Paulo, que deve 50.000 reais e responde por 50.000 reais e um feixe de José e João, que ainda permanecem unidos, embora cada só deva 50.000 reais, respondem ambos por 100.000 reais.

A Comissão modifica o § 1º do art. 282 para esclarecer essa complexa questão: "§ 1º Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, ela subsistirá para os demais obrigados, abatendo-se do débito a parte correspondente à dos devedores beneficiados pela renúncia" (Brasil, [2024b]).

4 Das correções necessárias

O Código Civil de 2002 corrigiu dispositivos que eram de difícil compreensão por força de incompletude, má tradução ou erros de redação que estavam contidos no Código Civil de 1916.

Contudo, por alguma razão inexplicável, alguns dispositivos seguem com difícil compreensão por força da redação hermética ou talvez menos clara para os tempos atuais. A troca do termo "válido" por "ineficaz" corrige um problema dos planos do negócio jurídico e também implica maior operabilidade.

4.1 As mudanças nos artigos de compensação

As mudanças em matéria de compensação merecem um comentário especial.

Durante a Idade Média, o Direito Romano sofreu, graças aos povos ditos *bárbaros*, importantes transformações. Uma área específica do Direito Civil se manteve, no entanto, bem preservada: o Direito Obrigacional. A necessidade de fazer comércio e, portanto, de contratar impôs a necessidade de existirem regras comuns. O Direito Obrigacional sempre foi um direito, portanto, mais conservador e com mudanças mais lentas que outras áreas, como, por exemplo, o Direito de Família.

Clóvis Beviláqua e o homenageado Agostinho Alvim seguiram o espírito conservador e cauteloso nos Códigos de 1916 e 2002 em matéria de obrigações. Quando fui convidado para a Subcomissão de Obrigações da Comissão de Reforma do Código Civil acreditei que deveria seguir os passos e princípios dos brilhantes civilistas que me antecederam. Alterar apenas o que era necessário, o que gerava confusão. O mesmo pensamento possuía o gênio Edvaldo Brito, meu brilhante companheiro de Subcomissão.

Flávio Tartuce e Rosa Nery tinham, todavia, uma visão ligeiramente distinta da minha. Queriam corrigir imprecisões redacionais, ajustar pequenos desvios de português. Dialogamos e encontramos um bom meio termo. *Virtus in medio est*.

As mudanças nos artigos de consignação, feitos por Rosa Nery, são prova disso. O Código traz doze artigos de consignação (art. 334 até art. 345). Destes, dez foram alterados e dois criados. As alterações, no entanto, são mais quantitativas do que qualitativas.

Alguns artigos de compensação demonstram esse espírito. Vejamos o art. 376 do Código Civil: "Obrigando-se por terceiro uma pessoa, não pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever" (Brasil, [2024a]).

A redação do artigo é bastante criticável. Curiosamente, o art. 1.019 do CC/1916 tinha idêntica redação. O problema é a parte inicial do dispositivo: quem se obriga por um terceiro é um garantidor (fiador, terceiro que se dá bem em penhor ou hipoteca) e não é sobre isso que dispõe o art. 376.

Na realidade, inspirado no art. 135 do Código Civil Federal Suíço das Obrigações, o dispositivo cuida hipótese de estipulação em favor de terceiros. O melhor exemplo deste instituto é o seguro de vida. O estipulante contrata em seu próprio nome com outra pessoa (promitente), que se obriga a cumprir determinada prestação em favor do terceiro (beneficiário).

Assim, a redação do Projeto Clóvis Beviláqua (art. 1.159) permite melhor compreender o dispositivo a Subcomissão de Obrigações propôs: "Art. 376. Aquele que

se obrigou em favor de um terceiro não pode compensar essa obrigação com o que lhe deve o estipulante" (Brasil, 2023, p. 43).

A Comissão optou, com base numa emenda da Professora Rosa Nery alterar o referido dispositivo, que, no Anteprojeto, aparece assim: "Art. 376. Aquele que se obrigou em favor de terceiro, não pode compensar essa obrigação com outra que o credor do terceiro lhe dever" (Brasil, [2024b]).

A compreensão da proposta apresentada pela Comissão não é simples. Melhor seria a ideia original da subcomissão O artigo segue sendo hermético e de difícil compreensão.

Mais um artigo de compensação é digno de nota, o art. 371: "O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado" (Brasil, [2024a]).

De novo, a redação do artigo é hermética e pouco clara. Na primeira parte do dispositivo, percebe-se que o devedor pode, presentes os requisitos legais, alegar compensação.

O fiador, por sua vez, pode: a) alegar compensação entre o que ele deve ao credor e o que o credor deve a ele e, nessa hipótese, terá direito de regresso contra o afiançado, pois seu crédito foi perdido pela compensação; e b) opor ao credor uma compensação que se operou entre o credor e o afiançado. Isso porque se assim não fosse, o fiador pagaria uma dívida já extinta pela compensação.

Uma sutil alteração do dispositivo foi sugerida pela Subcomissão: "Art. 371. O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever. Parágrafo único. O fiador pode compensar suas dívidas com o credor do afiançado, ou opor a compensação que se operou entre o credor e o afiançado" (Brasil, 2023, p. 41).

A Relatoria Geral, de novo, alterou o proposto artigo e sugeriu a seguinte redação: "Art. 371. O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever. Parágrafo único O fiador pode alegar, em seu favor, a compensação que o devedor afiançado poderia arguir perante o credor, mas deixou de fazê-lo" (Brasil, [2024b]).

Novamente me parece de mais difícil compreensão a redação proposta pela Relatoria Geral. Preferível seria manter a da Subcomissão.

4.2 Pagamento: validade ou eficácia?

Os arts. 308, 309 e 310 tratam do pagamento no plano de validade:

> Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só *valer* depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

> Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é *válido*, ainda provado depois que não era credor.
>
> Art. 310. Não *vale* o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu (Brasil, [2024a], grifos nossos).

Os artigos são imprecisos. No Código de 1916, nos arts. 934, 935 e 936, Beviláqua adotou o termo "valer" no sentido popular do vocábulo. O Código de 2002 repete a impressão de seu antecessor e mantém os artigos em sua integralidade. *Valer* significava, antes dos estudos de Pontes de Miranda, "produzir efeitos".

O entendimento sobre a imprecisão dos artigos requer que tenhamos uma noção da teoria de Pontes de Miranda sobre os planos do negócio jurídico, que se desenvolveram especialmente graças aos seus estudos na Alemanha.

Sintetizando a teoria da incidência de Pontes de Miranda, os fatos da vida acontecem no mundo físico. Sobre eles incidem as normas que valoram os fatos da vida (substrato fático) e os transformam em fatos jurídicos. Para entender os fatos jurídicos como um todo, são duas as análises que devemos fazer. Em primeiro lugar analisa-se a formação dentro do mundo jurídico, o que chamamos de plano da existência. Depois, devemos analisar os efeitos que o fato produz, o que chamamos de plano da eficácia.

A poder da vontade sobre determinados fatos jurídicos resulta num gênero de fatos jurídicos chamados de *atos jurídicos*. Nestes, para proteger a declaração de vontade dos declarantes, o direito avalia, além da existência e da eficácia, outros elementos que chamamos de requisitos de validade na formação do ato jurídico.

Uma parte da doutrina entende que a natureza jurídica do pagamento (mormente o de dar dinheiro ou de fazer a obra) é de ato-fato, ou seja, o pagamento dispensaria o elemento volitivo. Sem vontade, é inviável falar-se de validade[3]. O pagamento não é nulo ou anulável. O negócio jurídico que deu origem o pagamento que pode ser válido ou inválido. Portanto, comprovada já estaria a imprecisão dos artigos em questão ao mencionar a validade do pagamento.

Sem entrar na polêmica da natureza jurídica do pagamento, a imprecisão dos artigos se comprova de outro modo. A validade e existência de um ato jurídico são avaliadas na formação do ato. A eficácia, por sua vez, deve ser analisada, por óbvio, no momento da produção de efeitos. Assim, evidencia-se que o pagamento repercute

3 É verdade que há pagamentos em que a vontade é essencial. Quando por exemplo se exige que o contrato definitivo seja celebrado para se cumprir a prestação do contrato preliminar, a vontade é base do cumprimento ou adimplemento.

no plano da eficácia. As questões de pagamento impactam só e tão-somente na produção de efeitos e nunca na própria formação do ato.

Acertada é a posição da doutrina contida no Enunciado nº 425 da IV Jornada de Direito Civil: "O pagamento repercute no plano da eficácia, e não no plano da validade como preveem os arts. 308, 309 e 310 do Código Civil" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 63).

A Comissão retifica os três artigos, passando a tratar do pagamento no plano da eficácia:

> Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só ser *eficaz* depois de por ele ratificado ou tanto quanto reverter em seu proveito.
>
> Art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é *eficaz*, ainda provado depois que não era credor.
>
> Art. 310. É *ineficaz* o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que, em benefício dele, efetivamente reverteu (Brasil, [2024b], grifos nossos).

5 Das inovações discricionárias

A experiência do professor e do advogado serve para possibilitar sugestões de ruptura com o sistema anterior. Rupturas não necessariamente graves, profundas, mas importantes para garantir uma releitura sistêmica. Assim, os problemas com a cláusula penal pensados por mim têm por objetivo melhor sua aplicação pelo adjudicador. A própria previsão da mora nas obrigações negativas, além do amparo sempre seguro de Pontes de Miranda, é exigência lógica e, novamente, garante operabilidade ao sistema.

5.1 Mora em obrigações negativas

O mais célebre livro de Agostinho Alvim, como já mencionamos, é a obra *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. O cerne do livro são temas da mora e do inadimplemento absoluto da obrigação, tratados Título IV do Livro das Obrigações.

Agostinho Alvim, seguido pela doutrina majoritária, divide o inadimplemento (gênero) em duas espécies: inadimplemento relativo (mora) ou inadimplemento absoluto (este dividido pelo célebre obrigacionista em parcial e total).

Vejamos a definição do Mestre Alvim sobre mora e inadimplemento:

> Dá-se inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. [...] Haverá mora, no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento (Alvim, 1980, p. 15).

Na hipótese de inadimplemento absoluto, o credor poderá cobrar as perdas e danos decorrentes da conduta culposa do devedor que não poderá cumprir a prestação em razão de sua inutilidade. Já na hipótese de mora, como a prestação ainda é útil, o devedor poderá purgá-la (*emendatio morae*), ou seja, entregar a prestação e indenizar o credor quanto aos prejuízos sofridos (CC, art. 401, II).

A existência de mora em obrigações negativas foi sempre objeto de divergência entre os mais célebres doutrinadores brasileiros. A obrigação negativa é a de não fazer em que o credor pode exigir uma abstenção do devedor. Esse tipo de obrigação é frequente nos mais diversos tipos de contrato (exemplo não trabalhar para uma empresa concorrente, não participar de programa televisivo da emissora concorrente etc.).

O revogado Código Civil, em seu art. 961, dispunha sobre a essa espécie de mora: "Art. 961. Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster" (Brasil, [2002]).

O atual pai da Teoria Geral das Obrigações, Agostinho Alvim, entretanto, defende que não pode existir mora em obrigações negativas. Segundo ele, a obrigação de não fazer é descumprida, necessariamente há inadimplemento absoluto. Praticado o ato do qual devia se abster, consumada está a contravenção e não mais se pode falar em retardo no cumprimento. O autor entende que o desfazimento do que deveria ter se abstido de fazer tem caráter de reparação.

Essa visão trouxe impactos na codificação civil pátria, na qual, substitui-se a ideia de mora pela de inadimplemento no atual art. 390 (antigo art. 961): "Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster" (Brasil, [2024a]).

Este é um dos poucos pontos em que temos leitura diferente da de Agostinho Alvim. Mais acertada nos parece a visão Pontes de Miranda: "Se há possibilidade de ser elidido o efeito da inexecução, o devedor poder ser admitido a purgar a mora (então houve mora!) e continuar abstendo-se" (Miranda, 2003, p. 119).

Um caso concreto ajuda a ilustrar melhor a questão. Um empresário vende a outro um supermercado e assina um compromisso de não concorrência que proíbe que outra loja seja aberta em um raio de 100 km pelos próximos três anos. No mês seguinte, o vendedor abre um mercado ao lado do mercado vizinho que vendeu. O interesse na prestação de não fazer perde-se por completo? A princípio não: ainda haveria interesse que o novo mercado concorrente fosse imediatamente fechado. A prestação de não fazer é útil ao credor (que comprou o mercado). Se, por exemplo, o vendedor fechar o novo mercado no dia seguinte, purgada está a mora. Existe, na prática, um retardo culposo no cumprimento da obrigação de não fazer, ou seja, há mora.

A Comissão volta a sugerir que, por meio da criação de um parágrafo único no art. 394, o Código disponha sobre a mora em obrigações negativas:

> Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não o receber no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.
>
> Parágrafo Único. Nas obrigações negativas, o devedor incorre em mora desde o dia em que executou o ato em que devia se abster (Brasil, [2024b]).

5.2 Cláusula penal e multa cominatória

Cláusula penal, multa contratual ou pena convencional. Com toda certeza um dos mais áridos temas do Livro de Obrigações. Duas grandes questões foram impostas à Comissão nessa matéria: a) É possível equiparar a multa cominatória à cláusula penal para limitá-la com base no art. 412 do Código Civil? e b) O juiz pode, sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, limitar a cláusula penal em contratos paritários e simétricos?

5.2.1 É possível limitar a multa cominatória ao valor da obrigação principal?

Um sujeito precisa fazer uma cirurgia que custa R$ 100.000,00. O plano de saúde se recusa a pagá-la. O sujeito entra com uma ação contra o plano e o juiz manda que a cirurgia seja feita, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00. Depois de trinta dias o plano autoriza a cirurgia, devendo, assim, ao paciente o valor de R$ 300.000,00 como multa cominatória (*astreinte*). Essa multa deve ser limitada ao valor da obrigação principal (100 mil reais), em analogia ao disposto no art. 412 do Código Civil?

Por vezes, o Judiciário tem respondido de forma afirmativa a esta questão e limitado as multas cominatórias de maneira indevida, a nosso ver. Para melhor entender essa questão é preciso que nos debrucemos sobre a função da multa cominatória e da cláusula penal.

A cláusula penal é a obrigação acessória a um contrato. Seus tipos são: a) cláusula penal compensatória, pela qual o devedor se obriga a uma prestação determinada no caso de descumprimento do contrato ou qualquer uma de suas cláusulas; e b) cláusula penal moratória, pela qual o devedor se obriga a uma prestação determinada se incorrer em mora. Para análise que faremos, apenas a cláusula penal compensatória nos interessará.

Duas são suas funções da cláusula penal. A principal é a de prefixar perdas e danos. Há uma presunção absoluta de dano (*iuris et de iuri*) e não se admite prova em contrário. Justamente por essa função que o valor é limitado ao valor da obrigação principal em causas penais compensatórias (as moratórias, por costume, são limitadas ao histórico valor de 20%)[4]. Trata-se de norma de ordem pública que visa impedir o enriquecimento sem causa.

A segunda função, absolutamente subsidiária, é de incentivo ao pagamento da obrigação, diante do temor de se ter que arcar com a cláusula penal, tornando a prestação mais onerosa ao devedor.

A função primordial da multa cominatória, por sua vez, é a de coerção, de forçar o devedor a adimplir. Tanto é verdade que é possível haver multa cominatória (coerção) e cláusula penal (prefixação de perdas e danos) no mesmo contrato.

Não se pode, por analogia, aplicar uma norma de um instituto para outro já que têm funções absolutamente distintas. Limitar o valor da cláusula penal ao valor da obrigação principal é impedir o enriquecimento sem causa. Limitar as *astreintes* ao valor da obrigação principal é mitigar (talvez aniquilar) seu poder coercitivo.

Embora possa ser prevista nos contratos, a astreinte normalmente é imposta pelo magistrado. Assim, a limitação é, além de tudo, um incentivo ao desrespeito de decisões judiciais.

Voltemos ao caso do plano de saúde. O juiz fixa multa cominatória de R$ 10.000,00 por dia. Sendo a obrigação limitada em R$ 100.000,00, o plano tem uma segurança de qual será o máximo de multa a ele aplicado. Vale, assim, muitas vezes desrespeitar a decisão judicial e esperar anos para cumprir a determinação do magistrado, na expectativa de que talvez ela seja revertida pelos tribunais superiores.

4 Em matéria condominial, o Código Civil limita a cláusula penal a 2% (art. 1.336).

A Comissão opta por definir, num parágrafo único, que a limitação do art. 412 não deve ser aplicada às multas cominatórias: "Art. 412. [...] Parágrafo único. A limitação prevista no caput não se aplica à multa cominatória" (Brasil, [2024b]).

Vale uma nota final. Por que colocar este artigo no Código Civil em vez de alterar o CPC? É verdade que a multa cominatória está regulamentada hoje neste segundo diploma. Duas são as razões, no entanto, para fazer essa inserção no Código Civil. A multa cominatória pode ser aplicada pelo juiz, é verdade. No entanto, ela pode, como a cláusula penal, ser pré-estabelecida em um contrato. Além disso, estando o artigo fruto da imprecisa analogia no Código Civil, justifica-se a inserção da nova regra no mesmo diploma legal.

5.2.2 Pode haver limitação da cláusula penal em contratos simétricos e paritários?

O art. 412 do Código Civil estabelece limite máximo para a cláusula penal: o valor da obrigação principal. Estando a cláusula penal dentro desse teto, desse máximo, é possível que se pleiteie a redução do da cláusula? Sim, é possível nos termos do art. 413 do Código Civil. São duas as causas de redução.

A primeira é se a obrigação for cumprida em parte. Se a cláusula penal prefixa prejuízos do inadimplemento total, havendo cumprimento parcial, os prejuízos serão menores que o valor da cláusula penal. Por isso, há a necessidade de se reduzir o valor da cláusula.

Suponhamos que se contrate uma empresa para fazer três entregas e coloque-se, em caso de descumprimento da obrigação, uma cláusula penal de R$ 30.000,00. Duas das três entregas são feitas. Por óbvio, o valor tem que ser reduzido pelo juiz, uma vez que a cláusula foi ajustada para o inadimplemento total.

A segunda – causa que, na prática, gera mais problemas – é a redução se o montante da cláusula penal for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a finalidade e a natureza do negócio. Não se trata aqui de uma onerosidade excessiva superveniente, mas sim de um problema na gênese do negócio, em que a cláusula, mesmo dentro dos limites legais, é considera excessiva.

Essa segunda causa representa grandes desafios ao Direito Privado. A norma traz conceitos abertos. Dizer que o árbitro ou o juiz podem, de forma equitativa, reduzir uma cláusula penal se ela, avaliada a natureza e a finalidade do negócio, for excessiva traz poder exagerado ao adjudicador e gera grande insegurança jurídica.

Duas grandes empresas, em lógica contratual própria, convencionam cláusula penal de alto valor para uma questão negocial que, aos olhos de um terceiro, pode não parecer tão relevante.

As cláusulas penais desse tipo podem ser convencionadas, mas o que se verifica na prática é que há grande risco de ela ser reduzida pelo juiz ou árbitro sob o argumento de excessividade.

Como resolver essa insegurança jurídica? Podemos convencionar que determinada cláusula é irredutível? Parte da doutrina hoje entende que não e que essa é uma questão de ordem pública. Erram a nosso ver.

Em contratos por adesão, especialmente com base no art. 424 do Código Civil, por se tratar de renúncia previa a direitos, esse tipo de cláusula é nula. Isso é ponto pacífico.

Mas pensemos em contratos paritários e simétricos, que, desde a Lei da Liberdade Econômica, têm alcançado mais ampla autonomia para contratar. Pensemos especialmente em contratos entre partes hipersuficientes. Nesses casos, nos parece que o juiz/árbitro não devem poder reduzir a cláusula sob o fundamento de ser excessiva.

Trata-se de direito patrimonial disponível, não há interesse público na redução da cláusula penal que respeite o limite do art. 412 (ou de regras de legislação especial). Permitir ao juiz, em um contrato paritário, controlar a cláusula penal é ignorar a base do contrato: autonomia das partes e de sua vontade.

Por essa razão, o Projeto de Reforma do Código Civil cria um parágrafo único no art. 413 que proíbe que o juiz, sob o fundamento de ser excessiva, reduza a cláusula penal em contratos paritários e simétricos: "Parágrafo único. Em contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal" (Brasil, [2024b]).

6 Conclusões: precisar a Teoria Geral das Obrigações

No momento em que fui convidado para participar da Comissão de Juristas responsável pelo projeto de Reforma do Código Civil, não tive dúvidas: "vou cuidar da velha, clássica e elegante Teoria Geral das Obrigações". Isso porque o interesse nessa disciplina era diminuto, o número de sugestões recebidas insignificante e a aridez do tema exigia um esforço e uma cautela que me desafiavam.

Das críticas que se lê, das reflexões que se faz, pouco (ou nada) se diz da Teoria Geral das Obrigações. É por isso que acredito que o Projeto de Reforma acertou, se não em tudo, em grande parte das mudanças por ele acatadas.

A iniciativa do Poder Legislativo em mudar a lei foi atendida pela academia que democraticamente debateu temas relevantes para o País, com enorme respeito aos juristas que nos precederam, mas com a certeza que vivemos, hoje, o nosso tempo. Reformar é mesmo necessário.

Referências

AGOSTINHO Neves de Arruda Alvim. São Paulo: TRE-SP, [20–]. Disponível em: https://www.tre-sp.jus.br/institucional/composicao-do-tribunal/juizes-efetivos/agostinho-neves-de-arruda-alvim. Acesso em: 29 out. 2024.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Parece nº 1 – Subcomissão de Obrigações da CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/9e5e117a-0251-4bf4-b6dc-cfdadf892ac0. Acesso em: 25 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2003.

O relevante papel do risco no Anteprojeto de Reforma do Código Civil e a responsabilização objetiva

Maria Isabel Gallotti[1]
Natasha Cardoso[2]

1 Introdução

Em abril de 2024 o Anteprojeto de Reforma do Código Civil[3] elaborado pela Comissão de Juristas criada pelo Senador Rodrigo Pacheco foi entregue ao Senado (Baptista, 2024), apresentado sob a ótica da necessidade de atualização do Código, à luz das mudanças sociais, culturais, econômicas e tecnológicas que têm se desenvolvido em velocidade exponencial nas últimas décadas, sendo conveniente rever e reavaliar institutos que estariam defasados em relação ao mundo de hoje.

Diante da defasagem e mesmo ausência de direito objetivo para regular certas situações – de ordem social e tecnológica – insusceptíveis sequer de imaginação na época da elaboração e discussão parlamentar do Código Civil de 2002, a jurisprudência têm se encarregado da delicada missão de compor vácuos legislativos, o que, no

1 Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues é ministra do Superior Tribunal de Justiça; integrante da subcomissão de Responsabilidade Civil da comissão de juristas criada pelo Senado Federal para revisar e atualizar o Código Civil.

2 Natasha Reis de Carvalho Cardoso é mestra em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas; Bacharela em Direito (USP); membra do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); assessora de ministra do Superior Tribunal de Justiça.

3 O Anteprojeto pode ser encontrado em: Brasil ([2024c]).

nosso sistema tradicional da *civil law*, não confere a indispensável segurança que o Direito deve proporcionar a relações jurídicas dos mais variados matizes, desde o âmbito do direito de família às mais intrincadas questões surgidas a partir das disruptivas invenções e conhecimentos no âmbito da computação, internet e, mais recentemente, da inteligência artificial.

O presente estudo tem por objeto o instituto da responsabilidade civil, um dos ramos que mais sofre com as intervenções e mudanças sociais[4], principalmente com os novos e diferentes danos que surgem do desenvolvimento tecnológico como um todo[5]. O cenário tampouco se descura da prática dos tribunais: conforme levantamento do CNJ (2023), significativa parcela das demandas nas Cortes do Brasil diz respeito à responsabilidade civil.

Assim, as sugestões de alterações legislativas nesse âmbito seguem em consonância com as necessidades sociais e práticas dos tribunais, principalmente quando notamos que inúmeros outros subinstitutos da responsabilidade civil consagrados pela jurisprudência não estavam normatizados na legislação civil, como o lucro da intervenção ou a teoria da perda de uma chance[6], por exemplo.

A necessidade de atualização legislativa se torna ainda mais relevante quando verificamos que o Código Civil de 2002 foi fruto de um processo legislativo iniciado no então já distante ano de 1975 – Projeto nº 634/1975 (Brasil, 1975) –, sendo inegável que a responsabilidade civil de 2024 se encontra em um momento muito distante do estado da arte daqueles anos.

Assim, as alterações propostas para os arts. 927 a 954 seguiram em consonância com esse intuito, principalmente ao disciplinar o âmbito da responsabilidade civil objetiva por meio da perspectiva da teoria do risco, conforme será analisado nos próximos tópicos.

4 Diz-se, assim, que a responsabilidade civil é um dos institutos mais vivos no direito civil (Morsello, 2021, p. 81; Hironaka, 2007, p. 34-35).

5 Inclusive, a objetivação da responsabilidade surgiu como uma forma de resolver o problema da reparação dos danos decorrentes de maiores dificuldades de provar a causa dos múltiplos acidentes produtores de danos no âmbito da revolução industrial (Lima, 1963, p. 118). Conforme Stefano Rodotá, a utilização dos meios técnicos cada vez mais complexos, aliada à organização do trabalho em grupo, faz com que o acidente surja com a marca do "anonimato", dificultando muito a descoberta da culpa de alguém, diluído na cooperação de diversas pessoas e máquinas (Rodotà, 1964, p. 18-22).

6 Incluídos respectivamente pelo § 2º do art. 944 e pelo § 1º do art. 944-B no Projeto de Reforma do Código Civil.

2 Principais alterações da responsabilidade civil objetiva

No parecer da subcomissão de responsabilidade civil do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, foram eleitas três justificativas centrais para as alterações[7]: i) necessidade de um Código Civil simples e compreensível a todos; ii) necessidade de resgatar o papel de coordenação do Código Civil com outros sistemas do direito privado, como o CDC, CLT e a LGDP; iii) preocupação em cristalizar na lei muito mais do que se viu sedimentar na jurisprudência, estabelecendo critérios seguros de realização na justiça da responsabilidade civil.

Com base nessas motivações e com fundamento nas diretrizes estabelecidas pelo Código Civil de 2002 – operabilidade, socialidade e eticidade[8] –, a reforma do instituto da responsabilidade civil perpassou por quatro eixos centrais. O primeiro teve como finalidade organizar os nexos de imputação da responsabilidade civil, concedendo-se racionalidade e coerência aos fatores de atribuição da obrigação de indenizar (arts. 927 a 943). O segundo sugeriu o aperfeiçoamento do trato do dano patrimonial por meio da expressa inclusão de critérios de aferição da perda de uma chance (§§ 2º, 3º, 4º, todos do art. 944-B), assim como do aperfeiçoamento do critério bifásico de indenização de danos extrapatrimoniais desenvolvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (§ 1º, I e II, do art. 944-A)[9]. O terceiro delimitou a primazia da função reparatória de danos e da reparação integral, sem desconsiderar que os danos não são apenas individuais, mas também coletivos, metaindividuais e extrapatrimoniais[10]. E o último eixo apresentou uma atualização da parte especial da responsabilidade civil, com hipóteses de incidência de danos que demandam certas especificidades, tais como os relacionados à responsabilidade civil do Estado, pessoas jurídicas, médicos etc. (arts. 951 a 953-A).

O primeiro eixo – mais relevante para o escopo do presente artigo – pode ser exemplificado pelas alterações promovidas na ênfase da teoria do risco como critério de aferição da responsabilidade do agente causador do dano. A teoria, contudo, não é nova no ordenamento, tendo em vista que o Código Civil já a previa no parágrafo único do art. 927, nos seguintes termos: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

7 O parecer da Subcomissão de responsabilidade civil pode ser encontrado em: Brasil ([2024b]).

8 Cf. diretrizes da elaboração do Anteprojeto do CC/2002, dispostas por Miguel Reale: Brasil (2008).

9 A obra de referência pode ser encontrada em: Sanseverino (2010). No âmbito do STJ: Brasil (2011).

10 Este eixo também consagrou a polifuncionalidade da responsabilidade civil, com a inclusão no art. 927-A, da função preventiva e no art. 944-A, § 3º, da função punitiva/pedagógica, em acréscimo à função reparatória de danos (art. 944 e 947).

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (Brasil, 2008, p. 246).

Esse dispositivo foi replicado *ipsis litteris* no *caput* do art. 927-B, passando o anterior art. 927 a apresentar os nexos de imputação que ensejariam responsabilização do agente causador do dano, delimitando no inciso II do parágrafo único, por exemplo, que ficará obrigado a reparar aquele "que desenvolve atividade de risco especial".

Cumpre ressaltar que o risco da atividade não foi enfrentado pela reforma do Código Civil apenas pelo prisma da função compensatória da responsabilidade civil ou como critério de imputação causal, mas também pelo viés da função preventiva do dano potencial. Conforme se extrai da nova redação do *caput* do proposto art. 927-A: "todo aquele que crie situação de risco ou seja responsável por conter os danos que dela advenha, obriga-se a tomar as providências para evitá-los" (Brasil, [2024c])[11].

A questão, contudo, é que os dispositivos em questão apresentaram – além do conceito anteriormente já expresso no Código Civil de "atividades de risco" – novos conceitos jurídicos indeterminados denominados de "situação de risco", ou "risco especial" – gerando críticas a propósito da dificuldade de se delimitar quais seriam as atividades de risco que se enquadrariam hoje no direito posto da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva[12].

De fato, haverá muitos debates a respeito da classificação e caracterização da "situação de risco", principalmente se considerarmos que a ideia de risco é necessariamente localizada no tempo e na cultura, modificando-se ao longo dos anos. Ou seja, o que antigamente poderia ser considerado "atividade de risco" hoje já não pode ser assim reputado.

11 Nos parágrafos seguintes da redação do art. 927-A a função preventiva do dano é mais marcante: "Art. 927-A. […] § 1º Toda pessoa tem o dever de adotar, de boa-fé e de acordo com as circunstâncias, medidas ao seu alcance para evitar a ocorrência de danos previsíveis que lhe seriam imputáveis, mitigar a sua extensão e não agravar o dano, caso este já tenha ocorrido. § 2º Aquele que, em potencial estado de necessidade e sem dar causa à situação de risco, evita ou atenua suas consequências, tem direito a ser reembolsado das despesas que efetuou, desde que se revelem absolutamente urgentes e necessárias, e seu desembolso tenha sido providenciado pela forma menos gravosa para o patrimônio do responsável" (Brasil, [2024c]).

12 No direito português, por exemplo, além de ser consagrado o modelo de cláusula geral de responsabilização do agente, também se reconhece a tipificação legal de atividades econômicas e condutas que levariam à responsabilização do agente de forma objetiva, conforme se nota do art. 7º do Decreto lei nº 147/2008 (Regime Jurídico da Responsabilidade por danos ambientais): "Quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no anexo iii ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo" (Portugal, [2016]).

Tal situação, entretanto, não passou despercebida pela subcomissão de responsabilidade civil, o que levou à redação proposta do § 1º do art. 927-B, o qual estabelece critérios para avaliação do "risco especial", como a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência, assim como a classificação do risco da atividade pelo poder público ou por agência reguladora (§ 2º do art. 927-B)[13].

Tal regramento está em consonância com o já consagrado art. 2.050 do *Codice Civile* italiano, o qual não apresenta uma clara distinção entre atividade perigosa e não perigosa, cabendo à Corte daquele país fazer essa diferenciação casuisticamente, com base nos critérios apontados pelos juristas. Em regra, estabelece-se que uma atividade é perigosa quando cria uma probabilidade relevante ou um grande potencial de criar danos comparado com a média básica estatística e dos elementos técnicos do conhecimento comum (Coggiola; Tedeschi, 2018)[14].

Nesse sentido, percebe-se que, na reforma do Código Civil, além de fator de imputação e prevenção, o risco passou a ter prevalência como critério de ponderação e fixação do valor da indenização, prescrevendo que, para a responsabilidade objetiva do causador do dano, bem como para a ponderação e fixação do valor da indenização, o magistrado deve – tratando-se de dever e não faculdade – levar em consideração a classificação do risco da atividade (art. 927-B).

Tal disposição poderia levar à eventual crítica de que o Código Civil estaria mitigando o princípio da reparação integral às vítimas do dano, tendo em vista que, a depender da classificação do risco – se alto, médio ou baixo -, poder-se-ia chegar a indenizações diversas, sem que a compensação à vítima fosse, de fato, efetivada.

Tal interpretação, contudo, não deve prevalecer, principalmente se considerarmos que, em uma análise sistemática do ordenamento civil, a proposta de reforma expressamente previu no art. 947 que "a reparação dos danos deve ser integral com a finalidade de restituir o lesado ao estado anterior ao fato danoso" (Brasil, [2024c]),

13 Conforme disposto no art. 927-B: "Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. § 1º A regra do caput se aplica à atividade que, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios para a sua avaliação, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência. § 2º Para a responsabilização objetiva do causador do dano, bem como para a ponderação e a fixação do valor da indenização deve também ser levada em conta a existência ou não de classificação do risco da atividade pelo poder público ou por agência reguladora, podendo ela ser aplicada tanto a atividades desempenhadas em ambiente físico quanto digital" (Brasil, [2024c]).

14 Conforme o art. 2.050 do *Codice Civile* italiano: "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottatto tutte le misure idonee a evitare il danno" (Italia, [2024]).

reforçando a real preocupação com um dos princípios mais caros da responsabilidade civil: a reparação integral.

Sobre o elemento imprescindível para a responsabilização – o nexo causal –, o anteprojeto optou por não realizar modificações, pois, apesar da redação do art. 927-B aparentar inserir o nexo causal baseado em probabilidades[15], não é o que se pode afirmar com base na interpretação sistemática do código, em vista da manutenção *ipsis litteris* do art. 403 do Código Civil pela subcomissão de obrigações[16], que muitos reputam ser o dispositivo consagrado a extrair a causalidade aplicada no nosso sistema, mesmo com as inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito do tema[17].

O projeto de reforma do Código Civil também consagrou excludentes da responsabilidade extracontratual no § 3º do art. 927-B, bem delimitando que o "caso fortuito ou a força maior somente exclui a responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida pelo autor do dano" (Brasil, [2024c]). Isso porque, a depender da teoria do risco adotada – "risco-proveito", "risco criado", "risco integral" ou "risco mitigado"[18] –, podem-se reconhecer mitigações à responsabilização objetiva do agente ofensor.

Cabe anotar que, a propósito do direito ambiental – em que prevalece a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e no art. 14, § 1º da Política Nacional do Meio Ambiente[19] – o anteprojeto inova ao estabelecer o fato exclusivo de terceiro como excludente de responsabilidade. Conforme o art. 952-A: "As pessoas naturais ou jurídicas, de Direito Público ou Direito Privado, terão a obrigação de reparar integralmente os danos causados ao meio ambiente, por sua atividade, independentemente da existência de culpa. § 1º A

15 Sobre eventuais críticas a respeito da aplicação de tal nexo no ordenamento brasileiro, ver Rodrigues Júnior (2016). Sobre a possibilidade, ver Cardoso (2024).

16 Art. 403 do Código Civil: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual" (Brasil, 2008, p. 190).

17 Conforme Morsello (2007, p. 217), apesar de criticar a fixação de um critério absoluto, rígido e imutável, essa teoria teria sido adotada pelo Código Civil brasileiro, fulcrando-se na análise do Código Civil de 1916 feita por José de Aguiar Dias. Por outro lado, Agostinho Alvim afirmava ter sido a teoria do dano direto e imediato a prevalecente no ordenamento, fulcrado no art. 1.060 do Código Civil de 1916, replicado no art. 403 do Código Civil de 2002 (Alvim, 1980, p. 346). A controvérsia também é sentida no âmbito das cortes superiores. No STF, já houve afirmação pela prevalência da teoria do dano direto e imediato (Brasil, 1992), mas no STJ ora se aplica a teoria do dano direto e imediato, ora a da causalidade adequada: REsp. 1.787.026/RJ e REsp. 1.307.032/PR (Brasil, 2013, 2021).

18 Alguns desses conceitos são explicitados em: Lopez (2008, p. 39).

19 Art. 14, § 1º da Política Nacional do Meio Ambiente: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade" (Brasil, [2024a]).

responsabilidade prevista neste artigo pode ser afastada em caso de fato exclusivo de terceiro" (Brasil, [2024c]).

3 A teoria do risco e suas mudanças

Do disposto acima, percebe-se que a teoria do risco circundou grande parte da reforma do Código Civil. A teoria, contudo, não é recente no ordenamento brasileiro, tendo vanguarda na disposição expressa do Decreto das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), o qual já apresentava tendências e indícios do reconhecimento da responsabilidade objetiva na legislação ao fixar originalmente a culpa presumida do transportador, seja no âmbito de pessoas ou de mercadorias[20].

A partir de então, outras normas também adotaram a responsabilidade objetiva em diversos ramos, como a Lei de Acidentes de Trabalho (Lei nº 6.367/1976), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), a Lei nº 6.453/1977 (atividades nucleares), a Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), o Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente o Código Civil, com a consagração da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (parágrafo único do art. 927), baseada na noção de risco da atividade, conforme mencionado no primeiro tópico do presente artigo.

Assim, completando a evolução da jurisprudência, o Código Civil passou a prescindir da culpa como fundamento da responsabilidade, apresentando como critério delimitador o risco da atividade de maneira expressa no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, diretriz que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil busca aprimorar, por meio da inserção de novos dispositivos, formulando critérios mais confiáveis para a sua delimitação.

Nesse sentido, de há muito o instituto da responsabilidade civil está atrelado à ideia de risco e tal evolução não é estranha aos ordenamentos estrangeiros, que também a consagram[21], no cenário de crescentes e novos danos que surgiram da Revolução Industrial com a consequente objetivação da responsabilidade.

---

20 Art. 17 do Decreto nº 2.681/1912: "As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1ª – Caso fortuito ou força maior; 2ª – Culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada" (Brasil, [1967]).

21 Na Espanha, por exemplo, o risco permeia tanto a área contratual – referindo-se à possibilidade do objeto do contrato se tornar impossível – como a extracontratual, delimitando casos de responsabilização objetiva para danos nucleares, meio ambiente, navegação aérea e responsabilidade consumerista Ruda (2018, p. 140-147). Assim como o risco permeia diversas dessas áreas no direito francês: ver Taylor, Wester-Ouisse e Fairgrieve (2018, p. 55-56). Já no direito inglês, apesar de não contar com uma teoria geral sistematizada para mapear o risco e outras condutas variáveis, este possui

4 Análise da evolução do instituto e conclusões

De fato, a objetivação da responsabilidade civil surgiu como maneira de melhor resolver o problema da reparação dos danos decorrentes do desenvolvimento do maquinismo, o qual, em conjunto com a prevenção de riscos, representou importante paradigma para a seara: é a substituição da visão estritamente liberal e individualista dos riscos para uma escolha voltada à socialização desses mesmos riscos, conforme diagnosticou Beck (2010, p. 57).

Nesse mesmo diapasão, novas fontes de responsabilidade passam a irromper, como é o caso da teoria do risco – estudada no presente artigo –, a qual passou a adotar a ideia de que, aquele que aufere as vantagens da atividade que exerce, também deve suportar os prejuízos e riscos por ela causados (*qui sentit commodum sentire debet et incommodum*), desvinculando-se da ideia exclusiva de culpa para a de responsabilização. Dessa forma, cada um responde pelo risco que criou à sociedade (Cordeiro, 2000, p. 276).

Essa evolução – inexorável na perspectiva do futuro – prossegue refletida nas propostas de reforma do Código Civil. Sugeriram-se alterações no domínio da responsabilidade civil objetiva, enfatizando o papel do risco na imputação de responsabilidade ao agente causador do dano, ou como fator de consideração para fins indenizatórios (art. 927-B) – e em consonância com as crescentes e céleres transformações sociais e tecnológicas da nova sociedade de risco, hoje muito mais modernizada em relação à vislumbrada no passado por Ulrich Beck.

Referências

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BAPTISTA, Rodrigo. Novo Código Civil: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. *Agência Senado*, Brasília, DF, 17 abr. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/17/novo-codigo-civil-senado-recebe-anteprojeto-de-juristas-e-analisara-o-texto. Acesso em: 4 out. 2024.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 634, de 1975*. Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675. Acesso em: 4 out. 2024.

relevantes papéis como o de servir de inferência para facilitar a comprovação do dano pela vítima, bem como de parâmetro para o sistema de *tort law* (Steel; Dyson, 2018, p. 34).

_____. *Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912*. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1967]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. *Atividade*. Brasília, DF: Senado Federal, [2024b]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em: 4 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024c]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 4 out. 2024.

_____. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas (org.). *Código Civil brasileiro e legislação correlata*. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/Código%20Civil%202%20ed.pdf. Acesso em: 4 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.152.541/RS*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 13 de setembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.307.032/PR*. Relator: Min. Raul Araújo, 18 de junho de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.787.026/RJ*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de outubro de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 130.764/PR*. Relator: Min. Moreira Alves, 12 de maio de 1992.

CARDOSO, Natasha Reis de Carvalho. *Presunções e probabilidades na responsabilidade civil*: fundamentos para uma nova conformação do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

CNJ (Brasil). *Justiça em números 2023*. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 4 out. 2024.

COGGIOLA, Nadia; TEDESCHI, Bianca Gardella. Risk and Italian private law. *In*: DYSON, Matthew (ed.). *Regulating risk through private law*. Cambridge, UK: Intersentia, 2018.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. 1.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33-59, 2007.

ITALIA. *Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262*. Approvazione del testo del Codice civile. Roma: Gazzetta Ufficiale, [2024]. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile. Acesso em: 30 out. 2024.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*: a experiência brasileira do tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte*: novos paradigmas do caso fortuito e força maior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 19, p. 211-218, 2007.

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 147/2008, de 29 de julho*. Estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva nº 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro [...]. Lisboa: Diário da República, [2016]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/147-2008-454822. Acesso em: 30 out. 2024.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, p. 115-137, jul./set. 2016.

RUDA, Albert. Regulating risk through private law: the Spanish approach. *In*: DYSON, Matthew (ed.). *Regulating risk through private law*. Cambridge, UK: Intersentia, 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

STEEL, Sandy; DYSON, Matthew. Risk and English tort law. *In*: DYSON, Matthew (ed.). *Regulating risk through private law*. Cambridge, UK: Intersentia, 2018.

TAYLOR, Simon; WESTER-OUISSE, Véronique; FAIRGRIEVE, Duncan. Risk and French private law. *In*: DYSON, Matthew (ed.). *Regulating risk through private law*. Cambridge, UK: Intersentia, 2018.

Os danos extrapatrimoniais na reforma do Código Civil

Patrícia Carrijo[1]

Não é novidade que a proposta de atualização do Código Civil objetiva restabelecer o papel de coordenação que o Estatuto Jurídico possui, interagindo com outros sistemas normativos, como mecanismo de solidificar os novos paradigmas da responsabilidade civil e manter sua posição central no âmbito do direito privado.

Na seara da responsabilidade civil, sobretudo, há o anseio de aprimoramento do instituto, à luz dos notáveis avanços sociais e do desenvolvimento tecnológico.

De modo geral, "o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito" (Cavalieri Filho, 2014, p. 1). Essa afirmação traz à memória o princípio romano de que a ninguém é dado o direito de causar danos a outrem (*neminem laedere*).

Em outras palavras, e em atenção à liberdade individual, cada ação (ou omissão) praticada traz uma consequência, de modo que a pessoa assume a responsabilidade por sua liberdade de escolha e por sua vontade.

Cediço que o dano pode ser definido como "uma lesão a um bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar. Resulta de uma ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que faz nascer, para o ofendido, o direito a uma indenização" (Farias; Rosenvald; Braga Netto, 2017, p. 510).

Para melhor compreensão, é pertinente lembrar que a função clássica de reparação representa uma forma de reação coercitiva do sistema legal, também compreendida

1 Patrícia Carrijo é juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Goiás; presidente da Associação dos Magistrados do Estado de Goiás; vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros; integrante da Subcomissão de Responsabilidade Civil da Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal para atualizar o Código Civil.

como uma tutela negativa, que visa restaurar ou equilibrar uma posição jurídica prejudicada ou afetada pelo exercício de um direito subjetivo.

No entanto, naquelas situações em que o dano atinge a esfera extrapatrimonial do ofendido, capazes de causar dor, sofrimento à essência humana, não haverá a possibilidade de reparação, mas uma função compensatória da lesão experimentada.

Durante bom tempo, houve uma ideia de que estes danos seriam conceituados como sendo de ordem moral, como forma de compensar o sofrimento humano.

No entanto, o conceito de dano extrapatrimonial vai além do aspecto de lesão à moral da pessoa.

Ao longo dos anos, contudo, vivenciamos uma expansão das espécies de danos de natureza extrapatrimonial, em razão de atitude de aceitação social de situações danosas e da necessidade de uma melhor técnica para facilitar a compreensão e a aplicação da função punitiva da lesão experimentada, o que levou ao surgimento de tutelas para a aplicação aos interesses imateriais pessoais, denominada "proliferação de danos"[2].

Nesse sentido, a doutrina é a jurisprudência consolidou-se em definir as várias espécies de lesões que não são protegidas na esfera patrimonial.

O conceito de dano existencial está relacionado diretamente à influência negativa sobre a liberdade da pessoa e afeta atividades que são significativas ao indivíduo. Pode ser melhor compreendido como uma alteração capaz de afetar sua própria realização pessoal:

> O dano existencial atinge as atividades realizadoras pessoais, é sobretudo um dano ao direito de personalidade, atingindo elementos externos essenciais ao livre desenvolvimento pessoal. É uma renúncia involuntária a uma ou mais atividades necessárias (por um período que realmente atrapalhe a vida da vítima), ou que sejam fonte de bem-estar pessoal, ainda que não sejam remuneradas. [...]. Trata-se de um abandono involuntário de atividades pessoais essenciais que fazem parte do dia a dia da pessoa – ainda que não haja interpessoalidade (como na alimentação, higiene etc.), bem como uma renúncia involuntária das relações intersubjetivas

2 Esse conceito de "proliferação de danos" foi apresentado pelo Professor Nelson Rosenvald, em razão da multiplicidade de danos identificados, sobretudo pelo Direito Comparado, na medida em que a cada direito fundamental violado haveria uma definição de danos da forma mais ampla possível, tais como: "dano biológico" (relacionado à saúde), "danos por férias frustradas" etc. (Rosenvald, 2020). Na mesma linha de raciocínio, o Professor Rodolfo Pamplona Filho define essa circunstância como sendo uma "Torre de Babel", metáfora utilizada para ilustrar a complexidade da adjetivação dos danos que sugere a necessidade de um diálogo claro e efetivo entre as diversas áreas do Direito, a fim de construir um entendimento mais unificado sobre as diferentes formas de dano e sua reparação, de forma mais justa e adequada, evitando-se confusões entre as várias espécies de danos extrapatrimoniais, semelhantes ao que teria acontecido na passagem bíblica (Pamplona Filho; Andrade Júnior, 2014).

> pessoais, em distintos ambientes, em diferentes circunstâncias, construídas em razão de diversos interesses (de saúde, de lazer, de cultura, de religiosidade, de trabalho etc.) (Soares, 2017, p. 119).

Trata-se de uma construção doutrinária originada no Direito Italiano – *danno esistenziale* – e que foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Oportuno destacar que essa espécie de danos pode, ou não, estar relacionada ao cometimento de danos materiais, visto que pode resultar de diversas situações, como acidentes, doenças, discriminação ou violações de direitos, impactando suas relações sociais, com amigos, família, capaz de alterar até a percepção de si mesmo e a capacidade de usufruir da vida de forma plena.

Por sua vez, a definição de dano moral é tida como o prejuízo que atinge a esfera psíquica da vítima e "consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade)":

> O dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme seu temperamento e condicionamentos (Farias; Rosenvald; Braga Netto, 2017, p. 333).

A diferença entre ambas as espécies noticiadas reside no fato de que o dano moral se limita ao próprio acontecimento, enquanto o dano existencial possuiria consequências duradouras, e se mostra necessária para compreender a ampliação do conceito de dano extrapatrimonial.

Ocorre que a pessoa humana, e sua dignidade, assume o ponto central de todo o ordenamento constitucional brasileiro, o que fomentou o aperfeiçoamento da matéria no sistema jurídico.

Uma abordagem civil-constitucional – lastreada na dignidade humana e na valoração social – que foi a adotada para as propostas de alteração, parte do princípio de que a estrutura dos institutos e categorias só pode ser definida com base em sua função.

Sobre esse assunto, o Professor Pietro Perlingieri afirma que "o fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve). [...] A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função" (Perlingieri, 2008, p. 642).

Nesse aspecto, um dos desafios da reforma reside na necessidade de trazer uma tipologia aberta para traduzir corretamente o alcance da lei, capaz de compreender que o dano extrapatrimonial representa um gênero da responsabilidade civil, apto a receber a tutela estatal e a proteção jurídica, tal qual expresso no art. 5º, X:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo o qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2024, p. 60).

Para ilustrar, é possível imaginar um guarda-chuvas que representa o gênero dos danos extrapatrimoniais. Sob a proteção desse guarda-chuvas estão as diversas espécies de danos imateriais, como o dano moral, dano existencial, dano estético, dano à imagem, dano à intimidade, dano temporal, danos à saúde (psicofísica, inclusive subcategorias como dano estético e psicológico) e outras formas autônomas de danos.

Com a reforma, busca-se assegurar essa nova tipologia aberta, cuja premissa reside na necessidade de uma distinção entre dano moral e dano existencial, a fim de compreender o dano extrapatrimonial – os quais não podem ser tomados como sinônimos. Essa preocupação, aliás, já vinha sendo apontada pelos estudiosos do tema:

> Cumpre anotar que, em relação à coletivização dos danos, a comissão de responsabilidade civil da V Jornada de Direito Civil, no ano de 2011, aprovou enunciado importante, com o seguinte teor: "a expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas" (Enunciado n. 456). O enunciado doutrinário confirma a premissa de ampliação das categorias de danos reparáveis em nosso país. Parte-se ao estudo das respectivas modalidades, de forma pontual (Tartuce, 2024, p. 1.186).

Observe-se, independentemente da espécie, os danos extrapatrimoniais devem ser interpretados à luz da Constituição, de forma que sua conceituação se resume a todo o tipo de ofensa à pessoa humana.

Em outras palavras, o dano extrapatrimonial "será aquele que representar lesão a interesse conectado à cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo fundamento reside no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF" (Reis Júnior, 2022, p. 48).

Oportuno relembrar que a finalidade precípua da responsabilidade civil é a intenção de reparar ou compensar um dano específico, o que justifica uma sistemática distinção entre o dano moral e dano extrapatrimonial, com uma definição jurídica aberta, com fins de assegurar a primazia da função reparatória.

Inclusive, a proposta de reforma do Código assegura à vítima a faculdade de escolher, conforme o caso, a reparação *in natura* do dano (art. 947, § 2º), consagrando a ideia fundamental da precedência da restauração do estado de coisas afetado pelo dano, como tendência à desmonetização do dano extrapatrimonial, diante da natural inconsistência de uma resposta exclusivamente pecuniária a uma violação existencial, inspirado no art. 566 do CC de Portugal.

A intenção de não inserir as nomenclaturas das várias categorias é evitar insegurança jurídica decorrente de uma desorganização conceitual. A medida se assemelha ao que estabelece o art. 1.738 do Código Civil da Argentina, como forma de construir um entendimento mais unificado e evitar confusão entre as várias espécies de danos, com critérios claros de aplicação, para a moderação dos poderes judiciais, equilibrados por uma função que incentive os agentes econômicos a investirem em governança e *accountability*.

Nesse contexto, houve a necessidade de adaptar a responsabilidade civil aos ordenamentos mais avançados, com fins de evitar que prevaleça a aplicação jurisprudencial desordenada e permitir que o instituto prevaleça como um "sistema de gestão de riscos e de restauração de equilíbrio" na relação jurídica, que tenha sido injustamente lesionado.

A sugestão é de fixar parâmetros de condutas para evitar a prática, ou a reiteração, de uma ação ou omissão contrária ao direito, antes mesmo da ocorrência do dano.

Nessa linha de ideias, a alteração legislativa adota a aplicação do dever geral de cuidado, com inspiração na função preventiva, sobretudo após o advento do Código Civil da Nação Argentina (art. 1.710), como necessidade de uma parcimônia de comportamentos antijurídicos e não apenas a contenção de danos.

Dessa forma, a reparação dos danos extrapatrimoniais amplia seu escopo de atuação, contribuindo não apenas para a solução de conflitos, mas também para a prevenção de danos e a promoção de uma convivência social mais harmônica e segura.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*: RDPriv, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 21-53, out./dez. 2005.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Todo dano é indenizável? *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*: novas tendências. São Paulo: Foco Jurídico, 2017.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*: responsabilidade civil. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2020.

NESPOLI, Arthur Lutiheri Baptista; MARQUESI, Roberto Wagner. Teoria dos efeitos da lesão: os novos danos e sua taxonomia. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 12, n. 2, p. 1-21, 2023. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/898. Acesso em: 21 out. 2024.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 29-50, jan./abr. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil*: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos. Indaiatuba: Foco, 2022. *E-book*.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

_____. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. *Migalhas*, [*s. l.*], 23 abr. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais. Acesso em: 19 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

SILVA, João Carlos. *Multifuncionalidade da responsabilidade civil*: uma análise contemporânea. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SOARES, Flaviana Rampazzo *et al*. *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

Títulos de crédito no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Edvaldo Brito[1]

1 A unificação do direito privado

O Brasil participa da polêmica relativa à *unificação* ou não do direito privado, desde a influência de Teixeira de Freitas, partidário da corrente *unificadora* (Freitas, 1983, p. xxiv).

Efetivamente, Gomes (2019a, p. 16, 2019b, p. 7) informa que a controvérsia, há tempo, dividiu escritores entre os favoráveis à unificação e os favorável à dicotomia, listando-os.

Fala-se dos exemplos de ordenamentos jurídicos que já adotaram a *unificação*, se não de todo o direito privado, pelo menos a das *obrigações civis* e *mercantis*. É o caso da Suíça; mas a Itália tem um só *direito das obrigações*, o que tem servido de cópia para alguns Códigos Civis editados depois do seu que é de 16 de março de 1942.

Aqui, já se conseguiu a reunião das disposições, nesse sentido, tal como se encontra no texto de 2002 do Código Civil, após a tentativa de *separação*, quando em 1960, foram designados Orlando Gomes para a elaboração do anteprojeto de Código Civil (Livros das Pessoas, do Direito de Família, do Direito das Coisas e Direito das Sucessões) e Caio Mario da Silva Pereira (Livro das Obrigações).

1 Edvaldo Brito é professor emérito da Universidade Federal da Bahia; professor da Universidade Católica do Salvador; ex-professor de Direito das Obrigações na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde é professor emérito; doutor e livre docente pela Universidade de São Paulo, aprovado como professor titular de Direito Civil; atualizador das obras de Orlando Gomes.

Esse texto de 2002 inclui o tema dos *títulos de crédito* em sua *Parte Especial*, Livro I, Título VIII e, no seu Livro II, o *Direito da Empresa*.

A jurisprudência dos Tribunais já se tinha incumbido de promover a *unificação* das *obrigações civis e comerciais*, pois o Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850[2], não mais respondia à atividade econômica desempenhada, então, não somente por *comerciantes* mas também por *industriais* e *prestadores de serviços*, estes últimos nem sempre agindo com finalidades lucrativas (Gomes, 2019b, p. 257).

O Código Comercial disciplinava as *letras de câmbio*, as *notas promissórias* e os *créditos mercantis* nos arts. 354 a 427, revogados pelo Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908 que define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais.

A redação dos arts. 887 a 926 do Código Civil inspira-se nos arts. 1.992 a 2.027 do Código Civil italiano, de 16 de março de 1942.

Seguiram-se-lhe o Código Civil do Paraguai, de 8 de setembro de 1986, arts. 1.507 a 1.545, e o Código Civil da Argentina, de 8 de outubro de 2014, arts. 1.815 a 1.881.

2 O texto de 2002[3]

Esse texto de 2002 do Código Civil, exatamente porque estabelece *normas gerais* para disciplinar o tema dos *títulos de crédito*, dá-lhes a natureza de *normas supletivas*, porque, somente na *inexistência* de *declaração expressa de vontade*, serão aplicáveis aquelas que, em sentido contrário, dispuserem as leis especiais.

Essa forma de reger os *títulos de crédito* talvez se deva ao fato de a *unificação* do direito privado ter-se dado de modo tímido porque, apesar de esse texto de 2002 prever a *declaração de insolvência*[4], isto é, o antigamente chamado concurso de credores, para quando as dívidas de um sujeito excedam a importância dos seus bens, deixa de fora de seu contexto o instituto da *falência*, que continua regrado por lei esparsa[5], sem a menor referência nesse texto de 2002.

Pode-se afirmar que ele faz uma *unificação orgânica* do *direito das obrigações*, sem abolir a *tipicidade* da vida comercial, pois tal opção legislativa não conflita com a disciplina das singularidades dessa vida mercantil; pelo contrário, desobstrui-se

2 Ver Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, Código Comercial, "Título I Dos Comerciantes" (Brasil, [2002]).

3 Ver Gomes (2019b, p. 259).

4 Ver arts. 955 e seguintes (Brasil, [2024]).

5 Ver Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, revogado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

o caminho da livre circulação dos bens, tão necessária ao desenvolvimento econômico, em face de impedimentos que as instituições de direito civil, ainda presas ao *individualismo*, propiciavam.

Enfim, o texto de 2002 do Código Civil deixa de fora, no que toca à matéria mercantil, apenas a *falência* e o *direito cambiário* propriamente dito, considerando que, sobre as obrigações decorrentes do *título de crédito*, em si, apenas emite *disposições gerais* e adota a *classificação* quanto à forma de circulação, aproximando-se, assim, do Código Civil italiano de 1942, na estrutura do tema dos *títulos de crédito*.

3 O título de crédito e a teoria dos documentos

Repete-se, aqui, a sugestiva a denominação do Capítulo I do valioso livro de Tullio Ascarelli, no qual ele reafirma que o sistema italiano não conhece uma disciplina geral dos *títulos de crédito*, cujo conceito não é definido na lei, pelo que ele se louva em Vivante para defini-los como o *documento* necessário para o exercício do direito *literal* e *autônomo* nele mencionado (Ascarelli, 1943, p. 23).

Lembra que o conceito adotado na Alemanha inclui os *títulos de crédito* na categoria de todos os documentos cuja apresentação é necessária para o exercício do direito a que eles se referem.

E conclui: o *título de crédito* é um *documento*.

Um *documento* que consubstancia um direito; *documento* que se refere aos direitos de uma só parte, tendo uma estrutura que se pode dizer unilateral; *documento* que se refere às obrigações de várias partes; *documento* que constitui prova suficiente de uma obrigação civil ou comercial, podendo ser invocado para esse fim; *documento* probatório da própria obrigação fundamental.

"Um *documento* constitutivo de uma declaração cartular autônoma distinta, por isso, das convenções extra cartulares, mesmo da declaração da qual decorre a relação fundamental; esta declaração cartular[6] é disciplinada exclusivamente pelo teor do título" (Ascarelli, 1943, p. 61).

Daí a afirmação de Messineo (1928, p. 6) sobre a *literalidade*, traço característico de todos os *títulos de crédito*: o direito decorrente do título é *literal* no sentido de que, quanto ao conteúdo, à extensão e às modalidades desse direito, é decisivo exclusivamente o teor do título.

6 Ascarelli (1943, p. 21) informa que emprega o neologismo *cartular* (de "*chartula*", do baixo latim), adjetivo que, introduzido na literatura jurídica italiana por Bonelli, é usado para qualificar o direito que deriva do título de crédito, dentre outros significados.

Pois bem: o texto de 2002 do Código Civil adota, no seu art. 887, aquela *definição* de Vivante, a ponto de o parágrafo único do seu art. 223 estabelecer que a prova não supre a ausência do *título de crédito*, ou do original, nos casos em que a lei ou as circunstâncias condicionarem o exercício do direito à sua *exibição*.

4 O título de crédito, a teoria dos documentos e a era digital

Instala-se, então, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal nº 11/2023, o senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG).

O presidente e o vice-presidente, respectivamente, ministros Luís Felipe Salomão e Marco Aurélio Bellizze, ambos integrantes do Superior Tribunal de Justiça, tiveram irretocável procedimento, a partir da designação dos relatores gerais, professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery; distribuíram os encargos, de modo a que coubesse ao professor José Fernando Simão da Universidade de São Paulo a matéria *Direito das Obrigações e Títulos de Crédito*, cuja atualização dos artigos referentes a esses últimos ficou sob a responsabilidade do subscritor destes comentários, feitos "sempre, com base nas reflexões do ilustre bahiano Orlando Gomes".

A maior preocupação é a de como conciliar esta *era digital*, com as características dos *títulos de crédito*, entre as quais e especialmente peculiar a *literalidade*.

O exposto levou à análise da contribuição dada por Jean Carlos Fernandes[7], recebida por intermédio do Desembargador e Professor Moacyr Lobato de Campos Filho, ilustre membro da Comissão de Juristas e integrante do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a qual consistiu, sobretudo, na compatibilização desta *era digital*, com as referidas características dos *títulos*, preservando-se neles como maior marca da economia contemporânea que a identifica como uma *economia creditória*, ou seja, essencialmente, baseada no *crédito*, tal como a identifica Ascarelli (1943, p. 11),

> isto é, a possibilidade de dispor imediatamente de bens presentes, para poder realizar, nos produtos naturais, as transformações que os tornarão, de futuro, aptos a satisfazer as mais variadas necessidades; crédito para criar os instrumentos de produção (os bens instrumentais, como dizem os economistas), cuja importância

7 Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; professor do programa de mestrado em Direito da Universidade Fumec, em Belo Horizonte; autor de vários livros sobre o tema, dentre eles *Títulos de crédito* (Fernandes, 2021).

cresce à medida que mais complexa se torna a obra de conquista e de transformação dos produtos naturais.

5 O título de crédito, a revisão e a atualização do Código Civil

A revisão e a atualização do Código Civil comportam, nesse tema dos *títulos de crédito*, apenas uma adaptação do texto à *tecnologia* contemporânea, preservando as características dessa categoria: *incorporação*, *literalidade* e *autonomia*.

O problema maior, nessa adaptação, é o da *incorporação* que tem como consequência a *literalidade*.

Os *títulos de crédito* desempenham, na economia moderna, importante função, por serem meios práticos e prontos de realização do direito do credor, além de serem, facilmente, alienáveis.

Documentam o crédito e provam, integralmente, a existência do direito que nele se incorpora. A cambial é considerada um bem em si. As principais características do título de crédito são: a) a incorporação; b) a literalidade; e c) a autonomia.

A incorporação é a consubstanciação do direito de crédito no documento que a representa, necessária à sua validade e para sua circulação.

A literalidade, consequência da incorporação, significa que o crédito é o que se acha mencionado no título, tal como consta.

A autonomia quer dizer independência das obrigações, valendo cada qual, valha ou não a outra, nenhuma sendo acessória e não podendo o devedor opor exceções pessoais aos sucessivos credores (Gomes, 2019b, p. 257).

A obrigação cartular, isto é, a dívida incorporada de título, pode ser ligada a uma relação básica que permanece como a sua causa, ou ter existência separada.

Dividem-se, em consequência, os *títulos de crédito* em: *títulos causais* e *títulos abstratos* (Gomes, 2022, p. 346).

O regime jurídico dos *títulos de crédito*, portanto, objeto de normas do Código Civil, exprime a regra de que se trata de um *instrumento* de um negócio jurídico, servindo de prova do direito que nele se contém, sem, contudo, invalidar o negócio, caso se verifique a omissão de qualquer requisito legal que tire desse *instrumento* a sua validade como *título de crédito*.

Trata-se de um veículo comprobatório de uma obrigação no qual os respectivos requisitos legais estão reduzidos a termo, exprimindo uma relação de dívida entre aqueles de referência aos quais indica os ajustes realizados.

Enfim, é o *documento formal* e *autônomo*.

É *formal* porque obedece a requisitos que se incompatibilizam com a liberdade de redação que, se tais requisitos não fossem obrigatórios, lhe poderiam dar credor e devedor; por isso, somente produzem efeitos quando preenchem os requisitos legais, especificamente estabelecidos para cada uma das suas categorias. A forma, enfim, é essencial à validade do documento.

É *autônomo* porque não se podem opor aos títulos que se sucedem as exceções oponíveis ao anterior; nem ao terceiro poder-se-á opor a falta de titularidade de quem lh'o transferiu. É necessário ao exercício do *direito literal* nele contido porque é decisivo o seu conteúdo para delimitar as prerrogativas do credor.

Admite-se que o seu pagamento seja garantido por *aval*, dado no verso ou no anverso do próprio instrumento, consistindo, pois, em uma segurança pessoal e solidária para a realização do crédito.

Considerando-se a natureza do *aval* como sendo a de uma instituição de direito cambial, há de compreender-se a sua referência ao pagamento de *título* que contenha a obrigação de entregar uma soma determinada (ex.: cambial, cheques).

Assim, por essa forma, o *avalista* – aquele que dá a garantia – junta-se ao *avalizado* – aquele a quem assegura o cumprimento da prestação – para fortalecer o adimplemento.

Dado que existem garantias que tomam o nome de *aval*, mas por natureza são *fianças* e vice-versa, cumpre fixar-lhes as características respectivas, a fim de extremá-los.

O *aval* dá origem a uma obrigação formal, autônoma, pessoal do *avalista*.

Formal porque não se vincula à *causa* ou à origem do seu oferecimento, basta a simples assinatura do *avalista* para que se comprometa como coobrigado, como devedor solidário a quem, por isso, não se atribui o *benefício de ordem*.

É, portanto, uma obrigação *autônoma*, ou seja, independente das demais, porventura, reveladas no *título*.

É *pessoal* porque vincula o *avalista* ao credor de tal forma que atrai direitos e deveres do coobrigado de quem assegura o cumprimento da prestação.

Daí que pode ser dado por mero favor ou em troca de remuneração ou de vantagem.

A *fiança*, ao contrário, é uma obrigação acessória, razão porque não tem existência autônoma, desde que esta suponha a de uma obrigação principal. Goza do *benefício de ordem* e, assim, o *fiador* – aquele que oferece a garantia – somente pode ser demandado para cumprir a prestação após serem excutidos os bens do *afiançado* que é o devedor. A este se pode chamar de *devedor principal*; àquele, de *devedor subsidiário*. No *aval*, *avalista* e *avalizado* são, ambos, devedores do mesmo grau.

As duas obrigações têm em comum a natureza de *garantias pessoais*; portanto, é mister examinar as circunstâncias em que se constitui essa garantia fiduciária. Gomes

(1987, p. 54-57) expõe situações nas quais se tem confundido o *aval* como garantia subsidiária e a *fiança* como garantia solidária.

Tal ocorre quando o sujeito, ao oferecer a garantia, na qualidade de *fiador*, declara-se "principal pagador" e, por isso, automaticamente, está renunciando ao *benefício de ordem*; de outro lado, se, na qualidade de *avalista*, o credor exige, além do "*aval*", uma garantia real, está modificando a garantia para subsidiária porque, assim, terão de ser excutidos, primeiramente, os bens do coobrigado, uma vez que se instaurou o *benefício de ordem*, tornando os coobrigados em devedor principal (o *fiador*) e devedor subsidiário (o *afiançado*).

Concluindo, afirma-se que se fez, no texto de 2002 do Código Civil, apenas adaptação para acolher não somente o *título de crédito* instrumentalizado como documento físico, mas também como instrumento, no ambiente virtual; por exemplo, quando se diz que o título de crédito é o documento cartular ou eletrônico ou registrado em sistema eletrônico de escrituração; ou quando se diz que o sistema eletrônico de escrituração fará constar o aval prestado nos títulos de crédito emitidos sob a forma escritural (Brasil, [2024]).

Referências

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução de Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1943.

BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

FERNANDES, Jean Carlos. *Títulos de crédito*: paradigma atual e reconstrução de um regime. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação e atualização por Edvaldo Brito e atualização por Reginalda Paranhos de Brito. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

_____. *Introdução ao direito civil*. Coordenação e atualização por Edvaldo Brito e atualização por Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

_____. *Obrigações*. Atualização por Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

_____. *Questões mais recentes de direito privado*: pareceres. São Paulo, Saraiva, 1987.

MESSINEO, Francesco. *I titoli di credito*. Padova: Cedam, 1928. v. 1.

Função preventiva da responsabilidade civil no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Nelson Rosenvald[1]

1 Introdução

Após longos debates, audiências públicas e diálogos com variados setores da sociedade brasileira, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil enviou um conjunto de propostas ao Presidente do Senado Federal, para que o Congresso avalie o mérito do projeto. O texto de responsabilidade civil é fruto de um consenso entre a subcomissão de responsabilidade civil – composta pela Ministra do STJ Isabel Gallotti, pela juíza do Tribunal de Justiça de Goiás Patrícia Carrijo e por mim, no papel de sub-relator – e os relatores da Comissão de Reforma do Código Civil, Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery.

Naquilo que nos coube, equilibrando tradição e inovação, pretendeu-se a sistematização da responsabilidade civil, dado o estágio atual da sociedade brasileira, e o que se vislumbra para as próximas décadas, consolidando avanços jurisprudenciais e doutrinários, sem olvidar de recentes contribuições legislativas advindas de ordenamentos da mesma tradição. Com efeito, outros sistemas jurídicos funcionam como espelhos – vendo-se os outros, percebe-se melhor o que somos.

1 Nelson Rosenvald é advogado e parecerista; professor do corpo permanente dos programas de doutorado e mestrado do IDP-DF; pós-doutor em Direito Civil pela Università Roma Tre; pós-doutor em Direito Societário pela Universidade de Coimbra; visiting academic na Oxford University; professor visitante na Universidade Carlos III, Madrid; doutor e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); presidente emérito do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (Iberc); foi procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

A responsabilidade civil de 2024 se encontra em um estágio muito distante da época em que foi elaborado o projeto do Código Civil. A codificação de 2002, cuja construção técnica contemplava o estado da arte do início dos anos 70, reprisou substancialmente as regras de responsabilidade civil do Código Civil de 1916. Ressalva-se o elogiável acolhimento do movimento de objetivação da responsabilidade civil, mediante a introdução de uma cláusula geral do risco da atividade (art. 927, parágrafo único, CC). Nos últimos vinte anos, porém, não houve qualquer alteração legislativa. Não se trata, apenas, de um hiato temporal, mas de décadas que transformaram profundamente a vida humana, seus costumes e a economia.

Como frisou o jurista italiano Stefano Rodotá, a responsabilidade civil atua como a campainha de um alarme. Ela exerce o importante papel de repositório das disfuncionalidades de um certo ordenamento. O Código Civil de 2002 é a fotografia de uma responsabilidade civil atrelada, em grande medida, às patologias da propriedade individual e do descumprimento de contratos próprios de uma economia menos complexa. Contudo, a responsabilidade civil contemporânea recebe uma pluralidade de demandas: além de equacionar a violação de intrincadas situações patrimoniais – v.g. danos a ativos intangíveis e no interno de estruturas societárias –, acaba por compor efeitos danosos da violação de direitos da personalidade, direitos difusos, e das recentes pressões oriundas das tecnologias digitais emergentes.

É a realidade, e não a vontade dos juristas, que impõe mudanças na disciplina positivada da responsabilidade civil. A sua modernização não demanda exaurimento normativo, sendo suficiente um refinamento dos enunciados intencionalmente indeterminados, mediante incorporação de parâmetros decisórios claros, para o necessário caminhar da doutrina e aperfeiçoamento das decisões de juízes e tribunais. Há uma particularidade na responsabilidade civil: o fato de ser um conjunto de normas dirigido aos magistrados. A maior parte das demandas cíveis – desde os juizados especiais até os tribunais superiores – conecta-se ao tema da responsabilidade civil. Se o que pretendemos é mitigar a discricionariedade judicial e a imprevisibilidade na solução de múltiplas demandas, o primeiro passo consiste em oferecer critérios objetivos para que decisões sejam cognoscíveis e controláveis, em nível de contenção de ilícitos e reparação de danos.

Igualmente, não há aumento de custos de transação em cenários de segurança jurídica e previsibilidade, traduzidas em um conjunto de normas que sinalize as regras do jogo, com firmes parâmetros de julgamento. Infelizmente, o cenário atual é refratário aos agentes econômicos, pois diante do abismo entre as regras do Código Civil e aquilo que se apresenta incessantemente ao litígio, abandona-se o sistema romano-germânico da predominância da lei como principal vetor dos

julgamentos, criando-se uma hipertrofia do papel dos tribunais, com grande dificuldade na construção de uma tradição de precedentes coerentes, que de maneira estável ofereça alternativa a uma legislação defasada. Como apontou em recente publicação o Ministro do STF Luiz Edson Fachin, a "tarefa hermenêutica precisa da norma formal a interpretar. A insuficiência textual e estrutural pode reduzir a relevância do Código, e dificultar a construção de sentido, limitando-o, e o condenando à obsolescência" (Fachin, 2024).

Os civilistas que estudam direito comparado e compreendem as tendências da Europa Continental e do elogiado Código Civil argentino de 2015 recebem de bom grado a reforma do Código Civil, conscientes de que a responsabilidade civil é multifuncional. Os danos preponderantes no século XXI não são mais apenas individuais e patrimoniais. Eles são sociais, metaindividuais, extrapatrimoniais, anônimos, dispersos, catastróficos e irreparáveis[2]. É uma ficção crer que, tal como nos oitocentos, uma indenização será capaz de restaurar a vítima à situação hipotética da ausência do evento danoso. O Judiciário está assoberbado de demandas em que vítimas jamais serão compensadas. Justamente por isso, o projeto da reforma da responsabilidade civil mantém a primazia da função compensatória. Porém, acresce à indenização a tarefa de conter comportamentos antijurídicos, prevenindo ilícitos, atuando pedagogicamente no sentido de desestimular condutas demeritórias e, através de uma função promocional, premiando aqueles cuja conduta é a causa adequada para o dano, mas que investiram em governança e *accountability*, atuando conforme a boa-fé, prevenindo e mitigando danos.

A responsabilidade civil não se limita ao Código Civil. Ela é um sistema de gestão de riscos, que requer uma convergência entre a proteção da economia de mercado e a mais ampla tutela das vítimas de danos e da coletividade perante toda a sorte de ilícitos. A atualização do Código Civil é uma pequena parte de uma tarefa que os alemães nomeiam como "acordo de captura mútua", que almeja a harmonização entre cláusulas gerais e critérios decisórios objetivos, integrando um arsenal de instrumentos necessários à prevenção e ao ressarcimento dos efeitos dos atos ilícitos.

2 Justamente por colocar em risco a existência da humanidade e das demais espécies animais, a questão dos danos catastróficos atingiu dimensões humanitárias e despertou a atenção dos organismos internacionais, ensejando a criação da Agência das Nações Unidas de Respostas a Desastres (United Nations Disaster Relief Office – UNDRO), em 1971, com a realização de três Conferências Mundiais sobre Redução de Riscos de Desastres Naturais, em Yokohama (1994), em Hyogo (2005) e em Sendai (2015), quando foi aprovada a denominada "Agenda 2030", com 17 objetivos e 169 metas para o desenvolvimento sustentável (ODS). Os danos catastróficos fazem parte da "Agenda 2030", cujos objetivos 11, 12 e 13 tratam das cidades sustentáveis, do consumo e da produção responsáveis e da ação contra as mudanças climáticas.

2 A tutela preventiva

A prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. O que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos necessariamente se concederá à prevenção daqui por diante. Nos últimos 300 anos, o homem assumiu a gestão da natureza para que esta obedecesse às necessidades da civilização. Não obstante todos os benefícios obtidos, essa fase se exauriu, pois alcançamos o limite de suportabilidade do planeta. Por outro lado, o Estado-nação é incapaz de manter as promessas da modernidade, mesmo porque pouco poder detém, de fato, para oferecer segurança e bem-estar. Aliás, o Estado é apenas um entre vários polos irradiadores de poder, capaz de agir no plano decisório de nossas vidas. Longínquo o tempo em que todos os perigos provinham da esfera pública.

Alterum non laedere!, avisavam os romanos. Evitar e mitigar um dano se converte em questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI. A prevenção como antonomásia da responsabilidade civil contemporânea. Ao invés de agir reativamente ao dano consumado (direito remediador) – pela via da indenização ou da compensação –, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais (direito proativo). Toda pessoa ostenta um dever *ex ante* de evitar causar um dano injusto, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o dano se produza ou que se reduza a sua magnitude. Ademais, caso o dano já tenha sido produzido, que se evite o seu agravamento (*duty to mitigate the own loss*).

O modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante, extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais. A sua trajetória não é linear, um caminho sem volta. A doutrina e a jurisprudência admitem revisitação de pontos de vistas contingencialmente superados quando os dados do mercado, dos avanços tecnológicos e, sobretudo, das aspirações éticas de uma determinada coletividade determinem uma reelaboração de determinada função da responsabilidade civil, porventura em estado letárgico. Na sociedade de riscos, um altivo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança a evitar condutas danosas. Uma ode à virtude da "previdência" (olhar antes). A tutela inibitória se propaga no Direito Civil com uma série de instrumentos que permitem prevenir o ilícito antes que ele se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos.

Por conseguinte, a responsabilidade civil pode se prestar a um papel preventivo de grande importância, sem qualquer demérito à técnica compensatória. Na

dinâmica da sociedade contemporânea, não mais é possível aguardar, em berço esplêndido, a frustração ou violação de um direito, para, somente depois, pleitear uma providência jurisdicional. Na pós-modernidade, urge a obtenção de respostas efetivas e concretas, práticas e céleres, contra a ilicitude. A par de rígidos esquemas formais na base do *all or nothing*, em determinadas circunstâncias particularizadas, haverá a necessidade de o ordenamento jurídico agir de forma pragmática e flexível para mensurar bases de ponderação entre o acolhimento de interesses merecedores de tutela de credores e vítimas, com a consciência de que os critérios distributivos de danos para outros sujeitos, em sede de imputação objetiva, eventualmente não poderão desprezar a importância do desestímulo ao agente causador do dano.

Em um horizonte mais amplo, a elevação da prevenção ao posto de princípio da responsabilidade civil indica uma quebra de paradigmas mais ampla do que aquela produzida quando da paulatina ascensão da teoria objetiva da responsabilidade civil, ao longo do século XX. A festejada ampliação do espectro da imputação objetiva de danos – por mais que corresponda aos anseios de equanimidade social – ainda é tributária de uma teoria da justiça que prioriza a liberdade e a neutralidade do sistema jurídico perante as escolhas dos cidadãos. A teoria objetiva apenas revela uma tendência mais igualitária e interventiva sobre o mercado, a fim de resguardar aqueles que estejam expostos a danos. Contudo, o princípio da prevenção remete a uma concepção de justiça aristotélica, pautada na virtude e na necessidade de o ordenamento introduzir parâmetros de comportamento desejáveis a serem observados generalizadamente. As decisões individuais tomadas hoje não mais se encontram nos estágios Caio × Tício, no qual a intersubjetividade se localiza no tempo e no espaço. Na hipermodernidade, as atividades potencialmente lesivas afetam milhares de pessoas em dimensão global, e os efeitos podem ser danosos e alcançar as gerações futuras. Nesse contexto, somente uma concepção de justiça voltada à indução da virtude – leia-se, aqui, prevenção – será capaz de convidar os atores sociais à adoção de uma justificativa moral para que todos possam ansiar pelo ideal de uma "vida boa".

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social[3]. Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material, seja pela processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar

3 Nesse sentido, Scognamiglio (2008, p. 2.773, tradução nossa) assevera que "o ordenamento não pode se mostrar indiferente a respeito da violação de direitos e ao fenômeno de fatos que acarretam graves prejuízos de ordem econômica e social aos sujeitos".

um balanceamento de interesses, por meio da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: punição, precaução e compensação.

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de determinado ambiente. "Responsabilizar" já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, "responsabilizar" converteu-se em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos (Rosenvald; Braga Netto, 2024, p. 178).

3 Função preventiva no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

> Art. 927-A. Todo aquele que crie situação de risco ou seja responsável por conter os danos que dela advenham, obriga-se a tomar as providências para evitá-los.
>
> § 1º Toda pessoa tem o dever de adotar, de boa-fé e de acordo com as circunstâncias, medidas ao seu alcance para evitar a ocorrência de danos previsíveis que lhe seriam imputáveis, mitigar a sua extensão e não agravar o dano, caso este já tenha ocorrido.
>
> § 2º Aquele que, em potencial estado de necessidade e sem dar causa à situação de risco, evita ou atenua as suas consequências, tem direito a ser reembolsado das despesas que efetuou, desde que se revelem absolutamente urgentes e necessárias, e seu desembolso tenha sido providenciado pela forma menos gravosa para o patrimônio do responsável.
>
> § 3º Sem prejuízo do previsto na legislação especial, a tutela preventiva do ilícito é destinada a inibir a prática, a reiteração, a continuação ou agravamento de uma ação ou omissão contrária ao direito, independentemente da concorrência do dano, ou da existência de culpa ou dolo. Verificado o ilícito, pode ainda o interessado pleitear a remoção de suas consequências e a indenização pelos danos causados.
>
> § 4º Para a tutela preventiva dos direitos são admissíveis todas as espécies de ações e de medidas processuais capazes de propiciar sua adequada e efetiva proteção, observando-se os critérios da menor restrição possível e os meios mais adequados para garantir a sua eficácia (Brasil, [2024]).

Em comum, todos os dispositivos ordenam a função preventiva da responsabilidade civil, ajustando o Código Civil ao direito comparado e a outras legislações brasileiras, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei Geral de Proteção

de Dados Pessoais (LGPD)[4], além das futuras normas que tratem da temática, a final se o Código Civil não mais ostenta pretensão monopolista do direito privado – tal como nas codificações dos oitocentos – ainda reserva para si o papel de centralidade e coordenação do diálogo intrassistemático.

Há consenso em que, no contexto das sociedades contemporâneas, as atividades humanas e empresariais são desempenhadas em alta escala, com forte intervenção sobre o meio ambiente natural e social, produzindo riscos a cada dia mais acentuados. Trata-se de um interessante ponto de partida para afirmar a responsabilidade civil como um sistema de gestão de riscos, permitindo que doutrina e jurisprudência desenvolvam soluções mais adequadas e eficientes perante riscos, ilícitos e danos que se multiplicam em uma sociedade tecnológica, complexa e plural.

A função compensatória permanece como primordial na responsabilidade civil. Todavia, manifesta-se um enfoque constitucional de direitos que em princípio sempre se apresentaram como de índole privada. Não há mais como elidir a constatação de Guido Calabresi – ainda na década de 1970 – da necessidade de a responsabilidade civil ser equitativa, atuando como sistema de redução de custos mediante o incentivo à adoção de condutas preventivas (Calabresi, 1970).

A transladação da função preventiva de mero efeito colateral da função compensatória para uma desejável autonomização começou nas jurisdições do *common law* e se difundiu para a Europa continental. Nesse sentido igualmente caminha o Superior Tribunal de Justiça: "A função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis" (Brasil, 2014, 2015).

O *caput* do art. 927-A normatiza a tutela preventiva do dano. Não se trata aqui de inibir um ato ilícito, mas de ampliar o escopo da função preventiva para as atividades de risco especial, cuja imputação objetiva da obrigação de indenizar dispensa a aferição de condutas antijurídicas, sendo suficiente a maior probabilidade de causação de dano pela própria natureza intrínseca da atividade. Como se afirma na doutrina, a contenção de danos *ex ante* pode ser efetivada por meio dos deveres

4 A prevenção contra danos não é matéria estranha ao nosso ordenamento jurídico, a começar por dispositivos esparsos no Código Civil que impõem dever de adotar medidas para evitar que aconteça o dano ou o agravamento de suas consequências, em determinadas situações (art. 31, art. 96, § 3º, art. 696, art. 1.280). Em reforço, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), impõe aos agentes de tratamento de dados (controlador e operador) uma série de deveres tendentes a evitar a ocorrência de danos para os titulares dos dados pessoais (arts. 46 a 51), sem prejuízo para a reparação dos danos que se efetivarem (art. 42). Ademais, o art. 21, XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), assim como o art. 2º da Lei nº 12.608/2012, dispõe que o Poder Público deve adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastres. Destaca-se o art. 6º, VI, do CDC: "São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (Brasil, [2021]).

de prevenção, de precaução[5] e de mitigação. Prevenir a ocorrência de um dano significa atuar positivamente para evitar a ocorrência de um evento que certamente ocorreria se não fossem adotadas as medidas preventivas. Precaver-se contra a ocorrência do dano significa preparar-se para um episódio danoso que conta com alguma probabilidade de ocorrer. Mitigar as consequências de um dano significa atuar positivamente para não agravar a situação danosa já instalada (Santos, 2023).

Ou seja, não basta estipular o dever de prevenção no bojo da responsabilidade civil; é preciso dotar as vítimas potenciais de instrumentos para preservação de seus bens e interesses em face dos riscos que emanam das atividades desempenhadas por outrem. Vale dizer, as atividades com baixo grau de risco de danos podem ser tratadas pelo viés da reparação *ex post factum*, ao passo que as que carregam elevado grau de risco de danos graves e irreversíveis só podem ser tratadas pelo prisma da prevenção, priorizar-se a tutela da coletividade, viabilizada de forma a impedir que titulares de direitos se convertam em "vítimas".

Nesse sentido, a vítima potencial poderá requerer ao juiz que obrigue o responsável pela atividade de risco a adotar medidas de prevenção, incluindo a mitigação dos riscos e dos danos. Com base em um juízo de ponderação o magistrado poderá exigir do legitimado passivo ações ou abstenções concretas tendentes à evitação de danos previsíveis. Os trágicos eventos de Minas Gerais envolvendo barragens e o recente episódio do "afundamento da mina" em Maceió evidenciam a importância de uma regra especial voltada à contenção do risco da atividade. Cite-se o Enunciado nº 446 (V Jornada de Direito Civil): "A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 74)[6].

A funcionalização é um caminho natural do direito privado. Já se consumou na propriedade, contratos e direito de família e na própria teoria geral, ao libertar

5 No Anteprojeto de Reforma do Código Civil trata-se apenas da prevenção e não a função *precaucional* em sentido amplo, cujo *locus* adequado são as leis específicas sobre matéria ambiental, climática ou tecnológica. A precaução contra danos se efetiva mediante a contratação obrigatória de seguro de responsabilidade civil (*securitização*), bem como pela constituição de fundos de reparação de danos (*mutualização*) em ambos os casos com vista à reparação dos danos que possam acontecer com alguma probabilidade. Em sentido complementar, a prevenção deve se efetivar por meio de ações positivas, amparadas pela técnica, com a finalidade de evitar que um dano com elevado grau de certeza se concretize.

6 A bipartição entre função preventiva do ilícito e do dano também encontra guarida na reforma do Código Civil da França: Art. 1.268 (nº 678, Sénat/2020) – "En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur" (France, 2020).

a tutela da personalidade da dogmática da capacidade. Nessa senda, já é tempo de incluir a funcionalização preventiva. A final, a responsabilidade civil que enfrenta os enormes desafios ambientais, climáticos e tecnológicos do século XXI não pode se manter encarcerada no mecanismo de trasladação de danos *ex post* da vítima a um responsável. Ela também (e principalmente) atua *ex ante*, no binômio prevenção do ilícito e prevenção do dano.

O § 1º do art. 927-A regula a função preventiva pelo viés substantivo, tendo inspiração no art. 1.710 do Código Civil da Argentina de 2015[7]. Vale dizer, consagra-se um dever geral de atuar para evitar causar às pessoas e coisas um dano injustificado, mediante a adoção de condutas conducentes ao seu impedimento, produção ou agravamento. A base do dispositivo são os parâmetros da boa-fé e da razoabilidade, o que implicará a análise das circunstâncias de cada caso, levando-se em consideração que existe um direito geral a não atuar e que, unicamente quando se configure um abuso deste direito poderá haver responsabilidade por omissão.

O § 2º do art. 927-A versa sobre a indenização preventiva. Trata-se de hipótese em que será justa a fixação de uma indenização, não por um dano propriamente dito e sim pela necessidade de restituição ao demandante do valor correspondente às despesas realizadas para impedir que um dano se consume.

Desde há algum tempo os estudiosos do direito civil questionam se nos confins da responsabilidade extracontratual há espaço para uma indenização apartada da função compensatória de danos, nas hipóteses em que não se manifesta prejuízo propriamente dito; porém, alguém realiza despesas com o objetivo de impedir que um dano alcance um interesse digno de tutela. Neste contexto, a doutrina necessita encontrar uma justificativa para a ampliação do conceito de dano ou, alternativamente, promover uma via metodologicamente sustentável, apta a fundamentar uma indenização que abarque gastos preventivos de danos consequentes à prática de um ato ilícito.

A opção pela inserção na função preventiva viabiliza importante autorização legislativa para que o próprio titular de um direito, seriamente ameaçado de lesão (daí a ideia de "potencial estado de necessidade"), possa agir pessoal e materialmente, objetivando sua preservação integral, creditando-se no direito de reparação dos custos arcados para a prevenção contra o responsável pela causação do risco de

7 "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable [...] c) no agravar el daño, si ya se produjo" (Argentina, [2023]).

dano. A aprovação dessa proposta inauguraria hipótese bastante aberta do emprego de autotutela no ordenamento jurídico brasileiro. Perceba-se que, nessa hipótese, o emprego da tutela jurisdicional ficaria relegado *a posteriori*, não para garantir a tutela inibitória, mas sim para garantir eventuais pretensões de ressarcimento não apenas pelas perdas e danos suportados como também pelos custos gerados com a proteção preventiva. Vale dizer, preserva-se a incolumidade do Direito em essência, repassando-se ao agressor responsável pela injusta ameaça a responsabilidade de ressarcimento pelos custos da prevenção suportados pelo titular do direito – ou mesmo por terceiro – em sua defesa[8].

No plano funcional da responsabilidade civil, seguimos modelos europeus que consagram alternativa metodologicamente viável no âmbito da função preventiva. Nesse sentido é o DCFR – Projeto de Código Europeu do Direito das Obrigações – Livro VI (responsabilidade extracontratual) 6:302: "Responsabilidade por perdas na prevenção de danos: aquele que tenha incorrido em despesas razoáveis para prevenir um dano iminente, ou para limitar a extensão ou severidade do dano sofrido tem o direito de compensação em face da pessoa que seria responsável pela causação do dano" (Bar; Clive; Schulte-Nölke, 2009, p. 411, tradução nossa). Igualmente o PETL – Principles of European Tort Law: Art. 2.104: "Os gastos realizados para evitar um dano que ameaça se produzir constituem um dano ressarcível, na medida em que sejam razoáveis" (European Group on Tort Law, c2024, tradução nossa). Na mesma linha de reforma do Código Civil da França (nº 678. Sénat/2020): "Art. 1.238. Les dépenses engagées et les coûts et pertes supportées par le demandeur pour prévenir, au moyen de mesures raisonnables, la réalisation imminente d'un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable" (France, 2020).

Nesse sentido, o § 3º do art. 927-A não apenas aperfeiçoa a tutela inibitória do ilícito ancorada no parágrafo único do art. 497 do CPC, como traz ao direito material

8 Venturi (2024) aduz a autora mais adiante: "A funcionalidade da tutela inibitória no Brasil, aliás, tem sido reconhecida crescente e amplamente em âmbito jurisprudencial, empregando-a atipicamente nas mais variadas pretensões de tutela de direitos individuais e transindividuais, sempre que demonstrados a plausibilidade da tese invocada e o perigo de ocorrência, reiteração ou continuidade da ilicitude. A tutela inibitória deve ser compreendida como forma preventiva de proteção dos direitos. Todavia, diante da ausência ou da *insatisfatoriedade* dos mecanismos inibitórios materiais, a tutela inibitória acaba sendo instrumentalizada quase exclusivamente por via de técnicas processuais atuadas pela função jurisdicional estatal. Isso não quer dizer, contudo, que a proteção inibitória dos direitos nasça somente a partir da invocação da intervenção estatal por via do direito constitucional da ação processual. Muito ao contrário, a pretensão à tutela inibitória deve ser compreendida como inerente ao próprio direito subjetivo. A partir do momento em que o ordenamento passa a tutelar determinados direitos ou interesses, a prevenção contra sua violação nasce, a toda evidência, natural e conjuntamente".

o papel de indicar as formas de tutela, considerando-se que o processo deve se estruturar de modo a oferecer técnicas processuais adequadas ao atribuído pelo Código Civil, seja em matéria de tutela reparatória como inibitória. Não se exige nenhum outro fator de atribuição da responsabilidade civil, pois a tutela inibitória prescinde totalmente de dano ou culpa, contentando-se com a probabilidade do ilícito e o ilícito praticado.

Além da tutela inibitória, a função preventiva é complementada pela tutela de remoção do ilícito, cuja finalidade consiste em eliminar uma situação de ilicitude ou remover os efeitos concretos derivados de uma ação ilícita. Trata-se de tutela repressiva em relação ao ilícito, tendo como pressuposto a ocorrência de ilícito que deixou efeitos concretos continuados. Tal como ocorre na tutela inibitória, não integra o mérito da causa a alegação concernente ao fato danoso temido ou eventualmente ocorrido, bem como a existência de culpa ou dolo do demandado. Enfim, distinguem-se as três tutelas: inibitória, remoção do ilícito e reparatória.

Fundamental esclarecer que a tutela inibitória substantiva consiste na faculdade de exigir que a pessoa natural ou jurídica que desempenhe uma atividade de risco adote medidas de prevenção que, por definição, têm como finalidade evitar a ocorrência de danos[9]. A tutela inibitória substantiva não se confunde com o mecanismo previsto no art. 497 do Código de Processo Civil (CPC), pois visa dar efetividade à função preventiva da responsabilidade civil, atribuindo a quem se encontre na iminência se sofrer um dano a faculdade de postular uma ordem judicial dirigida a quem esteja a cargo de uma atividade, detendo condições de agir para evitar o resultado danoso (Llamas Pombo, 2007, p. 31).

Por fim, o § 4º do art. 927-A objetiva conciliar a função preventiva ao ordenamento jurídico vigente. Trata-se de adequar o Código Civil as formas de tutela do CDC e as técnicas processuais já previstas pelo CPC. Ganha-se em efetividade e operabilidade.

A verdade é que não se pode reduzir a complexidade do modelo aquiliano a uma função exclusiva e unitária. Cada uma das funções da responsabilidade civil persegue uma necessidade de segurança. Pode-se dizer que a função compensatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de "certeza" do direito como importante garantia de uma compensação. Por sua vez, a segurança, que se prende à função preventiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos

9 O Código Civil argentino, de 2014, contempla a tutela inibitória substantiva, por meio da denominada *ação preventiva*, prevista nos art. 1.710 a 1.713 daquele Código.

de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Referências

ARGENTINA. *Ley nº 26.994*. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: InfoLEG, [2023]. Disponível em: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (ed.). *Principles, definitions and model rules of European private law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR). [*S. l.*]: Sellier. European Law Publishers, 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 1.354.536/SE*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.371.834/PR*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 5 de novembro de 2015.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents, a legal an economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law (PETL)*. [*S. l.*]: EGTL, c2024. Disponível em: http://www.egtl.org/PETLEnglish.html. Acesso em: 30 out. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. Reforma e atualização do Código Civil brasileiro e o novo Código Civil argentino. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 1º mar. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-01/reforma-e-atualizacao-do-codigo-civil-brasileiro-e-o-novo-codigo-civil-argentino/. Acesso em: 30 out. 2024.

FRANCE. Sénat. *Proposition de loi nº 678*. Réforme de la responsabilité civile. Paris: Sénat, 2020. Disponível em: https://www.senat.fr/leg/ppl19-678.html. Acesso em: 30 out. 2024.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños. *In*: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.). *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 2007.

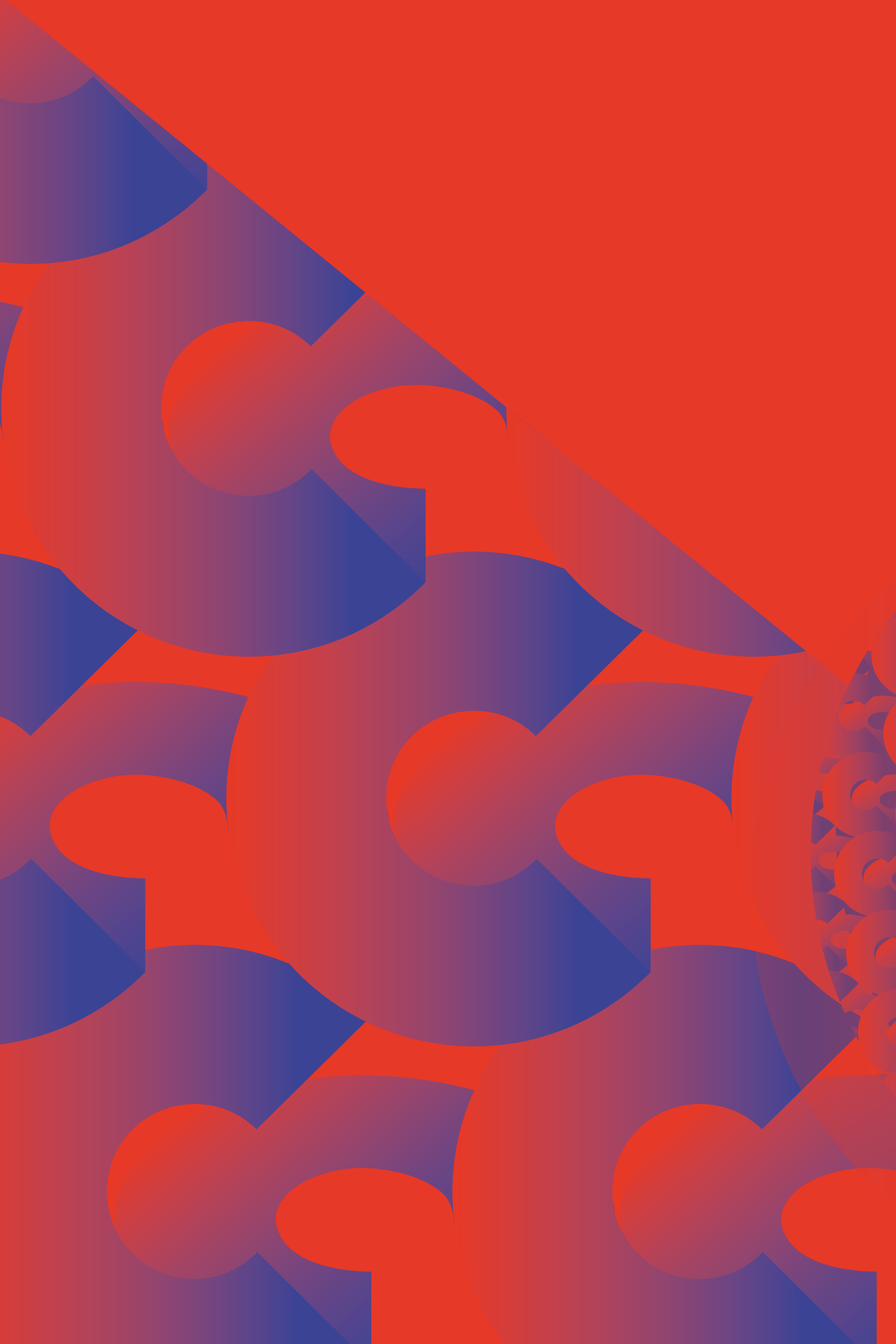
_____. *Reflexiones sobre derecho de daños*: casos y opiniones. Madrid: La Ley, 2010.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Teoria geral da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2024.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Tutela inibitória substantiva: prevenção e reparação de danos na reforma do Código Civil. *Migalhas*, [*s. l.*], 31 out. 2023. Migalhas de responsabilidade civil. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/396162/tutela-inibitoria-substantiva. Acesso em: 30 out. 2024.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Danno moral e funzione deterrente della responsabilità civile*: studi in onore di Nicolò Lipari. Milano: Giuffrè, 2008. t. 2.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Breves notas à responsabilidade civil preventiva no anteprojeto de reforma do Código Civil. *Migalhas*, [*s. l.*], 8 ago. 2024. Migalhas de responsabilidade civil. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/412841/responsabilidade-civil-preventiva-no-anteprojeto-de-reforma-do-cc. Acesso em: 30 out. 2024.



Contratos

Contratos em espécie e atualização do Código Civil: propostas quanto à compra e venda e à doação

Carlos Eduardo Elias de Oliveira[1]

1 Introdução

O foco deste artigo é tratar das propostas do Anteprojeto de Reforma do Código Civil em dois contratos típicos: o de Compra e Venda e o de Doação.

Desde logo, realço que houve duas principais diretrizes adotadas pela Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente do Senado para a elaboração do Anteprojeto: a de positivar aquilo que é admitido pela jurisprudência e pela doutrina bem como a de inovar apenas naquilo que efetivamente é reclamado pelas transformações sociais.

Em relação ao Livro de Contratos, essa linha foi observada tanto pela respectiva Subcomissão (da qual tive a honra de ser relator e de trabalhar ao lado das geniais professoras Angélica Carlini e Claudia Lima Marques e do enciclopédico professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk) quanto a Presidência da Comissão (orquestrada pelo Ministro Luis Felipe Salomão), a Vice-Presidência (sob a batuta do Ministro

1 Carlos Eduardo Elias de Oliveira é doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); professor de Direito Civil e de Direito Notarial e Registral na UnB e em outras instituições; consultor legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário; membro da Comissão de Reforma do Código Civil; advogado e parecerista; ex-advogado da União; ex-assessor de ministro do STJ; pós-graduado em Direito Notarial e Registral; membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam); membro-fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont).

Marco Aurélio Bellizze) e a Relatoria-Geral (integrada pelos Professores Flávio Tartuce e Rosa Nery).

A propósito disso, tivemos a oportunidade de escrever o seguinte em outro artigo:

> Uma parcela substancial do Anteprojeto de reforma do CC, formada pela Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal, nada mais é do que a positivação do que, atualmente, já é admitido pela Jurisprudência e pela Doutrina.
>
> Sob essa ótica, o Anteprojeto, por si só, já serve como referência aos operadores do Direito e aos acadêmicos sobre o direito atual. Disso deu prova o próprio STJ, que já invocou o texto do Anteprojeto mais de uma vez para fortalecer os argumentos[2]. O Anteprojeto já serve como um instrumento de *soft law*[3].
>
> É, portanto, equivocado pensar que o Anteprojeto estaria a criar um novo CC. A quantidade de artigos alterados não respaldaria uma ilação indevida como essa, pois, na verdade, a maior parte do que se altera não representa novidades normativas propriamente ditas.
>
> Com efeito, as inovações normativas compõem uma parte pequena do Anteprojeto. E são justificadas pelas transformações substanciais da sociedade em relação ao cenário social vigente desde a década de 1970, ambiente no qual o projeto do CC de 2002 foi gestado (Oliveira, 2024)[4].

Nos contratos de compra e venda e de doação, essas foram as diretrizes adotadas.

2 Propostas no Contrato de Compra e Venda

Alguns ajustes feitos no Anteprojeto não merecem aprofundamento neste artigo por serem meramente redacionais, como as dos arts. 492, 497 e 526 do CC. Deitaremos holofotes nos demais ajustes pela maior relevância.

2 É o caso, por exemplo, do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira no julgamento do REsp 2.022.649/MA.

3 Para aprofundamento: Oliveira (2023).

4 O projeto do Código Civil de 2002 começou a ser elaborado em 1969 e iniciou a tramitar no Congresso Nacional em 1975.

2.1 Preço subsidiário (art. 488, CC)

O preço é requisito essencial do contrato de compra e venda. À falta de expressa pactuação da parte, o atual art. 488 do CC estabelece o que chamamos de *preço subsidiário*: o preço habitual cobrado pelo vendedor nas suas vendas ou, se houver mais de um, o termo médio (fruto da média dos preços habituais).

O Anteprojeto aprimora o texto.

De um lado, deixa claro que o termo médio será apurado em processo judicial ou arbitral. Isso, porque o dispositivo trata de hipóteses de litígio. Acordos, como fruto da autonomia privada, sempre podem ser feitos e, por isso, não precisam de autorização expressa na lei.

De outro lado, o Anteprojeto afirma o que já é entendimento majoritário atualmente: se inexistir preço habitual para servir de *preço subsidiário*, presume-se que não se concluiu o contrato de compra e venda. É o Enunciado nº 441 das Jornadas de Direito Civil: "Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houver diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 65).

2.2 Risco pelo transporte da coisa a local diverso a pedido do comprador (art. 494, CC)

Em regra, até a entrega da coisa (tradição), o risco de eventual perecimento da coisa é do vendedor (art. 492, CC).

Se, porém, o comprador indica um lugar diverso do pactuado para entrega, o risco da coisa só será do vendedor até este entregá-la ao transportador. A partir daí, o risco passará a ser do comprador. Afinal, não cabe ao vendedor assumir o risco durante o deslocamento da coisa para um local diverso do pactuado por pedido do próprio comprador. A exceção a isso é apenas se o vendedor não seguir as instruções dadas pelo comprador para a entrega da coisa ao transportador (art. 494, CC).

O Anteprojeto aprimora o art. 494 do CC, inspirando-se nos arts. 66 a 69 da Convenção de das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, conhecida pela sigla inglesa CISG (*Contracts for the International Sale of Goods*) o qual foi incorporado ao Brasil pelo Decreto nº 8.327/2014.

Em princípio, entendemos que as propostas do Anteprojeto condizem com o que atualmente já se deve admitir: não há inovação alguma, mas mera positivação do direito atual.

A primeira proposta é ressalvar que o vendedor assumirá o risco da coisa se tiver se obrigado a entregar a coisa em determinado local, ainda que esse local tenha sido indicado pelo comprador.

A segunda proposta é a deixar claro que as regras de transferência do risco da coisa até a data da entrega independem do fato de o vendedor estar autorizado a reter os documentos representativos das mercadorias. Afinal, tal fato nada tem a ver com o risco de perecimento da coisa.

Todavia, na hipótese de o vendedor reter o documento representativo da mercadoria, é essencial que a coisa esteja bem identificada no documento de expedição, o qual deve ser encaminhado ao comprador. Isso, porque o comprador precisa ter certeza da coisa expedida para entrega.

2.3 Exceção de insegurança pelo vendedor antes da entrega da coisa (art. 495, CC)

Se o comprador incorre em insolvência antes de pagar o preço, o vendedor pode valer-se da exceção de insegurança: abstém-se de entregar a coisa enquanto o comprador não der uma caução de que honrará a dívida (art. 495, CC).

O Anteprojeto aprimora a redação, agora mais precisa e detalhista. Substitui o termo "insolvência" por uma explicação mais aberta de qualquer fato que indique evidências de superveniente ruína financeira do comprador. A verdade é que o Anteprojeto apenas esclarece o que hoje já se entende como a melhor interpretação do art. 495 do CC. Aproxima-se, nesse ponto, da redação atualmente adotada pelo art. 71 da CISG[5].

2.4 Venda a descendente (art. 496, CC)

A venda de um bem a descendente depende de consentimento dos demais descendentes e do cônjuge, sob pena de anulabilidade (art. 496, *caput*, CC). A dispensa do cônjuge é dispensada se o regime for o da "*separação obrigatória*" (art. 496, parágrafo único, CC). A ideia do objetivo é impedir doações disfarçadas de vendas como forma de burlar o dever de colação (arts. 549 e 2.002 e seguintes do CC). Por isso, o STJ entende que, se a venda ocorrer a preço de mercado, a falta de consentimento dos demais descendentes ou do cônjuge não ensejará anulabilidade. Afinal de contas, não terá havido qualquer prejuízo contra eles.

5 *Contracts for the International Sale of Goods* (Decreto nº 8.327/2014).

O Anteprojeto aprimora o texto.

De um lado, faz menção ao convivente ao lado do cônjuge, dada a falta de justificativa para tratamentos diferenciados.

De outro, dispensa o consentimento do consorte no caso de regime da separação. Isso, porque o próprio regime da separação legal de bens será extinto na proposta do Código. Além disso, o texto atual do CC gera controvérsias para definir se a alusão é ao regime da separação legal ou ao da convencional.

Ademais, o Anteprojeto reforça o dever de o registrador de imóvel fiscalizar a observância da regra do art. 496 do CC, exigindo que o grau de parentesco conste da escritura. E também positiva a ideia contida no Enunciado nº 545 das Jornadas de Direito Civil:

> O prazo para pleitear a anulação de venda de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou do cônjuge do alienante é de 2 (dois) anos, contados da ciência do ato, que se presume absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis (Conselho da Justiça Federal, 2013, p. 98).

Por fim, o Anteprojeto protege a terceiros que, de boa-fé, adquiriram onerosamente o bem, tudo em consonância com outras hipóteses similares do Código Civil para proteção da propriedade aparente (como art. 161 e 167, § 2º, do CC).

2.5 Impedimentos para a compra de bens (arts. 497 e 498, CC)

Por conta do potencial risco de abuso de poder, os arts. 497 e 498 do CC vedam que determinadas pessoas em condição de autoridade adquiriram bens direta ou indiretamente sob seu poder. É o caso de juízes em relação a bens sob sua jurisdição e dos tutores relativamente a bens sob sua administração.

O Anteprojeto, além de alguns ajustes redacionais, avança para esclarecer que o impedimento só ocorrerá quando efetivamente houver, no caso concreto, influência potencial e direta da autoridade para efetuar a compra do bem.

2.6 Venda entre cônjuges (arts. 499, CC)

Cônjuge pode vender ao outro bens excluídos da comunhão (art. 499, CC). O Anteprojeto aprimora o texto para esclarecer que esse bem excluído da comunhão

não pode estar gravado com cláusula de incomunicabilidade, exatamente para evitar burlas.

2.7 Venda de coisas conjuntas (arts. 503, CC)

Em regra, há divisibilidade na venda de mais de uma coisa em conjunto. Desse modo, o vício de uma coisa não autoriza a rejeição das demais. Apenas haveria a redução do contrato em relação a essa coisa (art. 503, CC).

O Anteprojeto esclarece o óbvio: a regra acima pode ser excepcionada quando houver coligação funcional ou operacional entre as coisas. Além disso, permite a aplicação da regra para casos de prestação conjunto de serviços digitais ou com conteúdo econômica, analogia importante para a sociedade moderna em que pululam esses tipos de serviços. Nas palavras de Claudia Lima Marques e de Bruno Miragem, trata-se dos "produtos e serviços simbióticos" (Marques; Miragem, 2021, p. 391).

2.8 Direito de preferência do condômino na compra da fração ideal do bem (arts. 504, CC)

Antes de vender a fração ideal a um terceiro, o condômino tem de oferecer aos demais o direito de preferência. Se não o fizer, os outros condôminos têm o prazo decadencial de 180 dias para, depositando o preço, reivindicar a coisa das mãos do terceiro (art. 504, CC). Se houver mais de um condômino, prevalece aquele que tiver benfeitoria de maior valor na coisa ou, sucessivamente, que tiver maior fração ideal.

O Anteprojeto esclarece que o termo inicial do supracitado prazo decadencial é o registro ou a ciência do negócio.

Também elucida que benfeitorias de valor irrisório não são levadas em conta como critério de desempate entre os condôminos concorrentes.

2.9 Direito de retrocessão no caso de adestinação ou tredestinação de coisa desapropriada (art. 519, CC)

O Anteprojeto revoga o art. 519 do CC, que trata do direito de retrocessão no caso de adestinação ou tredestinação de coisa desapropriada. Justifica-se a revogação

pelo fato de o tema ser tratado por leis de Direito Administrativo, a exemplo do art. 5º, § 6º, do Decreto-lei nº 3.365/1941[6].

2.10 Venda de coisa mediante financiamento (art. 528, CC)

O Anteprojeto aperfeiçoa o art. 528 do CC para, nos casos de venda de coisa mediante financiamento por instituição do mercado de capitais, deixar clara a preferência desta em exercer direitos e ações decorrentes do contrato. Além disso, afasta a exigência de registro dessa informação, até porque as regras registrais já detalham as hipóteses de obrigatoriedade de registro.

2.11 Venda contra entrega de documentos e responsabilidade do estabelecimento bancário (art. 532, CC)

O Anteprojeto deixa claro que, em contratos paritários e simétricos envolvendo venda contra a entrega de documentos, o estabelecimento bancário não tem o dever de verificar a coisa vendida nem responde por ela (art. 532, CC).

3 Propostas no Contrato de Doação

Abster-nos-emos de aprofundar alterações meramente redacionais realizadas pelo Anteprojeto, como as dos arts. 538, 544 e 550 do CC. Avancemos para as de mérito.

3.1 Doação verbal e doação de dinheiro para a compra de bens (art. 541, CC)

A doação precisa ser escrita, salvo quando for de pequeno valor e for seguida da tradição da coisa (art. 541, CC).

O Anteprojeto esclarece que bens de uso pessoal estão alcançadas por essa exceção e positiva a ideia do Enunciado nº 622 das Jornadas de Direito Civil: "Para a análise do que seja bem de pequeno valor, nos termos do que consta do art. 541,

6 "Art. 5º [...] § 6º Comprovada a inviabilidade ou a perda objetiva de interesse público em manter a destinação do bem prevista no decreto expropriatório, o expropriante deverá adotar uma das seguintes medidas, nesta ordem de preferência: (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023) I – destinar a área não utilizada para outra finalidade pública; ou (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023) II – alienar o bem a qualquer interessado, na forma prevista em lei, assegurado o direito de preferência à pessoa física ou jurídica desapropriada. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023)" (Brasil, [2023]).

parágrafo único, do Código Civil, deve-se levar em conta o patrimônio do doador" (Conselho da Justiça Federal, 2018, p. 5).

Elucida que é válida a doação de dinheiro para o pagamento do preço da compra de um bem.

3.2 Doação a absolutamente incapaz (art. 543, CC)

O Anteprojeto esclarece que o representante do incapaz pode recusar doações puras quando houver justa causa, como na hipótese de doação de imóveis de custosa manutenção e de pouca atratividade financeira. Também deixa claro que o representante pode aceitar doações com encargo mediante decisão justificada, como nas hipóteses de manifesta vantagem financeira ao absolutamente incapaz.

3.3 Doação *propter nuptias* (arts. 546, 552 e 564, IV, CC)

O Anteprojeto revoga, por absoluto desuso, o art. 546 do CC, que trata da doação feita em contemplação de casamento futuro. Além disso, nada impede que, por conta da autonomia privada, as partes a façam. Não há necessidade de lei específica.

Além disso, o Anteprojeto também exclui a menção a esse tipo de casamento nos arts. 552 e 564, IV, do CC, que respectivamente preveem a aplicação das regras de evicção e a vedação à revogação por ingratidão. O motivo é o absoluto desuso da figura e o descompasso em induzir casamentos por dinheiro. Nas palavras de Paulo Lobo, a doação "não pode ser induzida, condicionada ou imposta por pessoas ou fatores externos" (Lobo, 2003, p. 552).

3.4 Doação com cláusula de reversão em favor de terceiros (art. 546, CC)

Doação com cláusula de reversão é admitida, desde que não seja em favor de terceiros (art. 547, CC).

O Anteprojeto revoga essa restrição. Fê-lo dentro do espírito de permitir fideicomisso *inter vivos* (art. 426-A, CC) e para manter coerência com o fato de a substituição fideicomissária ser admitida no testamento.

Refletindo sobre o tema, parece-nos que seria adequado permitir a reversão em favor de terceiros, desde que não exceda o segundo grau. Assim, evitaremos que uma pessoa hoje consiga predeterminar quem será o proprietário de um terreno a daqui 5.000 anos mediante cláusulas de reversão em favor de terceiro indeterminadas, com

indicação de critérios para escolha de quem deverá ser receber a propriedade no caso de morte do anterior. De fato, é contra o princípio do tráfego jurídico permitir a predeterminação da cadeia dominial por tantas gerações.

3.5 Doação inoficiosa (art. 549, CC)

É nula a doação no excedente à parte que o doador poderia dispor em testamento. Trata-se da nulidade da doação inoficiosa (art. 549, CC).

O Anteprojeto faz esclarecimentos. O cálculo da parte a ser restituída é o valor corrigido monetariamente do excesso. No caso de doações sucessivas, somar-se-ão todas as liberalidades realizadas.

Além disso, o Anteprojeto estabelece que se trata de ineficácia, e não de nulidade, e fixa o prazo decadencial de 5 anos para a declaração de ineficácia.

3.6 Doação conjuntiva a casal (art. 551, CC)

A realidade atual de inúmeras famílias recompostas, com casais com filhos de casamentos anteriores, não é compatível com a atual previsão do parágrafo único do art. 551 do Código Civil.

Esse dispositivo estabelece que, no caso de doação de um bem a duas pessoas casadas entre si sem especificação da fração ideal de cada um (doação conjuntiva a casal), haverá o direito de acrescer automaticamente.

Assim, se o marido vier a falecer, a sua fração ideal no bem não irá para seus herdeiros (como eventuais filhos de anteriores casamentos), mas sim se reverterá em proveito da viúva (que eventualmente tem filhos de casamento anterior). Com a posterior morte da viúva, o bem integralmente irá para herdeiros da viúva (como os filhos que ela teve de relacionamentos anteriores). Nada irá para os filhos unilaterais daquele marido falecido. Trata-se de uma situação absolutamente incompatível com a realidade familiar moderna. O direito de acrescer na doação conjuntiva só tem sentido quando o casal donatário só possui filhos comuns, os quais, ao final, serão os destinatários da liberalidade após a morte de ambos os pais.

Por isso, o Anteprojeto altera o parágrafo único do art. 551 do Código Civil[7] para estabelecer que o direito de acrescer depende de previsão expressa no contrato

7 "Art. 551. […] § 1º Se os donatários, em tal caso, forem casados entre si ou viverem em união estável, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge ou convivente sobrevivos, desde que haja estipulação expressa nesse sentido. § 2º Se os doadores indicarem como donatários mais de uma pessoa, e pretenderem que, na falta de uma, os donatários remanescentes recebam a parte que ao

de doação. Desse modo, o doador, ao verificar que o casal configura uma família recomposta com filhos de relacionamentos anteriores, provavelmente não haverá de estabelecer o direito de acrescer.

3.7 Doação com encargo de interesse geral (art. 553, CC)

O Anteprojeto esclarece que, no caso de inexecução do encargo de interesse geral imposto a uma doação, a consequência é a revogação da doação, com reversão em favor de fundo de interesse público (art. 553, CC).

3.8 Revogação de doação por ingratidão (arts. 557 a 564, CC)

O Anteprojeto aproxima, aos casos de deserdação, as hipóteses de revogação da doação por ingratidão. Além disso, admite que hipóteses de especial gravidade também pode ensejar essa revogação. Tal se justifica pelo princípio da proteção simplificada do agraciado (Oliveira, 2018).

Referências

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

outro cabia, devem expressamente fazer constar da escritura pública disposição fixando o direito de acrescer" (Brasil, [2024]).

_____. *VIII Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

LOBO, Paulo. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Serviços simbióticos do consumo digital e o PL 3514/2015 de atualização do CDC: primeiras reflexões. *In*: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O princípio da proteção simplificada do luxo, o princípio da proteção simplificada do agraciado e a responsabilidade civil do generoso. *Senado Federal*: textos para discussão, Brasília, DF, n. 254, dez. 2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560201/TD254_CarlosEEOliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Reforma do Código Civil e positivação do direito atual: um Código Civil do nosso tempo. *Migalhas*, [*s. l.*], 29 out. 2024. Reforma do Código Civil. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/418410/reforma-do-cc-e-positivacao-do-direito-atual-um-cc-do-nosso-tempo. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Soft law* e direito privado estrangeiro: fontes úteis aos juristas brasileiros. *Migalhas*, [*s. l.*], 17 jan. 2023. Migalhas de direito privado estrangeiro. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-privado-estrangeiro/380100/soft-law-e-direito-privado-estrangeiro-fontes-uteis-aos-juristas. Acesso em: 31 out. 2024.

Contratos em espécie e atualização do Código Civil: propostas relativas ao seguro

Angélica Carlini[1]

1 Introdução

A atividade de seguros é antiga na trajetória histórica da humanidade. Se é no âmbito do Direito das Obrigações e da Responsabilidade Civil que se estudam os atos e fatos causadores de danos, são as notas e compassos dos Contratos de Seguro que criam meios confiáveis para indenizar danos de forma a preservar o patrimônio das pessoas naturais e jurídicas. No Brasil, o Código Civil dita as principais diretrizes dos contratos de seguro e, ao regulador incumbe criar as normas infralegais que, no cotidiano, tratam das especificidades de cada ramo de seguro e, principalmente, da solvência e liquidez das empresas de seguro.

Nessa perspectiva, a Revisão e Atualização do Código Civil brasileiro e de seu capítulo sobre Seguros representa uma força motriz relevante para a alavancagem dos negócios de seguro, para a expansão das coberturas para que cheguem não apenas aos setores econômicos produtivos, mas também às camadas de baixa renda da população, para as quais seguros de danos, de pessoas e de integridade física são essenciais para ajudar a suportar as adversidades que enfrentam no cotidiano.

1 Angélica Carlini é pós-doutoranda em Inteligência Artificial e Contratos de Seguro; pós-doutora em Direito Constitucional; doutora em Direito Político e Econômico; doutora em Educação; mestra em Direito Civil; mestra em História Contemporânea; pós-graduada em Direito Digital; graduada em Direito; docente do programa de mestrado da Escola Paulista de Direito; docente da graduação do IBMEC na área de Direito de Seguro e Saúde Suplementar.

O Brasil tem no Decreto-lei nº 73, de 1966, e na Lei Complementar nº 126, de 2007, dois importantes textos legislativos para a atividade de seguro, de resseguro e de retrocessão. Mas, é no Capítulo XV do Código Civil que se encontram as normas que mais comumente são aplicadas nas relações contratuais de seguro, normas que definem os aspectos conceituais que direcionam a regulação e supervisão de seguros privados no país. Revisar e atualizar esse capítulo eram uma necessidade, e o trabalho realizado pela Comissão de Juristas organizada pelo Senado Federal e liderada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, certamente, representa um avanço para as relações contratuais em seguros no Brasil.

2 Código Civil de 2002 e os Contratos de Seguro

A ideia de reunir diferentes pessoas para compartilhar entre elas os resultados danosos de riscos que lhe são comuns é antiga para a humanidade. Em diferentes épocas da trajetória humana na Terra, grupos de pessoas se organizaram para suportar danos decorrentes de riscos aos quais todas estavam expostas e que, no entanto, somente atingiam algumas delas. Essa solidariedade deu origem às mútuas e às cooperativas que se organizaram para recolher contribuições de muitas pessoas e, organizar fundos para suportarem as consequências de danos, repondo às vítimas aquilo que havia sido perdido de seu patrimônio. Os seguros de vida se organizaram nessa mesma perspectiva como forma de possibilitar àqueles que dependiam do segurado morto, meios satisfatórios para sua subsistência apesar da falta do mantenedor.

Com o passar do tempo, a atividade de seguros se tornou empresarial e fomentou o surgimento dos contratos de resseguro, que são firmados entre empresas seguradoras e resseguradoras, para garantia das coberturas de danos mais expressivas e cuja responsabilidade é compartilhada entre resseguradoras por meio de retrocessão, para que cada uma delas se responsabilize por valores diluídos de responsabilidade e, consequentemente, tenham recursos para suportar as indenizações quando isso for necessário.

O Código Civil de 2002 efetivou importante mudança na definição dos contratos de seguro para inserir dois aspectos inovadores em relação ao Código Civil de 1916: o dever de garantia do segurador e, o interesse legítimo do segurado sobre bens e pessoas para caracterização legal do interesse segurável.

Ambos os aspectos resultaram da empresarialidade que a atividade de seguros adotou, forma mais adequada para contemplar diferentes riscos e consequências,

inclusive os de alto impacto econômico. Interesse legítimo é o que determina qual o risco passível de ser segurado e, consequentemente, distingue o contrato de seguro do jogo ou da aposta e, ainda mais relevante, garante que o segurado se comprometa a manter durante todo o período de duração do contrato, a conduta de cuidado e prevenção de riscos que manteria se não tivesse contratado o seguro. Essa obrigação que o segurado assume é fundamental para a sustentabilidade dos recursos do grupo mutual, é a prática genuína da boa-fé e, em especial, é garantia da concretude da função social do contrato de seguro, porque seria socialmente negativo que segurados contratassem seguro para poder adotar práticas que colocassem em risco não apenas seus interesses legítimos, mas também os da sociedade em que vivem.

O dever de garantir, por sua vez, é o que define mais claramente as obrigações do segurador e aqui se encontra a principal diferença em relação a definição adotada em 1916. O principal dever do segurador não é indenizar os danos resultantes do risco coberto pelo contrato de seguro, mas garantir que existam recursos disponíveis para a indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do risco segurado. E, para garantir a existência desses recursos, compete ao segurador organizar e administrar o fundo mutual constituído com recursos dos próprios segurados, organizados por cálculos de estatísticas e probabilidades que definem o valor que cada segurado deverá aportar no fundo durante período de vigência do contrato, e o valor que o fundo deverá manter para que seja possível custear todos os danos calculados pelos estudos de probabilidades.

Os riscos do segurado são predeterminados para que seja possível constituir reservas a partir de cálculos atuariais, que utilizam estatísticas de riscos semelhantes ocorridos anteriormente e, as probabilidades de que voltem a ocorrer no período de vigência do contrato. Por sua vez, o risco da atividade empresarial do segurador é não organizar e administrar corretamente o fundo mutual, porque nesse caso terá que utilizar recursos próprios para cumprir a obrigação de indenizar decorrente da materialização de riscos cobertos pelo contrato. O segurador que organiza e gerencia mal os fundos mutuais sob sua responsabilidade responde no âmbito civil, criminal e administrativo.

Assim, a mudança ocorrida na definição de contrato de seguro de 1916 para 2002 foi relevante e contemplou a dimensão de atualização da própria atividade, não mais uma simples união de esforços entre pessoas com os mesmos interesses, mas uma atividade econômica empresarial de grande porte, complexa, autorizada no Brasil apenas para empresas constituídas na forma de sociedade anônima.

Todavia, as mudanças sociais, econômicas e políticas se tornaram muito mais frequentes e significativas nos anos 2000. Seja por vetores da tecnologia de comunicação, pelas novas formas de interação social viabilizadas pelas redes digitais, pelo novo desenho geopolítico do mundo, pelo dinamismo da produção econômica na área de serviços, entre outros tantos relevantes fatores, a realidade é que vivemos num momento histórico em que as mudanças constantes são a única certeza.

Nessa perspectiva realista é que a revisão e atualização do Código Civil de 2002 era uma necessidade inadiável, e contemplou dois aspectos que precisam ser reverenciados: nasceu da experiência das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) e, utilizou metodologia predefinida de cumprimento obrigatório para todos os participantes. Foi construída com respeito às decisões dos tribunais superiores ao longo desses 21 anos de vigência do Código Civil, das críticas e ponderações dos doutrinadores referenciados pelos tribunais superiores e, das contribuições de todos os cidadãos e cidadãs que se mobilizaram para participar desse esforço coletivo, em especial de entidades convidadas a enviarem sugestões.

Desse esforço coletivo resultou um trabalho técnico entregue ao Senado Federal em 17 de abril de 2024, para dar início aos debates políticos que, certamente, vão aprimorar e atualizar ainda mais o texto legal. No debate político no parlamento haverá o tempo necessário para que a sociedade brasileira participe, encaminhe sugestões de aprimoramento, discuta as mudanças que deverão ser adotadas.

O capítulo de Seguros no anteprojeto de Código Civil contemplou aspectos que já eram discutidos, frequentemente, no cotidiano das atividades de seguradores, corretores de seguro, resseguradores e segurados. E o fez com objetivo de aprimorar as relações entre todos esses atores.

3 Análise da Revisão e Atualização do Capítulo de Seguros no Anteprojeto

O art. 757 revisto e atualizado no anteprojeto adota relevante determinação para definir o que são empresas de seguro – aquelas autorizadas previamente pelo órgão regulador –, que são completamente diferentes de entidades associativas ou cooperativas que realizam atividade de proteção coletiva, porém, sem se constituírem de forma empresarial e regulada.

As entidades associativas que atuam na proteção de bens de seus associados cresceram significativamente no país nos últimos anos e, embora não seja ilegal, não

possui as mesmas características da atividade de seguros, não são reguladas, não realizam cálculos atuariais, não constituem reservas técnicas e, principalmente, não garantem o pagamento de indenizações para riscos que se concretizem. Podem ser reguladas por lei e se tornarem uma opção para o mercado consumidor brasileiro, mas não são atividade de seguro e, para que isso fique claro, cuidou o anteprojeto de criar os parágrafos primeiro e segundo do art. 757.

Também foi importante a criação do art. 757-A que se constituiu em revisão e atualização necessárias para o atual momento econômico e social do país. Os seguros massificados como automóvel, residencial, vida e acidentes pessoais, proteção de eletroeletrônicos, garantia estendida, seguro funeral, entre outros, são regulados pela Lei nº 8.078, de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, porque o contratante é um consumidor definido como tal no art. 2º da referida lei.

Os seguros não massificados, em especial os seguros de grandes riscos, como aqueles que oferecem cobertura para riscos de atividades de extração de petróleo em plataformas, atividades de engenharia de grande porte como construção de hidrelétricas, transporte aéreo, cobertura para grandes plantas industriais, são regulados pela lei civil e pelas normas infralegais administrativas que emanam do órgão regulador. Para estes, no entanto, há presunção expressa no anteprojeto de que serão tratados como contratos paritários e simétricos poque as partes contratantes têm condições objetivas para decidirem, por meio de sua livre manifestação de vontade, que cláusulas contratuais pretendem adotar.

Os seguros não massificados nem sempre serão de grandes riscos porque no cenário econômico brasileiro temos diversidade de empresas e, a maioria delas são de pequeno e médio porte. Nesses casos, de riscos não massificados sem caracterização de riscos de grande vulto, prevalece a aplicação do Código Civil, porém sem a presunção de paridade e simetria entre os contratantes. Mas, para os seguros de grandes riscos é adequado vigorar a presunção de paridade e simetria, para garantir que as partes contratantes tenham liberdade para determinar o conteúdo das cláusulas contratuais, e, também, definirem previamente como solucionarão eventuais conflitos surgidos ao longo do período de vigência dos contratos.

Os seguros de grandes riscos envolvem atividades técnicas muito específicas e, o avanço das novas tecnologias tem propiciado ainda maior especificidade, em especial nos sistemas computacionais que utilizam inteligência artificial e suas subáreas, como o aprendizado de máquinas, os contratos autoexecutáveis e a utilização de sequência de registros eletrônicos de dados. Nessa perspectiva, é preciso segregar os contratos de grandes riscos e permitir aos segurados e seguradores que tratem das peculiaridades de cada atividade com liberdade de diálogo, de forma

a construírem cláusulas que respeitem as bases técnicas da atividade securitária, mas que também contemplem necessidades próprias oriundas das atividades desenvolvidas pelos contratantes.

O parágrafo 2º do art. 766 merece destaque pela mesma razão: respeito às especificidades da atividade empresarial de grandes riscos. Determina o parágrafo que nos contratos de seguro paritários e simétricos, o segurado tem o dever de indicar no questionário de avaliação de risco apresentado pelo segurador, as circunstâncias e fatos que ele sabe ou deveria saber que possuem potencial de agravar o risco segurado. Caso não o faça, o segurado poderá perder o direito à garantia. De fato, é o segurado que conhece sua atividade econômica empresarial muito mais detalhadamente que o segurador, embora não se possa desprezar a experiência que os seguradores e resseguradores possuem e que devem colocar à serviço dos segurados no momento da definição dos riscos predeterminados no contrato. No entanto, a vivência em sua atividade e o conhecimento dos riscos aos quais está exposto é ou deve ser de ampla ciência do segurado que, exatamente por isso, tem obrigação contratual de comunicar ao segurador de forma detalhada a quais riscos está exposto e que medidas adota para prevenir que esses riscos aconteçam. Contrato de seguro é contrato de boa-fé e gera dever anexo de colaboração entre as partes, ainda mais quando se encontram em posição de simetria e paridade.

A caracterização da agravação intencional do risco prevista no art. 768 do Código Civil de 2002 sempre foi tormentosa e incentivadora de conflitos entre segurados e seguradores, muitos dos quais levados para solução junto ao poder judiciário. O que caracteriza, de fato, a agravação do risco em cada caso concreto? A redação do artigo agora revisada e atualizada contribuirá decisivamente para redução dos conflitos. Risco agravado é aquele que resulte de ação intencional e relevante, ressalvado que a intencionalidade não se refere ao resultado – dano patrimonial ou extrapatrimonial –, mas ao próprio ato de agravar. Nenhum segurado que agrava o risco ingerindo bebidas alcoólicas antes de dirigir, ou medicação para a qual está expressamente recomendado que não dirija veículos automotores, o faz com intenção de sofrer um acidente e danos consequentes. Ao contrário, são atos praticados com intencionalidade da própria prática, porém sem que se deseje os riscos que poderão ser consequentes ao ato. Por outro lado, o agravamento deverá ser relevante do ponto de vista objetivo, e não como critério de mera subjetividade do segurador.

Dois aspectos técnicos da atividade securitária foram respeitados para caracterizar a agravação de risco: frequência e severidade dos riscos. Relevante é a agravação que torne mais frequentes ou mais severos os riscos, o que pode ocorrer até com frequência quando os segurados utilizam o seguro para redução de custos

de transação, como ocorre, por exemplo, quando deixam de realizar manutenção dos veículos de sua frota de transportes após a contratação do seguro porque, se ocorrer o risco os danos estarão cobertos; ou, deixam de capacitar funcionários para funções de alto risco porque contrataram seguro de responsabilidade civil empregador, que cobre danos decorrentes de riscos do ambiente de trabalho.

Os arts. 769 e 771 estabeleceram prazos para a comunicação do segurado ao segurador a respeito da agravação de risco relevante que possa impactar o contrato e, também para o aviso da materialização do risco, aviso de sinistro, como é comumente denominado. O estabelecimento de prazo – 15 dias – e, do início da contagem, previne conflitos. Prazos definidos por contagem de dias são mais compatíveis com a dinâmica da vida contemporânea do que as expressões utilizadas no Código Civil de 2002, como *logo que o saiba*. E a criação de um prazo final a partir do qual o segurado perderá o direito à indenização – parágrafo 3º do art. 771 – é instrumento técnico para garantia da obrigação que os seguradores possuem de constituir reservas técnicas para os sinistros avisados pelo segurado.

Nos casos de negativa de cobertura parcial ou total – art. 771-C –, o segurado poderá solicitar o trabalho técnico realizado pelo segurador na regulação de sinistro. E, nos contratos paritários e simétricos, os documentos referentes à regulação de sinistro serão confidenciais, exibidos ao segurado em juízo caso seja proposta a ação. A confidencialidade é medida necessária para a preservação de provas e, em algumas situações, até para a comprovação de tentativa ou, consumação de fraude do segurado.

O art. 771-D estabelece regras para a atuação do regulador de sinistro – profissional do próprio segurador ou de empresa contratada para essa finalidade –, que deverá cumprir suas tarefas técnicas com celeridade, correção, boa-fé e imparcialidade. A redação do artigo cria uma janela de oportunidade para que o regulador de sinistro tenha sua qualificação profissional mais valorizada, certificada por escolas técnicas e com remuneração adequada às especificidades de seu trabalho que, muitas vezes, comporta conhecimento de alta complexidade necessário para análise do fato danoso e de suas consequências.

Por fim, o disposto no art. 801, cujos parágrafos 2º e 3º atualizam o Código Civil em aspectos essenciais para os seguros de pessoas da modalidade vida. Estabelece a nova redação do parágrafo 2º que a anuência de ¾ do grupo segurado só será exigida quando a mudança no contrato representar ônus ou restrição de direitos para os segurados. Em outros temas para os quais sejam exigidas alterações contratuais e que, no entanto, não impactem direitos dos segurados, a anuência não será necessária para não representar custo que pode ser evitado. O parágrafo 3º do

mesmo artigo adota decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[2], que determinou que compete exclusivamente ao estipulante a obrigação de prestar informações prévias aos potenciais segurados sobre as condições contratuais, em especial quanto ao disposto em cláusulas limitativas e restritivas de direito. Nos contratos coletivos de seguros de vida que têm como estipulante o empregador, o segurador não dispõe sequer do endereço dos segurados; e o mesmo acontece quando os contratos coletivos são estipulados por operadoras de cartões de crédito ou entidades de representação de classe e outros. O estipulante tem, portanto, o dever de informar.

4 Conclusão

O anteprojeto do Código Civil revisou e atualizou o capítulo que trata de contratos de seguro; mas fez mais que isso: harmonizou o capítulo com as mudanças ocorridas em outras áreas da lei civil como a teoria geral dos contratos, direito das obrigações e responsabilidade civil. Também compatibilizou o capítulo com o novo livro Direito Civil Digital, o que é rigorosamente necessário na sociedade em que vivemos, marcada pelo uso intensivo de tecnologias digitais.

Além disso, que por si só já se constitui em fato positivo dada a relevância de um corpo legal harmônico e coerente, o capítulo de Seguros foi compatibilizado com as decisões do STJ, que ao longo dos últimos anos se tornou um centro de estudos e diálogos sobre essa modalidade de contratos e suas especificidades, com inúmeros eventos e publicações tendo sido realizados, além das decisões monocráticas e coletivas que demonstram com exatidão a profundidade com que os diferentes contratos de seguro têm sido tratados.

Esses aspectos – compatibilização com os demais livros do Código Civil, adequação ao novo livro de Direito Civil Digital e inserção das posições majoritárias e recorrentes do STJ – já seriam suficientes para tornar o capítulo de Seguros um instrumento relevante para as relações jurídicas de seguro no país. Porém, há ainda outro aspecto que precisa ser destacado: o trabalho de atualização e revisão foi fruto de um grupo de notáveis juristas que não tiveram receio de dialogar com toda a sociedade, de forma contínua, democrática e efetiva. Entidades associativas de diferentes áreas da sociedade e do Direito, cidadãos que enviaram suas sugestões pelo canal de comunicação do Senado da República, advogados, professores,

2 REsp. 1.825.716/SC: "no contrato de seguro coletivo em grupo, cabe à estipulante, e não à seguradora, o dever de fornecer ao segurado (seu representado) ampla e prévia informação a respeito dos contornos contratuais, no que se inserem, em especial, as cláusulas restritivas" (Brasil, 2020, p. 27).

pesquisadores, toda uma imensa e diversificada gama de participantes que discutiram cada proposta com atenção e cuidado, com objetivo de aprimoramento e sedimentação das contribuições das Jornadas de Direito Civil e das decisões do Poder Judiciário.

Não é uma revisão e atualização que tenha gerado um trabalho perfeito, mas com toda certeza apresentou como resultado um texto adequado às necessidades da sociedade brasileira do século XXI, adequado também para um setor econômico produtivo que merece respeito às suas especificidades técnicas, e que viabiliza diretrizes legais que poderão auxiliar a distribuição de seguros para todos os segmentos sociais, em especial aqueles de menor renda e que são os que mais precisam de seguros para se protegerem dos riscos da vida cotidiana.

Referência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.825.716/SC*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 27 de outubro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996499&num_registro=201902005541&data=20201112&formato=PDF. Acesso em: 18 set. 2024.

Princípios contratuais no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Claudia Lima Marques[1]

1 Introdução

Foi uma honra poder participar da Subcomissão de Contratos[2] nesta Reforma do Código Civil de 2002, tão bem liderada pelos Ministros Luís Felipe Salomão e Marco Aurélio Belizze, tendo como relatores gerais a Profa. Dra. Rosa Nery e o Prof. Dr. Flávio Tartuce, a quem agradeço também o convite para esta publicação.

Como ensina a justificativa ao Anteprojeto, nesta Reforma do Livro dos Contratos, a Subcomissão manteve a tradição e a Lei de Liberdade Econômica, mas inovou em muitos aspectos, especialmente no digital e na preservação das relações de consumo e de outras leis especiais e de ordem pública:

> Cuidou-se de seguir a tradição do Direito Civil, em prestigiar os institutos milenarmente amadurecidos, sem, porém, fechar as portas para novos arranjos e comportamentos contratuais da sociedade. Também a Subcomissão velou para decantar,

1 Claudia Lima Marques é doutora em Direito; pós-doutora pela Universidade de Heidelberg, Alemanha; presidente da International Association of Consumer Law (Bélgica); presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidor, ILA (Londres); professora titular da UFRGS; professora permanente dos programas de graduação e pós-graduação da UFRGS e da Uninove; advogada, árbitra e parecerista; pesquisadora 1A do CNPq.

2 A Subcomissão que elaborou as sugestões para o livro de Contratos foi composta pela Professora Angélica Carlini, pelo Professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira (Relator), pelo Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e por mim; ela produziu um texto que buscou alinhar o Livro de Contratos do Código Civil às transformações sociais, econômicas e culturais dos últimos tempos.

> no texto legal, aquilo que a jurisprudência, a doutrina e a prática quotidiana vêm ostentando (Brasil, [2024b]).

Este texto tem como finalidade analisar os princípios dos contratos, em uma primeira parte, mesmo que brevemente, analisar os princípios já presentes no Código Civil de 2002 e sua renovação; e, em uma segunda, destacar os novos princípios incluídos no Código Civil de 2002 através da planejada e muito necessária Reforma. Vejamos.

2 Princípios já presentes no Código Civil e sua renovação

Os princípios gerais atuam como "bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica" (Reale, 2003, p. 317). Em seu texto clássico, o Presidente da Comissão de elaboração do CC/2002, Miguel Reale ensina que são três os "princípios fundamentais" do Código Civil de 2002:

> a *eticidade* – procurou-se superar o apego do código atual ao formalismo jurídico [...]. nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o art. 113, do cc/2002 na parte geral, segundo o qual "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". [...] "art. 422. os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". [...] a *socialidade* – é constante o objetivo do novo código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente [...]. alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma: "art. 421. a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". por essa razão, em se tratando de contrato de adesão, estatui o art. 423, do cc/2002 o seguinte: "art. 423. quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente." [...]. a *operabilidade* – muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito (Reale, 2002, p. 10-11).

Tais diretrizes, "princípios fundamentais" (eticidade, socialidade e operabilidade) ou como afirma Delgado (2011, p. 295), "princípios estruturantes" (eticidade, socialidade e operabilidade) do Código Civil e do Livro dos Contratos em especial, foram mantidos e desenvolvidas as regras referentes aos mesmos princípios

"instrumentais", já mencionados: autonomia privada, boa-fé, função social do contrato e regras de interpretação especial do contrato de adesão. Também foram mantidos e desenvolvidos os princípios incluídos pela Lei de Liberdade econômica, a saber, o do respeito às leis especiais (hoje no art. 421-A), e da intervenção mínima em contratos paritários (hoje arts. 421 e 421-A).

Princípios, segundo Reale (2003, p. 303-305), são as "verdades fundantes de um sistema", são "eficazes independentemente do texto legal", mas nem todos "têm a mesma amplitude", podendo ser, como os que aqui destacaremos, da Teoria Geral do Direito ou de um Livro especifico do Código Civil, em um leque de "exigências de ordem ética, sociológica, política ou de caráter técnico". Segundo Flávio Tartuce são 5 os princípios presentes no Código Civil de 2002, em sua versão atual: princípio da autonomia privada, princípio da função social dos contratos, princípio da força obrigatória dos contratos, princípio da boa-fé e princípio da relatividade dos efeitos contratuais (Tartuce, 2024, p. 54).

2.1 Princípio da autonomia privada e da intervenção mínima

Auto-nomos: a lei/norma (nomos) que a pessoa mesmo se dá (auto)[3]. A autonomia privada, que deriva da noção kantiana de autonomia moral, é uma das ideias-guia do Direito dos contratos nas sociedades atuais (Silva, 2006, p. 135) e foi prestigiada nesta Reforma, em especial, preservando os contratos paritários e os empresariais, sem deixar de lado a função social[4].

Reforçado também foi o princípio da intervenção mínima, introduzido no art. 421 pela Lei de Liberdade Econômica. O *caput* do art. 421 do CC/2002, na nova redação da Lei de Liberdade Econômica, é preservado, mas o parágrafo primeiro do art. 421 passa a não mais mencionar as *relações privadas* e sim os *contratos civis e empresariais*, deixando de fora os contratos de consumo e se transforma em parágrafo primeiro, com a seguinte redação: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. § 1º *Nos contratos civis e empresariais, paritários*, prevalecem o princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual" (Brasil, [2024b]).

Dessa forma, preserva-se a redação e o espírito da referida Lei de Liberdade Econômica, mas se reserva a intervenção estatal em contratos de consumo, assim como trabalhistas. O Anteprojeto reforça a liberdade contratual dos contratos

3 Assim, Marques (2019, p. 43).

4 Assim, Tartuce (2024, p. 55-56).

empresariais, que se presumem paritários e simétricos (art. 421-C) e como ensina a Justificativa do Anteprojeto, assegura um: "regime mais livre e menos intervencionista dos contratos empresariais (arts. 421-A, 421-B, 421-E e 421-F)" (Brasil, [2024b]). Porém, a autonomia privada também encontra limites no combate ao abuso, em especial, em contratos não paritários[5].

Por fim, destaque-se que a Reforma reforça o exercício da liberdade contratual com permissão expressa a fideicomissos por ato entre vivos, "sempre, porém, respeitados os limites das normas de ordem pública (art. 426-A)" e "para que os nubentes possam traduzir sua vontade com maior liberdade nos pactos pré-nupciais ou pós nupciais, inclusive com eventual renúncia recíproca e antecipada a direitos hereditários [...] (art. 426, §§ 1º a 5º)" (Brasil, [2024b]).

2.2 Princípio da função social do contrato e da boa-fé

Combatendo o individualismo exacerbado da modernidade (Auer, 2014, p. 43), o Código Reale já trazia o princípio da função social, o qual ganha na Reforma um pouco mais de concretude, baseada nos enunciados do CEJ. A função social do contrato atenua o princípio da autonomia da vontade[6], no Código Civil é cláusula geral[7] mais do que princípio, a incluir as finalidades não só das partes, mas da sociedade como um todo[8].

O Enunciado nº 431 da V Jornada de Direito Civil já afirmava: "A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 64). Assim, o Anteprojeto da Reforma ao CC/2002 decide pela nulidade, inspirado no art. 2.035, parágrafo único[9] e o art. 421

5 Veja texto do Relatório Geral (Brasil, [2024b]).

6 Assim Enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil ado CEJ firma: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 19).

7 Assim, Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil do CEJ: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 19). Também Santos (2002, p. 83).

8 Veja sobre a função social no Código Civil, Tartuce (2007), Branco (2009) e Miragem (2005). Assim como, Marighetto (2012), Theodoro Júnior (2003), Godoy (2004), Gomes (2004), Teizen Júnior (2004) e Mello (2002).

9 O texto do parágrafo único do atual art. 2.035 é o seguinte: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos" (Brasil, [2024a]).

ganha um parágrafo segundo, segundo o qual "A cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito" (Brasil, [2024b]).

A função social também leva a uma interpretação diferenciada dos contratos coligados, como ensina o Enunciado nº 421 da V Jornada de Direito Civil do CEJ, que afirma: "Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial os dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 63). Também o Enunciado nº 621 da VIII Jornada de Direito Civil do CEJ trata do tema: "Os contratos coligados devem ser interpretados a partir do exame do conjunto das cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum" (Conselho da Justiça Federal, 2018, p. 5). A subcomissão fez sugestão, baseada na sugestão de Lais Bergstein, mas foi a redação da Relatoria-Geral, que prevaleceu e, assim, o art. 421-E do Anteprojeto estipula:

> 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 funcional mente 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 (Brasil, [2024b]).

Destaque-se também a manutenção do princípio da boa-fé objetiva. A boa-fé é um pensar refletivo, uma visualização do outro, do alter, de suas expectativas legítimas no contrato (Marques, 2019, p. 207). No Anteprojeto de Reforma, como afirma a Justificativa: "A boa-fé mantém seu papel de destaque no direito contratual, com eficácia pré-contratual, contratual e pós-contratual a guiar as partes e a credenciar determinadas reações do Direito, como as provenientes do inadimplemento (arts. 422 e 422-A)" (Brasil, [2024b]). Seguindo o Enunciado nº 170 da III Jornada de Direito Civil do CEJ[10], o art. 422 é completado no anteprojeto para esclarecer sua aplicação em todo o iter contratual. O previsto art. 422 é o seguinte: "Os contratantes são obrigados a guardar os princípios da probidade e da boa-fé nas tratativas iniciais, na conclusão e na execução do contrato, bem como na fase de sua eficácia pós-contratual" (Brasil, [2024b]).

10 O Enunciado nº 170 da III Jornada de Direito Civil do CEJ afirma: "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 38).

Importante é o fato de se manterem intactas as cláusulas gerais, por sua força simbólica e narrativa dos princípios da eticidade e socialidade do Projeto Reale, que são agora só completados, para responder às críticas[11].

2.3 Princípio da interpretação especial dos contratos de adesão

O art. 423 já na redação atual do Código Civil contém um princípio da interpretação *contra proferentem* para as cláusulas ambíguas e contraditórias dos contratos de adesão. Tal regra foi desenvolvida ainda mais na Reforma, que incluiu uma definição de contrato de adesão, em muito semelhante ao art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e dispõe: "A expressão 'contrato de adesão' engloba tanto aqueles cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente, como aqueles em que as cláusulas sejam estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo" (Brasil, [2024b]).

Novidades em relação ao atual texto, também baseadas no CDC, são os parágrafos do art. 423:

> § 1º As cláusulas postas para adesão, no contrato escrito ou disponibilizado em espaço virtual, serão redigidas em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo aderente.
>
> § 2º Os contratos de adesão serão interpretados de maneira mais favorável ao aderente (Brasil, [2024b]).

O primeiro parágrafo passa a impor um novo "dever de redação clara" para os contratos de adesão, tanto os civis (por exemplo, os planos de saúde de cogestão, a que a jurisprudência não aplica o CDC), como empresariais (franquias e a maioria dos outros contratos). Trata-se de inovação muito bem-vinda, que reforça a diretriz da eticidade. Também muito bem-vinda é a novidade do parágrafo segundo, pois prevê a interpretação *contra proferentem* em todas as cláusulas, inclusive as claras, muito baseado na boa experiência com o art. 47 do CDC. Realmente, o contrato de adesão, seja de consumo, civil ou empresarial, representa sempre uma assimetria, pois é uma das partes que elabora as cláusulas contratuais, inclusive as claras, sendo assim a interpretação deve se dar pelo conjunto do texto e todas as circunstâncias contratuais, reequilibrando a situação, pelo menos quanto à interpretação.

11 Veja crítica em Azevedo (2000).

2.4 Princípio do respeito às leis especiais

Certo é que na visão clássica do Projeto Reale, o CC/2002 tinha sempre aplicação subsidiária (exceção é o art. 732) e respeitava a lei especial, como esclarece o art. 2.036. Assim, o CC/2002 mencionava a sua aplicação subsidiária, respeitando a lei especial, que é maior exemplo o texto do art. 593: "A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo" (Brasil, [2024a]). A Lei da Liberdade Econômica, em 2019, mais adaptada ao pluralismo de fontes e ao consequente diálogo das fontes[12], passou a mencionar o princípio do "respeito às leis especiais". Assim, tal princípio já está presente no *caput* do atual art. 421-A, sempre no plural, referindo-se não só ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), as a leis com regimes especiais. Assim, o planejado novo texto do art. 421-A: "As regras deste Título a respeito dos contratos, não afastam o disposto em leis especiais e consideram as funções desempenhadas pelos tipos contratuais, cada um com suas peculiaridades" (Brasil, [2024b]).

Esta nova redação do art. 421-A, e o art. 421-B desenvolvem ainda mais na Reforma este princípio do respeito às leis especiais, e menciona agora também as leis de ordem pública (veja art. 421-D) e as diferentes funções dos contratos no direito privado: civis, empresariais, de consumo e trabalhistas (art. 421-B).

Esses princípios são complementados pela manutenção dos princípios da força obrigatória dos contratos, especialmente os paritários e empresariais, que passam a ter uma interpretação própria (art. 421-F c/c art. 966-A)[13] e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais[14]. Vejamos agora as novidades maiores.

3 Novos princípios incluídos no Código Civil

Nesta seção, queremos destacar rapidamente três novidades da Reforma, dentre eles – seguindo o exemplo da Reforma do BGB –, a introdução autônoma do princípio da confiança (A); o que chamaremos aqui de princípio do bom fim do contrato e da adaptação às circunstâncias supervenientes (B), para evitar a noção de equilíbrio

12 Veja Marques (2012, p. 10).

13 Trata-se aqui também de um princípio, introduzido pela Lei de Liberdade econômica, mas como será comentado na parte de empresarial, me abstenho de comentá-lo indicando a leitura do artigo: "Art. 421-F. Aos contratos empresariais aplicam-se os princípios que estão na descritos no art. 966-A deste Código, no que couber" (Brasil, [2024b]). No direito comparado, veja a interessante obra de Baldus (1998, t. 1).

14 Veja Tartuce (2024, p. 129).

contratual, construída mais no CDC do que no CC/2002 e o princípio da adaptação da proposta, aceitação e autoexecução dos contratos por meio digital (C). Vejamos.

3.1 Princípio da confiança

Boa-fé, *bona fides* é um parâmetro de conduta, ao passo que a *fides*, confiança, é um parâmetro de resultado, se criou ou não a confiança, se a expectativa é legítima ou não. Nesse sentido, a confiança como princípio é mais adaptado aos dias de hoje, digitais, rápidos, de risco, de plataformas globais, com *big data* e inteligência artificial, sendo mais importante os resultados danos e sua prevenção, do que vontade, a conduta ou previsão consciente de que referidos danos poderão acontecer[15]. Segundo a doutrina alemã, trata-se de um princípio imanente de todo o direito (Larenz, 1991, p. 424), que agora vem reconhecido no art. 422-A: "Os princípios da confiança, da probidade e da boa-fé são de ordem pública e sua violação gera o inadimplemento contratual" (Brasil, [2024b]).

Proteger a confiança despertada por informações, atos e omissões, as expectativas legítimas, as condutas e a aparência já é tradicional em nosso direito privado[16], parte da lealdade nas relações, que agora vem reforçado pela Reforma.

Outro resultado do princípio da confiança é a vinculação da oferta ao público, que de certa forma já estava presente no art. 429 atual, mas vai ser reforçado pelo texto da Reforma:

> Art. 429. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se resultar das circunstâncias ou dos usos e costumes entendimento contrário.
>
> § 1º Respeitados os casos disciplinados em lei especial, pode-se revogar a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que a possibilidade de sua revogação conste aposta claramente no mesmo texto da oferta realizada.
>
> § 2º As regras previstas neste artigo têm aplicação aos ambientes virtuais e aos aplicativos digitais.
>
> § 3º A oferta ao público, suficientemente precisa, além de obrigar o ofertante que a veicular ou dela se utilizar, integra o contrato a ser celebrado, salvo estipulação específica em sentido contrário (Brasil, [2024b]).

15 Assim defendi em Marques (2004, p. 31-35).

16 Veja no Brasil, por todos, as obras de Lisboa (2012), Baggio (2012) e o artigo de Branco (2002). Na Alemanha, Canaris (1981) e Fuhrmann (2001). Em Portugal, Frada (1990).

Note-se que a regra do *caput* e do parágrafo primeiro são em muito semelhantes ao atual 429 e parágrafo único, permitindo limites à vinculação da oferta ao público, ressalvada a lei especial, como o Código de defesa do Consumidor que tem regime obrigatório às ofertas (art. 30 do CDC). Porém, o § 3º, em direta inspiração neste art. 30, traz as publicidades para comerciantes e as ofertas ao público civil e empresarial, como vinculante e parte do futuro contrato, desde que "suficientemente precisa", permitindo, porém, a estipulação em contrário. E esse artigo mudará a atual linha do art. 429 para publicidade entre comerciantes e de atacado, está ainda em aberto, mas não há dúvida que aqui a reforma usa como base o princípio da confiança.

O art. 430, *caput*, também menciona a confiança:

> Art. 430. Será considerada ineficaz a aceitação que, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, gerando a confiança legítima de que o contrato não foi celebrado, por não ser possível ou razoável exigir-se do proponente o cumprimento da proposta (Brasil, [2024b]).

Quanto às expectativas legítimas o projeto prevê seu respeito, assim no art. 473, a resilição unilateral é permitida mediante notificação, judicial ou extrajudicial, da outra parte, mas o parágrafo primeiro reserva as expectativas legítimas em relação aos investimentos: "§ 1º Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a resilição unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos" (Brasil, [2024b]).

Também no art. 475-A a figura do adimplemento substancial do contrato pelo devedor é aceita, para evitar a resolução, observando-se especialmente: "III – a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes" (Brasil, [2024b]). Como se observa, também na posse, o princípio da confiança ganha espaço no proposto CC/2002 reformado.

3.2 Princípio do bom fim do contrato e da adaptação às circunstâncias supervenientes

O princípio do equilíbrio (e da revisão) dos contratos já estavam presentes no CC/2002, mas a reforma pretende introduzir algumas nuances novas, como o do combate à frustração do fim do contrato. Assim, a seção II sobre a "Cláusula Resolutiva" ganha novo art. 475-A sobre adimplemento substancial, para evitar a resolução, deve-se observar, além da mencionada tutela da confiança (III), a "proporção da

prestação satisfeita em relação à parcela inadimplida" (I), "o interesse útil do credor na efetivação da prestação" (II) e a "possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica" (IV) (Brasil, [2024b]).

Também a seção III foi expandida e intitulada "Da Exceção de Contrato não Cumprido, da Exceção de Inseguridade e da Quebra Antecipada do Contrato", sendo que o parágrafo único do art. 477 agora permite a interpelação extrajudicial ou judicial para resolver o contrato ("Parágrafo único. 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") e reconhece a figura da quebra antecipada do contrato no novo art. 477-A, que tem o seguinte texto: "Art. 477-A. A resolução antecipada é admitida quando, antes de a obrigação tornar-se exigível, houver evidentes elementos indicativos da impossibilidade do cumprimento da obrigação" (Brasil, [2024b]).

A Seção IV, Da Resolução por Onerosidade Excessiva, fica mantida, mas o art. 478 tem finalidade diferente da do art. 413: pode agora pedir sua revisão ou resolução, procurando manter os contratos que para que atinjam seu fim. O texto do *caput* menciona os "riscos normais do contrato" e a "imprevisibilidade":

> § 1º Para a identificação dos riscos normais da contratação, deve-se considerar a sua alocação, originalmente pactuada. § 2º Há imprevisibilidade do evento quando a alteração superveniente das circunstâncias ou dos seus efeitos não poderiam ser razoavelmente previstos por pessoa de diligência normal ou com a mesma qualificação da parte prejudicada pela onerosidade excessiva e diante das circunstâncias presentes no momento da contratação (Brasil, [2024b]).

Por sua vez, o § 3º afirma que a "revisão se limitará ao necessário para eliminar ou mitigar a onerosidade excessiva, observadas a boa-fé, a alocação de riscos originalmente pactuada pelas partes e a ausência de sacrifício excessivo às partes". A temática da impossibilidade subjetiva e do superendividamento foi excluída no § 4º, ressalvado o CDC no § 5º, pois neste caso a "revisão e resolução se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor" (Brasil, [2024b]).

Segundo o texto novo do art. 479, o *caput* menciona como a "resolução" pode ser evitada e o parágrafo único, regula a possibilidade de resistir à revisão do contrato, se demonstrar "que, nos termos do artigo antecedente, a revisão: I – não é possível ou não é razoável a sua imposição em razão das funções social e econômica do contrato; II – viola a boa-fé; III – acarreta sacrifício excessivo; IV – não é eficaz, pois,

a alteração superveniente das circunstâncias frustrou a finalidade do contrato" (Brasil, [2024b]). A regra preza assim pelo equilíbrio de sacrifícios.

Novidade a se destacar é o texto do art. 480, sobre "eventos supervenientes que alterem a base objetiva do contrato". Tal artigo sobre a chamada "quebra da base objetiva do contrato"[17] possibilita a negociação e a repactuação, em respeito a eventual cláusula de *hardship*. Já o art. 480-A prevê a resolução do contrato de execução continuada ou diferida "quando frustrada a finalidade contratual" e define no § 1º que se dá

> a frustração da finalidade do contrato por fatos supervenientes quando deixa de existir o fim comum que justificou a contratação, desde que isso ocorra por motivos alheios ao controle das partes e não integre os riscos normais do negócio ou os que tenham sido alocados pelas partes no momento da celebração do contrato (Brasil, [2024b]).

3.3 Princípio da adaptação ao meio digital da proposta, aceitação e autoexecução dos contratos

A grande novidade da Reforma é o conjunto de normas sobre a adaptação da proposta contratual e da aceitação ao meio digital[18]. O *caput* do art. 428 manteria a divisão entre ausentes e presentes, mas os novos parágrafos ressaltariam os meios assíncronos como contratação entre ausentes e síncronos, entre presentes:

> Art. 428 [...] § 1º A proposta realizada por correio eletrônico, por outro aplicativo digital ou por ferramenta de envio de mensagens que, por sua natureza, admita que o conhecimento da proposta ocorra de modo assíncrono à sua remessa, gera a contratação entre ausentes.
>
> § 2º Considera-se presente a pessoa que contrata por telefone, videoconferência, aplicativos digitais de comunicação instantânea ou síncrona ou por qualquer outro meio de comunicação semelhante, em que os contratantes também permaneçam simultaneamente conectados (Brasil, [2024b]).

E, já prevendo o crescimento dos contratos com robôs e autoexecutáveis ou contratos "inteligentes" (*smart contracts*), o previsto art. 435-A regula a proposta

17 Segundo Silva (1990, p. 11), o Direito brasileiro sempre conheceu a base objetiva do contrato.

18 Veja sobre a temática em Marques, Lorenzetti, Carvalho e Miragem (2021).

"por aplicativos digitais interativos ou autoexecutáveis no ambiente da internet", condicionando

> sua existência, validade e eficácia dependem dos seguintes requisitos: I – que seja completa e clara; II – plena clareza das informações prestadas ao oblato quanto ao manejo da sequência de assentimentos da cadeia de blocos posta para a aceitação da proposta; III – forma clara e de fácil acesso, para que seja procedida a verificação da interrupção do processo de aceitação da proposta; IV – plena clareza acerca do mecanismo que autentica a veracidade dos dados externalizados como elementos integrantes da futura contratação; V – plena clareza das condições de sua celebração e dos seus riscos, no momento da manifestação inicial do aderente (Brasil, [2024b]).

E o § 1º deste artigo define que a proposta e a aceitação realizadas de forma digital "vinculam a parte que, em nome próprio ou representada por outrem, realizou ou autorizou a sequência de assentimentos da cadeia proposta para a realização dessa específica contratação". Já no § 2º os contratos autoexecutáveis passam a depender "de prévia e plena clareza das condições de sua celebração e dos seus riscos, no momento da manifestação inicial do aderente" (Brasil, [2024b]).

Nos contratos em espécie, regras novas os adaptam ao meio digital, como no contrato de transporte, o "conhecimento de transporte" digital (novo art. 744), no seguro, a emissão de apólice digital (novo art. 759), a cessão do instrumento digital (novo art. 785) e até mesmo as *bets*, jogos e apostas, pois de forma subsidiária afirma o art. 817-A: "Os jogos e apostas efetuados em meio digital ou eletrônico estão sujeitos à legislação especial, aplicando-se o presente capítulo apenas naquilo em que essas normas forem omissas" (Brasil, [2024b]).

Nos arts. 609-A a 609-G é regulado em detalhes um novo tipo contratual, os contratos de prestação de serviços e de acesso a conteúdos digitais, definida no art. 609-A como "um conjunto de prestações de fazer, economicamente relevantes, que permitam ao usuário criar, tratar, armazenar ou ter acesso a dados em formato digital, assim como partilhar, efetivar mudanças ou qualquer outra interação com dados em formato digital e no ambiente virtual", sendo que a "presença de bens imateriais, registrados ou não, que permitam a funcionalidade conjunta ou a interoperabilidade com o serviço digital não descaracteriza a prestação de serviço e conteúdos digitais, mesmo que de simples intermediação ou de busca na Internet ou em ambiente digital" (Brasil, [2024b]).

Assim, além do capítulo digital, que define ambiente digital, os princípios gerais contratuais regulam o uso da inteligência artificial, no art. 609-F; impõe-se como ônus da utilização de inteligência artificial na prestação do serviço digital, ser esta

identificada "de forma clara e seguir os padrões éticos necessários, segundo os princípios da boa-fé e da função social do contrato". O Livro digital também abriga princípios e "parâmetros fundamentais para a interpretação dos fatos, atos, negócios e atividades civis que tiverem lugar no ambiente digital, para apuração de sua licitude e regularidade", mas a própria regra prevê o diálogo das fontes, pois os

> princípios que informam e condicionam a eticidade das condutas, atos e atividades de todos os usuários e provedores no ambiente digital, bem como das entidades públicas e privadas que operem nesse ambiente, não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio, relacionados à matéria, ou nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (Brasil, [2024b]).

Como se observa, são ricos e úteis os princípios contratuais previstos no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Esperamos que em breve sejam aprovados.

Referências

AUER, Marietta. *Der privatrechtlihe Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr, 2014.

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*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALDUS, Christian. *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*. Frankfurt: Peter Lang, 1998. t. 1-2.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 168-225, out./dez. 2002.

_____. *Função social dos contratos*: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenhaftung im deutschen Privatrecht*. Nendeln: Kraus Reprint, 1981.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. *VIII Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRADA, Manuel António de C. P. Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1990.

FUHRMANN, Heiner. *Vertrauen im Electronic Commerce*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea*: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechstwissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer, 1991.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais. *In*: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-73.

MARIGHETTO, Andrea. *O acesso ao contrato*: sentido e extensão da função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____ (org.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo L.; CARVALHO, Diógenes F. de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 364, p. 3-19, nov./dez. 2002.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito de Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NALIN, Paulo. *Princípios de direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2004.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 657-659, out. 2010.

_____. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Bushatsky, 2003.

_____. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.

SALOMÃO, Luiz Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito civil*: diálogos entre a doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2020. v. 2.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 364, p. 83-102, nov./dez. 2002.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 655, p. 7-11, maio 1990.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In*: ESTUDOS de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-162.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 19. ed. São Paulo: Método, 2024. v. 3.

_____. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2007.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Revisão e resolução dos contratos por fatos supervenientes no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Carlos Eduardo Pianovski[1]

1 A revisão contratual por fatos supervenientes na redação atual do Código Civil

A revisão dos contratos civis e empresariais por fatos supervenientes é medida excepcional, prevalecendo, em regra, a força obrigatória do pactuado. Trata-se de premissa elementar, coerente com os pilares do valor jurídico da promessa e da confiança legítima, nos quais se assenta estruturalmente a necessária rigidez quanto ao cumprimento do pactuado. Assim o demandam, a um só tempo, a força jurígena derivada da autonomia privada e os ditames da boa-fé.

Não por acaso, o atual parágrafo único do art. 421 do Código Civil dispõe sobre a intervenção mínima nos contratos, mediante comando que determina a excepcionalidade da revisão contratual. A regra, cuja redação foi instituída pela Lei da Liberdade Econômica, não consiste em inovação frente ao que já era vigente antes de seu advento, mas explicita aquilo que integra os alicerces do sistema quanto à higidez do exercício da liberdade positiva dos contratantes e seus respectivos efeitos.

1 Carlos Eduardo Pianovski é professor associado dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR); doutor e mestre em Direito Civil pela UFPR; presidente estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família no Paraná (IBDFam-PR); membro da Comissão de Juristas elaboradora do Anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil; advogado, parecerista e árbitro.

Ao mesmo tempo, porém, em que a reafirma a obrigatoriedade dos contratos, a regra do parágrafo único do art. 421 autoriza expressamente a revisão contratual. Afinal, se a regra dispõe que a revisão será excepcional, acaba por afirmar, também, que, presentes as situações de exceção nela pressupostas, a revisão estará autorizada.

Conforme o art. 421-A, na redação vigente, "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada" (Brasil, [2024a]). Ou seja: atendidos os seus pressupostos, a revisão poderá ser efetuada pelo julgador.

A questão que se apresenta é: quais são esses pressupostos?

A Lei da Liberdade Econômica, a um só tempo, autorizou e limitou a revisão de contratos civis e empresariais, sem, entretanto, definir os parâmetros técnicos a balizar as hipóteses de revisão.

Já havia, na redação original do Código Civil, regras a mitigar a intangibilidade do contrato, como, por exemplo, o art. 317 e o art. 413.

Quanto ao primeiro comando normativo (art. 317), embora "originalmente concebido no Projeto de Código Civil somente para atualização monetária de obrigações pecuniárias", acabou por ser "aprovado pelo Congresso com redação ampla", conforme explicam Tepedino, Konder e Bandeira (2021, p. 143)[2]. Seu conteúdo, porém, isoladamente, além de se sujeitar a controvérsias, pode ensejar leituras demasiadamente amplas, por ausência de balizas que respeitem, sobretudo, a alocação de riscos definida pelas partes, e, por conseguinte, a intervenção mínima exigida pelo sistema.

A leitura contemporânea sobre essa norma é realizada em conjunto com o art. 478 do Código Civil, de modo a contemplar os parâmetros ali definidos (Fritz, 2021). Todavia, a regra do art. 478, em sua literalidade, dispõe apenas sobre a resolução do contrato, e não sobre a sua revisão. O art. 479 permite a modificação do contrato desde que oferecida pelo credor, sem autorizar, porém, ao menos em sua literalidade, a revisão por iniciativa do devedor.

Já o segundo comando citado (art. 413) é pertinente especificamente à cláusula penal, além de não se referir a fatos supervenientes. Não se pode deixar de notar, porém, seu anacronismo, especialmente frente à atual preocupação do legislador em assegurar a higidez da alocação de riscos definida pelos próprios contratantes[3].

2 Eis a redação original da regra do art. 315, no Projeto do Código Civil de 1975, que, após adaptações no Congresso, resultou no atual art. 317: "Art. 315. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência das prestações" (Brasil, 1975).

3 Não por acaso, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil propõe sua modificação, de modo a não permitir a redução equitativa do valor da cláusula penal nos contratos paritários e simétricos:

É necessário, pois, que a lei defina, para a revisão contratual por fatos supervenientes, parâmetros que sejam congruentes com a *ratio* da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão do contrato.

Não passa por um juízo de realidade a suposição de que a ausência de previsão legal específica autorizando a revisão contratual pelo julgador seria bastante para impedir a atuação jurisdicional na adaptação de contratos em decorrência de eventos supervenientes.

Seria ingenuidade supor que a não previsão de uma regra sobre revisão contratual (limitando-se à resolução) traria maior segurança e estabilidade aos contratos do que a existência de disposições legais expressas que, ao autorizarem a revisão judicial ou arbitral, tragam balizas rígidas (desde que factíveis) a serem observadas pelo julgador.

Daí o motivo por que não basta, para a segurança jurídica das relações contratuais, que o sistema contenha uma regra a autorizar a resolução do contrato, sem se referir à revisão, como ocorre com o atual art. 478 do Código Civil. A insuficiência textual dessa regra frente aos comandos já existentes no próprio sistema acaba por impor a ela uma interpretação expandida, de modo a admiti-la, também, para fins de revisão contratual.

A existência de uma norma a admitir expressamente a revisão contratual por fatos supervenientes, com parâmetros seguros, que garantam a sua excepcionalidade, é uma demanda da realidade.

Na Itália, em que existe apenas regra a autorizar a resolução por onerosidade excessiva (Alpa, 2022) – norma na qual se baseia a atual redação do art. 478 do Código Civil –, há doutrina criticando de modo acerbo a ausência de comando no Código Civil que permita a revisão contratual, especialmente diante do contexto excepcional da pandemia da Covid 19[4].

A França, após mais de dois séculos de resistência, incorporou ao Código Civil novo comando ao art. 1.195. Segundo a regra, decorrente da reforma das Obrigações de 2016, diante de imprevisível alteração de circunstâncias que gere onerosidade excessiva para uma das partes, haverá para parte onerada o direito de pedir uma

---

"Art. 413. [...] Parágrafo único. Em contratos paritários e simétricos, o juiz não poderá reduzir o valor da cláusula penal sob o fundamento de ser manifestamente excessiva, mas as partes, contudo, podem estabelecer critérios para a redução da cláusula penal" (Brasil, [2024b]).

4 Nesse sentido, colhe-se da doutrina italiana: "L'art. 1467 c.c. è sicuramente un'espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata" (Italia, 2020, p. 20).

renegociação à outra parte. Se esta não resultar exitosa – seja por recusa em negociar, seja por ausência de acordo –, pode-se pedir ao juiz a revisão ou a resolução do contrato (Larroumet; Bros, 2016, p. 413-415).

A Alemanha, por sua vez, incorporou ao BGB, na reforma vigente desde o início do século XXI, a regra (§ 313) que permite a revisão do contrato por fatos supervenientes que perturbem a base objetiva do negócio, admitindo-se a resolução apenas quando a revisão não for possível ou exigível para uma das partes.

Os princípios UNIDROIT para Contratos Comerciais Internacionais também admitem, como *soft law*, a revisão dos contratos por fatos supervenientes, em seu art. 6.2.3. (4) "b", ainda que sujeite a parte onerada ao atendimento de um prévio dever de renegociar.

Essa regra é dirigida especificamente a contratos comerciais, em um diploma de *soft law* destinado a oferecer diretrizes para uniformizar o Direito Privado. Trata-se de demonstração de que os contratos empresariais não são infensos à revisão contratual, ainda que, reitere-se, de modo excepcional, haja vista a necessária prevalência, em regra, da força obrigatória do pactuado.

2 A proposta legislativa de alteração do art. 478 do Código Civil

Sem prejuízo da possibilidade de as partes estabelecerem critérios próprios para a revisão contratual, sejam eles mais restritivos, sejam eles mais flexíveis (conforme a regra do art. 421-A, I, vigente, reprisada no projetado 421-D, I), o Anteprojeto de Reforma do Código Civil propõe a seguinte redação ao *caput* do art. 478 do Código Civil[5]:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, havendo alteração superveniente das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento para a celebração do contrato, em decorrência de eventos imprevisíveis que gerem onerosidade excessiva para um dos contratantes e que excedam os riscos normais da contratação, o devedor poderá pedir a sua revisão ou a sua resolução (Brasil, [2024b]).

5 O art. 317 do Anteprojeto, como norma geral aplicável também a obrigações derivadas de atos ou negócios de natureza não contratual, é espelho do constante do art. 478, prevendo os mesmos requisitos: "Art. 317. Se, em decorrência de eventos imprevisíveis, houver alteração superveniente das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento para a constituição da obrigação e que isto gere onerosidade excessiva, excedendo os riscos normais da obrigação, para qualquer das partes, poderá o juiz, a pedido do prejudicado, corrigi-la, de modo que assegure, tanto quanto possível, o valor real da prestação. Parágrafo único. Para os fins deste artigo devem ser também considerados os eventos previsíveis, mas de resultados imprevisíveis" (Brasil, [2024b]).

Adota-se o *Geschäftsgrundlage* (base, fundamento do negócio), conceito que não se confunde com a adoção pura de teoria alienígena sobre o tema.

A teorização não é papel da lei. Esta recolhe, é certo, conceitos técnicos, sem se sujeitar, porém, à pureza teórica da concepção de um ou de outro autor, uma vez que se destina à solução de problemas concretos.

O conceito técnico de base/fundamento do negócio não é exclusivo da Teoria da Base Objetiva do Negócio de Karl Larenz. Antes dele, Paul Oertmann já abordava o conceito, ao lado da base subjetiva do negócio (Borges, 2002, p. 178).

O que se adota na regra projetada é, pois, um conceito técnico, conhecido de longa data, ao qual se acresce, de modo fiel à tradição do sistema brasileiro, a exigência de que o evento superveniente (ou seus efeitos) seja imprevisível[6].

Trata-se, ainda, de conceito que é congruente com a estabilidade esperada pelo sistema pátrio, pois não é qualquer alteração de circunstâncias que autorizará a revisão contratual, sendo indispensável, conforme Canaris (2004, p. 115), que os fundamentos do negócio sejam substancialmente alterados, e que uma das partes seja excessivamente onerada pelos termos originalmente contratados.

Além disso, como exposto anteriormente, a proposta legislativa constante do Anteprojeto apresentado ao Senado exige que essa perturbação dos fundamentos do contrato seja imprevisível.

Nem mesmo em Larenz, cabe dizer, a imprevisão é de todo excluída. O autor se refere expressamente à imprevisão que, todavia, em seu pensamento, se pauta no que excede os riscos ordinários do negócio (que, a seu turno, residem na própria base objetiva) (Larenz, 1956, p. 226). Foi essa a orientação adotada pelo BGB, na reforma capitaneada por Canaris.

Na regra proposta no Anteprojeto, diversamente, os conceitos de imprevisibilidade e riscos normais são estremados.

Cuida o anteprojeto de definir a imprevisibilidade para fins de aplicação da norma. É evidente que não se poderia partir de um conceito de imprevisibilidade absoluta, pois ele seria estéril, ante a inviabilidade prática de sua aferição.

Assume a proposta legislativa, assim, no parágrafo 2º do art. 478, um conceito de *imprevisibilidade* contextualizado à condição do contratante, desde que pautado em juízos de razoabilidade e diligência. Tem-se por imprevisível o evento, assim,

6 Não se desconhece relevante crítica doutrinária ao conceito de imprevisibilidade (Rodrigues Junior, 2006, p. 143). Nada obstante isso, a regra projeta busca trazer conceito de imprevisibilidade dotado de concretude, que o contextualiza à posição do contratante que a alega, o que, entendemos, é congruente tanto com a intervenção mínima quanto com a necessidade de se superar uma concepção genérica de imprevisão.

quando a alteração superveniente das circunstâncias ou dos seus efeitos não poderia ser razoavelmente prevista por pessoa de diligência normal, considerando-se, para esse fim, a qualificação da parte prejudicada pela onerosidade excessiva e as circunstâncias presentes no momento da contratação.

A manutenção da imprevisibilidade como requisito autônomo é congruente com a necessidade de estabelecer limites à intervenção jurisdicional nos contratos paritários civis e empresariais. Trata-se de opção claramente distinta da norma do art. 6º do CDC, que não tem a imprevisibilidade entre os seus requisitos. Com efeito, se a revisão contratual, no sistema do CDC, é direito básico do consumidor, nos contratos paritários civis e empresariais, diversamente, ela é excepcional, diante do comando da intervenção mínima.

Além de imprevisível, deve exceder os riscos normais da contratação o evento superveniente que enseja a perturbação das circunstâncias objetivas que serviram de fundamento para a celebração do contrato. Eventos que gerem efeitos que não excedam os riscos normais do contrato não autorizam a revisão contratual[7].

Na aferição dos riscos normais, contemplando a autonomia privada e a intervenção mínima, o parágrafo 1º dispõe que se deve considerar a alocação de riscos originalmente pactuada pelas partes.

É necessário que o evento que acarreta a alteração de circunstâncias seja dotado de generalidade, não se admitindo, para fins de revisão ou resolução, "a mera impossibilidade econômica de adimplemento decorrente de fato pertinente à esfera pessoal ou subjetiva de um dos contratantes", conforme o parágrafo 4º (Brasil, [2024b])[8].

O caráter excepcional e limitado da revisão, a determinar a contenção da intervenção heterônoma do julgador, é assegurado pelo disposto no parágrafo 3º, o qual dispõe que "a revisão se limitará ao necessário para eliminar ou mitigar a onerosidade excessiva, observadas a boa-fé, a alocação de riscos originalmente

7 Conforme Borges (2002, p. 304): "sem a ocorrência do inusitado, do elemento extraordinário situado fora dos quadros de previsões normais do cotidiano, da vivência do cidadão comum, modificador da base negocial que dá origem à lesão virtual (ou ao desaparecimento do alicerce contratual), não haverá possibilidade de revisão ou resolução contratual".

8 Não consistem em hipótese de revisão contratual nem a impossibilidade subjetiva do devedor, tampouco a impossibilidade *tout court* de cumprimento da obrigação, que não se confunde com o fenômeno da perturbação da base do negócio (este sim, apto a ensejar revisão contratual, atendidos aos requisitos legais). Citando a doutrina de Canaris, na distinção entre os conceitos, explica Zimmermann (2005, p. 44): "But whether it does so depends on the applicability of the rules on change of circumstances (*Störung der Geschäftsgrundlage*) which is regarded as a conceptually different problem. The rules on change of circumstances had, prior to the reform, been worked out and generally recognized under the auspices of the general good faith rule of § 242 BGB and they had thus constituted one of the most famous examples of a judge-made legal doctrine; they have now found their statutory home in § 313 BGB".

pactuada pelas partes e a ausência de sacrifício excessivo às partes" (Brasil, [2024b]). Mais uma vez, avulta o respeito à autonomia privada, mediante a observância da alocação de riscos determinada pelos contratantes.

Atendidos aos requisitos do *caput*, viável será pleitear a revisão ou a resolução contratual. Não há hierarquia entre elas, cabendo a escolha à parte prejudicada pela onerosidade excessiva – tendo o Anteprojeto eliminado o requisito da manifesta vantagem para a outra parte, ainda presente na legislação vigente, e mitigado pela jurisprudência[9].

Outros ordenamentos jurídicos (além dos princípios UNIDROIT) admitem as alternativas entre resolução e revisão, tais como Alemanha, França e Argentina. Na França, a opção sobre resolver ou revisar cabe ao juiz, sem parâmetros legais explícitos sobre quando haverá a prevalência de uma ou de outra solução[10].

Entendeu a Comissão de Reforma do Código Civil que caberia ao autor escolher o provimento que melhor atenda ao seu interesse (resolução ou revisão), sem discricionariedade judicial, admitindo, porém, decisão diversa do pedido inicial em casos previstos na própria lei, de modo a atender ao sentido da intervenção mínima e da própria excepcionalidade da revisão contratual. Nesse sentido é a regra do art. 479, constante do Anteprojeto:

9 "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRORROGAÇÃO DO VENCIMENTO DE PARCELAS DE CONTRATO DE MÚTUO PARA FOMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E COLETIVO DE PASSAGEIROS. MEDIDA DETERMINADA POR ENTES FEDERATIVOS PARA CONTER O AVANÇO DO CORONAVÍRUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSENTE. CONTRATO DE CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. PRECEDENTES. CONTRATOS PARITÁRIOS. REGRA GERAL. PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PREVISÃO DO ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA IMPREVISÃO. ART. 478 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. PANDEMIA DA COVID-19 QUE CONFIGURA, EM TESE, EVENTO IMPREVISÍVEL E EXTRAORDINÁRIO APTO A POSSIBILITAR A REVISÃO DO CONTRATO, DESDE QUE PREENCHIDOS OS DEMAIS REQUISITOS LEGAIS. HIPÓTESE DOS AUTOS. […] 7. Do mesmo modo, a interpretação sistêmica e teleológica dos arts. 478, 479 e 480 pode conduzir à revisão judicial do pactuado, não se limitando à resolução contratual. A Teoria da Onerosidade Excessiva (art. 478 do CC), de origem italiana, pressupõe (I) contratos de execução continuada ou diferida; (II) superveniência de acontecimento extraordinário e imprevisível; (III) que acarrete prestação excessivamente onerosa para uma das partes; (IV) extrema vantagem para a outra; e (V) inimputabilidade da excessiva onerosidade da prestação ao lesado. Possibilidade de flexibilização da 'extrema vantagem'" (Brasil, 2023).

10 "Article 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe" (France, [2024]).

> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.
>
> Parágrafo único. Na hipótese em que o devedor tenha optado por pedir a revisão do contrato, nos termos deste artigo, poderá a outra parte, em resposta ao pedido, requerer a sua resolução, cabendo-lhe demonstrar, nesse caso, que, nos termos do artigo antecedente, a revisão:
>
> I – não é possível ou não é razoável a sua imposição em razão das funções social e econômica do contrato;
>
> II – viola a boa-fé;
>
> III – acarreta sacrifício excessivo;
>
> IV – não é eficaz, pois, a alteração superveniente das circunstâncias frustrou a finalidade do contrato (Brasil, [2024b]).

A regra do *caput* não altera o sentido da norma hoje vigente, autorizando o credor a oferecer proposta de modificação do contrato, visando a evitar a resolução, quando esta é requerida pelo devedor.

A novidade está no parágrafo único, que se destina às hipóteses nas quais o devedor pede a revisão do contrato. Nesses casos, o credor poderá opor exceções que conduzam à resolução do contrato, afastando, assim, a adaptação dos termos pelo juiz ou pelo árbitro.

Há circunstâncias nas quais o credor não haveria celebrado a avença em termos diversos dos pactuados, pois isso frustraria o atendimento da função econômica do contrato (aferível a partir da realidade da operação econômica que recebe vestes jurídicas). Nesses casos, a revisão contratual seria incongruente com o efeito concreto pretendido pelas partes no atendimento de necessidades/utilidades econômicas promovidas pelo contrato. Não restará alternativa senão a resolução da avença.

O mesmo se diga quando o pleito revisional é desleal e frustra a confiança legítima despertada no credor – e, portanto, quando ofender a boa-fé. Mesmo atendidos aos requisitos legais para a incidência do art. 478, a revisão, nesses casos, não será possível. Se a boa-fé objetiva pode ser vista como princípio que serve de alicerce para a própria revisão contratual, seria contraditório admitir revisão quando o pleito contrariar o sentido da boa-fé.

Também não é cabível a revisão quando esta gerar excessivo sacrifício para as partes (notadamente, para o credor). Não faria sentido revisar o contrato para afastar a onerosidade excessiva do devedor e, ao mesmo tempo, criar despesas ou ônus desproporcionais ao credor. Também aqui, a solução será a resolução.

A resolução também será a única alternativa quando a própria alteração das circunstâncias constituir frustração do fim do contrato. A revisão contratual somente faz sentido quando há a perturbação (*Störung*) da base objetiva do contrato, mas é imprestável quando há a sua aniquilação[11]. Portanto, verificando-se que os fundamentos sobre os quais se assentou a contratação não mais subsistem, pela cabal frustração de sua finalidade, não cabe revisá-lo, mas, apenas, resolvê-lo.

Daí a proposta, no Anteprojeto, não apenas do inciso IV do parágrafo único do art. 479, mas também do art. 480-A, que prevê a resolução do contrato quando frustrada a finalidade contratual.

Por fim, de modo coerente com a busca por soluções que contemplem a autonomia privada, o Anteprojeto propõe a seguinte redação para o art. 480:

> Art. 480. As partes podem estabelecer que, na hipótese de eventos supervenientes que alterem a base objetiva do contrato, negociarão a sua repactuação.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não afasta eventual direito à revisão ou resolução do contrato no caso de frustração da negociação, desde que atendidos aos requisitos legais (Brasil, [2024b]).

Trata-se de regra que reforça o sentido do vigente art. 421-A, I (reprisada no projetado 421-D, I), ao permitir às partes o estabelecimento da cláusula de *hardship* (Glitz, 2012, p. 167).

A cláusula tem o objetivo de obrigar as partes a encetar negociações, com a "finalidade de adaptar o contrato se a sua execução se tornar muito onerosa para uma delas em razão de uma alteração de circunstâncias imprevisível e posterior à conclusão do contrato" (Lacroix, 2015, p. 17, tradução nossa)[12].

Não se trata de imposição legal de dever de renegociar, prevista nos princípios UNIDROIT e no Código Civil francês, mas de uma obrigação contratual, desde que pactuada pelas partes.

---

11 Conforme a doutrina: "Nessa linha de raciocínio, é a razão concreta do contrato que permite aferir o seu fim, a qual, todavia, assume fisionomia objetiva. Diz Pontes de Miranda que o instituto se materializa quando não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo-se que a finalidade de um dos figurantes que o outro admitiu é objetiva (= subjetiva comum). A impossibilidade de alcançar o fim só afeta a subsistência do contrato se relacionada não à finalidade de apenas uma parte, mas à finalidade comum e, neste sentido, finalidade objetiva do contrato" (Nanni, 2020, p. 50).

12 No original: "La clause de hardship oblige les parties à engager les négociations afin d'adapter le contrat si l'exécution de ce dernier devient trop onéreuse pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances imprévisible et postérieur à la conclusion du contrat".

Optou a Comissão por não impor às partes um dever genérico de renegociação, mas por incentivar a celebração da cláusula de *hardship*, numa espécie de *nudge*, como um corolário da autonomia privada.

Se a cláusula for pactuada, haverá, por escolha prévia das partes (e não da lei), o dever de renegociar, que não se confunde com um dever de obter uma renegociação exitosa, revisando contrato. Caso não se obtenha êxito na renegociação, salvo disposição contratual em contrário, a revisão judicial ou arbitral somente será possível na hipótese de serem satisfeitos os requisitos do art. 478.

Referências

ALPA, Guido. Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata. *In*: CALCAGNO, Lorenza; DI MARZIO, Fabrizio; LEMBO, Sara; LEUZZI, Salvatore (ed.). *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitária*. Roma: Scuola Superiore della Magistratura, 2022.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 634, de 1975*. Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1975. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 2.070.354/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 20 de junho de 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

FRANCE. *Code civil*. Paris: Légifrance, [2024]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2024-10-30/. Acesso em: 30 out. 2024.

FRITZ, Karina Nunes. Revisão contratual e quebra da base do negócio. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, Salvador, n. 247, p. 1-24, 2021.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação*: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2012.

ITALIA. Corte suprema di cassazione. *Relazione tematica n. 56/2020*. Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale. Red. Salvatore Leuzzi, 8 luglio 2020. Disponível em: https://www.studiolegalestefanelli.it/Media/Sentenze/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf. Acesso em: 30 out. 2024.

LACROIX, Guillaume. *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*. [*S. l.*]: DUMAS, 2015.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

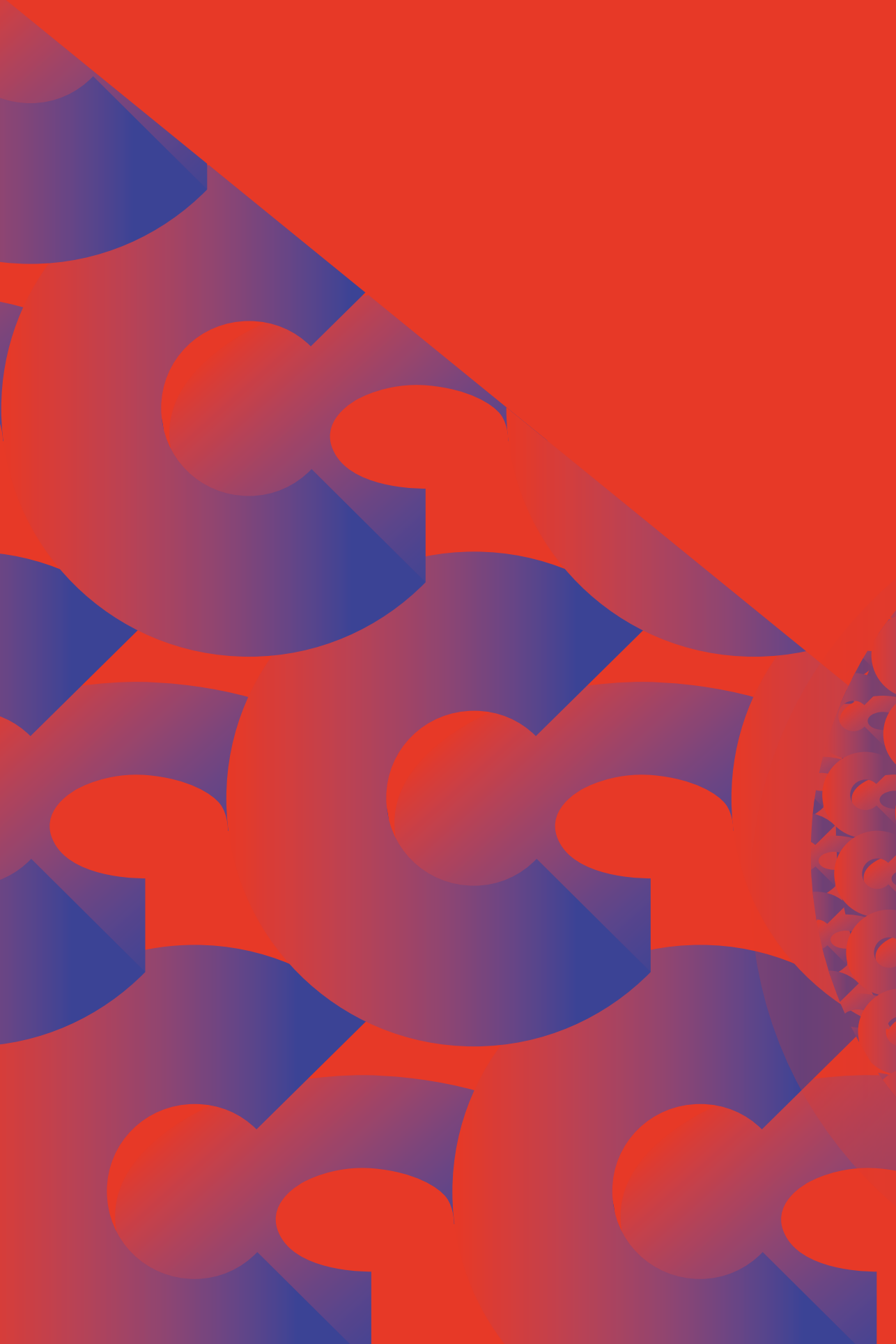
LARROUMET, Christian; BROS, Sarah. *Les obligations, le contrat*. 8e éd. Paris: Economica, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. Frustração do fim do contrato, análise do seu perfil conceitual. *Revista Brasileira de Direito Civil*: RBDCivil, Belo Horizonte, v. 23, p. 39-56, jan./mar. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3: contratos.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German law of obligations*: historical and comparative perspectives. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005.



Direito de Empresa

O Direito Empresarial no projeto de revisão e atualização do Código Civil

Paula Forgioni[1]

Está em curso, no âmbito do Senado Federal, a elaboração do Projeto de Atualização do Código Civil. Após mais de duas décadas de vigência, de evolução social, econômica e jurisprudencial, é necessário atualizar o principal marco infraconstitucional da vida civil e da iniciativa privada[2].

A diretriz da modernização, posta claramente desde o início como limite dos trabalhos, é desburocratizar, simplificar e trazer segurança e previsibilidade para a sociedade brasileira, incorporando a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), e não utilizar este importante momento para abrigar doutrinas ainda não pacificadas, deslocando o eixo de discussão para além de marcos bem estabelecidos.

Nesse cenário, o Direito Empresarial é um dos maiores focos de preocupação, pelos impactos que pode gerar no fluxo de relações econômicas, com reflexos diretos no nível de investimento na economia brasileira e, por conseguinte, no bem-estar social. Modificações capazes de trazer instabilidade ao sistema econômico, com alterações

1 Paula Andrea Forgioni é chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professora titular nos cursos de graduação e de pós-graduação; livre docente em Direito Comercial e doutora em Direito Econômico pela USP; pós-graduada em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Bologna e em Direito do Comércio Internacional pelo Instituto Universitário Europeu de Turim; advogada, árbitra e parecerista; participou como relatora da Subcomissão de Direito Empresarial da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.

2 Este texto não aborda todas as modificações propostas no Livro de Empresas, concentrando-se nas mais relevantes. Também não apresenta os resultados de pesquisa exaustiva e sistemática da jurisprudência, mas apenas exemplos de seu direcionamento.

profundas no Código Civil ou em leis específicas, como a Lei de Falências e a Lei das Sociedades por Ações, foram afastadas do projeto de atualização desde o início.

Tradicionalmente, os códigos seguem sistemática que se mostrou útil ao longo dos séculos, dividindo-se em vários livros, conforme a matéria tratada. No Código Civil, temos os livros "Das Pessoas", "Dos Bens", "Dos Fatos Jurídicos", "Do Direito das Obrigações", "Do Direito das Coisas", "Do Direito de Família", "Do Direito das Sucessões" e "Do Direito de Empresa". Esses livros serão mantidos, acrescentando-se novo tema referente ao Direito Digital, que perpassa todo o diploma. O norte é sempre o mesmo: não está em curso a elaboração de novo Código Civil, mas sua atualização.

Não há dúvidas de que os livros são compartimentos interligados, que conversam entre si, até porque a dogmática do Direito Privado ergue-se em território comum a todos os ramos. Todavia, a principal motivação da sistematização em partes *específicas* é que a matéria que constitui o objeto de cada um seja organizada de maneira a facilitar sua aplicação e interpretação, evitando interferências indevidas e confusão entre vetores de funcionamento.

O Livro do Direito de Empresa rege unicamente as relações interempresariais, profissionais, que devem ser encaradas de acordo com essa lógica. Outros livros do Código Civil e outras leis versam sobre a relação da empresa e sua responsabilidade para com trabalhadores, consumidores, fisco e meio ambiente, por exemplo. O Livro de Direito de Empresa é *específico*. A reforma pretende nele concentrar as regras *específicas* que tratam das relações entre empresas e de sua organização, prestigiando as diretrizes jurisprudenciais emanadas do STJ que afirmam e reafirmam a existência de uma lógica própria ao Direito Empresarial, afastando-o de outros ramos do Direito Privado que funcionam de maneira diversa, porquanto não ligados à relação entre as empresas[3]. Acolhe-se a firme posição do STJ, no sentido de que a lógica empresarial é peculiar e que a atividade empresarial é exercida por profissionais acostumados ao setor em que atuam. "O controle judicial [...] em contratos de cunho empresarial é restrito, face à concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado" (Brasil, 2022)[4]. E

3 "[N]os contratos mercantis, os contratantes são empresários que exercem atividade econômica profissionalmente, sendo essencial 'assegurar a necessidade dos agentes econômicos de segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato', por isso as pactuações empresariais, mesmo quando se mostram decisões de gestão empresarial equivocada, em regra, devem ser observadas, como resguardo à livre concorrência e à dinamização da economia" (Brasil, 2015).

4 No mesmo sentido, ver: Brasil (2016, 2023b).

mais: "A atividade empresarial é caracterizada pelo risco e regulada pela lógica da livre concorrência, devendo prevalecer nesses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda" (Brasil, 2022).

A proposta consolida e torna mais eficaz a direção indicada pelo STJ, organizando regras e princípios relativos aos contratos empresariais no Livro do Direito de Empresas, evitando que fiquem espalhados pelos demais livros. Quando o atual Código Civil foi arquitetado, declaradamente inspirado no Código italiano de 1942, os negócios empresariais não mereciam tanta atenção e aplaudia-se o dirigismo exercido por governos totalitários. Grande destaque vinha dado aos tipos contratuais, ou seja, àqueles negócios previstos e estritamente disciplinados por Lei. A vida econômica não era globalizada, nem sequer se pensava na chamada *Era da Informação* e os contratos mostravam-se bem menos complexos e diversificados. A realidade moderna é em tudo diversa.

A prática, os usos e costumes, criam velozmente negócios empresariais, que se espraiam pelos setores econômicos em todo o mundo. O ordenamento jurídico estatal formata o mercado, estabelecendo o que é proibido; dentro dos espaços deixados pelas regras cogentes, os agentes econômicos privados podem livremente empreender, assumindo os riscos decorrentes das suas escolhas e atividades. Os contratos empresariais funcionam de acordo com a lógica própria acima destacada, subsumindo-se à sua mecânica, com um balanceamento diverso de princípios, quando comparados aos negócios com consumidores, por exemplo. Por isso, a proposta deixa claro que os princípios e regras que estabelece, *específicos* para os negócios empresariais, aplicam-se antes das regras gerais encontradas nos outros livros do Código Civil.

A proposta revigora o Livro do Direito de Empresa, nele fincando os princípios constitucionais e infraconstitucionais orientadores da atuação dos agentes econômicos, de sua organização e da formatação do mercado, disciplinando a regência, organização e interpretação dos contratos empresariais, das sociedades e dos demais negócios envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços. Busca-se reforçar a base principiológica constitucional do Direito Empresarial, com destaque para sua função social, a livre iniciativa e a livre concorrência que organizam os mercados. Conforme o texto sugerido, todas as regras de Direito Empresarial devem ser "interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no País" (Brasil, [2024]).

A "colocação geográfica" das regras referentes ao Direito Empresarial, especialmente as dos contratos empresariais, no Livro do Direito de Empresas é fundamental

para a sistematização não apenas do Código Civil, mas da matéria empresarial, evitando a indevida influência de regras talhadas essencialmente para atividades não lucrativas sobre a atividade econômica típica do mercado e empreendida por agentes tomadores de risco.

A realidade brasileira é muito diversificada, com juízes espalhados por cidades de menor porte, onde a vida empresarial não é tão pujante. Esses magistrados raramente são chamados a decidir questões envolvendo o Direito Empresarial. Consequentemente, investem seu tempo, seus estudos e constroem sua experiência nas matérias que frequentemente analisam, como Direito do Consumidor, Direito de Família e Direito Penal. Exigir desses magistrados que pincem as regras e princípios próprios do Direito Empresarial em mais de 2.000 artigos é praticamente condenar as relações empresariais à submersão e diluição em um mar de normas feitas para relações diferentes, com mecânica marcadamente diversa. Por esse ângulo, a reforma do Código Civil visa a facilitar a sistematização e a correta aplicação da matéria.

Não se pode deixar de notar que a proposta supera a visão da empresa talhada no início do séc. XX centrada no empresário, para transferir o foco para a *atividade* econômica organizada, desenvolvida no ambiente de mercado. Reconhece-se que a "empresa é a organização profissional de fatores de produção, com escopo de lucro, no ambiente de mercado" (Brasil, [2023a], p. 8).

Outro aspecto fundamental da proposta é o adequado dimensionamento da boa-fé nos contratos empresariais. A busca do lucro a qualquer custo é disfuncional para o sistema e prejudica toda a coletividade. Se uma sociedade em que todos desconfiassem de todos seria inviável, o que dizer de uma organização da economia que desprezasse a confiança? Acima de tudo, é preciso proteger a ética, a confiança e a boa-fé nos mercados. Na prática, o Direito Empresarial, a boa-fé a ser preservada não é uma ilação abstrata, mas um conceito *objetivo*, ligado ao respeito estrito da Lei e, também, das práticas de mercado. Até porque uma esmagadora massa de contratos empresariais não se encontra tipificada em lei, é preciso reconhecer a força jurígena dos usos e dos costumes, sancionando aqueles que desrespeitam a legítima expectativa da contraparte. "A boa-fé empresarial corresponde à legitima expectativa que os agentes daquele setor econômico mantêm em relação ao negócio celebrado e ao comportamento leal esperado da contraparte e não pode ser invocada para eximir o contratante da observância da lei ou do contrato" (Brasil, [2023a], p. 209), estabelece a proposta.

Mais uma marcada evolução, sempre baseada na jurisprudência do STJ, diz respeito à força vinculante dos pactos empresariais, vetor indispensável para o bom funcionamento da economia. Independentemente de posicionamentos políticos, é

unânime a constatação da impossibilidade de organizar as atividades econômicas, sem a observância dos contratos. O agente econômico deve cumprir o que prometeu e o sistema jurídico não pode dar guarida ao oportunismo disfuncional, daquele que não respeita a sua própria palavra, muito menos camuflar ou neutralizar os erros dos agentes econômicos.

Nos últimos 20 anos, a jurisprudência do STJ prestou grande serviço à sociedade, destacando a importância do princípio do *pacta sunt servanda* nos negócios empresariais, apartando-os dos contratos que envolvem ao menos uma parte não empresária. A proposta colhe da jurisprudência do STJ definição bastante simples dos contratos empresariais, que "são aqueles celebrados entre partes empresárias ou que se colocam como agentes atuantes no mercado" (Brasil, [2023a], p. 204). Reafirma-se, assim, a dicotomia atualmente universal, que aparta os chamados contratos B2B [*business to business*] dos contratos B2C [*business to customer*], delineada na Lei de Liberdade Econômica.

Repisando o que está disposto nessa Lei e na jurisprudência do STJ, a proposta admite a revisão contratual *cum grano salis*, dentro dos parâmetros do Direito Empresarial e em caráter excepcional.

No campo das sociedades empresariais, algumas alterações eram clamadas por todos os operadores do direito, especialmente no que diz respeito à apuração de haveres, no caso de morte, retirada ou exclusão de sócio. A proposta busca uniformizar interpretações conflitantes, que emergiram do novo Código de Processo Civil, causando instabilidade. Conforme orientação do STJ, o primeiro critério de apuração a ser respeitado é aquele constante do contrato social, pois também aqui se impõe que a liberdade e o respeito aos pactos devem reger as associações entre investidores[5]. Na falta dessa estipulação, segue-se a estrada do CPC, com levantamento do balanço de determinação e consideração dos ativos intangíveis e daqueles gerados internamente, como é característica da economia moderna, para o cálculo dos haveres.

É consenso que o atual Código Civil burocratizou demasiadamente o mais popular tipo societário brasileiro, a sociedade limitada, sem que houvesse necessidade de muitas das intervenções que acabaram acontecendo. A proposta simplifica a convocação e a realização de reuniões e assembleias dos sócios, sempre garantindo

5 "A apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito. Assim, somente ante o silêncio da avença societária ou de posterior acordo entre os sócios a esse respeito, é que têm lugar os parâmetros estabelecidos pela lei, que podem, ainda, ser afastados pela sentença" (Brasil, 2012).

os direitos dos minoritários, sem travar o bom andamento dos negócios sociais. O escopo é a desburocratização, com a previsão de ampla liberdade de os sócios regrarem as reuniões e assembleias e plena validade dos encontros virtuais ou híbridos. Para uniformizar as diferentes visões dos tribunais estaduais, colocam-se marcos de início e término da contagem de prazo no caso da responsabilidade daquele que deixou de ser sócio.

Quanto às sociedades empresariais, a proposta escora-se na autonomia privada e na responsabilidade do empreendedor pelos riscos que assume no contrato social, incentivando a negociação e a contratação prévia de pontos sensíveis da vida societária, determinando ser obrigatório constar do contrato social, além do que é exigido pelo atual Código, a previsão [i] do método e parâmetros de apuração de haveres, prazo e demais condições de pagamento dos haveres, [ii] dos endereços eletrônicos para efetivação das comunicações sociais, incluindo (mas não se limitando) às convocações para os atos societários e [iii] se for o caso, sítio eletrônico da empresa no qual serão realizadas as publicações exigidas pela legislação.

Além disso, tem-se a superação da burocrática e anacrônica diferenciação entre denominação e firma social, a supressão de tipos societários quase não utilizados e, também, a possibilidade de a administração das sociedades ser exercida por pessoas jurídicas, incentivando sua profissionalização, na exitosa esteira adotada pela Lei de Falências; volta-se à tradição brasileira da opção de a sociedade limitada ser entregue à administração profissional, sem prejuízo da responsabilidade dos gestores.

A proposta estabelece a plena legalidade de sociedades estabelecidas entre cônjuges ou companheiros, bem assim dos estabelecimentos empresariais virtuais. Afasta-se qualquer dúvida sobre a validade e eficácia das quotas preferenciais e dos acordos de quotistas, oponíveis a terceiros quando registrados no Registro Público de Empresas Mercantis e Integração, incorporando no Código Civil orientações determinadas em atos do Departamento Nacional de Registro de Empresas.

Regula-se também a dissolução total das sociedades. Embora esses casos sejam mais raros, a falta dessa disciplina no Código de Processo Civil tem gerado instabilidade, que se pretende remediar, resgatando regras já aplicadas por alguns tribunais estaduais.

De acordo com a Constituição, nesse ponto também firmada e reafirmada pelo STJ, retiram-se várias regras que entravam a concorrência entre os agentes econômicos e não têm mais razão de ser. Por exemplo, deixa-se claro que é livre a concorrência do alienante do estabelecimento empresarial com o adquirente, a não ser que o contrário conste expressamente do pacto, e que as regras de trespasse não se aplicam aos contratos de alienação de participação societária. Os prestadores de

serviço são livres para seguir com sua atividade ao fim do contrato, a menos que o contrário seja acertado.

Em suma, a proposta de alteração da disciplina do Direito Empresarial busca trazer segurança e previsibilidade para os negócios, sem improvisações ou surpresas, capazes de brindar os princípios da função social da empresa, da livre iniciativa e da livre concorrência com maior concreção e densidade, na busca pelo estímulo às atividades empresariais, ao desenvolvimento nacional e ao bem-estar social, que decorrem do bom funcionamento da economia. No campo de Direito Empresarial, embora bem-intencionadas, mudanças impensadas, apressadas ou distanciadas da dinâmica peculiar da matéria poderiam produzir efeitos nefastos sobre a organização dos mercados e sobre nossa capacidade de atração de investimentos – e isso é tudo o que se quer evitar nessa iniciativa de atualização do Código Civil.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito Empresarial da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023a]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/6cfd0419-386f-4e7b-9401-7fe149372877. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.425.266/RJ*. Relator: Min. Raul Araújo, 4 de dezembro de 2023b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.770.848/PR*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de abril de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). *Recurso Especial nº 1.219.210/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 30 de abril de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.239.754/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 15 de maio de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.535.727/RS*. Relator: Min. Marco Buzzi, 10 de maio de 2016.

A sociedade limitada e as propostas de atualização e reforma do Código Civil

Moacyr Lobato[1]

1 Introdução

É centenária a presença das sociedades limitadas, originariamente denominadas *por quotas de responsabilidade limitada* no direito brasileiro.

O Brasil foi o quinto país do mundo a legislar sobre a matéria, disciplinada pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919[2]. Nesse sentido, João Eunápio Borges afirma: "Nossa lei sobre sociedade por cotas de responsabilidade limitada filiou-se ao sistema da lei alemã de 1892, através da lei portuguesa de 1901, na qual diretamente se inspirou" (Borges, 1991, p. 339).

Sua admirável longevidade – de 1919 a 2002 – não correspondeu à aceitação pacífica de suas disposições, sobretudo pela maioria da doutrina que lamentava a exiguidade do texto (19 artigos apenas) e a completa ausência de tratamento normativo adequado às importantes questões que o desenvolvimento do exercício do objeto social reclamava. As críticas foram quase sempre severas e contundentes:

1 Moacyr Lobato de Campos Filho é professor de Direito Empresarial da PUC-MG; mestre em Direito Comercial pela UFMG; doutor em Direito Privado pela PUC-MG; membro da Comissão de Atualização e Revisão do Código Civil; desembargador aposentado do TJMG; advogado.

2 Na Alemanha, segundo Fran Martins, operou-se um grande movimento legislativo para criar um tipo de sociedade capaz de atender aos interesses do comércio. Depois da Alemanha vieram Portugal, Áustria, o Companies Act na Inglaterra e o Decreto nº 3.708 de 1919, no Brasil (Martins, 1960, p. 18-19).

> Nasceu imperfeita a lei das sociedades por quotas. Falta ao Decreto nº 3.708, de 1919, a penetração doutrinária indispensável à exata configuração do novo instituto. [...] A insuficiência do texto legal tem dado margem a impulsos interpretativos contraditórios. Ora, prevalecem as interpretações demasiadamente rígidas dos que subordinam a vida e o desenvolvimento das sociedades por quotas ao padrão estreito das sociedades solidárias ou em nome coletivo. Ora, ao contrário, no intuito de libertá-la do julgo *personalista* das sociedades solidárias, juristas e tribunais, esquecidos do particularismo da nova instituição, acorrentam-na ao império de regras e soluções próprias ao regime do anonimato (Teixeira, 1956, p. 8-9).

A despeito de sua manifesta insuficiência, nem por isso o Decreto reitor das sociedades por quotas deixou de ter ampla aceitação entre os exercentes de atividade econômica explorada de forma coletiva.

Foram duas, basicamente, as principais razões do sucesso das sociedades por quotas durante o tempo de sua vigência: a) a extrema facilidade de sua constituição; e b) a ausência de responsabilidade patrimonial dos sócios para além do valor do capital social subscrito, em contraponto à inconveniência da responsabilidade patrimonial ilimitada presente nas sociedades previstas no Código Comercial de 1850.

Sem embargo da posição majoritariamente crítica à lei de regência desse tipo societário, conforme visto anteriormente, Rubens Requião tinha outra opinião a respeito:

> Na realidade, porém, o estilo lacônico da Lei não resultou em grande prejuízo para as empresas que adotaram esse tipo como sua estrutura jurídica. Ao revés, deixou ao alvedrio dos sócios a regulamentação como bem desejassem, dentro, evidentemente, dos princípios gerais que regem as sociedades comerciais em nosso direito, a vida da sociedade, por meio das normas contratuais. Permite-se, assim, à livre criatividade dos empresários e dos juristas, a estruturação da vida social por meio da liberdade do contrato (Requião, 2003, p. 461).

Vigeu o Decreto nº 3.708/1919 por pouco mais de oitenta anos até a edição da Lei nº 10.406, de janeiro de 2002, o Código Civil, cuja atualização e reforma constituem objeto da Comissão de Juristas instituída por Ato do Senado Federal em setembro de 2023, por iniciativa de seu Presidente, Senador Rodrigo Pacheco.

Após longa tramitação, iniciada nos anos 1970, e que presenciou a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), houve necessidade de adequação das normas do então Projeto de Código Civil à CRFB, vindo a lume o Código Civil, que iria substituir a codificação de 1916.

O Livro II do Código Civil foi consagrado inteiramente ao Direito de Empresa, dispondo o Capítulo IV, arts. 1.052 a 1.087, sobre as sociedades limitadas, suprimindo o novo texto a expressão "por quotas", presente na redação do Decreto nº 3.708/1919, tal qual adotado em Portugal.

O Livro II do alcunhado "Código Reale", ao disciplinar as sociedades limitadas, estabeleceu regramento minucioso no Capítulo IV do mencionado Título II, tratando: das Quotas; da Administração da Sociedade; do Conselho Fiscal; da Deliberação dos sócios; do Aumento e da Redução de capital; da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários e da Dissolução da Sociedade, em oito seções, sendo que a primeira delas cuida das disposições preliminares.

A escassez de regras, no Decreto que introduziu as sociedades limitadas foi, então, substituída por um conjunto de preceitos cuja principal característica reside no regramento minudente do tipo societário em questão, ainda sob o impacto da edição da Lei nº 6.404/1976 (Lei das sociedades por ações (LSA)), reconhecida pela excepcional qualidade técnica e arrojo na disciplina das sociedades anônimas.

A despeito da igualmente boa técnica presente na organização e distribuição dos temas relativos às limitadas no âmbito do Código Civil de 2002, reconheceu-se a necessidade de tornar as regras que disciplinam as sociedades limitadas no direito brasileiro mais claras e simplificadas, diante do formidável volume de sociedades empresárias regularmente constituídas no Brasil.

2 As principais propostas de alterações na sociedade limitada

Instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 11/2023 e sob a Presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, a Comissão de Juristas apresentou Relatório Final, pelas mãos dos Relatores Gerais, Professores Flávio Tartuce e Rosa Nery, no final de abril de 2024.

Divididas em tantas subcomissões quanto os Livros do Código Civil, mais o livro inédito de Direito Civil Digital, a Subcomissão de Direito de Empresa foi composta por cinco membros, tendo como Sub-relatora a Professora Paula Forgioni, Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professores Flavio Galdino (UERJ), Daniel Carnio (PUC SP), Moacyr Lobato (TJMG e PUC MINAS) e o ex-Presidente do Conselho Federal da OAB e membro de outras Comissões de legislação, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho.

A Justificação, documento que acompanhou o Relatório Final dos Trabalhos da Comissão, esclareceu:

> A reforma do Livro da Empresa introduziu modificações pontuais na disciplina do Direito Empresarial, com o escopo de 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 (Brasil, [2024c]).

Procurou-se promover segurança e previsibilidade para os agentes econômicos, por meio da implementação de regras mais claras para as sociedades, visando desburocratizar, fortalecer e facilitar o fluxo de relações econômicas e a fluidez dos negócios (Justificação).

Em artigo publicado durante o período dos trabalhos da Subcomissão, o Professor Flavio Galdino esclareceu os objetivos das alterações que seriam propostas à Comissão de Atualização e Revisão do Código Civil:

> Nessa tarefa, tem lugar de destaque a atualização do Livro de Direito de Empresa. Não é ocioso lembrar que mais de 95% das empresas brasileiras em funcionamento regular ocupam formas societárias reguladas pelo Código Civil. Tais empresas promovem a maioria absoluta dos empregos formais brasileiros e a maioria dos recolhimentos dos tributos relacionados à circulação e ao consumo de bens e serviços e à seguridade social. Sem embargo da relevância econômica das sociedades anônimas para determinados investimentos e para o mercado de capitais em geral, no Brasil, o empreendedorismo é exercido por outras formas societárias mais simples (Galdino, 2024).

E complementa:

> A proposta de atualização do Livro de Direito de Empresa procura revigorar a força dos contratos – inclusive e especialmente dos contratos sociais – e simplificar a prática de atos societários em geral, resolvendo questões que afligem os operadores do Direito e muito sensivelmente os empresários (Galdino, 2024).

Essa direção norteou todo o trabalho desenvolvido pela Subcomissão de Direito de Empresa, cujas deliberações internas foram adotadas por unanimidade.

3 A principiologia do Direito Empresarial: o art. 966-a do anteprojeto

As disposições do Livro II do Código Civil devem ser interpretadas e aplicadas, considerando o incremento de ambiente favorável ao desenvolvimento do País e

ao estímulo do empreendedorismo, com observância dos princípios elencados no art. 966-A do Anteprojeto, com especial destaque à autônoma patrimonial das pessoas jurídicas, à limitação de responsabilidade patrimonial dos sócios, conforme o tipo societário adotado e à primazia das deliberações majoritárias do capital social, se o contrato social nada dispuser em contrário (IV, V e VI do art. 966-A)[3].

São princípios relativos à formação e ao exercício do objeto social das sociedades regidas pelo Código Civil, com destaque para as sociedades limitadas. Eles integram a mencionada principiologia inserta na proposta convertida em Anteprojeto que consagram, de modo eloquente, as transformações pretendidas no âmbito das reformas das sociedades limitadas.

Seguem-se outros, igualmente relevantes na matéria, de que são exemplos a prevalência da autonomia privada; da força obrigatória das convenções, desde que, em ambos os casos, não haja violação de normas de ordem pública; da observância dos usos, práticas e costumes, nas hipóteses não reguladas em lei e não contrárias ao direito que prestigiem a simplicidade e instrumentalidade das formas (III, VII, IX e X, art. 966-A, Anteprojeto).

Todos esses princípios, oportunamente inseridos na abertura do Livro de Direito de Empresa, derivam de comandos constitucionais, previstos sobretudo no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170 da CRFB[4].

São eles: a liberdade de iniciativa; a valorização e aperfeiçoamento do capital humano; a liberdade de organização e livre concorrência da atividade empresarial, nos termos da Lei; e a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica (I, II e VIII, Anteprojeto).

---

3 "Art. 966-A. As disposições deste Livro devem ser interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país, observados os seguintes princípios: I – da liberdade de iniciativa e da valorização e aperfeiçoamento do capital humano; II – da liberdade de organização e livre concorrência, da atividade empresarial, nos termos da lei; III – da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública; IV – da autonomia patrimonial, das pessoas jurídicas, conforme seu tipo societário; V – da limitação da responsabilidade dos sócios, conforme o tipo societário adotado, nos termos legais; VI – da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social; VII – da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública; VIII – da preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica; IX – da observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito; X – da simplicidade e instrumentalidade das formas" (Brasil, [2024c]).

4 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (Brasil, [2024a]).

Os princípios, ora relacionados, específicos do Direito Empresarial, devem servir de norte, orientação segura aos que se dedicam ao tema, a fim de socorrer empresários, esclarecer a advocacia e auxiliar os magistrados quando do exame das questões empresariais cada dia mais relevantes.

4 Sua Excelência, o Contrato

Finalizados os trabalhos da Comissão de Juristas, após a entrega dos Relatórios das Subcomissões e deliberação pelo Pleno da Comissão, podem-se identificar, com acentuado grau de clareza, as linhas gerais que inspiraram os trabalhos até então desenvolvidos.

Com efeito, elegeram-se ponto de partida e viga-mestra das propostas de atualização e revisão do Código Civil em matéria de Direito Empresarial: o Contrato.

A primazia dos contratos (naturalmente com o destaque dado neste espaço ao Contrato Social) e a força vinculante de suas disposições clausuladas, erigidas à condição de Princípios, vêm reafirmar a expectativa daqueles que anseiam pela plena estabilidade e validade dos pactos celebrados ao tempo em que consagram a jurisprudência mais avançada sobre o tema a partir das decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça, aliás um dos principais vértices da reforma. A jurisprudência, já sedimentada no âmbito do STJ, ao lado da simplificação das regras do Livro II do Código Civil, compõe o esforço comum de propiciar melhores condições e ambiente de negócios mais favorável ao desenvolvimento econômico do País.

O Contrato Social, cujo conteúdo há de ser respeitado pelos que a ele se obrigam, deve merecer cuidados redobrados em sua elaboração, com o concurso de pessoas e profissionais habilitados e conhecedores da matéria, a fim de que suas cláusulas sejam objeto de fiel cumprimento pelas partes a que, livre e legitimamente pretendem se obrigar, de tal sorte que a estrita observância de seu conteúdo obrigacional seja convertida em regra de caráter principal.

O Contrato, quer se trate de documento destinado a reger o surgimento, o desenvolvimento e a extinção de atividades desenvolvidas por sociedades, empresárias ou não, quer corresponda a negócios empresariais entabulados por pessoas capazes e em condições de simetria negocial, ressurge como o "Rei Sol" do direito dedicado à regulação das atividades econômicas caracterizadas como empresariais, reservando-se à sempre relevante intervenção aos casos e hipóteses em que o próprio contrato, resultante da vontade das partes, não se mostrar suficiente para encaminhar a melhor solução.

A prevalência da convenção dos sócios, estampada em cláusulas contratuais, no âmbito dos contratos de sociedades limitadas, desde que não violem normas de ordem pública, é reafirmada em vários dispositivos relativos às sociedades limitadas.

Nesse sentido, o art. 1.053 prevê em seu *caput* que: "O contrato social é o instrumento de regência da sociedade limitada cujo teor somente poderá ser afastado em caso de violação da lei" (Brasil, [2024c]).

Em diversos temas de considerável importância nas sociedades limitadas – como sucessão de quotas (art. 1.057), deliberações sociais (art. 1.076), anuência de todos os sócios minoritários (art. 1.077, parágrafo único), direitos de sócio retirante, excluído e espólio do falecido (art. 1.085-A), morte de sócio (art. 1.085-B) – há previsão legal de se garantir ampla liberdade aos sócios para disporem da maneira que lhes convier, se omisso o contrato social, respeitados, obviamente, os limites estabelecidos pelas normas de ordem pública.

5 Outras propostas de alterações

No conjunto de alterações incorporadas ao anteprojeto, também foram contemplados aspectos de destacada importância, como o parágrafo terceiro do art. 1.054, que prevê a possibilidade de quotas preferenciais, nas proporções e condições definidas no contrato social, atribuindo, aos seus titulares, direitos econômicos e políticos diversos, com possibilidade de supressão ou delimitação do direito de voto pelo sócio titular da quota preferencial respectiva, conforme as disposições da LSA.

Conforme dispõe a Justificação que acompanha o Anteprojeto, em atenção à imperiosa necessidade de fixação de critérios, reivindicada pela doutrina e pela jurisprudência, optou-se, uma vez mais, pelo modo como é tratada a matéria no contrato social e, sendo omisso o instrumento contratual, pelo balanço de determinação, avaliando-se, a preço de saída e com base na data da resolução, o ativo e o passivo, nos termos da proposta do art. 1031 do Anteprojeto.

Ainda no campo das alterações que devam merecer algum destaque, observados os limites estreitos das presentes reflexões, importa consignar em observância ao princípio da simplicidade e instrumentalidade das formas (art. 966-A, Anteprojeto), a incorporação expressamente dos meios eletrônicos como adequado às comunicações societárias, com a consequente simplificação das formalidades exigidas para validade dos atos respectivos.

De igual modo, assinala-se a extinção de tipos societários em franco desuso, como os casos das sociedades em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044) e em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051), ambos do Código Civil.

Há também a hipótese relacionada à dissolução total da sociedade, disciplinada entre arts. 1.111-A a 1.111-I, nos quais são especificadas as atribuições do liquidante e o procedimento de liquidação da sociedade.

Finalmente, e nos termos da Justificação encaminhada das razões das propostas de alterações apresentadas pela Comissão de Juristas, resta considerar que as normas de Direito Societário foram compatibilizadas com as dos demais Livros, especialmente quanto ao Direito de Família e de Sucessões.

Assim, enquanto não efetivada a liquidação das cotas, o herdeiro, o meeiro, o cônjuge ou o convivente que se separou, divorciou ou dissolveu união estável com o sócio, possam perceber os lucros da participação que proporcionalmente lhes caberia em virtude do regime de bens adotado ou das regras sucessórias.

6 Conclusão

Os trabalhos da Comissão de Juristas para a revisão e a atualização do Código Civil foram iniciados com rigorosa observância das diretrizes traçadas desde o Ato que instituiu a Comissão e de seu desenvolvimento até a entrega do Relatório Final.

A despeito de não se elaborar proposta de um novo Código, nem por isso deixou a Comissão de enfrentar temas polêmicos, nem de rejeitar ideias novas, desde que aceitas de modo satisfatório pela doutrina e com algum respaldo na jurisprudência.

Em relação ao Direito de Empresa, especialmente quanto às sociedades limitadas, pode-se afirmar, sem temor, que muitos avanços foram registrados e que, talvez, o maior mérito de todo o esforço empreendido no trabalho de atualização e esteja na percepção de que o tipo societário de maior adesão entre os agentes econômicos deveria ser conduzido sob a inspiração da previsibilidade, da segurança jurídica e da simplificação das regras incidentes sobre a matéria, sem prejuízo do rigor científico e boa técnica redacional.

O Congresso Nacional, a partir de agora, terá a oportunidade de aperfeiçoar o trabalho apresentado e oferecer ao País uma lei que honre nossas melhores tradições legislativas.

Referências

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024c]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

GALDINO, Flávio. A necessidade de atualizar o direito empresarial em prol da segurança jurídica. *JOTA*, [*s. l.*], 5 jan. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/a-necessidade-de-atualizar-o-direito-empresarial-em-prol-da-seguranca-juridica. Acesso em: 31 out. 2024.

MARTINS, Fran. *Sociedade por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonade, 1956.

Segurança jurídica e o Direito de Empresa na Reforma do Código Civil

Marcus Vinicius Furtado Coêlho[1]

1 Introdução

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil foi entregue ao Senado Federal, em sessão solene realizada em 17 de abril de 2024. Desde a aprovação do atual diploma, há mais de 20 anos, a sociedade enfrenta transformações significativas. Com a "modernidade líquida", termo criado pelo professor e filósofo Zygmunt Bauman[2], os avanços tecnológicos do século XXI trazem consigo inúmeras modificações nas relações econômicas e empresariais no Brasil e no mundo. O direito pode e deve acompanhar essas mudanças, a fim de se adaptar às demandas do tempo presente. Os avanços no direito empresarial são especialmente urgentes, sobretudo para os atores econômicos, que demandam a desburocratização das relações empresariais, de maneira a trazer segurança jurídica e previsibilidade para o ambiente de negócios no País.

No Brasil, dentre os diplomas legais que balizam a atividade empresarial, o Código Civil é pedra fundamental na legislação acerca das relações entre empresas. Sob esse prisma, as modificações propostas pela reforma do diploma no âmbito

1 Marcus Vinicius Furtado Coêlho é doutor em Direito pela Universidade de Salamanca; presidente Nacional da OAB entre 2013 e 2016; presidente da Comissão de Direito Constitucional da OAB; advogado.

2 Ver Bauman (2001).

do Direito de Empresa têm o objetivo de fortalecer e facilitar o fluxo das relações econômicas e a fluidez dos negócios.

Tendo como fio condutor a proteção da segurança jurídica, cumpre destacar as seguintes alterações realizadas pelo anteprojeto: a) a instituição de rol de princípios específicos do direito empresarial; b) a simplificação dos tipos societários, com o objetivo de desburocratizar a atividade empresarial; e c) a primazia da força vinculante dos contratos empresariais, de forma a trazer segurança e previsibilidade para os agentes econômicos.

2 A instituição de rol de princípios do direito empresarial

A proposta da nova legislação consolida o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça de que o direito empresarial possui uma lógica própria e que deve ser interpretado a partir de princípios e regras específicas. Vê-se, conforme trecho a seguir:

> [N]os contratos mercantis, os contratantes são empresários que exercem atividade econômica profissionalmente, sendo essencial "assegurar a necessidade dos agentes econômicos de segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato", por isso as pactuações empresariais, mesmo quando se mostram decisões de gestão empresarial equivocada, em regra, devem ser observadas, como resguardo à livre concorrência e à dinamização da economia (Brasil, 2015).

Assim, em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores, o texto inova ao fixar rol de princípios que devem reger a interpretação das normas empresariais, como o estímulo à atividade econômica, à livre iniciativa e à livre concorrência.

Não restam dúvidas de que se trata de inovação de notória relevância, pois consolida os vetores de funcionamento da ordem jurídica dos mercados, orientando a sistematização da matéria. O anteprojeto reforça a base principiológica constitucional do Direito Empresarial, com destaque para a função social da empresa, a livre iniciativa e a livre concorrência que organizam os mercados. Conforme o texto do anteprojeto, todas as regras de Direito Empresarial devem ser "interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país" (Brasil, [2024c]).

No rol de princípios do anteprojeto são mencionadas a liberdade de iniciativa, de organização e a livre concorrência de atividade empresarial. Há, portanto, referência ao art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o qual versa sobre "o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos" (Brasil, [2024a]).

No mesmo sentido, a norma proposta prevê a "preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica" (Brasil, [2024c]). Trata-se de princípio do moderno direito comercial, e sua importância vai para além da proteção do empresário, de uma sociedade ou do estabelecimento em si – o valor básico prestigiado é a atividade empresarial. Tem-se em vista, assim, o conjunto de interesses que ultrapassam a figura do empresário e gravitam em torno do negócio, como os incentivos ao comércio, a geração de empregos e renda, o impulso à cadeia produtiva, composta por fornecedores e consumidores, bem como a arrecadação fiscal ocasionada pela atividade econômica.

Sob esse viés, o anteprojeto propôs, no art. 966, a superação da definição inspirada no Código italiano de 1942, focada na figura do empresário. Isto é, a redação sugerida substitui o conceito de empresário pelo de empresa, dando primazia à atividade empresarial. A empresa é definida como "a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação de riquezas, com escopo de lucro, em prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano" (Brasil, [2024c]).

É certo que não se pode ignorar a dimensão humana ao se pensar em atividade empresarial. Nota-se que o anteprojeto destaca a valorização do trabalho humano, em conformidade com o art. 170 da CRFB, que assegura, entre outros preceitos, que a ordem econômica observará a função social da propriedade e a busca pelo pleno emprego.

Outra inovação normativa que merece destaque é a garantia da "observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito" (Brasil, [2024c]). Vale salientar que a prática, os usos e costumes criam velozmente negócios empresariais, impulsionados por novas tecnologias e com potencial de serem difundidos ao redor do mundo, sem encontrar limites nas fronteiras geográficas. O ordenamento jurídico estatal formata o mercado, estabelecendo o que é proibido. Dentro dos espaços deixados pelas regras cogentes, os agentes econômicos privados podem livremente empreender, assumindo os riscos decorrentes das suas escolhas e atividades. Por conseguinte, os contratos empresariais funcionam

de acordo com a lógica destacada, subsumindo-se à sua mecânica, com um balanceamento diverso de princípios.

A desburocratização é elemento-chave nesse processo. Sem dúvidas, as leis podem e devem acompanhar os desafios e oportunidades impostos pela era da informação, de maneira a privilegiar a "simplicidade e a instrumentalidade das formas". Esse princípio orienta todos os dispositivos presentes no anteprojeto, conforme ficará evidente ao longo deste artigo.

Sob a perspectiva da liberdade como valor jurídico, a autonomia privada é a pedra fundamental do direito empresarial. Nesse sentido, a vontade do indivíduo deverá ser resguardada como instrumento jurídico de realização de justiça (Amaral Neto, 1982), a qual "somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública" (Brasil, [2024c]). Vê-se, portanto, a harmonização de princípios tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo.

No âmbito do direito empresarial, a autonomia para dispor livremente sobre seu patrimônio é assegurada às pessoas jurídicas conforme seu tipo societário. Como consequência desse princípio, "os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto", de modo que "será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações" (Coelho, 2022).

3 A simplificação dos tipos societários com o objetivo de desburocratizar a atividade empresarial

Tendo por objetivo o incremento da flexibilidade e da competitividade na exploração da atividade empresarial, o anteprojeto buscou simplificar os tipos societários até então existentes. É consenso que o atual Código Civil burocratizou demasiadamente as sociedades limitadas – o mais popular tipo societário brasileiro. A proposta simplifica a convocação e a realização de reuniões e assembleias dos sócios, sempre garantindo os direitos dos minoritários, mas sem travar o bom andamento dos negócios sociais. O fim último é a desburocratização, com a previsão de ampla liberdade para os sócios regrarem as reuniões e assembleias.

Assim, simplifica-se a convocação de reuniões, realizada por meio do envio de notificações a dois endereços – físico e eletrônico – dispensadas as formalidades de publicação. É atribuída aos encontros virtuais ou híbridos plena validade, tendo preferência sobre a modalidade presencial. A modernização do normativo visa refletir a praticidade da era digital, positivando sua aplicação no direito empresarial.

O texto do anteprojeto estabelece a plena legalidade de sociedades estabelecidas entre cônjuges ou companheiros, bem como dos estabelecimentos empresariais virtuais. Afasta-se qualquer dúvida sobre a validade e a eficácia das quotas preferenciais e dos acordos de quotistas, oponíveis a terceiros quando registrados no Registro Público de Empresas Mercantis e Integração, incorporando no Código Civil orientações trazidas por atos do Departamento Nacional de Registro de Empresas.

Regula-se também a dissolução total das sociedades, não prevista no atual Código Civil. Embora esses casos sejam mais raros, a falta dessa disciplina no Código de Processo Civil (CPC) tem gerado instabilidade, que se pretende remediar, resgatando regras já aplicadas por alguns tribunais na esfera estadual. Dessa forma, o texto institui regramento claro quanto à apuração de haveres na hipótese de dissolução de sociedades, que deve ocorrer nos 90 dias seguintes à data de referência da liquidação da quota, além de fixar o referencial em cada caso.

Desse modo, o anteprojeto dispõe que "todas as deliberações, salvo disposição contratual diversa, serão tomadas por votos correspondentes a mais da metade do capital social" (Brasil, [2024c]). Prevalece o princípio majoritário das deliberações sociais, para que haja apenas um quórum: mais da metade do capital social. A atual previsão do Código Civil de 2002 fixa a possibilidade de dois tipos de quórum, segundo o art. 1.076, incisos II e III: "pelos votos correspondentes a mais da metade do capital social" e "pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato" (Brasil, [2024b]). É evidente que a unificação das hipóteses propicia maior clareza quanto à formação do quórum para a aprovação de propostas, resultando, consequentemente, no incremento da segurança jurídica.

Ainda sobre as sociedades empresariais, algumas alterações eram postuladas especialmente no que diz respeito à apuração de haveres, no caso de morte, retirada ou exclusão de sócio. O anteprojeto busca uniformizar interpretações conflitantes, que emergiram do CPC e causaram instabilidade.

Conforme orientação do STJ, o primeiro critério de apuração a ser respeitado é o constante do contrato social, visto que a liberdade e o respeito aos pactos devem reger as associações entre investidores. Na falta dessa estipulação, segue-se o disposto pelo CPC, com levantamento do balanço de determinação e consideração dos ativos intangíveis e daqueles gerados internamente, como é característica da economia moderna, para o cálculo dos haveres.

O novo texto fundamenta-se na autonomia privada e na responsabilidade do empreendedor pelos riscos que assume no contrato social, incentivando a negociação e a contratação prévia de pontos sensíveis da vida societária. Determina-se a obrigatoriedade de constar do contrato social, além do que é exigido pelo atual

Código Civil, a previsão: a) do método e dos parâmetros de apuração de haveres, prazo e demais condições de pagamento dos haveres; b) dos endereços eletrônicos para efetivação das comunicações sociais, incluindo (mas não se limitando) às convocações para os atos societários; e c) se for o caso, sítio eletrônico da empresa no qual serão realizadas as publicações exigidas pela legislação.

Além disso, tem-se a superação da burocrática e anacrônica diferenciação entre denominação e firma social, a supressão de tipos societários quase não utilizados e a possibilidade de a administração das sociedades ser exercida por pessoas jurídicas, incentivando sua profissionalização, na exitosa esteira adotada pela Lei de Falências. Retorna-se à tradição brasileira da opção de a sociedade limitada ser entregue à administração profissional, sem prejuízo da responsabilidade dos gestores.

4 A primazia da força vinculante dos contratos empresariais

As alterações propostas no âmbito dos contratos empresariais amparam-se na modernização do normativo, bem como o incremento da confiança legítima. O anteprojeto incorpora as modificações realizadas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) no sentido do fortalecimento da autonomia privada e da garantia da força obrigatória nos contratos, bem como da excepcionalidade da revisão contratual. Cita-se o art. 3º, VIII, da referida lei, o qual estipula como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômico do País "a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública" (Brasil, [2022]).

Assim, o texto estabelece como princípios a força obrigatória das convenções (art. 966-A), a intervenção mínima nos contratos e a excepcionalidade da revisão contratual (art. 421, § 1º). Segundo a justificativa incorporada ao anteprojeto, "assegurar a força vinculante dos contratos entre empresas é forma de trazer segurança e previsibilidade para os agentes econômicos, de coibir o oportunismo prejudicial ao mercado e, uma vez mais, de atrair capitais e fomentar a atividade econômica" (Brasil, [2024c]).

Na esfera contratual, a segurança jurídica é garantida pela aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, o qual assegura que as partes não serão surpreendidas por alterações unilaterais ou arbitrárias. Cria-se, pois, um ambiente de confiança, onde

as partes podem tomar decisões baseadas no que foi acordado, reduzindo riscos e aumentando a previsibilidade no ambiente de negócios.

Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, em conformidade com o art. 421-C, *caput*, do texto proposto. Devido a sua dinâmica peculiar, demanda-se intervenção mínima pelo Poder Judiciário, sendo oportuna sua revisão apenas em hipóteses excepcionais.

A fim de delimitar as particularidades dos contratos empresariais em relação aos demais contratos civis, o art. 421-C, § 1º, estipula uma série de parâmetros voltados para sua interpretação. Nos termos da justificativa apresentada pelo anteprojeto, "nas relações entre empresas em situação assimétrica, deve prevalecer o tratamento específico conferido ao tipo contratual, evitando-se o abuso de dependência econômica de uma parte em relação à outra" (Brasil, [2024c]).

Outro parâmetro interpretativo é a percepção de que a boa-fé empresarial também se mede "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"; além disso, "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" (Brasil, [2024c]). Positivou-se também a possibilidade de celebração de contratos empresariais atípicos.

É evidente que o anteprojeto fortalece a ampla liberdade contratual, para que cumpra às partes estipular parâmetros autônomos de interpretação das cláusulas, hipóteses de resolução do contrato, alocação de riscos e seus critérios, entre outros. Sob essa perspectiva, a nova legislação prevê a consideração dos usos e costumes do local da celebração para suprir omissões presentes nos contratos entre empresas.

Nesse sentido, o art. 421-D permitiu que as partes estipulem, em contratos paritários, e em não se tratando de contratos por adesão, regras próprias de interpretação e condições para revisão contratual que desejam ver aplicadas àquela avença em específico. As partes também poderão atribuir significado próprio a determinadas expressões, na forma de glossário no texto do instrumento, bem como fixar no texto ajustado a interpretação que conjuntamente entendem adequada sobre determinado texto normativo – desde que dentro dos limites impostos pela ordem pública e pela lei cogente.

Por sua vez, o art. 421-E estabelece que os contratos entre empresas celebrados de modo conexo – seja por coligação, por se situarem no contexto de uma mesma operação econômica, ou se destinados à regulação de diversos negócios comuns às mesmas partes – serão interpretados de maneira sistemática, a partir do exame

conjunto de suas cláusulas contratuais, de forma a privilegiar a finalidade negocial que lhes é comum.

Cumpre destacar a inclusão dos arts. 721-A a 721-I, que dispõem sobre o contrato de distribuição empresarial, até então atípico, de modo a diferenciá-lo dos contratos de agência – vinculados à representação comercial. Conforme definiu o art. 721-A:

> Pelo contrato de distribuição empresarial, o concedente obriga-se à venda reiterada de bens ou de serviços ao distribuidor, para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa (Brasil, [2024c]).

O parágrafo único do dispositivo, por sua vez, acrescenta que "o concedente e o distribuidor são empresas independentes, cabendo a cada qual os riscos, despesas, investimentos, responsabilidades e proveitos de sua própria atividade, salvo os casos expressamente previstos em legislação específica" (Brasil, [2024c]).

5 Conclusão

Dada a importância da atividade empresarial para o ambiente de negócios no País e para a geração de emprego e renda, com consequente fomento do fator econômico e humano, o anteprojeto do Código Civil propõe alterações com o fim de desburocratizar a norma vigente e apresentar regras mais claras, simplificando seus dispositivos. Asseguram-se, portanto, os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, ao contribuir com a previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico quanto ao direito da empresa.

Os princípios evidentes no diploma, como a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a autonomia privada e a força vinculante das convenções, orientam o funcionamento do mercado de maneira sistêmica em relação ao direito privado e à CRFB. Aos negócios empresariais é atribuída a fluidez que lhes é própria, facilitando o fluxo das relações econômicas.

O anteprojeto visou à simplificação dos tipos societários, suprimindo os pouco utilizados e apresentando um regramento claro sobre a dissolução total das sociedades e sobre a apuração de haveres, pacificando interpretações conflitantes. Fixou-se a primazia do princípio majoritário das deliberações sociais, o que resultou na uniformização do quórum para mais da metade do capital social. As inovações

buscaram a modernização do diploma e inserir o direito da empresa na era digital, por meio da regulamentação de assembleias dos sócios em ambiente virtual ou na modalidade híbrida, por exemplo.

No campo dos contratos empresariais, há o estímulo à livre pactuação entre as partes, para que seja garantida a intervenção mínima do Poder Judiciário e a excepcionalidade da revisão contratual. O anteprojeto regulamenta os parâmetros interpretativos particulares aos contratos entre empresas, sob a égide da segurança jurídica.

Portanto, é indubitável que as modificações dispostas no anteprojeto direcionam o direito empresarial para um novo tempo, com avanços na atividade econômica e no desenvolvimento do País.

Referências

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Introdução à teoria geral da relação jurídica. *In*: DIAS, Adahyl Lourenço *et al*. *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 139-140.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024c]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). *Recurso Especial nº 1.219.210/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 30 de abril de 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Introdução ao direito societário. *In*: _____. *Curso de direito comercial*: sociedades. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. v. 2. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-comercial-sociedades/1440739915. Acesso em: 10 out. 2024.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GOMES, Orlando. *Teoria geral dos contratos*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. *In*: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Princípios do Direito Empresarial no Projeto de Reforma do Código Civil: análise da proposta de novo art. 966-A do Código Civil

Flavio Galdino[1]

1 A Reforma do Código Civil

Como amplamente noticiado, o Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, instituiu em 2023 uma Comissão para Revisão e Atualização do Código Civil ("Comissão"), cometendo a função de presidi-la ao Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça. Integram a Comissão quase quarenta juristas de todas as regiões do País, com as mais variadas formações acadêmicas e práticas profissionais, sendo a Vice-Presidência ocupada pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze e as Relatorias-Gerais pelos Professores Doutores Rosa Maria de Andrade Nery e Flavio Tartuce, além de contar com outros quatro magistrados integrantes do Superior Tribunal de Justiça.

A Comissão tem composição plural, contando com jovens juristas, como a Professora Laura Porto, dedicada ao Direito Digital e juristas experientes, como o Decano, o encantador Professor Doutor Edvaldo Brito, dedicado aos Títulos de Crédito, além de magistrados de todas as instâncias judiciárias, de que são exemplos a Juíza de Direito Patrícia Carrijo (Responsabilidade Civil), o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Mello (Direitos Reais) e o Ministro Marco Buzzi (Direito

1 Flavio Galdino é professor da Faculdade de Direito da UERJ; advogado; membro da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para revisar e atualizar o Código Civil.

de Família), além de expoentes da advocacia, como o Professor Doutor Rodrigo Mudrovitch (Parte Geral) e da Academia, como a Professora Doutora Giselda Hironaka (Direito das Sucessões).

2 A Reforma do Direito de Empresa

De modo a otimizar os trabalhos, na primeira fase, a Comissão foi dividida em subcomissões às quais coube elaborar proposta de atualização de cada Livro do Código Civil, além da subcomissão especializada em direito digital. No âmbito do Direito de Empresa, os trabalhos da Subcomissão couberam aos eminentes Professores Doutores Moacyr Lobato (MG), Daniel Carnio (SP), Marcus Vinicius Furtado Coelho (PI), sempre Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – todos secundados pelo autor deste breve ensaio (a "Subcomissão").

Tratou-se igualmente de uma Subcomissão plural, com advogados especializados, magistrados de primeira e segunda instâncias com competências focadas em matéria empresarial, todos atuantes durante décadas – inclusive na docência em reputadas Faculdades, comandados pela eminente Professora Doutora Paula Forgioni, que honra as melhores tradições da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (da Universidade de São Paulo), ocupando a sua cátedra de Direito Comercial. As propostas apresentadas por cada subcomissão foram debatidas com a comunidade jurídica e com a sociedade em geral em inúmeras audiências e debates e afinal submetidas ao colegiado completo da Comissão, momento em que foram novamente debatidas, deliberadas e votadas, constituindo o Anteprojeto de Reforma do Código Civil ("Anteprojeto" ou simplesmente "Reforma").

3 Linhas-mestras da Reforma

Desde a constituição da Comissão, algumas premissas centrais nortearam os seus trabalhos, que foram intensos. Em que pese o esforço de atualização do Código Civil empreendido pela jurisprudência ao longo dos últimos vinte anos, a dispersão dos julgados – e eventualmente a sua volatilidade – trazem problemas notórios à sistematicidade do ordenamento jurídico (assim como à sua cognoscibilidade), especialmente em um País que, embora tenha *evoluído* para reconhecer força vinculante a precedentes jurisprudenciais, ainda tem uma *cultura legalista* – no sentido de orientar-se de modo predominante pelos textos legislados para a

redação de documentos e a solução de disputas. É imprescindível, então, incorporar a evolução da jurisprudência ao corpo legislativo – notadamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, submetendo-a ao elevado crivo do Parlamento, o que se faz de tempos em tempos.

Demais disso – e em estrita consonância –, havia a aspiração de elevar substancialmente o grau de segurança jurídica na interpretação e aplicação do ordenamento civil, uma vez que há percepção no seio do Parlamento, do próprio Poder Judiciário e da sociedade em geral, de que a aplicação das leis civis não goza hoje dos melhores padrões em termos de previsibilidade e estabilidade. Não é possível discorrer mais longamente sobre este tema aqui, em razão dos limites especiais propostos, mas é de se notar que esse tema é especialmente sensível em matéria de Direito Empresarial, visto que as atividades empresariais implicam análises de riscos que demandam padrões ainda mais elevados de segurança jurídica – novamente: previsibilidade e estabilidade.

4 A relevância dos princípios jurídicos e a sua força normativa

Um dos nossos maiores jusfilósofos certa vez afirmou que *a referência a princípios diz respeito de certo modo a algo que se acha entre os valores jurídicos e a positividade das normas* (Nelson Saldanha). Na verdade, ao longo das últimas décadas foram sugeridas dezenas de formas de diferenciação entre os vários tipos de normas jurídicas – chamadas distinções fracas e fortes – para se tentar estabelecer tecnicamente, por exemplo, a diferenciação entre normas, regras e princípios. Aqui assumimos a construção teórica consoante a qual as *normas jurídicas* constituem o gênero do qual são espécies as *regras jurídicas* e os *princípios jurídicos*.

Com efeito, a esta altura da evolução do pensamento jurídico brasileiro, talvez seja despiciendo acentuar a relevância dos princípios jurídicos na construção e aplicação do ordenamento jurídico – inclusive do ordenamento constitucional. Essa é uma premissa assumida aqui. Da mesma forma, assume-se uma compreensão que se pretende considerar *moderna* dos princípios jurídicos, para entender que eles são dotados de *força normativa*, isto é, são aptos à *criação de situações jurídicas subjetivas*. De certa forma, sempre se reconheceu relevância aos princípios jurídicos, mas ressaltavam-se as suas *funções hermenêuticas* e *integrativas*. O reconhecimento da *força normativa* plena aos princípios coloca-os no centro das discussões jurídicas, ainda mais em um cenário acelerado de evolução no qual o legislador tem enorme

dificuldade em acompanhar as mudanças sociais: como já se disse, o Direito precisa de mais flexibilidade para atender às mutantes demandas sociais contemporâneas.

5 Princípios materiais e princípios operacionais

Consoante já sustentamos em estudo anterior, assim como se dá em relação às regras jurídicas, os princípios jurídicos podem regular diretamente a vida das pessoas, promovendo a criação de situações jurídicas subjetivas (*princípios materiais*), ou podem regular a forma de aplicação de outras normas jurídicas (*princípios operacionais* – que são espécies de normas de sobre-direito, também designadas como *postulados* por doutrina bastante acatada).

Brevitatis causa, adota-se aqui uma compreensão assaz aceita entre nós no sentido de que as regras jurídicas constituem *mandados definitivos* e os princípios jurídicos materiais corporificam *mandados de otimização* (por todos, na linha da doutrina de Humberto Ávila), critério que tem como fator principal de diferenciação a forma de aplicação desses tipos de normas, tendo em consideração a sua *densidade normativa*. Nessa linha de entendimento, os princípios jurídicos são aplicados mediante técnicas de ponderação ou balanceamento – aliás, consoante já se disse, *princípios e ponderação são dois lados do mesmo fenômeno* (Robert Alexy).

6 Princípios de Direito Empresarial

Desde que se reconheceu aos princípios a aludida *força normativa* plena – o que conta pouco mais de duas décadas no Direito brasileiro –, o Direito Empresarial (*lato sensu*) carece de uma indicação e sistematização dos princípios centrais ou fundamentais que regem a atividade empresarial, tanto no campo estritamente societário, como no âmbito dos contratos empresariais.

A Subcomissão formulou propostas em ambos os segmentos para a adoção e/ou a *explicitação* dos princípios aplicáveis às sociedades empresárias e aos contratos empresariais, inclusive com a sugestão de um capítulo autônomo para os contratos empresariais no Livro de Direito da Empresa. Por razões que os limites espaciais do presente ensaio novamente não permitem aprofundar, a Comissão mostrou-se refratária à regulamentação autônoma dos contratos empresariais, mas acolheu com alterações menores a principiologia proposta para as sociedades empresárias, que mantiveram, na essência, as disposições apresentadas pela Subcomissão e que

tendencialmente promovem melhoria consistente no ambiente do empresarial, sendo certo que poderão ser subsidiariamente aplicáveis também, no que couber, aos contratos empresariais.

7 A principiologia

Quanto aos princípios de Direito Empresarial, o Anteprojeto propõe a inclusão de um novo dispositivo, que abriria o Livro de Direito da Empresa. A proposta encontra-se vazada nos seguintes termos:

> Art. 966-A. As disposições deste Livro devem ser interpretadas e aplicadas visando ao estímulo do empreendedorismo e ao incremento de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país, observados os seguintes princípios:
>
> I – da liberdade de iniciativa e da valorização e aperfeiçoamento do capital humano;
>
> II – da liberdade de organização e livre concorrência, da atividade empresarial, nos termos da lei;
>
> III – da autonomia privada, que somente será afastada se houver violação de normas legais de ordem pública;
>
> IV – da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, conforme seu tipo societário;
>
> V – da limitação da responsabilidade dos sócios, conforme o tipo societário adotado, nos termos legais;
>
> VI – da deliberação majoritária do capital social, salvo se o contrário for previsto no contrato social;
>
> VII – da força obrigatória das convenções, desde que não violem normas de ordem pública;
>
> VIII – da preservação da empresa, de sua função social e de estímulo à atividade econômica;
>
> IX – da observância dos usos, práticas e costumes quando a lei e os interessados se refiram a eles ou em situações não reguladas legalmente, sempre que não sejam contrários ao direito;
>
> X – da simplicidade e instrumentalidade das formas (Brasil, [2024]).

8 Liberdade de iniciativa e de organização da atividade econômica

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece um *regime econômico e político liberal*. As discussões sobre o liberalismo político e econômico extrapolam os limites do presente estudo, mas é fora de dúvida que a liberdade individual está no centro do nosso sistema político-econômico, com referências à liberdade desde o Preâmbulo da CRFB e à liberdade de iniciativa desde o art. 1º, sendo regulada mais detidamente nos arts. 170 e seguintes. A ideia de liberdade de iniciativa compreende a liberdade de empreender e a liberdade de organização e desenvolvimento da atividade econômica (dos *fatores de produção*), com intenção de obtenção de lucro, o que implica inúmeras consequências, como a liberdade de empresa, a liberdade de contratar, a liberdade de fixar preços, dentre tantas outras, com o reconhecimento de situações jurídicas subjetivas ativas extraídas desses princípios.

Como a liberdade de iniciativa é um fator estruturante da Ordem Econômica, eventualmente poderia ser considerada desnecessária a reprodução desse dispositivo no Código Civil. Todavia, pensamos de modo diverso – talvez seja mesmo uma espécie de *norma de reprodução compulsória*. Assim como se mostra útil à lei processual fazer referência ao princípio do contraditório, conquanto ele já esteja garantido pela CRFB, parece também útil referir a livre iniciativa na dicção legal dos princípios fundamentais da atividade empresarial, com a simbólica colocação topológica desse princípio e do seu corolário de liberdade de organização da atividade econômica no centro do sistema do Direito Empresarial.

9 Liberdade de concorrência

De igual modo, o princípio da liberdade de concorrência também é mencionado na CRFB (art. 170, IV), além de contar com uma extensa e intensa rede normativa infraconstitucional, que integram o assim chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Sem embargo, pareceu importante à Comissão uma vez mais repetir o ditame constitucional de modo a estruturar a principiologia aplicável à vida empresarial. Em complemento, o princípio da liberdade de concorrência é prestigiado também no comando específico contido na proposta de alteração do art. 1.147, que inverte o atual vetor acerca da obrigação de não concorrência na hipótese de alienação de estabelecimento empresarial: a regra deve ser a liberdade de concorrência, ocorrendo restrição apenas quando expressamente pactuado pelas

partes, com especificação de limites temporais e especiais para a restrição ao direito fundamental de empreender e à liberdade de concorrência.

10 Autonomia privada

A noção de autonomia privada extrapola os limites do Direito da Empresa ou mesmo do Direito Privado, consubstanciando uma faceta essencial da própria liberdade, entendida aqui também como um amplo espaço de autodeterminação pessoal, com aplicações em áreas do Direito Público e na seara privada, no âmbito dos Direitos da Personalidade e do Direito de Família. É um princípio fundamental e no âmbito do Direito Privado – particularmente no âmbito do Direito da Empresa –, onde expressa a faculdade de criação e de exercício de situações jurídicas subjetivas, de forma que às pessoas é reconhecido o direito fundamental de *regular* a sua própria atividade, determinando a produção de efeitos jurídicos vinculantes para as pessoas envolvidas. É exemplo singelo da aplicação do princípio da autonomia privada a *liberdade de contratar a atividade empresarial*, conformando-a de acordo com os interesses e preferências das partes contratantes, às quais se reconhece o direito de produzirem efeitos jurídicos (i.e., de produzirem efeitos que afetam as suas esferas jurídicas).

11 Autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade

Pareceu muito importante à Comissão reiterar os princípios da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas (incluindo, mas não se limitando às empresas) e da limitação da responsabilidade dos sócios, com evidente referência aos tipos societários eventualmente adotados. Fato é que o Brasil assiste nas últimas décadas a uma espécie de *movimento pendular incompleto* acerca da possibilidade de responsabilização dos sócios de empresas constituídas com limitação de responsabilidade (as *limitadas*). Estudos especializados identificaram que, ao longo de três décadas, da total ausência de proteção contra fraudes que utilizavam a estrutura formal de pessoas jurídicas e muito especialmente de sociedades empresariais, transitou-se para um sistema que permite a desconsideração da personalidade jurídica de modo desarrazoadamente amplo, acarretando enorme insegurança jurídica para as atividades empresariais no Brasil, pois altera-se drasticamente a alocação de riscos, que é essencial ao empreendedorismo. Estatisticamente, o fenômeno que deveria ser

excepcional, tornou-se a *regra*. Chegou-se, com autoridade, a acenar-se com o *fim da responsabilidade limitada* no Brasil (Bruno Salama), que é a expressão do ponto de inflexão do pêndulo indicado de modo breve neste breve ensaio.

Nos últimos anos assiste-se ao movimento reverso – uma tentativa de fazer retornar o pêndulo a um ponto de equilíbrio, no sentido de restaurar a higidez da estrutura formal das pessoas jurídicas em geral e das sociedades empresariais em particular, com a previsão de um procedimento regular para desconsideração da personalidade (o chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica), com o estabelecimento de parâmetros tentativamente mais rígidos para a desconsideração, consoante a Lei de Liberdade Econômica e com manifestações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de coibir a utilização desarrazoada do instituto, notadamente por órgãos da Justiça do Trabalho. A Comissão reforça esse movimento, reiterando que a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade são princípios fundamentais da atividade empresarial no Brasil.

12 Deliberação majoritária

A Comissão entendeu por bem restaurar a aplicação genérica do princípio da deliberação majoritária no âmbito das sociedades empresariais regidas pelo Código Civil, assim previsto em termos principiológicos no art. 966-A e reiterado de modo concreto no art. 1.076. No âmbito do Direito Empresarial, a noção de maioria diz com o risco assumido pelos empresários, de modo que se trata de deliberação tomada pela maioria do capital social. Por evidente, isso se dá sem prejuízo da existência de normas de proteção aos sócios minoritários com vistas a coibir eventuais abusos de poder pelos sócios majoritários. Não se altera a possibilidade de que sejam estabelecidos pelos sócios – de novo, a liberdade de conformação da atividade empresarial – parâmetros diferenciados de quórum para determinadas deliberações sociais, como ocorre comumente em questões envolvendo aumento ou redução de capital ou ingresso ou exclusão de sócios.

13 *Pacta sunt servanda*

Se a segurança jurídica pode ser compreendida de modo simplório mediante vetores correlatos – tais como cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e *calculabilidade* ou previsibilidade –, é imperativo que, salvo hipótese de violação

manifesta de normas legais de ordem pública, as avenças empresariais sejam cumpridas e a elas seja dada força executiva pelos órgãos públicos e especialmente pelo Poder Judiciário, sendo excepcional o *revisionismo* – também designado através da expressão *intervenção mínima*. Não custa grifar: o respeito à alocação de riscos estabelecida pelos empresários nos atos constitutivos das sociedades, nos contratos empresariais e mais amplamente no Direito Empresarial é fator essencial ao desenvolvimento econômico. A tanto se presta o *princípio da força obrigatória*. A Subcomissão pretendia dar ênfase ao princípio, aludindo à multissecular expressão latina *pacta sunt servanda*; entretanto, à Comissão pareceu mais adequada a utilização do vernáculo: *princípio da força obrigatória*.

A Subcomissão concluiu – assim como parece ser a tônica quase uníssona dos estudos especializados – que as técnicas de revisão contratual com base em normas abertas como a boa-fé e a função social, dentre outras, *teriam ido longe demais*. Falou-se mesmo em (indevida) *consumerização* do Direito Privado, onde há diversas áreas regidas por valores, parâmetros e princípios diferentes dos aplicáveis às relações de consumo. Em um exemplo relevante, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a intervenção judicial nos contratos nunca deveria ser utilizada para a modificação do seu conteúdo, uma vez que a possibilidade de *intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar* (Relator Min. Luis Felipe Salomão (Brasil, 2022)). Pareceu essencial, então, ressaltar a relevância da força obrigatória dos contratos, incluindo, mas não se limitando aos contratos sociais das sociedades empresariais. Como se diz no *mercado*, o melhor indício da boa-fé dos contratantes é dar cumprimento aos contratos celebrados, sejam eles contratos sociais e/ou empresariais, sem embargo de regras que protejam contratantes vulneráveis e abusos de ordens variadas por contratantes em posições de grande vantagem negocial.

14 Observância dos usos e costumes

Embora os limites espaciais deste estudo não permitam maior digressão sobre a relevância ou a utilização do costume como fonte do direito ou, ainda, do direito consuetudinário, pode-se assumir que os usos e costumes comerciais são práticas reiteradas ou uniformes (*práticas generalizadas*), adotadas no âmbito das relações comerciais em determinada região ou mercado. As grande Codificações europeias transmudaram o Direito Comercial praticado até então (Paula Forgioni), que tinha como base os usos e costumes mercantis – antes ancorados na vinculação pessoal

às *corporações* e depois aos *atos de comércio*. Todavia, não é possível menosprezar a importância dos usos e costumes comerciais mesmo no ambiente do Direito codificado. No âmbito do direito/comércio internacional, por exemplo, os usos e costumes comerciais são considerados fonte primária do Direito – ainda que eventualmente seja referido como uma espécie de *soft law*.

Mesmo após as Codificações, os usos e costumes são mantidos como fontes dotadas de força normativa e de relevante função na interpretação e aplicação das normas comerciais, sejam elas contratuais ou legais (função hermenêutica), inclusive no Brasil. É de se lembrar o Código Comercial de 1850, que fazia referência aos usos e costumes em diversas passagens, assentando que "as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar" (Brasil, [2002], art. 130) e chegando a afirmar que somente se poderia recorrer à aplicação supletiva da lei civil ao direito comercial quando não existisse uso e/ou costume comercial (art. 291).

Na sociedade contemporânea – reconhecida como *acelerada* –, na qual os legisladores e especialmente os processos legislativos não parecem capazes de acompanhar a velocidade das práticas sociais impulsionadas por inovações tecnológicas disruptivas, pareceu importante à Comissão restaurar ou ao menos reiterar a função normativa e hermenêutica – sob a forma principiológica – dos usos e costumes do comércio.

15 Simplicidade e instrumentalidade das formas

As discussões sobre as formas jurídicas alcançam todos os ramos do Direito, sobretudo diante das verdadeiras mutações provocadas pelas inovações tecnológicas disruptivas que se vem de referir linhas acima. Não é diferente em relação às formas jurídicas societárias ou empresariais em geral. Na verdade, as exigências formais mais ou menos rígidas têm a ver com os padrões de segurança jurídica de que se queira dotar um ato. A adoção de uma criança ou um matrimônio possuem formas jurídicas mais exigentes do que a doação de uma caneta esferográfica ou o empréstimo de um valor módico.

Os princípios da instrumentalidade e da simplicidade das formas, que também se manifestam em diversas outras áreas do Direito, possuem intensa aplicação no âmbito societário à luz da Reforma proposta pela Comissão. Trata-se de princípios que estão na base de muitas outras regras específicas propostas, como sejam as

regras sobre as comunicações sociais e sobre os atos societários em geral, com especial atenção às deliberações empresariais. Por evidente, a tecnologia simplifica a utilização das formas jurídicas societárias, otimizando sobremodo as comunicações e deliberações, colhendo-se múltiplos exemplos, que podem culminar com a dispensa de atos de comunicação nas situações em que todos os sócios estão cientes da realização dos atos em questão, até a própria dispensa de realização de conclaves quando a maioria for alcançada mediante manifestações escritas dos sócios. De certa maneira, é possível afirmar que a Reforma propõe institucionalizar as chamadas "reuniões de papel", que constituem a maioria esmagadora dos atos deliberativos praticados nas sociedades brasileiras reguladas pelos tipos societários do Código Civil, trazendo-os já tardiamente para o ambiente da legalidade.

16 A organicidade da Reforma do Direito da Empresa

Como se vem de dizer, uma das razões de ser da Reforma é a preocupação com a organicidade da legislação civil – que tem como principal instrumento justamente o Código Civil. Nesse sentido, a principiologia proposta para o Direito Empresarial está em consonância com o restante da proposta de Reforma. Os exemplos abundam.

Assim é que, na principiologia, ressalta-se a força obrigatória das convenções (art. 966-A, VII) e, na sequência, reitera-se a força obrigatória em diversas regras aplicáveis às relações societárias, de que é exemplo eloquente a força obrigatória das cláusulas relativas à apuração de haveres em casos de dissolução de sociedades (e.g. art. 1.031, § 1º), um dos principais problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros no âmbito do Direito Empresarial, como foi revelado nas audiências públicas e debates realizados pela Comissão e pela Subcomissão.

Da mesma forma, na principiologia ressalta-se a instrumentalidade e a simplicidade das formas e, na sequência, fica estabelecido que os atos sociais serão realizados preferencialmente em formato virtual (art. 1.072, § 2º), dispensadas as formalidades de convocação quando os sócios estiverem cientes da realização do ato, sendo certo que as comunicações sociais ocorrerão por correio eletrônico, com presunção de validade (art. 1.072-A, *caput* e § 1º).

Ainda no mesmo sentido, na principiologia assenta-se o princípio da deliberação majoritária (que só cede diante da força obrigatória dos contratos, antes referida). Na sequência, afirma-se que todas as deliberações serão tomadas pelo critério majoritário (art. 1.076). Como se constata, as linhas-mestras da Reforma foram

seguidas, explicitando-se os princípios fundamentais e depois concretizando-se as propostas em regras específicas aplicáveis à atividade empresarial.

17 Em defesa da atualização do Direito Empresarial

A apresentação do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, como era de se esperar ou mesmo de se prever, gerou reações as mais diversas no seio da comunidade jurídica e da sociedade em geral – de acolhimento e de reprovação. No âmbito específico do Direito Empresarial, em que pese a evidente ocorrência de críticas, as propostas foram bem acolhidas e em alguns casos até com entusiasmo. Mesmo alguns dos críticos mais agudos do Anteprojeto globalmente considerado houveram por bem poupar o Livro de Direito da Empresa das críticas, o que parece indicar *a contrario sensu* a higidez e correção das propostas, inclusive no que diz respeito à principiologia. Passados seis meses da apresentação do Anteprojeto, não se identificaram críticas à redação proposta para o art. 966-A, embora outras passagens relativas ao Direito Contratual e ao Direito de Família tenham recebido muitas críticas contundentes (algumas certamente injustas).

O Anteprojeto, assim como as manifestações de suporte e/ou de crítica ficam agora submetidos ao elevado crivo do Congresso Nacional, ao qual compete o poder de legislar e regular a vida civil e a vida empresarial. Seja para acolher, seja para rejeitar as propostas, estima-se que o Congresso seja ágil na apreciação e deliberação acerca do Anteprojeto.

Em nossa avaliação, o Direito da Empresa no Código Civil sai do Anteprojeto bem melhor do que entrou, com especial destaque para a adoção ou explicitação da principiologia própria das atividades empresariais, que concorrerá, como assentado no texto do art. 966-A, para "promover o empreendedorismo e incrementar um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios no país".

Referências

BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.585.959/MT*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 8 de agosto de 2022.

A evolução do conceito de *empresa* no Direito brasileiro: desafios e perspectivas da Reforma do Código Civil

Daniel Carnio Costa[1]
Danieli Carla Cardozo Beltramini[2]

A transição da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa no direito brasileiro, consolidada com o advento do Código Civil de 2002, representou um marco significativo na evolução do direito empresarial pátrio. Contudo, essa mudança paradigmática não logrou êxito em solucionar um desafio fundamental do direito privado: a delimitação precisa do conceito jurídico de *empresa*. Essa questão, que transcende o mero debate acadêmico, possui implicações práticas profundas na determinação do escopo de aplicação do direito empresarial e na identificação dos sujeitos submetidos a esse regime jurídico especial.

O Código Civil de 2002, em seu art. 966, tentou delinear a figura do empresário, conceito basilar a partir do qual a doutrina, por um processo de derivação lógica, construiu a noção de *empresa*. Esta abordagem indireta, embora inovadora à época, tem se revelado insuficiente para proporcionar a almejada segurança jurídica nas relações empresariais contemporâneas. Como consequência, observamos a

1 Daniel Carnio Costa é advogado; ex-juiz titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo; ex-conselheiro do CNMP; mestre pela Fadisp e pela Samford University; doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor do departamento de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor do mestrado e doutorado da Universidade Nove de Julho, São Paulo.

2 Danieli Carla Cardozo Beltramini é assistente jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; mestranda em Direito na Universidade Nove de Julho, São Paulo; pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Damásio, São Paulo; pós-graduada em Direito Empresarial; conciliadora e mediadora pela Escola Paulista de Magistratura.

persistência de debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da definição e alcance do conceito de *empresa* (Cavalli, 2012, p. 16-17), evidenciando a necessidade de uma revisão legislativa que acompanhe a evolução dinâmica do cenário empresarial.

A complexidade inerente ao conceito de *empresa* é evidenciada pela multiplicidade de perspectivas sob as quais ela pode ser analisada. Asquini (1996), em sua célebre teoria poliédrica, já elucidava os diversos perfis da empresa: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo. O Código Civil brasileiro de 2002 acolheu três desses quatro perfis: o subjetivo, ao tratar do empresário como sujeito de direito; o funcional, ao referir-se à atividade econômica organizada; e o objetivo, ao regular o estabelecimento empresarial como complexo de bens organizado para o exercício da atividade (Tomazette, 2024, p. 35). O perfil corporativo, reminiscência do contexto histórico-político em que foi elaborado o Código Civil italiano de 1942, foi deliberadamente omitido pelo legislador, em uma opção que reflete nossa realidade jurídica e econômica[3].

A definição legal de empresário, constante do *caput* do art. 966 do Código Civil, estabelece que é "empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (Brasil, [2024a]). Esta conceituação, aparentemente concisa, encerra em si uma complexidade notável, abarcando elementos cujas interpretações têm suscitado controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais ao longo das duas décadas de vigência do atual Código Civil.

Os elementos constitutivos do conceito de *empresa*, extraídos da definição legal de *empresário*, são tradicionalmente identificados pela doutrina como: atividade econômica, organização e profissionalismo (Vido, 2024, p. 9). A atividade econômica refere-se à produção ou circulação de bens ou serviços com finalidade lucrativa, elemento este que denota a inserção da empresa no mercado. A organização implica a coordenação racional e sistemática dos fatores de produção – capital, trabalho, insumos e tecnologia – de modo a aperfeiçoar a atividade empresarial. O profissionalismo está intrinsecamente ligado à habitualidade e ao intuito de fazer da atividade o meio precípuo de subsistência do empresário, diferenciando-a de atividades eventuais ou secundárias.

Não obstante a aparente clareza desses elementos constitutivos, sua aplicação prática revela-se desafiadora quando confrontada com a realidade dinâmica da

3 Waldirio Bulgarelli, ao explicar a teoria poliédrica, atribuiu um novo nome: teoria triédrica da empresa, excluindo o perfil corporativo pois, segundo ele, a empresa se dá pela soma de três aspectos: empresário (perfil subjetivo), estabelecimento (perfil objetivo), e atividade empresarial (perfil funcional). E termina por definir *empresa* como a "atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens" (Bulgarelli, 1995, p. 93).

atividade empresarial contemporânea[4]. A relativamente baixa densidade normativa do conceito legal tem resultado em debates doutrinários e jurisprudenciais de notável complexidade, manifestando-se de forma particularmente aguda no que concerne à qualificação empresarial de determinados agentes econômicos, cujas atividades desafiam as fronteiras tradicionais do conceito de *empresa* (Sztajn, 2006).

Um exemplo paradigmático dessa questão conceitual reside na situação jurídica dos profissionais liberais. O parágrafo único do art. 966 do Código Civil estabelece que não "se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" (Brasil, [2024a]). Esta ressalva final – "elemento de empresa" – tem sido objeto de acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais, evidenciando a necessidade de delimitar mais precisamente os contornos da atividade empresarial.

A complexidade em determinar quando a atividade intelectual "constitui elemento de empresa" manifesta-se de forma particularmente clara em casos emblemáticos, como o de clínicas médicas ou escritórios de advocacia de grande porte (Sztajn, 2006). Nesses cenários, a sofisticada organização dos fatores de produção e a escala expressiva da atividade sugerem uma estrutura tipicamente empresarial. Contudo, a natureza precipuamente intelectual do serviço prestado colide frontalmente com a tradicional exclusão dos profissionais liberais do conceito de empresário.

Outro ponto de tensão na aplicação do conceito atual de *empresa* diz respeito às entidades que, embora não sejam formalmente constituídas como empresárias, exercem atividade econômica em sentido material. O caso das instituições de ensino sem fins lucrativos é especialmente ilustrativo dessa problemática. Em decisão cautelar envolvendo a Universidade Metodista (MC 25.478/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 21/12/2020), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de aplicação do regime de recuperação judicial a uma associação que exercia atividade empresarial (Costa; Tironi, 2023, p. 32).

Esses exemplos evidenciam, de forma inequívoca, que o conceito de *empresa*, tal como delineado a partir da definição legal de empresário no Código Civil de 2002, não tem sido capaz de oferecer respostas satisfatórias para a complexidade da realidade econômica contemporânea. Essa insuficiência conceitual e normativa do modelo atual tem sido catalisadora de um movimento doutrinário e legislativo que busca uma reformulação abrangente do conceito de *empresa* no direito brasileiro.

4 Nesse sentido, afirma Oliveira (1999, p. 112): "a empresa é instituto em constante evolução, devendo o direito acompanhá-la, em cada época, conforme as mutações econômicas ocorridas na sociedade".

Nesse contexto, o Anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil, fruto de extenso debate acadêmico e legislativo, propõe uma nova redação para o art. 966, que merece uma análise pormenorizada[5]. A proposta inova ao definir diretamente a empresa, e não mais o empresário, nos seguintes termos: "Art. 966. Considera-se *empresa* a organização profissional de fatores de produção que, no ambiente de mercado, exerce atividade de circulação de riquezas, com escopo de lucro, em prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano" (Brasil, [2024b]).

Essa nova formulação representa uma mudança na abordagem legislativa do fenômeno empresarial, alinhando-se às modernas concepções doutrinárias e às necessidades práticas do mercado contemporâneo. Ela busca incorporar, de forma sistemática e coerente, elementos que a doutrina e a jurisprudência vêm destacando ao longo dos anos como essenciais para a compreensão do fenômeno empresarial contemporâneo. Essa dissecação analítica permitirá compreender não apenas o conteúdo normativo da proposta, mas também suas implicações doutrinárias e práticas para o direito empresarial brasileiro.

O primeiro elemento que se destaca na nova definição é a "organização profissional de fatores de produção". A formulação, embora mantenha a essência da ideia de organização já presente no conceito atual de empresário, inova ao qualificá-la expressamente como "profissional". Tal qualificação não é meramente semântica, mas visa enfatizar o caráter técnico, sistemático e habitual da atividade empresarial. A profissionalidade, nesse contexto, implica não apenas a habitualidade do exercício da atividade, mas também a expertise e a dedicação primordial do agente econômico à organização empresarial. Essa abordagem alinha-se com a tendência doutrinária de valorizar a profissionalização da gestão empresarial como elemento distintivo da atividade econômica organizada.

A expressão *ambiente de mercado* constitui uma inovação de suma importância na nova definição proposta. Essa referência explicita, de forma inequívoca, a necessidade de a atividade empresarial ser exercida em um contexto de trocas econômicas dinâmicas e competitivas. Tal abordagem alinha-se perfeitamente com a tendência doutrinária contemporânea de considerar o mercado como elemento

5 Conforme consta no Relatório Final no trabalho da Comissão de Juristas: "Sobre o conceito de empresa, propôs-se a superação da definição inspirada no Código Italiano de 1942, focada na figura do empresário. Na redação ora sugerida para o art. 966, privilegiou-se a empresa como organização de fatores de produção, exercida de forma profissional e com vistas à produção e circulação de riquezas com escopo de lucro, independentemente de quem a exerce [empresário ou sociedade empresária]" (Brasil, [2024b]).

nuclear e estruturante do direito comercial moderno[6]. Como bem aponta Forgioni (2019, p. 26), "abandona-se o prisma estático, em que a empresa é contemplada isoladamente, para assumi-la em sua relação com outras empresas; ela vem, assim, inserida no ambiente institucional em que atua, ambiente que a condiciona e é por ela condicionado". Essa abordagem reconhece o mercado não apenas como *locus* das trocas econômicas, mas como instituição jurídica fundamental, que condiciona e é condicionada pela atuação dos seus agentes.

A nova redação substitui a anterior menção à "produção ou circulação de bens ou serviços" pela expressão "atividade de circulação de riquezas". Essa mudança terminológica é significativa e merece uma análise pormenorizada.

Por um lado, a expressão *circulação de riquezas* apresenta-se como potencialmente mais ampla, capaz de englobar uma gama maior de atividades econômicas, inclusive as que não se enquadram estritamente nos conceitos tradicionais de produção ou circulação de bens e serviços. Essa formulação mais abrangente mostra-se adequada para abarcar as novas modalidades de atividade econômica surgidas no contexto da economia digital e da sociedade da informação.

Por outro lado, a omissão da referência à *produção* poderia, em uma leitura apressada, suscitar questionamentos quanto à inclusão das atividades industriais no conceito de *empresa*. Contudo, uma interpretação teleológica e sistemática da norma proposta não deixa dúvidas quanto à inclusão dessas atividades no conceito de *empresa*. A produção industrial, como atividade econômica organizada que resulta na circulação de riquezas no ambiente de mercado, está inequivocamente contemplada na nova definição. Ademais, a opção por uma formulação mais abrangente visa justamente evitar eventuais lacunas ou exclusões indevidas, garantindo a aplicabilidade do conceito de *empresa* às mais variadas formas de organização da atividade econômica[7].

É importante ressaltar que o "escopo de lucro" deve ser interpretado como a intenção precípua de gerar resultados econômicos positivos passíveis de apropriação pelos sócios ou acionistas, seja por meio da distribuição de dividendos, seja pela valorização do capital investido. Essa abordagem reforça a natureza eminentemente

6 Forgioni (2019, p. 25) ressalta que hoje "o epicentro dogmático repousa no mercado e em sua disciplina jurídica. O movimento é claro: antes, o ato; depois, a empresa (atividade); hoje, o mercado".

7 Ressalta-se que na palestra "Reforma do Código Civil e Direito Empresarial – Principais Diretrizes", Paula Forgioni, membra da Comissão do Anteprojeto do Novo Código Civil, afirmou que, embora a palavra *produção* tenha sido suprimida do texto final, a Comissão de Juristas jamais cogitou um conceito de *empresa* que não abrangesse as atividades industriais. A inclusão implícita da *produção* no conceito de *empresa* foi considerada autoevidente pelos membros da Comissão. Palestra transmitida ao vivo pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em 7 de agosto de 2024 (Reforma [...], 2024).

econômica da atividade empresarial, distinguindo-a de outras formas de organização que, ainda que gerem excedentes financeiros, os reinvestem integralmente em suas finalidades estatutárias não lucrativas. Por conseguinte, a formulação exclui do conceito legal de empresa as associações, fundações e demais entidades do terceiro setor, mesmo quando estas desenvolvem atividades econômicas acessórias para o sustento de suas finalidades principais.

Por fim, a referência ao "prestígio aos valores sociais do trabalho e do capital humano" introduz um elemento axiológico fundamental no conceito de *empresa*. Essa inovação representa uma tentativa de harmonizar a visão econômica da empresa com sua incontestável função social, em plena consonância com os princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, insculpidos no art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). A inclusão dos "valores sociais do trabalho e do capital humano" no conceito proposto de *empresa* alinha-se com a crescente tendência de reconhecimento da função social da empresa, já consolidada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Como bem aponta Paula Forgioni, a compreensão contemporânea do fenômeno empresarial exige que se abandone o prisma estático, em que a empresa é contemplada isoladamente, para assumi-la em sua relação com outras empresas e com o ambiente institucional em que atua (Forgioni, 2019, p. 91). Essa visão mais abrangente reconhece que a empresa não é apenas um agente econômico voltado à maximização de lucros, mas uma instituição social com responsabilidades perante seus colaboradores e a comunidade em que se insere[8]. A operacionalização desse conceito na prática jurídica demandará um esforço interpretativo considerável por parte dos operadores do direito, que deverão desenvolver critérios objetivos para avaliar o efetivo "prestígio" aos valores sociais do trabalho e do capital humano na atuação empresarial.

Em adição, importa ressaltar que tal referência estabelece uma conexão direta com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, reconhecendo que a própria atividade empresarial tem por escopo garantir os valores sociais do trabalho e do capital humano, não sendo apenas uma imposição externa, mas um elemento intrínseco à sua função no tecido social e econômico. A abordagem alinha-se com as tendências internacionais contemporâneas acerca da integração econômica e da cláusula social na globalização (Coelho, 2024), reconhecendo que a atividade empresarial desempenha um papel crucial na elevação dos padrões de

8 Comparato (1990, p. 3 *apud* Forgioni, 2019, p. 91) afirma: "se quiser indicar uma *instituição social* que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa".

proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, contribuindo para a formação de um "padrão civilizatório" global.

A redação do novo parágrafo 2º do art. 966 mantém, em princípio, a exclusão dos profissionais liberais do conceito de *empresa*, mas introduz uma ressalva de notável impacto prático:

> § 2º Não se considera atividade empresarial o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se requerida a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, ressalvadas as obrigações assumidas perante terceiros antes de registrada a empresa (Brasil, [2024b]).

Com efeito, a redação proposta confere ao profissional liberal a faculdade de se submeter ao regime empresarial mediante o simples requerimento de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Essa nova formulação representa uma tentativa de solucionar a histórica controvérsia acerca da natureza empresarial das atividades intelectuais. Ao facultar aos profissionais liberais a possibilidade de requerer sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o legislador busca conferir maior flexibilidade ao sistema, permitindo que estes profissionais optem pelo regime empresarial quando assim o desejarem.

Sob essa ótica, ao facultar a opção pelo regime empresarial, a nova redação busca proporcionar maior segurança jurídica e clareza quanto ao regime aplicável. Por outro, a mera opção registral como critério definidor da *empresarialidade* pode ser vista como uma simplificação excessiva de uma questão intrinsecamente complexa. A mudança de regime jurídico pode acarretar alterações significativas nas obrigações fiscais e nas relações laborais desses profissionais, demandando uma análise cuidadosa e uma possível harmonização legislativa em outros campos normativos.

Em linhas gerais, a reforma do art. 966 do Código Civil buscou consolidar posicionamentos já definidos e consolidados em sede de doutrina e jurisprudência, objetivando garantir maior segurança jurídica para o intérprete e direcionar o julgador. Notadamente, ao incorporar no texto legal entendimentos já sedimentados na prática jurídica, a reforma visa reduzir ambiguidades e promover uma aplicação mais uniforme e previsível do conceito de *empresa*.

Assinala-se que a definição precisa do conceito de *empresário* assume relevância crucial no ordenamento jurídico, visto que atualmente apenas quem exerce atividade empresarial pode falir ou pedir recuperação judicial. Essa distinção tem implicações profundas na regulação das relações econômicas e na proteção do

crédito. A falência (como procedimento de execução judicial concursal do patrimônio do empresário) e a recuperação judicial (como mecanismo de preservação da empresa em crise) são institutos exclusivos do direito empresarial. Portanto, a delimitação clara do conceito de *empresa* e de *empresário* é fundamental para determinar o acesso a esses importantes instrumentos jurídicos, essenciais para a segurança e o dinamismo do mercado.

Para que a reforma alcance seus objetivos de conferir maior segurança jurídica e promover o desenvolvimento econômico e social, é imperativo desenvolver um arcabouço hermenêutico robusto, promover um diálogo interdisciplinar e estabelecer mecanismos de monitoramento e avaliação contínua de seus impactos.

Afinal, a construção de um conceito jurídico de *empresa* adequado ao século XXI é um desafio que transcende a mera alteração legislativa. Trata-se de um processo dinâmico e colaborativo, que demanda o engajamento contínuo da comunidade jurídica, do setor empresarial e da sociedade civil. Ao fim, o sucesso da empreitada será medido não apenas pela coerência teórica do conceito, mas sobretudo por sua capacidade de proporcionar um ambiente jurídico propício à inovação, ao empreendedorismo e ao desenvolvimento econômico sustentável.

Referências

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia*: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *In*: _____. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

COSTA, Daniel Carnio; TIRONI, Fábio Aparecido. Recuperação judicial de agentes econômicos não empresariais. *DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 24-34, 2023. Edição extraordinária em homenagem ao Prof. Dr. Luiz Gonzaga Modesto de Paula.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

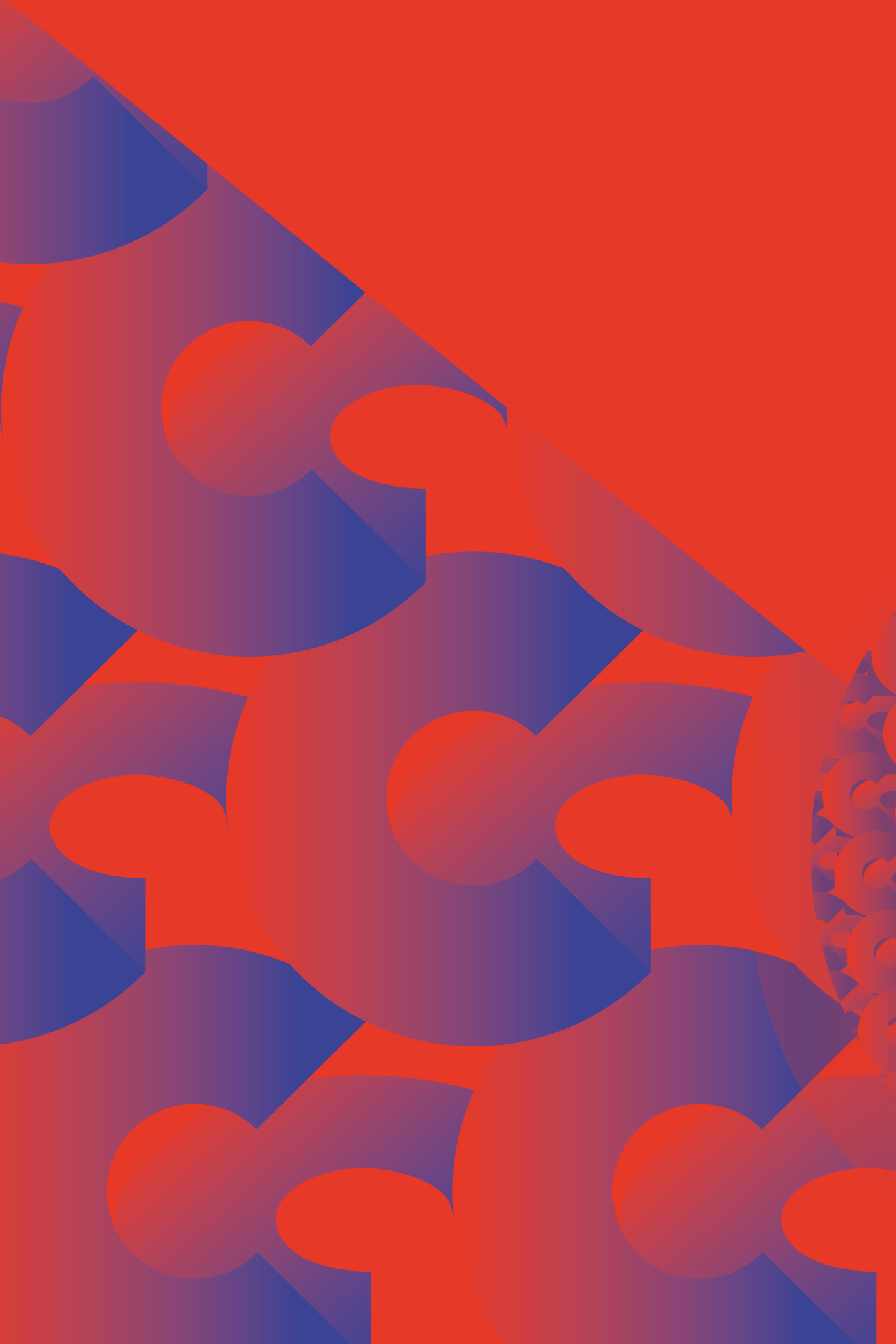
OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 36, n. 144, p. 111-135, out./dez. 1999.

REFORMA do Código Civil e Direito Empresarial – Principais Diretrizes. Palestrante convidada: Paula Forgioni. São Paulo: IASP, 7 ago. 2024. 1 vídeo (ca. 98 min). Publicado pelo canal Instituto dos Advogados de São Paulo. Disponível em: https://www.youtube.com/live/-NC6uPR_Gqk. Acesso em: 31 out. 2024.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. *Pensar*: revista de ciências jurídicas, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 192-202, fev. 2006.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. v. 1. *E-book*.

VIDO, Elisabete. *Curso de direito empresarial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. *E-book*.



Direito das Coisas

Propostas sobre a posse e a propriedade no Projeto de Reforma do Código Civil

Marco Aurélio Bezerra de Melo[1]

Para encontrar a justiça,
é necessário ser-lhe fiel.
Ela, como todas as divindades,
só se manifesta a quem nela crê.

Piero Calamandrei

O presente texto se propõe a apresentar em linguagem simples, objetiva e direta as principais alterações no campo do direito possessório e da situação proprietária, sempre focando nos objetivos que nortearam a Comissão de Juristas no sentido de que a reforma do Código Civil se pautasse em sugestões que fossem efetivamente relevantes para a sociedade brasileira.

Ainda preambularmente, é bom que se destaque que não se trata de um novo Código Civil, mas de uma necessária revisão e atualização de um Código Civil feito

1 Marco Aurélio Bezerra de Melo é desembargador com assento na 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; doutor e mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá; professor permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá (mestrado e doutorado), de Direito Civil; titular do IBMEC-RJ; professor emérito da EMERJ.

por grandes juristas e entregue ao Congresso em 1972 e mesmo com algumas emendas, chega em 2002 já defasado e passados 22 anos de vigência já não cumpre o papel de centralidade na sociedade com profundas revisões no campo das famílias, da informação, midiática e altamente tecnológica.

No campo da posse e da propriedade, ainda que com menor alcance, vemos uma necessidade de adequar as titularidades à contemporaneidade, que exige constante funcionalização dos seus institutos, como se poderá observar na sequência de artigos dos valorosos membros da subcomissão de Direito das Coisas.

No campo do direito à posse é digna de registro a previsão da possibilidade de direito possessório sobre bens imateriais como, por exemplo, a própria propriedade, a herança digital, marcas e patentes, dentre outros, ressalvadas as leis especiais como sucede, por exemplo, com o direito autoral que como sabido, não comporta proteção possessória na esteira da melhor doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Há aqui importante diálogo do Livro do Direito das Coisas com o anteprojetado Livro de Direito Civil Digital. Com vistas a atualizar o direito civil, optamos por deixar de lado a antiga polêmica entre Clóvis Beviláqua e Rui Barbosa, o primeiro defendendo que a posse somente poderia ter por objeto bens tangíveis ou corpóreo, e o segundo em sentido oposto. A orientação que prevaleceu no Código Civil de 1916 e de 2002 foi a do primeiro jurista e agora sugerimos a segunda visada que parece adequar-se melhor aos tempos que correm.

A proposta, ainda, mantém coerência com o texto atual do art. 1.223, que faz menção à bem, assim como a sugestão feita para uma nova redação do art. 1.228, no mesmo sentido. Deste modo, inclui-se um parágrafo único no art. 1.196 do Código Civil para constar que "A regra do caput se aplica aos bens imateriais no que couber, ressalvado o disposto em legislação especial" (Brasil, [2024b]).

Propugnamos também a melhoria na redação do art. 1.197 para constar:

> A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não impede o exercício de posse indireta, de quem aquela foi havida, podendo um e outro defendê-la contra quem quer que ponha em risco suas qualidades de possuidor (Brasil, [2024b]).

De fato, o vocábulo *anula* utilizado no texto em vigor não é tecnicamente correto, pois não se trata de invalidade de uma posse frente à outra, mas, sim, que ambas produzem os efeitos legais em favor de ambos os titulares da posse desdobrada. A parte final adota o bem lançado Enunciado nº 76 da I Jornada de Direito Civil: "O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este,

contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 24). Com efeito, assim como o possuidor direto pode defender a sua posse do indireto, por exemplo, um locador que tente reaver violentamente o imóvel locado (esbulho), o direto pode defender a sua posse em face do indireto, como no caso em que findo o comodato, o comodatário se recuse a desocupar um imóvel.

No art. 1.198 do Código Civil sugerimos duas alterações. A ideia é tornar mais clara no § 1º a possibilidade de conversão da detenção em posse, mantendo a presunção relativa da continuidade do fato da detenção, além de explicitar que o detentor assim se coloca perante o proprietário, o possuidor e também terceiros, como se pode ver: "§ 1º Nos termos deste artigo, presume-se permanecer como detentor perante o proprietário, o possuidor e terceiros aquele que desde sempre se comportou como tal, até que ele demonstre, ou contra ele fique demonstrado, ter consigo a coisa em razão de outra causa" (Brasil, [2024b]). No § 2º a consagração da possibilidade de o detentor exercer, conforme anotamos no art. 1.210, que cuida dos efeitos da posse e a possibilidade de autodefesa, na forma do Enunciado nº 493 da V Jornada de Direito Civil: "§ 2º O detentor pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem que esteja sob o seu poder" (Brasil, [2024b]). Há, assim, admissão expressa de que o detentor, em nome do verdadeiro possuidor, esteja autorizado a fazer a autotutela possessória.

O abuso de confiança torna-se elemento configurador da posse injusta (art. 1.200, CC) em substituição ao vocábulo *precariedade* que tanta dúvida causa no campo da proteção possessória, sendo tão clássico quanto preciso o antigo conceito de Clóvis Beviláqua para quem a posse precária é aquela que se origina do abuso de confiança, sendo de bom alvitre relembrar que o art. 3.723 do esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas já consagrava que ocorria a "posse adquirida por abuso de confiança quando quem recebeu a coisa com obrigação de restituí-la, qual o locatário, comodatário e qualquer possuidor a título precário, recusou depois a restituí-la" (Freitas, 1983).

Prestigia-se a segurança jurídica ao definir um momento claro de ordem legal para a possibilidade da conversão de uma posse de boa fé em posse de má-fé, questão que proporciona importantes efeitos jurídicos nos processos que envolvem litígio na disputa pela posse da terra. Daí que se entendeu de bom alvitre incluir um parágrafo único no art. 1.201 para o fim de prescrever que "Considera-se cessado o caráter de boa-fé da posse, na data da interpelação válida do possuidor, por citação, notificação ou protesto, judicial ou extrajudicial, se vier a ser reconhecida contra ele a pretensão possessória ou petitória do interpelante" (Brasil, [2024b]). Importante, sob o ponto de vista da segurança jurídica, a fixação de um termo

inicial para a cessação dos efeitos da boa-fé. Se não há um ato anterior explícito de oposição ao possuidor como uma interpelação ou notificação, por exemplo, é de se admitir que a citação é o marco mais seguro para cessar a eventual característica da boa-fé, atraindo os efeitos da posse de má fé previstos na codificação civil. O art. 240 do Código de Processo Civil prescreve que a citação válida, mesmo que ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor, aplicando-se também para o réu em ação possessória que venha a sucumbir frente à pretensão do autor. A proposta também atende a mecanismos extrajudiciais de conhecimento de que o interpelante pode ter melhor direito do que ele sob a coisa disputada, o que será verificado posteriormente na demanda judicial, produzindo os efeitos correspondestes.

A inclusão de um parágrafo único consagra a possibilidade de interversão do caráter da posse já admitida na jurisprudência dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça e na doutrina, como se pode ver no Enunciado nº 237 da III Jornada de Direito Civil: "É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 44). Dessa forma, o art. 1.203 que define a presunção de permanência do caráter da posse tem reconhecida a possibilidade de o caso concreto descortinar situação fática de modificação do título da posse como, por exemplo, em uma situação na qual um locatário persiste por trinta anos na posse da coisa sem pagar aluguel e exercendo atos típicos de proprietário. O dispositivo almejado ficaria com a seguinte redação: "Art. 1.203. [...] Parágrafo único. Haverá modificação da causa da posse quando o então possuidor direto comprovar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto" (Brasil, [2024b]).

No campo dos modos de aquisição e perda da posse há o retorno da previsão expressa do constituto possessório (cláusula *constituti*). Com efeito, o constituto possessório revela importante modo de aquisição e perda da posse *inter vivos*. A ausência da referência expressa não selou o fim do instituto que é largamente utilizado nos negócios jurídicos imobiliários com o devido acatamento pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais e do Superior Tribunal de Justiça. Por força da denominada *cláusula constituti* há a transferência da posse pelo consenso, sendo instituto que se justifica, portanto, pelo respeito à autonomia privada dos interessados. Por ele, o possuidor que possuía em nome próprio passa a possuir em nome alheio, como sucede na situação em que o alienante continua no bem por determinado período de tempo, sendo que ao receber o preço, juridicamente, já fez

a transferência da posse. A ausência de referência expressa quando da entrada em vigor da atual codificação parece ter sido realmente um equívoco, como demonstra o Enunciado nº 77 da I Jornada de Direito Civil, vazado nos seguintes termos: "A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo constituto possessório" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 24). A alteração também torna compatível o modo de aquisição derivado da propriedade de bens móveis, referido no art. 1.267, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual "subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório" (Brasil, [2024a]).

O projeto de modificação sugere a seguinte redação para o art. 1.207: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à dos antecessores, para os efeitos legais" (Brasil, [2024b]), qual seja, a referência à união de posses no plural, que compatibiliza, como bem percebeu a Subcomissão de Direito das Coisas, a sugestão de alteração ao disposto no art. 1.243 do presente Código, que admite a *acessio possessionis* para fins de usucapião, conforme comentamos no citado dispositivo.

No campo dos interditos possessórios, isto é, no tratamento da proteção possessória no direito material prevista no art. 1.210, é proposta a alteração dos vocábulos *restituir* e *restituir-se* por *reintegrar* e *reintegrar-se*. A Subcomissão de Direito das Coisas justificou da seguinte forma:

> A alteração dos vocábulos, longe de significar mudança semântica, objetiva a adequação sistemática da nomenclatura do Código Civil aos interditos possessórios previstos nos Arts. 554 a 567 do Código de Processo Civil, os quais disciplinam as ações de interdito proibitório, manutenção e reintegração de posse, trazendo maior coerência e unidade ao sistema jurídica (Brasil, [2023], p. 13).

É sugerida também a inclusão do seguinte parágrafo: "§ 3º Os direitos referidos no *caput* poderão ser exercidos coletivamente, em caso de imóvel de extensa área que for possuído por considerável número de pessoas" (Brasil, [2024b]). Como já se comentou, o parágrafo projetado referenda o bem lançado Enunciado nº 310 na IV Jornada de Direito Civil: "Interpreta-se extensivamente a expressão 'imóvel reivindicado' (art. 1.228, § 4º), abrangendo [as] pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 52). A reforma dialoga também com o disposto no art. 565 do CPC que trata do litígio coletivo da posse. Igualmente aqui se propõe uma correção para fazer referência à ação de reintegração de posse, e não mais *ação de esbulho* que inexiste no direito processual civil brasileiro.

Por fim, em respeito ao princípio da eticidade que ao lado da operabilidade e socialidade continuam norteando a codificação civil brasileira, propõe-se a alteração do art. 1.216 que passaria a contar com a seguinte redação: "O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé" (Brasil, [2024b]). A alteração visa a não atribuir efeitos benéficos ao possuidor de má-fé, pois não se mostra adequado no estágio atual de desenvolvimento jurídico que se reconheça direito às despesas de custeio de produção, tal como ocorre no regime das acessões (art. 1.255).

No elenco dos direitos reais, foi incluída a propriedade fiduciária que será tratada na sua perspectiva contemporânea de garantia real e de gestão (função) tão importante para o crescimento da economia como sucede, por exemplo, nos fundos de investimentos imobiliários, tendo havido o cuidado de reforçar a segurança jurídica ao conferir maior eficácia ao registro imobiliário e às certidões cartorárias emitidas, evitando-se litígios desnecessários sobre a propriedade do bem imóvel.

A funcionalização da propriedade (art. 5º, XXIII, e 170, III) é a grande tônica dos parágrafos que acompanham o *caput* do art. 1.228 do Código Civil, o qual prescreve de modo clássico que a propriedade é o poder de usar, fruir, dispor e reaver o bem, de quem quer que o possua ou detenha, ou dela retire vantagem econômica a qualquer título. Nesse diapasão, várias alterações são sugeridas com esse objetivo e o de adequá-lo às construções doutrinárias e jurisprudenciais aos tempos que correm.

Buscamos oferecer no parágrafo primeiro uma noção mais precisa do real sentido da expressão jurídica "função social da propriedade", conforme já constava, por exemplo, na Constituição da República de Weimar, ao dizer que "a propriedade atenderá à sua função social, e isto obriga o seu titular" (Brasil, [2024b]).

Além disso, há uma correção de rumos no abuso do direito de propriedade, conforme crítica que fazemos nos comentários doutrinários, pois o § 2º passa a adotar o mesmo critério objetivo-finalístico que permeia o art. 187 do Código Civil, a dizer que "são defesos os atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, ou que sejam praticados com abuso de direito, nos termos do art. 187 deste Código" (Brasil, [2024b]). Abandona-se, portanto, a vetusta concepção de abuso do direito apenas como ato emulativo (Enunciados nºs 37, da I Jornada de Direito Civil, e 539, da VI Jornada de Direito Civil).

Com relação à expropriação social que hoje se encontra disciplinada nos §§ 4º e 5º, são dignas de nota as seguintes modificações: a) possibilidade expressa de utilização do instituto tanto em ação reivindicatória como na possessória (Enunciado nº 310 da IV Jornada de Direito Civil); b) estabelecimento de que a Fazenda Pública

somente arcará com os custos da indenização quando o imóvel for ocupado por população de baixa renda e houver a sua participação no processo, nos termos da lei processual civil; c) possibilidade de os possuidores se valerem do direito referido por ação autônoma e não apenas por meio de defesa (Enunciado nº 496 da V Jornada de Direito Civil); e d) havendo destinação diversa para o imóvel expropriado, caberá ao ex-titular direito de preferência, pelo preço atual da coisa. Por fim, sugere-se o acréscimo do art. 1.228-A, do Código Civil: "É reconhecida a titularidade de direitos patrimoniais sobre bens imateriais" (Brasil, [2024b]). A sugestão de alteração objetiva atualizar o Código Civil com as titularidades imateriais previstas, por exemplo, na Lei de Propriedade Industrial e no Direito Autoral. A substituição do vocábulo *coisas* por *bens* harmoniza a parte especial com a parte geral que adota a concepção ampla de *bens*.

No campo da usucapião como modo de aquisição originário de propriedade e de direitos reais sobre as coisas alheias de gozo ou fruição, a proposta fomenta a extrajudicialização como método de fortalecimento da regularização fundiária dos bens imóveis, disciplinando expressamente a possibilidade de usucapião realizada no cartório do registro de imóveis, sem intervenção do Poder Judiciário como já ocorre por determinação de lei especial. Alinha-se a usucapião pró-moradia com a usucapião pró-labore, prevendo para esta última a proibição de que o direito seja reconhecido mais de uma vez ao mesmo possuidor.

Buscamos trazer uma nova roupagem à usucapião familiar, enaltecendo neste instituto a proteção da família que resiste no imóvel e não o foco punitivo naquele que abandonou o imóvel, o que se mostrava de todo equivocado. Nessa linha de raciocínio boas sugestões são feitas. A primeira é deixar claro o momento em que se inicia o prazo para fins de usucapião, que será o momento em que cessar a composse, conforme prova produzida nos autos, presumindo-se esta (presunção relativa) quando o ex-cônjuge ou ex-convivente deixar de arcar com as despesas do imóvel. A segunda diz respeito ao fato de que a separação aqui delineada é a de fato, ou seja, não está a depender de um divórcio formal. A última e mais importante é a do § 5º que confere uma conotação objetiva e desvencilhada da ideia de culpa para o requisito do abandono do lar, nos moldes do Enunciado nº 595 da VII Jornada de Direito Civil: "O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável" (Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 29).

Para facilitar a análise do leitor, segue a proposta na sua inteireza:

> Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse com intenção de dono, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (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.
>
> § 2º 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 (Brasil, [2024b]).

Trata-se de modificação que virá a bom tempo, adequando-se à jurisprudência maciça nos tribunais e que atende ao princípio da boa-fé, ao proteger com intensidade o adquirente de boa-fé, além de esclarecer que a alienação *a non domino* não se situa no plano da validade, mas, sim, da eficácia, como se pode perceber no texto:

> Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado postular que seja retificado ou cancelado.
>
> § 1º Não se procederá ao cancelamento do registro de título aquisitivo irregular que possa atingir direitos reais adquiridos onerosamente por terceiros de boa-fé, sem eles que sejam ouvidos.
>
> § 2º Não será considerado de boa-fé o terceiro que comprovadamente tinha ciência da irregularidade do título.
>
> § 3º A aquisição do terceiro de boa-fé não prevalecerá em face de direitos reais adquiridos, independentemente do registro; e nas situações expressamente previstas em lei (Brasil, [2024b]).

Há também a inclusão do art. 1.247-A, reforçando os valores da segurança jurídica e da proteção ao adquirente de boa fé.

No campo das relações entre vizinhos, o ato demolitório de construções que possam ferir a saúde, sossego e segurança dos vizinhos, deve ser visto pelo juiz como excepcional, devendo-se buscar, dentro do possível, uma resolução para a má construção por meio de determinações de fazer ou não fazer.

Quanto a passagem forçada e canalização de águas (direito de aqueduto), se esta se mostrar fundamental para as necessidades da indústria ou da exploração agropecuária, haverá o direito de imissão no prédio alheio como direito potestativo, mediante indenização cabal a ser paga ao proprietário prejudicado. Por fim, a proposição torna explícito o repúdio ao princípio do poluidor pagador, dispondo que em caso de poluição das águas que correm para o prédio inferior, deverá o possuidor do prédio superior promover a devida recuperação ambiental, sem prejuízo da indenização cabível e de eventuais sanções administrativas e criminais.

Como o leitor pode perceber nessa singela amostragem, não há modificação na estrutura dos milenares institutos da posse e da propriedade, senão reforço para o cumprimento da sua função social, conforme preconizado pela Constituição e o respeito às construções doutrinárias e jurisprudenciais, na certeza de que o parlamento brasileiro saberá lapidar a pedra bruta do trabalho dedicado e competente realizado pela Comissão de Juristas sob a firme batuta dos Ministros Luis Felipe Salomão (presidente) e Marco Aurélio Bellize (vice-presidente), entregando à sociedade brasileira um Código Civil que reúna os predicados para tornar melhor a vida dos brasileiros.

Referências

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer da Subcomissão de Direito das Coisas da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/2a5b49a8-f8c0-468a-bc00-cf52703052ae. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 1983. 2 v.

O condomínio edilício no Anteprojeto de Reforma e Atualização da codificação privada de 2002

Marcelo Milagres[1]

1 Introdução

Honrado em participar da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, em 2023, para apresentação de anteprojeto de atualização do Código Civil brasileiro, coube a mim – juntamente com os colegas Marco Aurélio Bezerra de Melo, Maria Cristina Paiva Santiago e Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho, sob a presidência do Ministro Luis Felipe Salomão e a relatoria-geral dos professores Rosa Maria de Andrade Nery e Flávio Tartuce – apresentar propostas ao Livro III (Direito das Coisas), alinhando-as com a jurisprudência e a melhor doutrina, sem substituir o Código vigente.

Iniciativas dessa natureza não podem desconsiderar a importância da centralidade da codificação e, por óbvio, toda uma constante e histórica construção legislativa. A propósito, merecem menção os reconhecidos esforços e notáveis trabalhos de Augusto Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Ebert Chamoun e Miguel Reale.

Sem embargos de outras importantes sugestões de atualização legislativa, o presente artigo limita-se à exposição das principais propostas da Comissão referentes ao instituto do condomínio edilício.

1 Marcelo de Oliveira Milagres é professor associado de Direito Civil da UFMG; desembargador no TJMG; membro da Comissão de Juristas incumbida de revisar e atualizar o Código Civil.

Destaca-se que são propostas e enunciados submetidos ao debate, ao intenso diálogo. Caio Mário da Silva Pereira, em sua conhecida crítica ao anteprojeto de Código Civil de 2002, afirmou que uma "das graves deficiências de nosso tempo é sem dúvida o desamor ao diálogo" (Pereira, 1973, p. 16).

Neste convite ao continuado debate, não podemos desconsiderar a dinamicidade da vida contemporânea, os institutos precisam se adaptar às exigências do seu tempo. Teixeira de Freitas já pontuava que "as leis são feitas para o homem e não o homem para as leis" (Freitas, 1983). As abstrações, mediante o ideal de uma codificação *more geométrico*, não alcançam o universo e a diversidade de problemas da vida.

Não há dúvida da crescente e, em algumas vezes, desordenada verticalização das nossas cidades. A realidade em que se orientou o Professor Caio Mário da Silva Pereira na elaboração do anteprojeto que resultou na Lei nº 4.591/1964 bem como aquela que inspirou Ebert Chamoun na disciplina do condomínio edilício no Código Civil de 2002 são diversas da atualidade.

Vivenciamos uma pluralidade de formas ou arranjos condominiais, inclusive condomínios concêntricos (um condomínio dentro de outro)[2], com as mais diversas finalidades (residencial, empresarial ou misto).

É bem verdade que o atual Código Civil, sem embargo da inserção de regras sobre condomínio de lotes, fundos de investimentos e multipropriedade imobiliária, sofreu modificações e acréscimos de regras relativas ao condomínio edilício: em 2004, identificação da fração ideal e a forma de divisão de despesas; em 2012, vagas de garagem; em 2022, disciplina das assembleias. Essas mudanças, contudo, não afastam a possibilidade de outros aperfeiçoamentos.

Na sequência, apresentam-se as principais propostas debatidas na Comissão, a saber: natureza jurídica do condomínio edilício, sua instituição, possível fruição exclusiva de áreas comuns, assembleia condominial, cessão de posse de unidade imobiliária, despesas condominiais e propostas de sanções ao condômino antissocial. Os principais argumentos e tendências são sucintamente explicitados.

2 Natureza jurídica do condomínio edilício

É reconhecida a natureza de ente despersonalizado do condomínio edilício, embora tenha capacidade patrimonial e personalidade judiciária.

2 Por exemplo, uma unidade habitacional em condomínio edilício, cuja fruição se verifica pelo regime da multipropriedade (*time sharing*).

Caio Mário, a respeito da natureza do condomínio, afirmou tratar-se de ente despersonalizado:

> pessoalmente nos alinhamos entre aqueles que o consideram um ente despersonalizado, ou seja, uma pessoa formal, já que lhe falta a *affectio societatis*, sendo apenas dotado de personalidade judiciária e de plena capacidade processual, o que lhe permite estar em juízo, em nome próprio, representado pelo síndico, na defesa dos interesses comuns dos condôminos (Pereira, 2014, p. 62).

Em suas *Instituições de Direito Civil*, Caio Mário asseverou que o condomínio edilício é:

> Um fenômeno econômico e jurídico moderno. Não se compraz com os institutos invocados para sua explicação, nem deles necessita. Especialmente deve ser lembrando que, se fosse uma pessoa, o condomínio, como tal, é que seria o sujeito de todas as relações jurídicas. Não é isso que se verifica. Os titulares dos direitos, quer sobre as unidades autônomas, quer sobre as partes e coisas comuns, são os condôminos e não uma inexistente ou fictícia pessoa jurídica. O condomínio dito edilício explica-se por si mesmo (Pereira, 2018, p. 165).

Para Orlando Gomes, trata-se de um *genus novum* (Gomes, 2004, p. 251).

Por sua vez, Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf defendem a personificação do condomínio edilício:

> A nova lei civil perdeu a oportunidade de dar personalidade jurídica ao condomínio, tão necessária a esse instituto, que dela precisa para poder interagir com muita desenvoltura no mundo jurídico, principalmente no que tange à aquisição de bens imóveis que se possam incorporar ao prédio já existente. Como caso concreto, podemos apontar, por exemplo, a impossibilidade da compra, em nome do condomínio, de terreno contíguo para ampliar as vagas de garagem, pela falta de personalidade jurídica, obrigando os próprios condôminos, se quiserem, a adquirir em seu nome a propriedade, o que muitas vezes inviabiliza o negócio (Monteiro; Maluf, 2013, p. 292).

Sopesada a posição desses autores, a Comissão entendeu pela possibilidade de reconhecimento da sua personalidade jurídica para a prática de atos de seus interesses.

3 Instituição e constituição do condomínio edilício

É preciso distinguir instituição e constituição do condomínio. Segundo Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto, "ao se tratar de condomínio edilício, constituir o condomínio é diferente de instituí-lo. Apesar de sinônimas no vernáculo, constituição e instituição são conceitos diversos em relação a condomínio edilício" (Oliveira; Costa-Neto, 2023, p. 978).

Objetivando evitar discussões sobre a possibilidade de instituição do condomínio por um único sujeito de direito, entendeu-se pelo acréscimo do § 2º ao art. 1.332, segundo o qual são "títulos hábeis para o registro da propriedade condominial no competente ofício de registro de imóveis, a escritura de instituição firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas e a convenção de condomínio, nos termos dos arts. 1.332 a 1.334 deste Código" (Brasil, [2024]).

Trata-se de proposta de elevado cunho prático.

4 Fruição exclusiva de área comum do condomínio

A despeito da possibilidade legal, veiculada no art. 1.340 do Código Civil, de fruição exclusiva de área comum do condomínio, surge a controvérsia sobre a possibilidade e os efeitos dessa exclusividade.

A tese da *suppressio* não é estranha ao reconhecimento judicial. Nesse sentido, destaco o julgamento do Recurso Especial nº 214.680/SP, tendo como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/8/1999. Nesse caso, embora se discutisse, por três décadas, a fruição exclusiva de área comum mediante autorização dos demais condôminos, entendeu-se que "pode ser invocada a figura da *suppressio*, fundada na boa-fé objetiva, a inibir providências que já poderiam ter sido adotadas há anos e não o foram, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigida" (Brasil, 1999).

Em face dessas e de outras situações de fruição exclusiva de área comum e sem prejuízos a interesses de terceiros, entendeu a Comissão pela seguinte redação ao proposto § 5º do art. 1.331: "a assembleia, especialmente convocada para tanto, pode ceder, por maioria dos votos dos condôminos, a um ou mais condôminos, em caráter precário, oneroso ou gratuito, o exercício exclusivo de posse sobre pequenos espaços comuns" (Brasil, [2024]).

5 Assembleias condominiais

Não há dúvida sobre a primazia da autonomia privada na disciplina de questões afetas à realidade condominial. A heteronomia é a exceção.

Cabe aos condôminos, mediante disciplina na convenção de condomínio e no seu ato regulamentador (regimento interno), dispor sobre as relações condominiais, sem prejuízo das regras de natureza cogente. Nesse sentido, deve-se valorizar o diálogo entre os condôminos no espaço de sua realização, que são as assembleias.

Todavia, a realidade tem demonstrado manifesto desinteresse nessa participação, com o indesejado efeito de esvaziamento das assembleias. Muitas vezes, as deliberações são tomadas por poucos condôminos. Embora observado o quórum legal e/ou convencional pela técnica da representação convencional (mediante instrumento de mandatos – procuração), poucos condôminos participam e, por óbvio, deliberam.

Como forma de valorização dessa necessária e efetiva participação dos condôminos, apresentou-se a proposta de limitação da representação voluntária/convencional nas assembleias condominiais (art. 1335-A, parágrafo único). Busca-se evitar a prática da proliferação de instrumentos de mandato (procuração), além de fomentar o efetivo debate de assuntos de interesse comum.

Manteve-se o quórum de 2/3 dos votos dos condôminos para alterar a convenção, bem como mudar a destinação do edifício ou da unidade imobiliária. A novidade está no projetado parágrafo único do art. 1.351, segundo o qual, nos casos em que essas mudanças foram solicitadas pelo Poder Público, para os fins de aproveitamento da edificação subutilizada, será suficiente a aprovação por maioria simples dos condôminos.

6 Cessão de posse da unidade imobiliária

No exercício da autonomia privada, o condômino pode ceder a posse da sua unidade, seja de forma gratuita, seja de forma onerosa, a quem lhe aprouver. Essa regra está no art. 1.335, I, do Código Civil, que estabelece ser direito do condômino usar, fruir e livremente dispor das suas unidades. Essa disposição pode ser definitiva (alienação) ou temporária (cessão de posse, por exemplo, mediante locação).

O grande debate surge, contemporaneamente, com foco na cessão de posse por curtos intervalos de tempo e de forma contínua em condomínios que são exclusivamente residenciais. Em verdade, a unidade imobiliária que tem a finalidade de

atender à moradia (e pressupõe alto grau de estabilidade temporal) passa a ter a função de *hospedagem*, obrigando os moradores a conviver com pessoas que ali não residem, mas estão ali apenas para satisfazer a determinados e episódicos interesses. Não se trata de moradores, mas de usuários do imóvel.

A questão não é nova e muito menos imune a polêmicas. O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já a debateu. Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, essa modalidade negocial, mediante uso de aplicativos digitais, não pode ser caracterizada como atividade empresarial e, por enquanto, não há legislação que limite ou impeça a prática. Assim, não poderia o condômino, no exercício do seu direito de propriedade, ser impedido de ofertar o imóvel ou parte dele. Tratar-se-ia de prática que mais se aproxima dos contratos de locação por temporada. Todavia, no julgamento do Recurso Especial nº 1.819.075/RS, prevaleceu o entendimento do Ministro Raul Araújo, segundo o qual essa forma de locação não encontra previsão na Lei nº 8.245/1991, e o Código Civil

> concede autonomia e força normativa à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro Imóveis competente. Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade (Brasil, 2021).

Somente seria possível a utilização das unidades para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, com deliberação qualificada dos condôminos, podendo-se incorporar essa autorização à convenção de condomínio (Brasil, 2021).

Esse parece ser o padrão decisório seguido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2022, 2023a, 2023b). Nessa perspectiva, optou-se pela seguinte regra no anteprojeto de atualização do Código Civil:

> § 1º Nos 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 (Brasil, [2024], art. 1.336, § 1º).

Não se trata de impossibilidade de exercício de atividade econômica ou de violação ao direito de disposição temporária pelo titular da unidade imobiliária, mas,

em observância à finalidade do condomínio, de seu necessário regramento pela convenção ou deliberação assemblear.

7 Despesas condominiais

Como forma de coibir o inadimplemento, decidiu-se por majorar o percentual da multa moratória (teto), reconhecendo a regra supletiva da taxa legal de juros:

> § 2º O condômino que não pagar os valores do rateio ordinário ou extraordinário de despesas, ou aquele que não fizer o reembolso de valores a que foi condenado a pagar ao condomínio, a qualquer título, ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, aos juros estabelecidos no art. 406 deste Código, bem como à multa de até dez por cento sobre o débito, sendo vedada a estipulação de cláusula de desconto em razão da antecipação de pagamento (Brasil, [2024], art. 1.336, § 2º).

Registre-se que a multa, segundo art. 12, § 3º, da Lei nº 4.591/1964, chegou ao patamar de 20% sobre o débito.

8 Sanções ao condômino antissocial

Quanto à sanção de exclusão do condômino antissocial, o anteprojeto foi além da proposta de Erbert Chamoun, segundo o qual

> preferíamos impor, ao morador da unidade imobiliária, uma multa, que pode atingir o décuplo das contribuições para o condomínio, em período que a assembleia dos condôminos, com o "quórum" de três quartos dos restantes, vier a determinar. A gravidade da sanção pecuniária pode levar o recalcitrante a mudar-se, devolvendo a tranquilidade e a convivência entre os moradores (Chamoun, 1975, p. 86).

O atual anteprojeto, em razão da possível ineficácia da pena pecuniária, prevê a possibilidade da exclusão judicial do condômino antissocial (art. 1.337, §§ 3º a 6º). Há, ainda, o dever dos demais condôminos de não permitir a entrada daquele

condômino antissocial, após a aplicação das referidas penas[3]. A previsão enfrenta críticas, sob o fundamento de que ela seria uma interferência indevida na propriedade privada[4].

O debate continua aberto.

9 Conclusões

Nestes estreitos limites, apresentaram-se as principais propostas de atualização para o relevante instituto do condomínio edilício. Dispositivos de menor importância podem e devem ser objeto de outras discussões[5]. E deve ser convidada ao debate a comunidade jurídica, legislativa e acadêmica para novos aprimoramentos.

O propósito que orientou os trabalhos da Comissão não foi o de limitar ou de restringir direitos, mas o de estabelecer uma disciplina normativa que ofereça respostas a contemporâneas situações que não puderam ser previstas ao tempo do projeto que resultou no atual Código Civil.

Buscou-se preservar a especialidade legislativa e, ao mesmo tempo, houve a preocupação de resgatar a necessária centralidade do Código Civil.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

3 Proposta do art. 1.336, VI, do Anteprojeto de Atualização do Código Civil de 2002: "São deveres do condômino: [...] VI – não permitir a entrada de pessoas em sua unidade, que tenham sido apenadas na forma do art. 1.337 deste Código e seus parágrafos" (Brasil, [2024]).

4 "Destaca-se o inciso VI que impõe que impõe ao condômino impedir a entrada de pessoas em sua unidade que tenham sido apenadas na forma do art. 1.337, ou seja, por reiterado descumprimento dos deveres condominiais ou que seja considerado condômino antissocial. Tal previsão conflita com a compreensão de que as sanções são aplicadas no âmbito das questões de interesse comum e não de interesse particular de cada condômino, violando o próprio direito de propriedade de cada condômino individualmente considerado quando lhe for imposto negar acesso à sua unidade de pessoas de seu convívio pessoal ou familiar, por exemplo" (Zanchim *et al.*, 2024, p. 68).

5 Como a aglutinação da disciplina das vagas de garagem nos parágrafos 2º e 3º do art. 1.331, e a revogação do art. 1.338; a consagração da tese veiculada pelo verbete 260 da Súmula do STJ na redação do parágrafo único do art. 1.333; a ampliação do conteúdo da convenção de condomínio e as formas equiparadas de condôminos no art. 1.334 e seu § 2º, bem como no art. 1.336-A; os limites ao direito de voto nos termos do art. 1.335-A; a ampliação dos deveres dos condôminos no art. 1.336; a forma de escolha do síndico e a possibilidade do subsíndico (art. 1.347).

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.280.160/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 9 de outubro de 2023a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.479.157/SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 10 de outubro de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.896.710/PR*. Relator: Min. Raul Araújo, 13 de fevereiro de 2023b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 214.680/SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 10 de agosto de 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.819.075/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator para o acórdão: Min. Raul Araújo, 20 de abril de 2021.

CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do livro correspondente ao direito das coisas no anteprojeto do Código Civil. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, v. 32, n. 134, p. 79-144, abr./jun. 1975.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 1.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Atualizado por Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Direitos das coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Atualizado por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 69, n. 242, p. 16-24, abr./jun. 1973.

_____. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 4.

ZANCHIM, Kleber Luiz *et al*. Direito das coisas. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 38.1, ano 27, p. 65-71, 2024.

As garantias reais e as proposições para a sua atualização no Código Civil

Carlos Vieira[1]

1 Considerações gerais acerca das garantias reais

As garantias reais são instrumentos jurídicos que têm como finalidade assegurar o cumprimento de uma obrigação, conferindo ao credor o direito de preferência sobre um bem específico do devedor ou de terceiro, aos quais se poderá recorrer para a satisfação do crédito caso o devedor não pague a dívida (Gomes, 2019, p. 312). A principal característica desse instituto é que o bem dado em garantia se vincula diretamente à dívida, oferecendo maior segurança ao negócio jurídico (Rodrigues, 2003, p. 335).

O direito real de garantia tem uma dupla função: ele identifica qual bem será utilizado para quitar a dívida e impede, até que a dívida seja paga, que esse bem ou seu valor seja utilizado para quitar outras dívidas (Miranda, 1971, p. 32-33). Assemelha-se a um privilégio real sobre um bem específico. Quanto ao privilégio pessoal, apesar de ter eficácia *erga omnes*, falta o elemento da *pré-exclusão*, característica própria dos direitos reais de garantia.

A necessidade de modernizar a legislação brasileira sobre garantias de crédito tem sido discutida há bastante tempo. As instituições financeiras enfrentam dificuldades

1 Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho é mestre em Direito pelo UniCEUB; especialista em Direito Processual Civil pelo IDP; membro da Comissão de Assuntos Regulatórios da OAB-Conselho Federal; membro da Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal para revisar e atualizar o Código Civil; advogado e consultor.

devido à falta de centralização nos registros de garantias, à fragmentação e à complexidade excessiva das normas legais, o que frequentemente inviabiliza operações financeiras, com um elevado custo de transação e encarecimento do crédito.

O legislador do Código Civil de 2002 não ampliou a regulamentação das garantias, nem incorporou as modalidades de garantias surgidas ao longo do século XX ao texto legal. Embora tenha mantido alguns aspectos positivos do Código anterior, tal opção resultou em desatualização, gerando conflitos entre a legislação geral e as normas especiais. Tal limitação dificultou o uso mais amplo de certas garantias, que acabam sendo regidas por legislações específicas.

A complexidade normativa das garantias reais, juntamente com a defasagem do Código Civil em relação às práticas atuais do Direito, gera insegurança jurídica. Isso é agravado pelo caráter casuístico da legislação e da jurisprudência, que varia conforme o tempo, o contexto e a interpretação dos envolvidos. Esses fatores dificultam o acesso ao crédito privado, especialmente para pequenas e médias empresas, como também para os empreendedores individuais, além de impactarem negativamente a percepção do Brasil por parte de organismos internacionais.

As tipologias tradicionais – fiança, penhor, hipoteca, anticrese e propriedade fiduciária – das garantias reais são estabelecidas com base em características formais (Silva, 2017). A evolução dessas tipologias, por meio de legislações especiais, tornou o arcabouço legal fragmentado e pouco coeso, o que reforça a necessidade de harmonizar as normas relativas às garantias, em linha com iniciativas internacionais que, além de modernizar os institutos, demandam uma aplicação mais funcional e adaptada às exigências contemporâneas das garantias das obrigações.

O Ministério da Economia, atento às demandas nacionais e internacionais, criou o Grupo de Estudos Temático (GET) em 2021, com o objetivo de sugerir atualizações legislativas acerca do direito das garantias, de onde se originou apontamentos aproveitados na Lei nº 14.711/2023 (Marco Legal das Garantias) – que melhorou o arcabouço normativo nacional, especialmente quanto ao financiamento imobiliário – assim como acatados no anteprojeto de reforma do Código Civil.

O anteprojeto visou simplificar e harmonizar o sistema das garantias, propondo a reforma de artigos pré-existentes, bem como introduzir outros, com o intuito de assegurar maior proteção aos contratantes, segurança jurídica, diminuição dos juros e flexibilidade, não obstante as demais vantagens descritas pela Comissão.

Como exemplo de tais evoluções, o proposto art. 1.423-B estabelece que a reserva de grau de prioridade não impede que o bem seja executado caso se cobre a dívida e, enquanto a garantia não for constituída, não há nenhum valor reservado sobre o produto da alienação desse bem. A reserva de prioridade não oferece qualquer

proteção automática ao bem até que uma garantia efetiva seja constituída, propiciando flexibilidade e previsibilidade ao sistema de garantias, permitindo a antecipação de uma possível constituição de garantia real, facilitando o planejamento financeiro e a gestão de ativos.

O art. 1.428, por sua vez, introduz a possibilidade de o credor tornar-se proprietário do bem dado em garantia, desde que haja uma cláusula no contrato que preveja tal possibilidade e o valor do bem seja aferido de forma justa, com devolução de eventual valor excedente ao devedor. Referido artigo passa a permitir a utilização de mecanismos mais flexíveis para a recuperação de crédito, ao mesmo tempo em que protegem o devedor de abusos, garantindo uma negociação justa. O pacto marciano traz uma forma de resolução de inadimplência menos onerosa e burocrática do que a execução tradicional, promovendo eficiência nas transações financeiras e maior segurança jurídica.

A unificação das normas de constituição de garantias reais, a reformulação da propriedade fiduciária, a simplificação do penhor não possessório e a permissão para constituir garantias sobre universalidades, como estoques e créditos estão entre os principais pontos do anteprojeto, conforme Relatório Final (Brasil, [2024d]) elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Também foram sugeridas mudanças no âmbito extrajudicial das garantias, harmonizando o processo de venda direta e apropriação de bens pelo credor.

A seguir, discutir-se-á em detalhes cada um dos avanços.

2 Penhor: adaptações legislativas às práticas comerciais

O art. 1.431 do Código Civil estabelece que se constitui o penhor pela transferência da posse da coisa móvel feita pelo devedor ao credor, em garantia do débito. Continua, no parágrafo único, prevendo que nas hipóteses de penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do próprio devedor (Brasil, [2024b]).

O penhor é a principal forma de garantia de dívida por meio de bens móveis, caracterizando-se pela entrega efetiva destes, realizada pelo devedor ou por um terceiro ao credor ou seu representante (Gagliano; Pamplona Filho, 2019).

Na regra geral do penhor, verifica-se um desdobramento da posse, uma vez que a posse direta do bem é transferida ao credor, enquanto a posse indireta permanece com o devedor. O credor não pode utilizar o bem, que está vinculado ao

cumprimento da obrigação, cabendo a ele apenas a sua guarda como depositário, para devolvê-lo no momento apropriado (Farias; Rosenvald, 2015).

Em modalidades especiais de penhor – como o rural, industrial, mercantil e de veículos – o bem permanece na posse do devedor, ou da pessoa que ofereceu a garantia em seu nome (Pereira, 2017). O devedor continua responsável por guardar e conservar o bem, podendo ainda utilizá-lo e explorar suas potencialidades normalmente, sem que haja a transferência de posse.

Os documentos que comprovam a propriedade, na hipótese de penhor de títulos e valores mobiliários, são frequentemente mantidos por um terceiro, conhecido como agente fiduciário, que atua como depositário de boa-fé desses documentos.

A Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil propôs no Relatório Final (Brasil, [2024d]) a mudança na redação do art. 1.431 do Código Civil, sugerindo-se que o penhor possa ser constituído sobre uma ou várias coisas móveis, determinadas ou determináveis, presentes ou futuras, fungíveis ou infungíveis, desde que sejam alienáveis a título oneroso, acarretando em maior flexibilidade na definição.

No parágrafo 1º, há previsão de que os bens empenhados permaneçam em posse do devedor no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, o qual tem a obrigação de guardá-los e conservá-los. Já o parágrafo 2º dispõe que, em negócios simétricos e paritários, as partes podem acordar que os bens empenhados continuem em poder do devedor, que deve igualmente guardá-los e conservá-los.

As adições subsequentes se mostram necessárias. O art. 1.431-A acrescenta que, salvo acordo em contrário, em contratos paritários e simétricos, a garantia se estende automaticamente aos frutos dos bens onerados, civis ou naturais, com o mesmo grau de prioridade. O parágrafo único especifica que a garantia se mantém sobre os bens sub-rogados ao objeto da garantia, incluindo bens que o substituírem, como dinheiro ou créditos de sua alienação, e os produtos de sua transformação.

O art. 1.431-B afirma que os credores pignoratícios mantêm seus direitos automaticamente sobre os bens sub-rogados ao bem onerado, sem a necessidade de nova publicidade, abrangendo indenizações de seguro, perdas ou deteriorações, desapropriação, valores obtidos com a venda do bem, e outros bens adquiridos em substituição, desde que, caso o novo bem não esteja incluído no objeto original, uma nova publicidade seja feita dentro de quinze dias após sua aquisição.

O art. 1.431-C estabelece que, se um bem móvel objeto de penhor for integrado a um conjunto de bens do mesmo gênero, ou transformado em um produto ou subproduto de mesma titularidade, a garantia será mantida, no limite do valor original, sem necessidade de nova publicidade.

Por fim, o art. 1.432 trata do registro do penhor, desta vez com mais especificidades, incluindo regras de publicidade, como também quanto ao potencial conflito de competências entre os registros públicos e as entidades registradoras de ativos financeiros.

Ademais, propostas de alterações foram apresentadas à Seção IV – Da Extinção do Penhor, com o objetivo de adaptar a característica da sequela dessa garantia às novas formas de penhor que abrangem universalidades. O penhor sobre bens destinados à venda não seguirá automaticamente o bem vendido, mas terá a capacidade de sub-rogar-se sobre o produto da venda e os bens que o substituírem, alinhando-se às práticas adotadas internacionalmente.

A previsão automática dos frutos dos bens, a manutenção dos direitos dos credores pignoratícios sem necessidade de nova publicidade, a possibilidade de conservar a garantia mesmo em casos de transformação dos bens garantidos ou mesmo de se constituir garantias sobre universalidades, asseguram que as partes envolvidas tenham um entendimento mais transparente e equitativo sobre suas obrigações e direitos. Tais especificidades reduzem a ambiguidade nas relações contratuais, facilitam a execução dos contratos e protegem os interesses das partes, o que, em última análise, fortalece a confiança nas transações comerciais.

3 Evolução da hipoteca no Direito brasileiro: conceitos, características e propostas de atualização

A hipoteca é uma garantia real que recai sobre um bem imóvel, concedida por um devedor, ou por um terceiro, em favor de seu credor, para assegurar o pagamento de uma dívida. Se a dívida não for quitada, o credor poderá utilizar o produto da venda do imóvel, após sua penhora em um processo de execução, para satisfazer o valor em aberto. Como um direito real, a hipoteca se vincula ao bem hipotecado e tem eficácia *erga omnes*, permanecendo válida mesmo que o imóvel seja transferido para um terceiro (Pereira, 2017).

O objeto da hipoteca – exceto navios e aeronaves – remanesce na posse do devedor ou de terceiro, com a finalidade de garantir, preferencialmente ao credor, o pagamento de uma dívida. Trata-se de especificar um ou mais bens do patrimônio imobiliário do devedor ou do terceiro garantidor, como caução específica de uma obrigação (Gomes, 2012).

Tanto o penhor quanto a hipoteca não isentam o devedor da obrigação pessoal de pagar a dívida. Se o valor obtido com a venda da garantia for insuficiente para

cobrir a totalidade da dívida, o credor poderá buscar satisfação de seu crédito através de outros bens do patrimônio do devedor. Por outro lado, qualquer saldo remanescente da venda do bem hipotecado deve ser restituído ao devedor ou garantidor, conforme o caso (Farias; Rosenvald, 2015).

A hipoteca pode ser utilizada para garantir o cumprimento de qualquer tipo de obrigação, mesmo que não seja de natureza pecuniária. Todas as obrigações com valor econômico, como aquelas que envolvem dar, fazer ou não fazer, sejam presentes ou futuras, simples ou condicionais, podem ser garantidas por meio de uma hipoteca. Além disso, um mesmo imóvel pode ser hipotecado várias vezes, assegurando quantas dívidas seu valor puder cobrir (Gagliano; Pamplona Filho, 2019).

As características da hipoteca fazem dela uma forma de garantia muito versátil e menos onerosa para o devedor, uma vez que não precisa abrir mão da posse de seus bens. Para o credor, a garantia hipotecária oferece maior eficácia em comparação às garantias pessoais, conferindo-se uma maior proteção ao risco patrimonial do devedor e proporcionando-se uma posição mais favorável em caso de falência. Além disso, por ser uma garantia de eficácia real, a hipoteca se vincula à coisa, de sorte que o credor, valendo-se da sequela, pode excutir o bem ainda que tenha sido transferido pelo devedor a outrem (Tepedino, 2021).

A Comissão de Juristas sugeriu, no Relatório Final (Brasil, [2024d]), o acréscimo de alguns itens ao rol do que poderia ser objeto de hipoteca: XII – o direito real do promitente comprador; XIII – o direito aquisitivo oriundo da propriedade resolúvel; e XIV – o direito real de laje, além de § 3º estabelecendo que os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos XII e XIII do *caput* desse artigo se subrogam na propriedade plena, mediante sua aquisição superveniente.

O art. 1.473-A passaria a estabelecer que o credor hipotecário detentor do direito real do promitente comprador tem legitimidade para solicitar o registro de sua hipoteca. Por sua vez, o art. 1.473-B permitiria ao credor exercer o direito à adjudicação compulsória, seja de forma judicial ou extrajudicial, em favor do promitente comprador.

O art. 1.473-B, § 1º, especifica que, enquanto houver pendência no pagamento do preço e sobreviver a mora do promitente comprador, o credor pode promover a execução da garantia hipotecária ou efetuar, em nome do adquirente, o pagamento ao vendedor. O parágrafo 2º estipula que, caso o credor realize o pagamento do preço, o valor pago, juntamente com todos os seus acessórios e eventuais penalidades, será somado à dívida garantida pela hipoteca, reservando ao credor o direito de executar o devedor e a garantia imediatamente.

Tais dispositivos inovadores têm como objetivo regular a constituição de hipoteca sobre duas categorias de direitos reais aquisitivos de imóveis, já definidas no Código Civil: o direito real aquisitivo do fiduciante e o do promitente comprador.

Houve a inclusão do parágrafo 4º no art. 1.488, que estabelece a extensão automática da garantia real sobre os frutos da venda em situações de financiamento à produção de lotes e unidades autônomas em condomínios. Assim, à semelhança da regra já estabelecida para o penhor de estoques, essa medida proporciona uma importante proteção aos credores, assegurando garantias sobre bens destinados à venda, o que é especialmente necessário à luz da Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça[2].

O art. 1.502 foi alterado para que as hipotecas sobre as estradas de ferro sejam registradas nas circunscrições imobiliárias onde se situam cada trecho da linha, e não mais no município da estação inicial da respectiva linha, permitindo-se a ocorrência de hipoteca de primeiro grau em cada um dos trechos da linha, dividindo-se o bem com a finalidade de permitir a maior tomada de crédito.

As alterações propostas para a hipoteca representam um avanço significativo na clareza e segurança jurídica dos direitos reais. Ao introduzir especificações e novas categorias de bens passíveis de hipoteca, reduzem-se incertezas e facilita-se o acesso ao crédito, proporcionando maior proteção para os contratantes, minimizando conflitos e promovendo um ambiente mais estável para transações imobiliárias.

4 Anticrese: da rigidez tradicional à flexibilidade necessária

A anticrese é um direito real de garantia, no qual o devedor transfere ao credor a posse direta de um imóvel de sua propriedade. Consiste em modalidade de garantia real por meio da qual o devedor, para além de entregar o imóvel ao credor, cede-lhe o direito de perceber, para o gradual pagamento da dívida, os frutos e rendimentos (Tepedino, 2021, p. 811). O objetivo é permitir que o credor se pague com os frutos gerados pela exploração econômica do bem, reduzindo progressivamente os juros e o saldo devedor.

O art. 1.506 do Código Civil dispõe que "pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos" (Brasil, [2024b]).

2 Súmula nº 308 do STJ: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel" (Brasil, 2024e, p. 909).

A Comissão propôs, em seu Relatório Final (Brasil, [2024d]), o acréscimo de dois parágrafos ao art. 1.507: um deles para permitir às partes convencionar a locação do bem ao proprietário, hipótese em que o credor será isento de suas obrigações de administração da anticrese; e outro para conceder ao credor a opção de, a qualquer momento, renunciar à garantia e se liberar de suas obrigações.

Trata-se de medidas que visam tornar a anticrese mais prática, preservando um negócio jurídico verdadeiramente equitativo e não oneroso.

5 Propriedade fiduciária: garantia e gestão

A alienação fiduciária no Brasil introduziu inovações no regime das garantias reais, como o método extrajudicial de execução previsto na Lei nº 9.514/1997, o que impulsionou sua utilização. A propriedade fiduciária em garantia se distingue dos direitos reais limitados, como o penhor, a anticrese e a hipoteca, pois, nesses casos, o titular da garantia detém um direito real sobre um bem pertencente a outra pessoa (Tepedino, 2021). Mesmo que o bem esteja vinculado ao cumprimento de uma obrigação, ele permanece no patrimônio do devedor. Já na propriedade fiduciária, a garantia recai sobre um bem que passa a ser de propriedade do credor, uma vez que o devedor lhe transfere a titularidade do bem, ainda que de forma resolúvel (Chalhoub, 2017).

No entanto, surgiram dois problemas sistêmicos. O primeiro é a limitação formal do uso da propriedade como garantia, que só pode ser transferida uma vez, fazendo com que bens de alto valor percam parte de seu potencial de *alavancagem* – fenômeno conhecido na análise econômica do Direito como *capital morto*. E o segundo é a aplicação de regras do regime de propriedade aos credores fiduciários, como decisões judiciais que impõem a esses credores a responsabilidade fiscal sobre os bens dados em garantia (Silva, 2013).

A troca das garantias tradicionais pela propriedade fiduciária não se deve apenas ao risco de insolvência, mas também à modernização e maior flexibilidade proporcionadas por legislações específicas. Tal constatação sugere que essas mesmas inovações poderiam ser aplicadas às garantias tradicionais, como hipoteca, penhor e anticrese.

A proposta aderiu a um novo tratamento do capítulo da propriedade fiduciária com divisão de suas funções como propriedade fiduciária de gestão (*trust latu sensu*) e propriedade fiduciária em garantia. Propõe-se a revogação de dispositivos específicos da formação e do regime da propriedade fiduciária em garantia, passando

a submeter seu tratamento à regra geral das garantias reais, permitindo-se uma abordagem mais flexível e eficiente para a proteção dos contratantes, o que é vantajoso para a celeridade e segurança da celebração de negócios jurídicos.

A sugestão mais significativa reside na criação de um arcabouço que possibilite a instituição de propriedade superveniente e diferentes níveis de garantia, incluindo a propriedade fiduciária. Essa determinação já existia para a alienação fiduciária nos parágrafos 3º e 4º do art. 22 da Lei nº 9.514/1997, conforme a redação dada pela Lei nº 14.711/2023.

De acordo com as propostas da Comissão de Juristas, as disposições do Título X, que trata do penhor, da hipoteca e da anticrese, serão aplicáveis a outras modalidades de garantia real, incluindo a alienação fiduciária (art. 1.419). Essa extensão amplia o escopo e a uniformidade do tratamento legal dessas garantias.

A propriedade superveniente tornará eficazes, desde o registro do título aquisitivo ou da tradição, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono (art. 1.420, § 1º), e a garantia real prestada por um condômino afetará apenas a sua quota do bem comum, conservando-se sobre o que couber ao garantidor caso o bem seja dividido (art. 1.420, § 2º).

O credor terá o direito de excutir o bem dado em garantia, preferindo seu pagamento em relação a outros credores, observada a prioridade no registro (art. 1.422), com exceção das dívidas que devam ser pagas prioritariamente a outros créditos por determinação legal (art. 1.422, § 1º). O registro conferirá prioridade à totalidade da obrigação garantida prevista no título, ainda que futura ou condicionada (art. 1.422, § 2º), e o credor solvente poderá, nos contratos paritários e simétricos, ceder seu grau de prioridade a outro credor garantido sobre o mesmo bem, por instrumento particular ou público escrito, devidamente registrado, sub-rogando-se na prioridade do cessionário (art. 1.422, § 3º).

O proprietário poderá reservar o grau de prioridade sobre bem de sua propriedade para a outorga futura de garantia real (art. 1.423-B), o que não obstará a execução sobre o bem, nem reservará qualquer valor sobre o produto da sua alienação, quando tiver sido constituída a garantia sobre o grau reservado (art. 1.423-B, parágrafo único).

O outorgante poderá constituir novas garantias sobre o bem, em favor do mesmo credor ou de outro, e elas ficarão sujeitas às normas que definem a prioridade (art. 1.424-A), regendo-se pelo número de ordem do registro (art. 1.424-B).

A análise crítica do sistema atual revela que reformas pontuais são essenciais para modernizar e harmonizar o tratamento das garantias, tornando-as mais acessíveis e funcionais. Para que o Brasil possa alinhar-se às melhores práticas internacionais em matéria de garantias, é crucial que as legislações pertinentes sejam revisitadas,

como o correu na proposta feita pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, proporcionando um ambiente que não apenas reconheça, mas também potencialize o uso da propriedade fiduciária como uma ferramenta eficaz no financiamento e no desenvolvimento econômico.

6 Considerações finais

As propostas da Comissão de Juristas representam um avanço significativo na modernização do regime de garantias reais no Brasil, especialmente ao simplificar e harmonizar as normas que envolvem esse importante instrumento jurídico.

A unificação das regras e a introdução de novas possibilidades, como a constituição de garantias sobre universalidades, oferecem maior flexibilidade para as operações financeiras, o que beneficia especialmente os consumidores, ao reduzir a insegurança jurídica e os custos de transação, que são fatores determinantes para o encarecimento do crédito.

A segurança jurídica proporcionada por um sistema claro e coeso gera confiança nas relações comerciais e financeiras, o que, por sua vez, tende a diminuir os custos de transação. Com processos mais eficientes e menos sujeitos a disputas judiciais, espera-se uma redução nas taxas de juros cobradas aos consumidores. Além disso, a possibilidade de constituir garantias sobre universalidades, como estoques e créditos, amplia o acesso ao crédito, beneficiando principalmente pequenas e médias empresas que frequentemente enfrentam barreiras para obter financiamentos.

Ademais, as propostas permitem uma adaptação mais funcional às demandas contemporâneas do mercado, harmonizando práticas legais com as exigências econômicas atuais. A redução da complexidade normativa e a introdução de soluções extrajudiciais, por exemplo, contribuem para a diminuição dos juros aos consumidores, uma vez que agilizam o processo de execução das garantias e favorecem a confiança nas relações contratuais.

Embora se reconheça que reformas adicionais possam ser necessárias, sobretudo em outras legislações, como o Código Tributário Nacional, as medidas propostas já representam um grande avanço em prol de um marco legal mais eficiente e adaptado às exigências do mercado moderno, pois criam um cenário mais favorável para os contratantes – um passo fundamental para tornar o Brasil um ambiente mais seguro e atraente para investimentos e financiamentos.

Referências

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

_____. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 6 set. 2024.

_____. *Lei nº 14.711, de 30 de outubro de 2023*. Dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia, a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br//ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14711.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024d]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em: 21 set. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Inteiro teor das súmulas*. Brasília, DF: STJ, Secretaria de Jurisprudência, 2024e. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

CHALHOUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*: negócio fiduciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: reais. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direitos reais. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 5.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 20.

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

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das obrigações*: uma análise sistemática do direito das garantias e uma proposta abrangente para a sua reforma. São Paulo: IASP, 2017.

_____. *Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais*: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil*: direitos reais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Direito de Família

Dissolução do casamento e da união estável na Reforma do Código Civil

Pablo Stolze[1]

1 Introdução

Convém transcrever, neste tópico introdutório, reflexões que fiz acerca dos trabalhos da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Reforma do Código Civil (Gagliano, 2024):

> Joseph Kohler, em sua clássica obra *Lehrbuch des burgerlichen Rechten*, com sabedoria, afirmou que:
>
> "Nenhum Código jamais caiu do céu e nenhum foi objeto de uma revelação instantânea, e todos aqueles que acreditaram criar algo do seu espírito, tão-somente serviram ao espírito da cultura em que viveram e da qual extraíram o seu pensamento. ('Kein Gesetzbuch ist je vom Himmel gefallen, und keines der Gegenstand einer augenbliklichen Offenbarung gewesen, und diejenigen, welche glaubten, etwas aus ihrem Geist zu schaffen, haben fast nur dem Geist der Kultur gedient, in der sie lebten und der sie ihr Denken entnahmen')"[2].

1 Pablo Stolze Gagliano é graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia; pós-graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia; mestre em Direito Civil pela PUC-SP; professor da Universidade Federal da Bahia; membro da Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal para a Reforma do Código Civil.

2 Citado em alemão por Clóvis Beviláqua, em *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, I* (Beviláqua, 1916) – tradução livre de Pablo Stolze Gagliano.

De fato, um código tende a refletir o espírito da cultura (*Geist der Kultur*) da sua época.

É inegável o valor acadêmico da Comissão presidida pelo professor Miguel Reale[3], responsável pela elaboração de um anteprojeto de Código Civil com o objetivo de substituir o diploma de 1916:

> No ano seguinte (1973), depois de receber inúmeras emendas, foi publicada a segunda edição revisada do Anteprojeto, submetida, porém, a nova revisão, com grandes modificações, para se transformar no efetivo "Projeto do Código Civil brasileiro", enviado, através do Poder Executivo, pela Mensagem n. 160/75, ao Congresso Nacional, onde se transformou no Projeto de Lei n. 634, de 1975.
>
> Depois de anos de debates na Câmara dos Deputados, onde a matéria até se mostrou esquecida, ante a ausência de um clamor social que a exigisse, em 1984 foi aprovado o projeto, com sua transformação no Projeto de Lei n. 634/B, conforme publicação no *Diário do Congresso Nacional* de 17 de maio de 1984 (Suplemento n. 47) (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 51).

Após longa hibernação, o projeto seria retomado muitos anos mais tarde, especialmente pela atuação de dois parlamentares, o senador Josaphat Marinho e o deputado Ricardo Fiúza, convertendo-se, finalmente, na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (publicada no *Diário Oficial da União* de 11/1/2002), o novo Código Civil brasileiro.

Não é adequado, em meu sentir, disparar contra o Código de 2002 dardos de generalizada crítica, como se todo o diploma de nada servisse. Tal postura acadêmica denota desconhecimento ou, em certos casos, é fruto de profunda vaidade intelectual.

Como todo resultado do agir humano, marcado pela falibilidade, há, em sua densa arquitetura normativa, erros e acertos. No entanto, é forçoso convir que, por refletir o espírito da cultura de sua época e, aliado a isso, haver permanecido em *hibernação legislativa* por longos anos, é marcado por uma obsolescência profunda.

A efervescência tecnológica da virada do século, a reconstrução profunda dos *standards familiares*, a velocidade da comunicação são apenas alguns fatores que não puderam – ou não podiam – ser absorvidos por aquele importante diploma.

Dou-lhes um exemplo simples.

Vasculhe em sua memória os cinco últimos contratos que você pactuou. Certamente, não o fez por correspondência epistolar ou sequer utilizou uma chamada

3 Comissão formada por José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família), Torquato Castro (Direito das Sucessões) e presidida por Miguel Reale.

telefônica. Provavelmente, o negócio fora consumado pelo computador ou, simplesmente, pela tela do seu celular, utilizando um aplicativo. Aliás, por meio de um "*app*", atualmente, nós comemos, passeamos, viajamos, compramos, jogamos, trabalhamos, ou, até mesmo, podemos encontrar o amor das nossas vidas. Um enredo que causaria espanto até mesmo a George Orwell.

O Código de 2002 não pôde antever essa realidade. Mas é a realidade da vida de cada brasileiro.

A atualização das suas normas não podia mais tardar, inclusive diante da lúcida advertência feita por Otavio Rodrigues Junior, no sentido de que o Direito Privado vive um "renascimento" como esfera de desenvolvimento das relações jurídicas (Rodrigues Junior, 2023, p. 68).

E, sem dúvida, nesse processo de *renascimento*, mencionado pelo Professor Otavio Rodrigues, o Direito Privado tem, no Direito de Família, o seu campo mais sensível, dinâmico e volátil.

Afinal, "todo cae y se transforma á nuestra vista bajo al martillo inexorable de la crítica, bajo el impulso irresistible de nuevas necesidades", como lembra Enrico Cimbali na Introdução da sua monumental obra *La Nueva Fase Del Derecho Civil en sus Relaciones Económicas y Sociales* (Cimbali, 1898, p. 1).

Nesse contexto de necessário *renascimento transformador*, o Direito de Família desponta, cabendo-me, aqui, destacar algumas mudanças sugeridas – e seus efeitos jurídicos decorrentes – em torno da dissolução do casamento e da união estável no Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

2 Reflexões sobre a dissolução do casamento e da união estável na Reforma do Código Civil

Respeitando os limites da proposta editorial deste trabalho, cuidarei de, objetivamente, passar em revista proposições, constantes no Anteprojeto de Reforma, em torno da dissolução matrimonial e da união estável.

Inicialmente, vale salientar que a "separação judicial" ou "de direito", instituto superado, não encontrou espaço no texto apresentado à Presidência do Senado Federal, na linha do norte jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (Tema 1.053)[4].

4 Tema 1.053, STF. Tese: "Após a promulgação da EC nº 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas, por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF)" (Brasil, 2023b).

Merece destaque, outrossim, o regramento proposto acerca do denominado *divórcio impositivo ou unilateral*.

Note-se, aliás, que as regras propostas, a seguir transcritas, também se aplicam para o caso da *dissolução da união estável*:

> Art. 1.582-A. O cônjuge ou o convivente, poderão requerer unilateralmente o divórcio ou a dissolução da união estável no Cartório do Registro Civil em que está lançado o assento do casamento ou onde foi registrada a união, nos termos do § 1º do art. 9º deste Código.
>
> § 1º O pedido de divórcio ou de dissolução da união estável serão subscritos pelo interessado e por advogado ou por defensor público.
>
> § 2º Serão notificados previa e pessoalmente o outro cônjuge ou convivente para conhecimento do pedido, dispensada a notificação se estiverem presentes perante o oficial ou tiverem manifestado ciência por qualquer meio.
>
> § 3º Na hipótese de não serem encontrados o cônjuge ou convivente para serem notificados, proceder-se-á´ com a sua notificação editalícia, após exauridas as buscas de endereço nas bases de dados disponibilizadas ao sistema judiciário.
>
> § 4º Após efetivada a notificação pessoal ou por edital, o oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio ou à da dissolução da união estável.
>
> § 5º Em havendo, no pedido de divórcio ou de dissolução de união estável, clausula relativa à alteração do nome do cônjuge ou do requerente para retomada do uso do seu nome de solteiro, o oficial de Registro que averbar o ato, também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade e, se de outra, comunicará ao oficial competente para a necessária anotação (Brasil, [2024a]).

No parecer que subsidiou a exposição de motivos, da Subcomissão de Direito de Família[5], em que tive a honra de atuar como relator, foram feitas as seguintes ponderações:

> A Subcomissão incorporou projeto de autoria do ilustre Senador Rodrigo Pacheco (P.L. nº 3.457/2019), consagrando o divórcio impositivo ou unilateral, o que resultará em efetiva e concreta *desburocratização*. Neste ponto, transcreve-se trecho da justificativa do eminente parlamentar: "A presente proposta pretende simplificar os procedimentos para o divórcio administrativo, sempre que um dos cônjuges discordar do pedido de divórcio. [...] cria-se uma nova modalidade de divórcio

5 Subcomissão também composta pelos eminentes juristas Marco Buzzi, Maria Berenice Dias e Rolf Madaleno.

administrativo, que independe de escritura pública e que pode ser postulado diretamente ao Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma unilateral por qualquer dos cônjuges, ainda que com a oposição do outro: o chamado 'divórcio impositivo' ou 'divórcio direto por averbação'. Como bem colocam os professores José Fernando Simão e Mário Luiz Delgado, 'Se não se exige prévia intervenção judicial para o casamento, por que razão haver-se-ia de exigir tal intervenção para dissolução do vínculo conjugal. Tanto a constituição do vínculo como o seu desfazimento são atos de autonomia privada e como tal devem ser respeitados, reservando-se a tutela estatal apenas para hipóteses excepcionais. Entretanto, para que os cônjuges possam lavrar a escritura de divórcio, precisam entrar *em acordo*. O artigo 733 do CPC atual prevê que somente o 'divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável poderão ser realizados por escritura pública. Portanto, as regras legais atuais exigem que a escritura seja subscrita obrigatoriamente por ambos os cônjuges, e isso nem sempre é possível. Um dos cônjuges pode se negar a concordar com o pedido de divórcio até mesmo por capricho ou por receio de uma atitude violenta do outro. Também são comuns as situações em que um dos cônjuges se encontre em local incerto e não sabido'. O *divórcio impositivo* não constitui novidade no Brasil e já foi previsto em provimento pioneiro da Corregedoria-Geral de Justiça de Pernambuco, aprovado em 13 de maio de 2019 (Provimento 6/2019), visando estabelecer medidas desburocratizantes ao registro civil, nos casos do divórcio, por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges[6]. Em um momento em que tanto se critica o Poder Judiciário, em função da demora no andamento dos processos, compelir um cônjuge maior e capaz a proceder ao desenlace civil, tão somente por não haver a anuência do outro, foge completamente ao espírito do CPC/2015. A falta de concordância do outro cônjuge não pode constituir óbice ao divórcio administrativo, máxime quando as demais questões passíveis de repercutir na esfera existencial ou patrimonial do outro permanecerão na esfera judicial" (Brasil, [2023a]).

Ora, de fato, se o divórcio traduz, em essência, um direito potestativo (mero direito de *interferência*), a exigência de lavratura de uma escritura pública – justificável para a normatização consensual acerca de efeitos outros, a exemplo da partilha de bens – é, sem dúvida, manifestamente desnecessária para a formalização do ato de dissolução matrimonial que poderia, por certo, se consumar diretamente no cartório de Registro Civil[7].

6 Cf. ainda: Alves (2019).

7 Refletindo sobre a natureza potestativa do direito ao divórcio, em face da Emenda Constitucional nº 66/2010, escreveram Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 45): "Em 2010, com a promulgação da 'PEC do Amor' (ou 'PEC do Divórcio'), a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição. Se há quem defenda a sua permanência no sistema brasileiro, por força das normas infraconstitucionais, notadamente com o advento do novo Código de Processo Civil, o fato incontestável é que, no texto constitucional, não há mais qualquer espaço para o instituto, sendo que as consequências

E não se diga que se trata de uma medida dissolutiva "surpresa", pois a norma sugerida é claríssima no sentido de que "serão notificados prévia e pessoalmente o outro cônjuge ou convivente para conhecimento do pedido, dispensada a notificação se estiverem presentes perante o oficial ou tiverem manifestado ciência por qualquer meio" (Brasil, [2024a]).

Logicamente, não sendo encontrados para serem notificados, será feita notificação editalícia, após exauridas as buscas de endereço nos sistemas de dados oficiais.

Somente após tais providências de comunicação, o oficial do Registro Civil procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio ou à da dissolução da união estável.

E, caso haja, no pedido, que deverá ser subscrito por advogado ou defensor público, cláusula relativa à alteração do nome do cônjuge ou do requerente para retomada do uso do seu nome de solteiro, poderá o próprio oficial já adotar a providência cabível, "no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade e, se de outra, comunicará ao oficial competente para a necessária anotação" (Brasil, [2024a]).

Prestigia-se a autonomia privada, sem burocracia, evitando-se o *strepitus fori* de um processo judicial.

Aliás, em situações de violência doméstica, essa forma mais rápida, direta e unilateral de divórcio, favorece, firmemente, a resolução de descasamento da vítima, que, com isso, evita se sujeitar à anuência do agressor.

Nessa perspectiva, Flávio Tartuce:

> Destaquem-se as situações de violência doméstica, em que o diálogo entre as partes é impossível e deve ser evitado, sendo urgente e imperiosa a decretação do divórcio do casal. Em todos esses casos, decreta-se o divórcio do casal, deixando o debate de outras questões para posterior momento (Tartuce, 2019).

Vale mencionar, ainda, que o § 6º traz uma importante previsão, acautelatória de direitos dos cônjuges (ou conviventes) envolvidos no ato de dissolução do vínculo:

> § 6º Com exceção do disposto no § 5º, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido unilateral de divórcio ou de dissolução de união estável, especialmente,

---

de tal extinção serão apreciadas por nós em momento próprio posterior. Desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto o por mútuo consentimento dos cônjuges quanto o litigioso. Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito postetativo".

> pretensão de alimentos, arrolamento de bens, guarda de filhos, partilha de bens, exclusão do ex-cônjuge ou convivente de plano de saúde, alteração do domicílio da família, ou qualquer outra medida protetiva ou acautelatória (Brasil, [2024a]).

Fica claro, portanto, que o regramento proposto se restringe, tão-somente, à realização do *divórcio unilateral*, afastando-se toda e qualquer crítica no sentido de haver violação (ou risco de violação) a direitos, porquanto pretensões outras não poderão ser deduzidas perante o oficial de Registro Civil.

Passo agora a refletir sobre a importante figura do *divórcio post mortem*.

De acordo com a regra sugerida, o falecimento de um dos cônjuges, depois da propositura da ação de divórcio, não resulta na extinção do processo, podendo os herdeiros prosseguir com a demanda, retroagindo os efeitos da sentença à data estabelecida na sentença como aquela do final do convívio. A mesma solução é dada em se tratando de dissolução da união estável (art. 1.571, § 4º, do Anteprojeto).

Trata-se de medida de inegável razoabilidade, porquanto respeita a vontade manifestada pelo cônjuge ou convivente, no sentido da dissolução do vínculo, antes do seu falecimento.

Evita-se, inclusive, com isso, situações tremendamente injustas, em que o sobrevivente poderia se tornar herdeiro ou, até mesmo, beneficiário do falecido, no âmbito da previdência social, caso, por exemplo, o divórcio não fosse decretado.

Merece referência, neste ponto, pioneiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 2.022.649/MA), da lavra do eminente Min. Antônio Carlos Ferreira, que, inclusive, em seu belo voto, cita o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

Segue a ementa do julgado:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO POST MORTEM. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM QUESTÕES AFETAS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR. ÓBITO DO CÔNJUGE DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. DIREITO POTESTATIVO. EXERCÍCIO. DIREITO A UMA MODIFICAÇÃO JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE VONTADE DO CÔNJUGE. RECONHECIMENTO E VALIDAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL DE DIVÓRCIO. PRETENSÃO RECONVENCIONAL. SOBREPOSIÇÃO AO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DO DIREITO. HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO. LEGITIMIDADE. EFEITOS SUCESSÓRIOS, PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. MODALIDADE DE EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE UM DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decretação do divórcio na hipótese do falecimento de um dos cônjuges após a propositura da respectiva ação.

2. Após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 é possível a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente de condições e exigências de ordem temporal previstas na Constituição ou por ela autorizadas, passando a constituir direito potestativo dos cônjuges, cujo exercício decorre exclusivamente da manifestação de vontade de seu titular.

3. Com a alteração constitucional, há preservação da esfera de autonomia privada dos cônjuges, bastando o exercício do direito ao divórcio para que produza seus efeitos de maneira direta, não mais se perquirindo acerca da culpa, motivo ou prévia separação judicial do casal. Origina-se, pois, do princípio da intervenção mínima do Estado em questões afetas às relações familiares.

4. A caracterização do divórcio como um direito potestativo ou formativo, compreendido como o direito a uma modificação jurídica, implica reconhecer que o seu exercício ocorre de maneira unilateral pela manifestação de vontade de um dos cônjuges, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.

5. Hipótese em que, após o ajuizamento da ação de divórcio o cônjuge requerido manifestou-se indubitavelmente no sentido de aquiescer ao pedido que fora formulado em seu desfavor e formulou pedido reconvencional, requerendo o julgamento antecipado e parcial do mérito quanto ao divórcio.

6. É possível o reconhecimento e validação da vontade do titular do direito mesmo após sua morte, conferindo especial atenção ao desejo de ver dissolvido o casamento, uma vez que houve manifestação de vontade indubitável no sentido do divórcio proclamada em vida e no bojo da ação de divórcio. Não se está a reconhecer a transmissibilidade do direito potestativo ao divórcio; o direito já foi exercido e cuida-se de preservar os efeitos que lhe foram atribuídos pela lei e pela declaração de vontade do cônjuge falecido.

7. Legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscarem a decretação do divórcio post mortem.

8. A intenção do autor da ação em ver extinto o processo sem resolução do mérito revela comportamento contraditório com a anterior conduta de pretender a decretação do divórcio. O *nemo potest venire contra factum proprium* tem por efeito impedir o exercício do comportamento em contradição com a conduta anteriormente praticada, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, sendo categorizado como forma de exercício inadmissível de um direito. Nessa concepção, consubstancia-se em forma de limite ao exercício de um direito subjetivo propriamente dito ou potestativo.

9. Possibilidade de decretação do divórcio post mortem reconhecida.

10. Recurso desprovido (Brasil, 2024b).

Aspecto, por fim, que merece atenção, diz respeito à proposta no sentido da regulamentação da "separação de fato", tema já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> A SEPARAÇÃO DE FATO, QUANDO SE PROLONGA NO TEMPO, PRODUZ EFEITOS TAMBEM SOBRE O REGIME DE BENS, DE TAL SORTE QUE SE DEVE RECONHECER COMO ANTIJURIDICA A RECUSA DO MARIDO EM AUTORIZAR A MULHER A ALIENAR BEM IMOVEL QUE ELA ADQUIRIU POR HERANÇA DE SUA MÃE, VINTE ANOS DEPOIS DA SEPARAÇÃO (Brasil, 1997).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. SEPARAÇÃO DE FATO. DEVERES CONJUGAIS. COMUNHÃO DE BENS. EFEITOS. SÚMULA 83/STJ. ART. 535, CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. [...] 4. Constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos da comunhão de bens. 5. Agravo regimental provido (Brasil, 2013).

Não podem o jurista e o legislador ignorar a inelutável circunstância no sentido de que a ruína afetiva, por vezes, conduz o casal à uma providência mais imediata e informal: o *afastamento de vidas*, a *brasileiríssima* "separação de fato", que, frequentemente, pode se prolongar por dias, meses ou anos, sem que haja a recomendável formalização do divórcio ou da dissolução da união estável.

Nessa linha, há norma específica na proposta: "Com a separação de corpos ou a de fato cessam os deveres de fidelidade e vida em comum no domicílio conjugal, bem como os efeitos decorrentes do regime de bens, resguardado o direito aos alimentos na forma disciplinada por este Código", facultando-se "às partes comprovar a separação de corpos ou a de fato por todos os meios de prova, inclusive por declaração através de instrumento público ou particular" (Brasil, [2024a], art. 1.571-A, *caput*, par. único)[8].

A parte final sugerida, inclusive, dialoga harmoniosamente com a normatização administrativa em vigor, consagrada pela Resolução nº 571, de 26 de agosto de 2024, do CNJ, que regulou a "escritura pública de declaração de separação de fato".

Citando Orlando Gomes, Alceu Cordeiro Fernandes lembra que a "revisão de um Código Civil [...] somente se justifica se as suas disposições deixaram de corresponder ao espírito da época e ao conceito dominante de justiça, tornando-se inadequadas à realidade subjacente e incapazes de atender às aspirações médias da sociedade" (Fernandes, 1966, p. 55).

8 Cf. ainda parecer da Subcomissão de Direito de Família.

As propostas apresentadas, portanto, consistem, sem dúvida, em mudanças necessárias e significativas, essencialmente "desburocratizantes" – já anunciadas em grande parte pela própria jurisprudência – e que vão ao encontro dos anseios da sociedade brasileira e ao que se poderia, razoavelmente, compreender como *conceito dominante de justiça*.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. É desnecessária a exigência de lei para formalizar o divórcio impositivo. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 30 maio 2019. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/jones-figueiredo-nao-preciso-lei-formalizar-divorcio-impositivo/. Acesso em: 6 out. 2024.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, I*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito de Família da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023a]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024a]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 880.229/CE*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 7 de março de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 127.077/ES*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 26 de agosto de 1997.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 2.022.649/MA*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 16 de maio de 2024b.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 1.167.478/RJ*. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de novembro de 2023b.

CIMBALI, Enrico. *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*. Madrid: Impresores de la Real Casa, 1898.

FERNANDES, Alceu Cordeiro. *Reforma do Código Civil*: estudos e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A reforma do Código Civil. *Migalhas*, [*s. l.*], 3 jan. 2024. Migalhas de Peso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/399818/a-reforma-do-codigo-civil. Acesso em: 5 out. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1.

_____. *O divórcio na atualidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023.

TARTUCE, Flávio. O divórcio unilateral ou impositivo. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 26 jun. 2019. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1342/O+div%C3%B3rcio+unilateral+ou+impositivo++. Acesso em: 13 out. 2024.

O reconhecimento extrajudicial da paternidade na reforma do Código Civil

Maria Berenice Dias[1]

Data de 1992 a lei que regulamenta a chamada averiguação oficiosa da paternidade[2], que por quatro vezes foi remendada. O Conselho Nacional de Justiça reiteradas vezes tentou implementá-la[3]. E seu texto foi reproduzido, quase que na íntegra, no Código Nacional de Normas da Corregedoria Geral da Justiça – Foro Extrajudicial[4].

Nada disso funcionou. A prova é o doloroso número de crianças registradas sem o nome do pai: diariamente cerca de 500. Um aumento de 25% nos últimos sete anos, segundo dados do IBGE (2022).

As causas desse verdadeiro desrespeito ao direito fundamental à identidade é fruto de uma sociedade ainda conservadora, cujo machismo estrutural confere excessivo protecionismo ao homem e desacredita no que diz a mulher, cuja palavra nada vale.

Não é suficiente a indicação feita pela mãe ao Oficial do Registro Civil de quem é o pai. Com esta informação o expediente é encaminhado ao juiz, que deve ouvi-la novamente. Pode-se saber para quê?

Ao depois, é deferido ao suposto genitor o excessivo prazo de 30 dias para que promova o registro do filho. E se ele não o faz, o que acontece? Nada. Sua omissão

1 Maria Berenice Dias é advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões; vice-presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam); integrante da Comissão de Juristas para a reforma e atualização do Código Civil (Subcomissão do Direito de Família).

2 Lei nº 8.560, de 17/9/1992.

3 CNJ: Provimentos nºs 12/2010, 16/2012, 26/2012 e 140/2023.

4 CNJ: Provimento nº 149/2023, arts. 496 a 504.

só o favorece. Partindo dessa lógica – que de lógica nada tem – para o filho ser registrado é indispensável a confissão do pai.

Mesmo que convocado judicialmente, seu silêncio não tem qualquer consequência. Assim, não tem motivo algum para atender ao chamado da justiça e espontaneamente registrá-lo. Não vai querer assumir a paternidade, que impõe um leque de obrigações.

Diante de sua inércia, o procedimento é enviado ao Ministério Público para promover a ação investigatória de paternidade. Só que para propor a ação, o promotor terá que localizar a mãe. Precisa de fundamentos para subsidiar a demanda, sob pena de a petição inicial ser considerada inepta por ausência de causa de pedir[5]. Mas onde localizá-la? Onde andará com seu filho ao colo? Quem irá procurá-la? A polícia? O oficial de Justiça? E enquanto isso? A criança fica sem direito ao nome paterno em seu registro de nascimento. Não terá acesso ao plano de saúde do genitor. Dele nada recebe para prover a própria subsistência.

Claro que esse verdadeiro périplo só vem em benefício do indigitado pai que, ao não reconhecer o filho, nem sequer corre o risco de ser preso por não pagar alimentos. Relega as responsabilidades decorrentes do poder familiar para o futuro – às vezes bem distante –, no aguardo do desfecho da ação investigatória de paternidade.

Mais uma proteção ao homem. Sua notificação em segredo de justiça "quando necessário", diz com a hipótese de ser ele casado. Nada mais do que a preservação de sua estrutura familiar, sem qualquer preocupação com o direito à identidade e à própria sobrevivência do filho.

Indispensável lembrar que, constitucionalmente, é atribuído ao Estado garantir a crianças e adolescentes um punhado de direitos e garantias, entre eles o direito à vida, à saúde, à alimentação e à convivência familiar[6]. Desse modo, impõe-se que sejam criados mecanismos ágeis para que os pais assumam os deveres parentais,

5 CPC: "Art. 330. […] § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I – lhe faltar pedido ou causa de pedir" (Brasil, [2024d]).

6 CRFB: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (Brasil, [2024a]).

de sustento, guarda e educação dos filhos[7], uma vez que têm a obrigação de criá-los, educá-los[8].

Ao constatar o absoluto descaso do legislador diante da ineficiência desse procedimento que nem de longe cumpre seu propósito, a Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal para elaborar um projeto de atualização do Código Civil buscou subsídios em várias legislações mundo a fora e apresentou um sistema cuja eficiência está mais do que comprovada. Eis a proposta:

> Art. 1.609-A. Promovido o registro de nascimento pela mãe e indicado o genitor do seu filho, o oficial do Registro Civil deve notificá-lo pessoalmente para que faça o registro da criança ou realize o exame de DNA.
>
> § 1º Em caso de negativa do indicado como genitor de reconhecer a paternidade, bem como de se submeter ao exame do DNA, o oficial deverá incluir o seu nome no registro, encaminhando a ele cópia da certidão.
>
> § 2º Após encaminhará o expediente ao Ministério Público ou à Defensoria Pública para propor a ação de alimentos e a fixação do regime de convivência.
>
> § 3º Não sendo localizado o indicado como genitor, o expediente deverá ser encaminhado ao Ministério Público ou Defensoria Pública para a propositura da ação declaratória de parentalidade, alimentos e regulamentação da convivência.
>
> § 4º A qualquer tempo, o pai poderá buscar a exclusão do seu nome do registro, mediante a prova da ausência do vínculo genético ou socioafetivo.
>
> § 5º Se o suposto genitor houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, às expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos de grau mais remoto, importando a respectiva recusa em presunção relativa de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório (Brasil, [2024e]).

Atentando para a necessidade de desjudicializar o Poder Judiciário, deve-se reservar ao juiz a apreciação de questões que exigem um comando decisório frente a um conflito de interesses.

---

7 CC: "Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: […] IV – sustento, guarda e educação dos filhos […]. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos" (Brasil, [2024c]).

8 CC: "Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584" (Brasil, [2024c]).

A formalização de atos que decorrem de situações fáticas e não encerram questões controvertidas, precisa ser delegada aos serviços extrajudiciais. As chamadas "ações de jurisdição voluntárias" não são ações e nem são voluntárias. Descabe virem a juízo. No entanto, em face da exigência da chancela estatal, indispensável delegar tal encargo às atividades registrais e registrais.

Como o reconhecimento de filhos não apresenta qualquer controvérsia, cabe ser levado a efeito perante o registrador civil. A busca do registro trata-se do exercício de direito potestativo, por dizer com o direito à identidade, um dos princípios fundamentais da personalidade. Direito que somente pode ser infirmado mediante prova da inexistência de identidade biológica.

Em face disso, pela proposta apresentada, comparecendo a mãe ao cartório de registro civil, ao indicar o nome e a localização de quem afirma ser o genitor, o oficial promove sua intimação pessoal para que compareça ao cartório e proceda ao registro ou se submeta ao exame de DNA. Essa comunicação pode ser levada a efeito por meio eletrônico[9], cujo uso é admitido para a prática dos atos notariais e registrais[10].

Caso o notificado não compareça no prazo estabelecido, ou se negue a registrar o filho bem como a se submeter ao exame, o Oficial promove o registro do filho em seu nome. Ao receber a cópia da certidão, ele é cientificado de que, a qualquer tempo, via ação judicial anulatória do registro ou negatória de paternidade, poderá buscar a exclusão do seu nome do registro, mediante a prova da ausência do vínculo genético ou socioafetivo.

Ato contínuo, o expediente é encaminhado à Defensoria Pública para promover ação de alimentos e regulamentação da convivência. Com a prova registral da filiação, deve o juiz fixar alimentos provisórios, devidos a contar da data em que são deferidos, conforme determina a Lei de Alimentos[11].

Somente na hipótese de o registrador não conseguir localizar o indicado como sendo o pai o procedimento é encaminhado ao Ministério Público para a propositura da ação investigatória de paternidade, cumulada com alimentos e regulamentação da convivência.

9 CPC: "Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei" (Brasil, [2024d]).

10 CPC: "Art. 193. […] Parágrafo único. O disposto nesta Seção aplica-se, no que for cabível, à prática de atos notariais e de registro" (Brasil, [2024d]).

11 Lei nº 5.478/1968: "Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita" (Brasil, [2015]).

Esse procedimento se reveste de plena legalidade, uma vez que a inversão do ônus probatório[12] também pode ocorrer nos procedimentos extrajudiciais. Como o filho nasceu de uma relação sexual que, geralmente, acontece a descoberto de testemunhas, não há como a mãe comprovar o fato constitutivo de seu direito[13]: quem é o pai. Prova que se tornou possível a partir da descoberta dos marcadores genéticos, que tem índice de certeza praticamente absoluto. Portanto, o presumido genitor é que tem meios de comprovar o fato extintivo do direito reclamado[14]: submetendo-se à testagem, mediante o uso de uma gota de saliva ou um fio de cabelo. Como é necessária a participação de todos, impõe-se alterar a distribuição dos encargos probatórios.

Porém, a realização dessa prova apresenta dupla ordem de dificuldade. Ainda que exista o dever de ambas as partes de colaborarem com a Justiça[15], não há como impor ao demandado que se submeta ao exame. Ele não pode ser "conduzido sob vara" para a coleta de material genético. Sua negativa é respeitada, sob a equivocada justificativa de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si – direito ao silêncio que tem guarida somente na esfera penal[16].

O fato é que, ao se recusar a fazer o exame, o réu abriu mão de comprovar a inexistência do direito do autor, ônus que lhe compete. Não conseguindo ilidir a presunção que milita contra ele, sua resistência é suficiente para provar a paternidade. Mesmo que não existam outras provas, sua omissão por si só justifica o acolhimento do pedido, sob pena de o direito à identidade deixar de ser uma questão de ordem pública.

12 CPC: "Art. 373. […] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído" (Brasil, [2024d]).

13 CPC: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito" (Brasil, [2024d]).

14 CPC: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: […] II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (Brasil, [2024d]).

15 CPC: "Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade" (Brasil, [2024d]).

16 CPP: "Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas" (Brasil, [2024b]).

O Código Civil nada mais exige além da omissão do investigado. Quem se nega a submeter-se a exame médico, não pode ser aproveitar de sua recusa. Postura que supre a prova que pretendia produzir[17].

No âmbito da Lei nº 8.560/1992, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos[18].

No entanto, Súmula do Superior Tribunal de Justiça diz que a recusa induz à presunção *juris tantum* de paternidade[19]. Ou seja, atribui ao investigado ele o ônus de comprovar que não existe o liame biológico. Fato negativo de difícil ou impossível comprovação, a ponto de ser considerada prova diabólica. Até porque, não podem ser feitas referências à vida sexual da genitora – chamada de *exceptio plurium concubentium* – o que pode gerar, inclusive, a responsabilidade do advogado com imposição de pagamento por danos morais[20].

17 CC: "Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame" (Brasil, [2024c]).

18 Lei nº 8.560/1992: "Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos" (Brasil, [2021]).

19 STJ: Súmula 301 – "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade" (Brasil, 2024f, p. 884).

20 "Civil. Processual civil. Ação de reparação de danos morais. Ofensas desferidas pelo advogado contra a mãe do autor em ação investigatória de paternidade preteritamente julgada procedente. Afirmação de que a mãe seria prostituta e teria mantido relações sexuais com inúmeras pessoas. Argumentação jurídica irrelevante e dissociada da defesa técnica. Ações de família que versam sobre vínculos biológicos que se desenvolvem, há mais de três décadas, com ênfase na prova técnica consubstanciada no exame de DNA. Absoluta irrelevância de elementos morais ou de conduta das partes. Dever do advogado de filtrar as informações recebidas de seu cliente, sob pena de responsabilização civil. Imunidade profissional que não é absoluta e não contempla ofensas desferidas em juízo contra a parte adversária, sobretudo quando irrelevantes à controvérsia e não comprovadas. Ausência de condenação criminal dos réus. Irrelevância. Independência entre as justiças cível e penal. Fato danoso que é incontroverso. Ofensas apenas desferidas em peças escritas em processo sob segredo de justiça. Irrelevância para a configuração do dano. Objetivo de desqualificação da mãe do autor atingido. Circulação dos autos restrita, mas existente. Relevância somente para a quantificação do dano. Responsabilização exclusiva do advogado. Regra geral excepcionada pela existência de culpa *in eligendo* ou assentimento às manifestações escritas pelos demais réus. 1 - Ação de reparação de danos proposta em 14/01/2015. Recurso especial interposto em 10/12/2017. 2 - O propósito recursal é definir se é admissível a condenação do advogado, que também é parte no processo, a reparar os danos morais causados à parte adversária em virtude do uso, em ação de investigação de paternidade, de palavras ofensivas à imagem e à reputação da mãe biológica. 3 - São juridicamente irrelevantes e dissociados da defesa técnica, nas ações investigatórias de paternidade, os argumentos tendentes a desqualificar a moral e a conduta da parte adversária, eis que existe, há pelo menos 30 anos, uma forma técnica e científica, comprovadamente segura e eficiente, de investigação da relação biológica paterno-filial - o exame de DNA, que não apenas dispensa, como torna inúteis, inadequadas e impróprias as discussões relativas à moral e à conduta das partes. 4 - Significa dizer que, ao menos desde a introdução do exame de DNA como meio de prova determinante para a apuração dos vínculos de parentesco sob a perspectiva biológica, é preciso reexaminar sob diferentes perspectivas os argumentos lançados em defesa, especialmente nas ações de família, que, a pretexto de serem jurídicos e necessários, nada mais revelam do que ofensas gratuitas e que são resquícios de um discurso odioso, sexista, machista e misógino que não pode possuir mais espaço na sociedade. 5 - Se as informações recebidas pelo representante constituído são ofensivas à parte contra quem se litigará e se são elas irrelevantes no contexto em que se desenvolverá a controvérsia, é dever do advogado filtrar essas

Por outro lado, com o propósito de dobrar a resistência do réu, é indispensável reconhecer a adoção de medidas indutivas, coercitivas e mandamentais[21]. E a determinação do registro é medida mandamental que pode ser imposta. A tese foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça e é objeto de repercussão geral[22].

Surpreendentemente, a desesperada busca por descobrir a "verdade real" se confronta com as presunções de paternidade sacralizadas pela lei. O Código Civil confere estado de certeza ao vínculo paterno-filial pelo só fato de a concepção ter ocorrido no período em que os pais eram casados[23], a ponto de ser autorizado o

---

informações, pautando suas condutas no processo a partir dos estritos limites da técnica e da ética, uma vez que a imunidade profissional não é absoluta e não lhe confere o direito de materializar as ofensas que lhe foram ditas em particular pela parte, sob pena de praticar, ele próprio, o ato ilícito ofensivo à reputação e à imagem da parte adversa. 6 - Na hipótese, o acórdão recorrido estabeleceu como premissas fáticas imutáveis: (i) que os réus, em ação investigatória de paternidade e em queixa-crime, afirmaram que a mãe do autor era uma prostituta; (ii) que os réus, nas referidas ações, afirmaram que a mãe do autor manteve relações sexuais com diversas pessoas, inclusive com parentes dos réus, de modo que qualquer deles poderia ser o pai; (iii) que não foi comprovado que a mãe do autor era prostituta; (iv) que não foi comprovado que a mãe do autor manteve relações sexuais com terceiros; (v) que foi cientificamente comprovado que o investigado era pai biológico do autor; (vi) que um dos réus é advogado e, nos processos mencionados, atuou em causa própria e também em representação dos demais réus e irmãos. 7 - Nesse contexto, mostra-se desprovida de técnica e de ética, bem como propositalmente ofensiva, a alegação de que a mãe do autor seria prostituta, como se esse fato, não provado, seria em alguma medida impeditivo à maternidade, e como se as prostitutas também não pudessem ser, como de fato muitas vezes são, mães. 8 - É irrelevante que não tenha havido a condenação criminal dos réus em virtude das ofensas perpetradas, tendo em vista o princípio da autonomia das justiças civil e penal, especialmente na hipótese em que a existência do fato danoso sequer é controversa, mas, ao revés, apenas se pretende dar a esse fato incontroverso um suposto verniz de licitude e de legalidade ao albergue da imunidade profissional. 9 - Os fatos de as ofensas terem sido deduzidas apenas em peças escritas, em processos que tramitaram em segredo de justiça e nos quais apenas o filho era parte, não afastam a possibilidade de condenação do advogado a reparar os danos morais por ele causados, seja porque as ofensas atingiram diretamente o seu propósito de desqualificar a mãe do autor (que age para a tutela de direito próprio e de direito alheio transmitido pela herança), seja porque as ofensas, embora proferidas em um âmbito muito mais restrito de circulação, puderam, em tese, ser conhecidas, ao menos, pelos magistrados que atuaram na causa e pelos servidores que manusearam o processo. 10 - Conquanto precedente desta Corte tenha firmado entendimento no sentido de que, em hipóteses em que se discutam excessos e ofensas não albergadas pela imunidade profissional, a legitimação passiva e a responsabilidade civil é exclusiva do advogado, ressalvou-se a possibilidade de responsabilidade também da parte nas hipóteses de culpa *in eligendo* ou de assentimento às manifestações escritas do advogado, dedutíveis do contexto fático na hipótese em exame em que um dos réus é advogado, também filho do investigado (ou seja, é irmão unilateral do autor), atuou em causa própria nas ações em que as ofensas foram desferidas e atuou, ainda, em representação processual de seus irmãos, os demais réus, naqueles processos. 11 - Recurso especial conhecido e provido, para julgar procedente o pedido de reparação dos danos morais, arbitrados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais)" (Brasil, 2022b).

21 CPC: "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" (Brasil, [2024d]).

22 STJ: Tema 1.137 – "Definir se, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, é possível, ou não, o magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos" (Brasil, 2022a).

23 CC: "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal" (Brasil, [2024c]).

registro do filho, com a simples apresentação da certidão de casamento. Sequer se questiona se o casal convivia ou estavam separados de fato.

Conquanto se refira ao casamento, tal presunção alcança também a união estável. A igualdade das entidades familiares foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal[24], não se limitando apenas ao direito de concorrência no âmbito do direito sucessório. A decisão teve por fundamento a inconstitucionalidade de qualquer diferenciação ou hierarquização entre os dois institutos. Desse modo, a presunção de paternidade não diz respeito à condição de casados dos pais: ou existe também na união estável ou não se aplica ao casamento. Tanto que, de há muito o Superior Tribunal de Justiça estendeu a presunção da parentalidade à união estável (Brasil, 2012). Enunciado das Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos também reconhece a presunção, mas condiciona ao registro da união estável no Livro "E" do Cartório do Registro Civil[25]. Enunciado do IBDFam estende a presunção aos casais homoafetivos[26].

Assim, entre o direito ao silêncio, à integridade do próprio corpo do pai, há que se fazer uma ponderação de interesses com o direito fundamental à identidade do filho. Como afirma Anderson Schreiber,

> não há dúvida de que a privacidade e a intimidade corporal do suposto pai são direitos da personalidade, constitucionalmente protegidos. Assim, merecem a tutela mais ampla possível. Contudo, os direitos dele devem ser ponderados com o direito também constitucional da criança à identificação de sua origem biológica, expressão de sua dignidade humana (Schreiber, 2014, p. 175).

Na mesma senda, Maria Celina Bodin de Moraes:

> Apesar de o direito à integridade física ser garantido constitucionalmente, como direito subjetivo da personalidade, seu exercício torna-se abusivo ao servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, do vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade (Moraes, 2005, p. 633).

---

24 STF: Temas 498 e 809 – "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (Brasil, 2017).

25 JPSEC: Enunciado 7 – "A presunção de paternidade, prevista no art. 1.597 do Código Civil, aplica-se aos conviventes em união estável, desde que esta esteja previamente registrada no Livro E do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou, onde houver, no 1º Subdistrito da Comarca, nos termos do Provimento CNJ n. 37/2014" (Conselho da Justiça Federal, 2022, p. 30).

26 IBDFAM: "Enunciado 54 – A presunção de filiação prevista no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, também se aplica aos casais homoafetivos" (Conheça [...], 2023).

O direito à intangibilidade do corpo humano do suposto pai, que protege interesse individual, deve dar lugar ao direito à identidade da criança, pois há um interesse público de protegê-la, com absoluta prioridade (Dias, 2023, p. 281).

O fato é que não se pode subtrair do filho o direito de ter um nome, ter o vínculo parental estampado em seu registro, atributo fundamental de sua personalidade que assegura o respeito à sua dignidade como ser humano. Essa omissão, também afeta o seu direito à vida, ao pleno desenvolvimento, pois deixa de contar com o auxílio de quem deve assumir as responsabilidades decorrentes do poder familiar.

Desse modo, o reconhecimento da paternidade no registro de uma criança ou adolescente deve ser processado extrajudicialmente, mediante a indicação do nome do suposto pai ao oficial do Registro Civil pela mãe, caso o filho seja menor de idade, ou pelo próprio filho, após atingir a maioridade.

Na tentativa desqualificar a proposta apresentada e gerar um clima de pânico, surgiu o boato de que a mãe poderia indicar qualquer pessoa como pai e o registro seria feito à sua revelia. Ora, em nenhum momento esta insensatez foi sequer cogitada.

O indicado como genitor é pessoalmente intimado para, em determinado prazo, comparecer ao cartório e promover o registro ou submeter-se ao exame do DNA. Seu nome será incluído no registro do filho, caso ele se omita ou se negue a qualquer dessas alternativas. Afinal, ele abriu mão do direito de provar a ausência do vínculo paterno-filial. E, ainda assim, pode a qualquer tempo buscar a desconstituição do registro. Mas para isso precisará submeter-se à perícia genética.

O fato é que nada, absolutamente nada, justifica a judicialização do registro da paternidade, que acaba incentivando o pai a não promover o registro do filho.

Como acontece na maioria dos países, é indispensável assegurar efetividade ao comando constitucional que confere proteção integral e prioridade absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992*. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024e]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Inteiro teor das súmulas*. Brasília, DF: STJ, Secretaria de Jurisprudência, 2024f. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.955.574/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 29 de março de 2022a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.194.059/SP*. Relator: Min. Massami Uyeda, 6 de novembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.761.369/SP*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi, 7 de junho de 2022b.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 878.694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2017.

CONHEÇA os 10 novos Enunciados do IBDFAM; diretrizes foram apresentadas no primeiro dia do evento. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 25 out. 2023. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/11266/Conhe%C3%A7a+os+10+novos+Enunciados+do+IBDFAM%3B+diretrizes+foram+apresentadas+no+primeiro+dia+do+evento. Acesso em: 31 out. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *I Jornada de Direito Notarial e Registral*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2022. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/Direito%20Notarial%20e%20Registral. Acesso em: 31 out. 2024.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 16. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.

IBGE. *Sistema de Estatísticas Vitais*. [*S. l.*]: IBGE, 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html. Acesso em: 16 set. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*: família e dignidade humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

A tutela e a curatela na Reforma do Código Civil

Marco Buzzi[1]
Morian Linke[2]

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre as principais propostas alusivas aos institutos da tutela e da curatela, constantes do anteprojeto apresentado perante a Presidência do Senado Federal[3], com o propósito de promover a atualização e revisão do Código Civil de 2002, o qual consubstancia, na atualidade, o diploma legal responsável por sistematizar as principais normas que disciplinam as relações jurídicas, de ordem privada, no ordenamento jurídico brasileiro.

A iniciativa, que ensejou a designação de uma comissão de juristas, por intermédio do Ato do Presidente nº 11, de 24/8/2023 (Brasil, 2023a), foi motivada pela necessidade de releitura do Código Civil de 2002, destacadamente em razão dos diversos avanços tecnológicos havidos no seio da sociedade, hoje, verdadeira *aldeia global*[4], que vem

1 Marco Aurélio Gastaldi Buzzi é ministro do Superior Tribunal de Justiça; mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, SC, Brasil; mestrando em Sistemas Alternativos de Resolução de Conflitos pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), Buenos Aires, Argentina; especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

2 Morian Nowitschenko Linke é juiz de Direito do Paraná, ocupando o cargo de titular da Primeira Vara Cível da Comarca de União da Vitória; exerceu o cargo de juiz auxiliar do ministro Marco Buzzi em 2023 e 2024 e assessorou-o nos trabalhos como membro da Comissão de Reforma do Código Civil, na Subcomissão de Direito de Família.

3 Todas as menções feitas nesse artigo ao dispositivos constantes do anteprojeto de reforma e revisão do Código Civil de 2002, apresentado perante a Presidência do Senado Federal, estão disponíveis em: Brasil ([2024e]).

4 O conceito *aldeia global*, cunhado por Marshall McLuhan na obra *Understanding Media*, baseia-se em entendimento segundo o qual o mundo perpassou por três grandes revoluções: a primeira seria

permitindo lançar mão de novas formas de negócios jurídicos, da indispensável modernização da linguagem, a fim suprir termos técnicos que dificultam a compreensão de alguns institutos, ante o espontâneo surgimento de novas categorias jurídicas, o aperfeiçoamento de outras todas, todavia, detentoras de muita ênfase, devido à consequente e imperiosa releitura das relações familiares e das questões de gênero.

Neste ponto, o texto discorre sobre as principais inovações pertinentes aos institutos da tutela e da curatela, os quais, registre-se, já se mostravam superados na própria redação original do Código Civil de 2002, em razão da constante modificação dos hábitos de convivência, agora no seio da muito dinâmica sociedade da Era do Consumo.

Em relação aos dois tópicos abordados, há um grande descompasso entre as normas vigentes dos aludidos institutos e a multiforme realidade social, pois, em grande medida, a legislação de 2002 repetiu, quanto às perspectivas desses dois elementos, as normas originárias do Código Civil de 1916.

O Código Beviláqua, extraordinário diploma normativo, de impecável técnica, tinha, como desafio de sua época, início do século XX, e durante os primeiros passos de nossa República, o objetivo de disciplinar uma sociedade patrimonialista, patriarcal e eminentemente agrária, em oposição à sua atual conformação, de viés plural, consumerista e urbanista.

Aliás, convém lembrar que os institutos da tutela e curatela são de longa tradição no direito ocidental, com notícia de sua existência desde a Lei Romana das XII Tábuas. Eles sempre foram enfocados como um *múnus*, poder ou autoridade conferida a dada pessoa sobre outra que, por sua idade, ou condição mental, não detivesse a condição de se defender ou gerir adequadamente os seus bens. A ideia principal, durante toda essa longa história, era a de proteção patrimonial, impedindo a dispersão dos bens familiares. Bem por isso, a tutela e a curatela, no âmbito dos Códigos Civis de 1916 e 2002, guardam realmente um espírito mais voltado à gestão patrimonial. Todavia, descuram de valores outros, em especial os relacionados ao bem-estar e afetividade inerentes ao tutelado ou ao curatelado.

---

o advento da escrita fonética na antiguidade, marco responsável por transformar o ser humano rústico, tribal em um ser com um melhor desenvolvimento dos sentidos e maior complexidade de pensamentos; a segunda foi marcada pela invenção da imprensa no século XV, a qual inaugurou o modelo de homem urbanizado, politizado, momento em que teve início a primeira a revolução industrial; a terceira, por sua vez, foi a chamada *era eletrônica*, deflagrada pela invenção do telégrafo. A nova fase significou a volta ao modelo do homem tribal, com a formação da aldeia global. Assim, com o desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação, o mundo se apresentaria de forma conectada, globalizada, apesar das distâncias, verdadeira formação de uma espécie de aldeia contemporânea, o que propiciaria uma intensa aproximação e troca cultural entre os povos (McLuhan, 1964).

É importante acrescentar que, no tempo de Beviláqua e no início das discussões do projeto do Código Civil de 2002 já em 1973, ainda não existiam normas constitucionais consagradoras de direitos assistenciais e sociais pois, naquele momento, não eram objeto de preocupação jurídica, ao menos na forma como ocorre contemporaneamente. Aliás, foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) que se consolidou um sistema voltado à verdadeira efetivação dos Direitos Prestacionais. Ela consagra o movimento constitucionalista da sua época, o qual passara a refletir, no dizer do célebre constitucionalista lusitano José João Gomes Canotilho, o cuidado em se verem concretizados e prestados aqueles direitos, até então meramente declarados nos diplomas legais. O texto da democracia, assim, é marcado pela ampliação de salvaguardas e de políticas visando a real concretização daquelas garantias já proclamadas, tais como a defesa dos idosos, das crianças e adolescentes, das pessoas com deficiência física e mental, do meio ambiente, entre outros.

Em razão da pertinência temática com esse arrazoado, destacam-se estes dispositivos da CRFB:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; [...]
>
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, [2024a]).

Cabe frisar que, como o Código Civil de 2002 não contemplou conteúdo normativo adequado a atender aos comandos da CRFB e ao atual *ethos vivendi* da sociedade, houve a necessidade de o legislador promover, de forma lenta e gradual, a criação de institutos protetivos em lei esparsas, como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), o Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/1990) e o Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998).

No plano internacional, a Convenção de Nova York de 2007 foi o documento responsável por inaugurar sofisticadas normas de proteção e igualdade aos deficientes físicos e mentais, a fim de assegurar o pleno exercício da dignidade da pessoa humana. Por contemplar texto garantidor de direitos humanos fundamentais, o tratado foi recepcionado no Brasil conforme as formalidades preceituadas no art. 5º, § 3º, da

CRFB, daí porque incorporou-se ao ordenamento jurídico com status de emenda constitucional (Brasil, 2009).

Inspirado nela, ainda que somente oito anos mais tarde, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.146/2015 (Brasil, [2024d]), a qual institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência – e, no âmbito do Código Civil 2002, estabeleceu reforma de relevo ao revogar a incapacidade absoluta das pessoas portadoras de deficiência, física ou mental, além de criar mecanismos para que essas pessoas possam desfrutar ao máximo dos atributos da capacidade civil.

Nesse cenário, a par das leis esparsas, mesmo antes da instalação da Comissão de Reforma do Código Civil, o instituto da curatela já sofrera modificações, voltadas a adaptá-la ao cenário social e jurídico de nosso tempo.

Portanto, ainda que o Diploma Civilista seja fruto de uma longa tradição jurídica, iniciada na República Romana, seu texto contempla normas que não mais correspondem aos desafios decorrentes dos anseios atuais da sociedade, bem como dos preceitos constitucionais e de todo um novo arcabouço jurídico, relativo à proteção da infância e juventude, às pessoas idosas e portadoras de deficiência. Foi justamente esse distanciamento o principal foco de atuação no decorrer dos trabalhos de estudo e revisão da Lei Adjetiva, no âmbito da Subcomissão de Direito de Família.

Por tais motivos há a necessidade de atualizações, entre as quais se inclui a revisão alusiva aos institutos da tutela e da curatela, de sorte a atualizar e compatibilizar seu regramento à tutela de direitos das pessoas vulneráveis alinhada com o sistema normativo editado desde a promulgação da CRFB.

Com tudo isso em mira, passa-se a pontuar *as principais* alterações debatidas no anteprojeto de reforma do Código Civil, fruto da Comissão de Reforma instalada pelo Senado Federal em 2023.

2 Propostas relativas à tutela

Convém resgatar, como premissa, que a tutela e a curatela têm por escopo estabelecer instrumentos jurídicos para representação, gestão patrimonial e proteção dos menores e maiores que não fruem de sua capacidade civil. Logo, têm por desiderato a proteção de pessoas vulneráveis, as quais, por essa condição, necessitam de atenção redobrada e de especial proteção estatal.

Após reuniões sistemáticas na Comissão de Reforma do Código Civil, e analisando as propostas aprovadas que agora compõem o anteprojeto, podem-se listar as seguintes

mudanças como as principais relativas ao instituto da tutela: a) harmonização e modernização do regime da tutela, adequando-o à CRFB e ao ECA; b) alteração do paradigma essencialmente patrimonialista havido no regime original do CC; c) criação da possibilidade de tutela conjunta, em alinhamento à moderna tendência de guarda compartilhada; d) protagonismo da vontade do menor como elemento a ser considerado quando da nomeação do tutor; e) extinção da concepção da tutoria como mandato obrigatório, substituída por um regime atrelado aos laços de afeto entre tutor e tutelado; f) prestação de contas da tutoria a ser encaminhada ao Ministério Público, não mais ao juízo; e g) extinção dos casos de atribuição de responsabilidade pessoal do magistrado atualmente previstos no art. 1.744.

Em conformidade com o intuito deste artigo, voltado ao exame das mudanças mais relevantes propostas no anteprojeto de reforma do Código Civil, passa-se a tecer alguns comentários sobre os pontos acima.

Como brevemente se explanou na introdução deste texto, o Código Civil de 2002 regra a tutela sob um enfoque predominantemente atrelado à gestão patrimonial dos bens do menor, nos seguintes termos: "Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar" (Brasil, [2024c]).

De acordo com esse dispositivo, o operador do Direito pode ser conduzido à interpretação de que a tutela é o único regime de proteção dos menores incapazes, não sujeitos ao *poder familiar*. Seu conteúdo, porém, encontra-se em descompasso com o sistema de proteção do menor de idade previsto no ECA. De fato, a aludida lei, em seu Capítulo III, trata das normas de colocação dos menores em família substituta ou extensa, prevendo vários instrumentos jurídicos para essa finalidade, dentre elas a guarda, a tutela ou adoção.

Consoante o regime do ECA, a tutela é uma figura intermediária entre a guarda e a adoção, razão pela qual o anteprojeto optou por utilizar a expressão "ou sob outros regimes previstos na lei especial da criança e do adolescente", deixando claro que esse instrumento é apenas um dos mecanismos de proteção do menor alheio à *autoridade parental* (expressão utilizada no anteprojeto em substituição ao *poder familiar*).

Assim, objetivando estabelecer uma sistematização entre o Código Civil e o ECA, o anteprojeto de lei de Reforma do Código Civil propõe que o dispositivo acima apontado passe a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 1.728. No caso de falecimento, ausência ou quando os genitores forem desconhecidos, tiverem sido suspensos ou forem destituídos da autoridade parental, os filhos

> [menores de] idade serão postos sob tutela, ou outro regime de colocação familiar, previsto [no Estatuto da Criança e do Adolescente] (Brasil, [2024e]).

Ainda nesse propósito, de buscar adaptar e modernizar o instituto da tutela civil ante o sistema de proteção do menor previsto na lei especial, o anteprojeto de reforma contempla outras normas importantes. Cita-se, como primeira delas, o disposto no novel art. 1.728-A:

> Art. 1.728-A Na atribuição da tutela, o juiz deverá levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a existência de prévios vínculos de convivência, afinidade e afeto com o tutor.
>
> § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será ouvido, levando-se em consideração sua manifestação de vontade.
>
> § 2º É possível a instituição de dois ou mais tutores para exercício de tutela conjunta.
>
> § 3º Havendo divergência entre os tutores acerca de questões fundamentais ao exercício da tutela, o juiz decidirá [a respeito] (Brasil, [2024e]).

Com essa proposição de modificação, a redação sugerida no dispositivo acima visa alterar significativamente o escopo meramente patrimonialista havido no Código Civil de 2002, estabelecendo, agora, a predileção pelos laços afetivos de convivência, afinidade e afeto, como critérios orientadores na designação da tutela.

Quanto à pessoa sobre a qual recairá os cuidados do menor de idade, recorde-se que, consoante os moldes concebidos nos diplomas civis de 1916 e 2002, a tutela é disciplinada a partir de um rígido sistema hierárquico, pensado a partir da proximidade de vínculos de parentesco, de sorte a definir a quem incumbiria o aludido *múnus*, caso os pais não o tivessem feito. Veja-se o teor do art. 1.731 do CC:

> Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:
>
> I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;
>
> II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (Brasil, [2024c]).

Depreende-se da leitura que a legislação civil em vigor não guarda sintonia com o ECA, pois não traz a vontade do próprio menor de idade, sobre o qual recairá a tutela, como elemento a ser aferido pelo juiz.

Portanto, no afã de eliminar essa lamentável discrepância de tratamento do interesse do menor de idade, o anteprojeto passa a prever a necessidade de que este seja ouvido e sua vontade levada em conta, ao ensejo da nomeação de seu tutor.

Além disso, o art. 19 do ECA dispõe o "direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral" (Brasil, [2024b]).

Com base nesse direito fundamental, assim, o anteprojeto estabelece, na proposta de redação acima reproduzida (art. 1.731) que a tutela seja atribuída, prioritariamente, *aos parentes que mantenham vínculos de convivência e afetividade com o tutelado*.

Passou também a disciplinar, na sugestão de redação do art. 1.728-A, § 2º, acima também reportado, a possibilidade da *tutela conjunta*, que poderá ser aplicada pelo juiz sempre que verificar ser essa medida a que melhor permite um saudável desenvolvimento do menor de idade junto ao lar onde será criado.

Outro ponto de relevo na discussão tendentes à modernização é a possibilidade de o magistrado nomear *tutor patrimonial* em paralelo ao *tutor existencial*. Cuida-se de importante inovação, pois o Código Civil de 2002, preocupado estritamente com o caráter patrimonial da tutela, atribuía à figura do tutor, nomeado de acordo com os critérios hierárquicos, tanto a incumbência de *criar*, como também de administrar os bens, desprezando os vínculos fraternais eventualmente havidos entre o tutelado e outras figuras familiares. Nesse passo, o anteprojeto propõe a inclusão do seguinte dispositivo:

> Art. 1.743-A: Verificando que a criança ou o adolescente mantém vínculos de afinidade e afetividade com algum parente que não reúne condições de exercer a administração do patrimônio do tutelado, poderá o juiz nomeá-lo como tutor existencial e nomear outrem como tutor patrimonial para gestão dos seus bens (Brasil, [2024e]).

Conforme justificativa que encaminhamos à Presidência da Subcomissão do Direito de Família, essa proposta esteia-se nestes fundamentos:

> Nem sempre a pessoa com a qual o menor já tem estabelecidos vínculos de afinidade ou afetividade será capacitada para gestão de um patrimônio mais complexo, situação reconhecida, inclusive, no atual texto do art. 1.743. Entende-se, todavia, que

> essa falta de conhecimento não pode impedir que se mantenha o menor em convívio com aquele que melhor lhe ofereça condições de aporte moral, familiar e espiritual. Cria-se, assim, a possibilidade de conservar os interesses do menor, mantendo a tutela com determinada pessoa (tutela existencial), mas desdobrando eventuais poderes de gestão, de parte, ou da totalidade, do patrimônio, para terceiro, o qual se denomina tutor patrimonial, em simetria com o art. 1.733, § 2º, do CC. Essa nomenclatura, tutor patrimonial, tem em mira evidenciar que existem duas espécies de tutela, a "existencial" e a "patrimonial". A primeira amoldada aos deveres de convivência e cuidado que recaem sobre o tutor para com o tutelado. A segunda com o desiderato de estabelecer um gestor ao patrimônio do menor (Brasil, [2023b]).

Outra mudança de relevo refere-se à forma de recusa ao encargo da tutela e à destituição do tutor. O atual texto contempla um rol taxativo de hipóteses que fundamentariam a negativa daquele que for nomeado pelo juiz, segundo os critérios legais hierárquicos de atribuição da função dispondo também que o *tutor é obrigado a servir por espaço de dois anos* (art. 1.765 do CC/2002). Esse sistema parte da premissa que a tutoria é um verdadeiro *múnus*, o qual deve ser cumprido independente de laços afetivos havidos entre tutor e tutelado.

Todavia, impor a obrigação a alguém de servir como tutor, independentemente de sua vontade, constitui medida vetusta e afastada dos objetivos precípuos mencionados na doutrina da proteção integral, contemplada no ECA, bem como dos próprios interesses mais imediatos da criança e do adolescente. Portanto, o anteprojeto estabelece que a recusa à tutoria decorre de simples manifestação de vontade do tutor, pois essa negativa, por si só, comprometeria os interesses do menor, ao sujeitá-lo ao convívio com pessoa que não está imbuída da intenção de bem cuidar-lhe. Diante dessa lógica, o anteprojeto também propõe alterar o *caput* do art. 1.736 do CC/2002, cujo teor prevê hipóteses específicas que permitem a recusa à tutela, contemplando, agora, essa possibilidade, mediante simples manifestação de vontade: "Art. 1.736. O tutor pode escusar-se do exercício da tutela mediante declaração expressa e motivada" (Brasil, [2024e]).

Pela mesma linha de raciocínio, justifica-se a revogação integral do art. 1.765, o qual estabelece um prazo mínimo de dois anos para o exercício da tutela. E, em arremate, no que concerne à destituição do tutor, propõe-se nova redação do dispositivo:

> Art. 1.766. Será destituído o tutor quando não mais reunir as condições necessárias ao exercício da função ou quando a convivência se tornar prejudicial ao tutelado.
>
> Parágrafo único. Para os fins deste artigo, sempre que possível, a vontade do tutelado será levada em conta pelo juiz (Brasil, [2024e]).

Por fim, uma das propostas que se reputa como mais importante é a que reflete moderna tendência do direito de família, no sentido de retirar a obrigatória passagem pelo judiciário de várias situações litigiosas, tais como o divórcio, inventário e partilha, reconhecimento de filiação socioafetiva etc. Nessa linha, afasta-se do juízo e atribui-se ao Ministério Público a incumbência direta de fiscalizar as prestações de contas e demais atividades do tutor: "Art. 1.741. Incumbe aos tutores, sob a inspeção do Ministério Público, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé" (Brasil, [2024e]).

Tal medida tem por objetivo tornar mais célere e menos burocrática a atuação do tutor, visto que bastará a aprovação do órgão ministerial para o desincumbir de suas obrigações. Por outro lado, nos casos em que não houver a possibilidade de o Ministério Público resguardar integralmente os interesses do menor de idade, ficará aberta a via judicial, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas, agora, como via alternativa e excepcional.

Finalmente, o anteprojeto propõe a revogação do atual art. 1.744, que consagra casos de responsabilidade civil do magistrado, no que concerne aos interesses do tutelado. Com efeito, a norma não mais se coaduna com a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação ao disposto no art. 37, § 6º, da CRFB, o qual prevê a responsabilização do Estado nas demandas fundadas em erro judicial, respondendo a pessoa do magistrado apenas de forma subsidiária. Ademais, nos casos de dolo, o art. 143 do CPC regulamenta genericamente a matéria, abarcando as hipóteses do art. 1.744, sendo, então, despicienda a menção junto ao Código Civil.

Em suma, como se denota da rápida passagem pelos aspectos alinhavados, o anteprojeto de reforma do Código Civil busca conferir à tutela uma roupagem mais moderna, com base nos princípios de proteção integral da criança e do adolescente.

3 Propostas relativas à curatela

Primeiramente, importa considerar que o art. 1.774 do CC dispõe que *se aplicam à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes*.

Em razão disso, relembra-se que os comentários apresentados no item 2 deste texto valem também para a curatela, no que couber. Para evitar tautologia, passa-se a examinar as propostas de alteração mais substanciais do instituto: a) reforço à tendência do prestígio à autonomia da vontade, com a criação do instituto da tomada de decisão apoiada no âmbito extrajudicial, e da diretiva antecipada de curatela; e

b) harmonização e modernização dos termos interdição, interditos e pessoas sujeitas à curatela.

Conforme se aludiu na introdução deste artigo, o Brasil aderiu à Convenção de Nova York no ano de 2007 e, como resultado das normas nelas previstas, de envergadura constitucional, garantidoras de direitos fundamentais, foi editada a Lei nº 13.146/2015, que, por sua vez, promoveu significativa revolução no trato das pessoas incapazes, portadoras de deficiência física ou mental.

Superando o sistema de incapacidade absoluta dos maiores de idade, que gerava a curatela basicamente para todos os atos civis, a lei reservou o instituto da curatela apenas para três casos, todos eles previstos na atual redação do art. 1.767 do CC:

> Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:
>
> I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> II – (Revogado);
>
> III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
>
> IV – (Revogado);
>
> V – os pródigos (Brasil, [2024c]).

Assim, quanto às pessoas com deficiência, diferentemente do texto original do Código Civil de 2002, a interdição, com instituição de curatela, deixou de ser a regra. Agora, essa medida somente será aplicada para abarcar os sujeitos que: por causa transitória ou permanente, *não puderem exprimir sua vontade*.

Em razão disso, as pessoas que, mesmo com deficiência, possam exprimir sua vontade não ficam mais sujeitas à interdição completa de sua capacidade civil, podendo praticar os atos da vida civil.

E, para facilitar esse exercício, a Lei nº 13.146/2015 acrescentou ao Código Civil o instituto da tomada de decisão apoiada, como instrumento adotado preliminarmente à imposição da curatela integral.

Com efeito, há forte tendência dos ordenamentos jurídicos ocidentais, no sentido de facilitar o exercício da capacidade civil. Todavia, contrariando todo o movimento legislativo de simplificar o Direito de Família, para suprimir a obrigatoriedade de acesso ao Judiciário para a resolução de situações litigiosas, tais como o divórcio, inventário e partilha, reconhecimento de filiação socioafetiva etc., previu-se, originariamente na Lei nº 13.146/2015, que a tomada de decisão apoiada seria realizada apenas pela via judicial.

Embora seja um procedimento de jurisdição voluntária, observe-se, pela atual letra do Código Civil, que há imensa burocracia para sua homologação, pois sujeita à participação do Ministério Público, atuação de equipe interdisciplinar, bem como a oitiva do interessado e dos apoiadores por ele indicados etc. Bem por esse motivo, não se tem verificado maior repercussão prática do instituto, que, nos moldes vigentes, tem sido pouco utilizado, gerando críticas e sugestões da doutrina especializada e de parte da sociedade.

Diante disso, o anteprojeto de reforma do Código Civil contempla a possibilidade de o ato de tomada de decisão apoiada ser realizado na via extrajudicial, mediante pedido direto perante o Registro Civil. Reputa-se pertinente tal avanço, considerando que a medida vem ao encontro da finalidade precípua do art. 12 da Convenção de Nova York:

> Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei.
>
> 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
>
> 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
>
> 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
>
> 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
>
> 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens (Brasil, 2009).

Ademais, a boa-fé deve ser presumida, daí por que não se pode partir da premissa de que os apoiadores terão sempre a predisposição de aproveitar-se da pessoa com deficiência, o que justificaria a impreterível intervenção judicial para homologação do ato de apoiamento.

Por outro lado, como dito, é inequívoca a tendência de desjudicialização de vários institutos jurídicos, notadamente no Direito de Família, razão pela qual a consagração da tomada de decisão apoiada, no campo extrajudicial, atende a necessidade da sociedade moderna de garantir maior liberalidade aos sujeitos de direito e de simplificar os atos e negócios jurídicos.

Nessa linha, o anteprojeto de reforma do Código Civil modela a instituição da tomada de decisão apoiada também no âmbito extrajudicial, obedecidos os seguintes moldes: a) registro do ato de apoiamento perante o Cartório de Registro Civil – uma vez que diz com o estado da pessoa, após parecer favorável do Ministério Público; e b) manutenção da possibilidade de a tomada de decisão apoiada ocorrer no âmbito judicial, a critério do interessado em obter o ato de apoiamento; ou, ainda, nos casos em que o Registrador se deparar com dúvida quanto à livre vontade do apoiado ou não houver aprovação do Ministério Público, hipótese na qual remeterá o pedido ao juízo competente para análise.

Diante disso, no intuito de compatibilizar as atuais normas com o novo procedimento extrajudicial, promovem-se alterações de cunho redacional e organizacional no art. 1.783-A, desdobrando-o agora até o art. 1.783-E.

Ademais, possibilita-se a indicação de um ou mais apoiadores e facilita-se o meio de encerramento da medida de tomada de decisão apoiada, autorizando que tanto o apoiado como o apoiador ou apoiadores promovam-na mediante simples requerimento ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, preservados, sim, os efeitos jurídicos já produzidos.

Outro avanço previsto no anteprojeto de reforma refere-se ao instituto da "Diretiva Antecipada de Curatela" (art. 1.788-A e 1.788-B), de modo a permitir que a pessoa natural, antevendo eventual necessidade futura de depender de terceiros para a prática de atos da vida civil, disponha, então, mediante "escritura pública ou por instrumento particular autêntico" (art. 1.788-A), sobre: "a quem deva ser nomeado como curador"; "ao modo como deva ocorrer a gestão patrimonial e pessoal pelo curador"; e "a cláusulas de remuneração, de disposição gratuita de bens ou de outra natureza" (Brasil, [2024e], art. 1.788-B, I-III).

Trata-se de mais um passo no sentido de prestigiar a autonomia da vontade das pessoas que sofram ou possam vir a sofrer, de forma mais intensa, os efeitos deletérios de deficiências físicas ou mentais.

Esse verdadeiro "testamento para a vida", ou seja, a antecipação da manifestação da vontade da pessoa que tenha risco de perder sua capacidade civil, vincula o juízo, o qual deverá fazer valer o quanto determinado pelo próprio curatelado.

Por fim, vale mencionar a supressão do termo "interdição", uma vez que a designação "incapaz" e "interdito" exprimem caráter pejorativo em relação às pessoas sujeitas ao regime de curatela, em descompasso à Convenção de Nova York. Em vez disso, passa-se a adotar a expressão "pessoas sujeitas à curatela", conforme alteração de texto proposta para a Seção I do Capítulo II, Título IV, do Livro IV, do CC, "Do Direito de Família".

Busca-se, com isso, prestigiar o direito humano à capacidade civil das pessoas com deficiência, em consonância com os princípios da não discriminação, da plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, da igualdade de oportunidades, da autonomia, da independência e da dignidade humana, todos eles contemplados na Convenção de Nova York.

4 Considerações finais

A respeito dos institutos da tutela e curatela, pode-se afirmar que foram plenamente atingidos os objetivos da Comissão de Reforma do Código Civil, apurando-se a ampla revisão das normas atualmente em vigor, com a proposição de alterações e criação de novos dispositivos, os quais retratam a moderna compreensão do Direito Civil, alinhado à CRFB.

Conforme se viu no curso deste texto, os institutos aqui tratados traziam premissas ultrapassadas, pois o Código Civil de 2002, em grande medida, teve seu projeto editado durante os anos de 1970 e repetia disposições normativas do Código Civil de 1916.

Apesar da acurácia técnica, esses diplomas buscavam disciplinar outra sociedade, mais focada no patrimonialismo e fincada em antigas tradições advindas até mesmo do Império Romano.

O anteprojeto de reforma tem a ambição de modernizar a tutela e a curatela, alinhando-as ao avanço do moderno direito constitucional ocorrido, em grande parte, durante todo o século XX e início do século XXI. Ele estabeleceu uma preocupação muito maior com as garantias sociais, impactando a vida das pessoas com deficiência física ou mental, alvo da curatela, e também com a proteção das crianças e dos adolescentes, a gerar reflexos no instituto da tutela.

Afora as modificações tratadas ao longo deste artigo, há vários outros aspectos técnico-jurídicos de relevo previstos no anteprojeto de reforma do Código Civil, os

quais, caso aprovados, permitirão um melhor manejo da tutela e da curatela pelos operadores do direito, garantindo, de forma mais ampla, os direitos básicos dos que se sujeitam a esses institutos.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2024d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023*. Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2023a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito de Família da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023b]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c. Acesso em: 31 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024e]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 31 out. 2024.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação de massa como extensões do homem (understanding media)*. São Paulo: Cultrix, 1964.

Regime de bens no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Rolf Madaleno[1]

1 Breve histórico do vigente Código Civil

Ainda na década de 1970 foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 634, cuja tramitação foi iniciada em 1975 e findou em 2002, com a promulgação do vigente Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), transcorrendo um lapso de vinte e oito anos até a sua efetiva validade em janeiro de 2003. Uma das muitas críticas que recebeu foi a de que se tratava de um Código Civil já envelhecido em decorrência das transformações sociais surgidas durante sua demorada tramitação, e que sofreu em seu curso os influxos da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte que entrou na pauta do Congresso Nacional para elaborar a Constituição promulgada em 1988. Isso acarretou o arquivamento por cinco anos do Projeto do Código Civil. Depois de desarquivado, o Projeto de Lei do Código Civil foi retomado, com a prioridade de adaptá-lo às alterações surgidas no ordenamento jurídico pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), com especial ênfase ao direito de família, que apresentava as maiores novidades relacionadas com a igualdade do homem e da mulher e dos cônjuges, a igualdade dos

1 Rolf Hansen Madaleno é advogado e professor de Direito de Família e Sucessões do programa de pós-graduação da PUC-RS; membro da Comissão de Juristas do Senado Federal nomeada para revisar e atualizar o Código Civil; mestre em Direito pela PUC-RS; sócio fundador e diretor nacional do IBDFam; diretor-geral da Escola Superior de Advocacia da OAB-RS; membro da Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia.

direitos dos filhos e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo de destacar que das 332 emendas aprovadas pelo Senado Federal, 118 delas eram relacionadas ao direito de família.

Já são decorridas mais de duas décadas de vigência do Código Civil coordenado pelo jurista Miguel Reale em comissão formada pelos juristas Agostinho Arruda Alvim, Clovis do Couto e Silva, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Torquato de Castro e José Carlos Moreira Alves, que dizia ser o direito de família uma área de constantes mudanças, como de fato segue sendo o setor da sociedade civil que mais acarretou transformações. Elas foram sendo apreendidas em pouco mais de duas décadas de vigência do Código Civil e absorvidas pela doutrina e pela jurisprudência mudanças que, por clara recomendação do Senado Federal ao criar a comissão de juristas encarregada da revisão e atualização do Código Civil, foram consideradas também pela Subcomissão de Direito de Família, um órgão fracionário da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze na vice-presidência, tendo como relatores gerais os professores Rosa Maria de Andrade Nery e Flávio Tartuce.

Para a subcomissão foram designados Pablo Stolze Gagliano como relator parcial, Maria Berenice Dias, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e Rolf Hanssen Madaleno, ao qual foram confiadas as tarefas iniciais de revisão e atualização dos regimes de bens e seus desdobramentos, o capítulo relacionado ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores, ademais da inclusão no anteprojeto dos alimentos compensatórios.

No âmbito do direito de família patrimonial foram feitas diversas propostas que tiveram como preocupação basilar criar mecanismos de combate à fraude nas partilhas dos bens conjugais e convivenciais e a sugestão de sanções legais que logrem punir de forma eficaz a frequente e nefasta sonegação de bens na partilha das meações dos cônjuges que se divorciam e dos conviventes quando dissolvem suas relações estáveis, e que passam por verdadeiros calvários processuais em ações de liquidação de partilha e penam com irreparáveis perdas materiais.

2 Dos regimes matrimoniais

Cônjuges e companheiros pressupõem um consórcio de duas pessoas que unem suas vidas para realizarem um fim comum específico e extrapatrimonial, formatando uma comunidade de pessoas, podendo estar inclusos filhos e cuja sociedade

precisa atender à sua cotidiana necessidade de subsistência e suprir os seus gastos com as suas rendas e com os seus bens (Madaleno, 2001, p. 156).

Já de longa data prescrevia Zeno Veloso que o casamento desencadeia muitos efeitos econômicos, para o sustento do lar, para as despesas comuns, para atendimentos dos encargos da família, incluída nessa rubrica a manutenção da casa, a compra de coisas necessárias à economia doméstica, para o sustento, guarda e educação dos filhos (Veloso, 1997, p. 81), e inclusive para a construção de um lastro material que possa gerar segurança e estabilidade econômico-financeira com a ruptura da relação.

Como ensina José Luis Lacruz Berdejo, essa comunidade de pessoas unida pelo afeto e por interesses convergentes, tem grande projeção material e pecuniária e sendo a família essencial à sociedade, se faz igualmente necessária a existência de uma legislação específica dos meios econômicos que tratarão de servir aos propósitos dessa sociedade afetiva (Lacruz Berdejo, 2011, p. 235), como tratarão de proteger terceiros que entram em relação com os consortes ou conviventes.

A vida em comum pressupõe gastos e atenções que obrigam os cônjuges com suas necessidades pessoais e com o suporte dos filhos que, sobrevindo ao relacionamento ampliam as responsabilidades financeiras da sociedade familiar. Os regimes de bens comunitários representam a máxima associação entre os consortes ou conviventes, ao passo que os regimes de separação de bens representam a mínima e mais distante dessas associações afetivas, em uma espécie de cada um por si e ambos em prol dos filhos, o que permite afirmar que os regimes matrimoniais têm enorme influência na estabilidade dos relacionamentos afetivos.

Portanto, não existe um casamento ou uma união estável sem um regime econômico primário legal ou convencional, que dê resposta às questões básicas que surgem entre os cônjuges ou conviventes e destes para com terceiros e diferente de outras épocas, cada vez mais o legislador concede ampla margem de autonomia que permite, inclusive, que cônjuges e conviventes as estipulem por convenções pactícias ou contratuais.

3 Princípio de liberdade de estipulação

O Anteprojeto de Atualização e Reforma do Código Civil principia o tratamento do tema do direito patrimonial no art. 1.639 do Código Civil, dispondo ser lícito aos cônjuges e conviventes, antes ou depois de celebrado o casamento ou constituída a união estável, a livre estipulação quanto aos seus bens e interesses patrimoniais,

consagrando, assim, o caminho trilhado a partir da Lei nº 11.441/2007 na busca da efetiva autonomia privada dos cônjuges e conviventes, que passam a ser inteiramente livres, não mais somente para escolherem seu estatuto patrimonial antes do casamento, podendo mesclar disposições recolhidas dos diferentes regimes de bens previstos na lei, como poderão, depois da celebração do casamento ou do estabelecimento da união estável, modificar por escritura pública o regime escolhido.

Trata-se, em realidade, da consagração do discurso da modernidade, que insere no direito privado a proteção da vontade humana, marcadamente na seara patrimonial e sem que se vete alguma incursão também no campo existencial do direito de família – e que, na intelecção de Samir Namur, possibilita que as pessoas tenham autonomia para escolher de que maneira querem viver e manifestar a sua personalidade dentro de sua privacidade e intimidade (Namur, 2014, p. 97), extinguindo o estreito caminho do tradicional caráter de indisponibilidade e de regulamentação imperativa dos direitos de família.

Muito avançou o direito no câmbio do paradigma matrimonial, tanto quando, pioneiramente, viabilizou e extrajudicialização das separações e divórcios, como posteriormente, em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, *descausalizou* a separação e proibiu que os motivos da ruptura afetiva fossem exteriorizados, permitindo em nome da dignidade da pessoa humana, que as razões separatórias permanecessem na intimidade da vida conjugal, servindo como sustento do matrimônio apenas a presença da *affectio maritalis* e a possibilidade de uma ampla gama de negociações por meio de acordos pré e pós-nupciais que se situam muito próximos da liberdade contratual, mediante autorizações recíprocas e respeito à autoridade e soberania individual de uma família que se constrói com critérios de igualdade e de solidariedade, onde seus membros são mais livres e iguais, e suas relações se erigem no desejo comum de cooperação, baseada no afeto e apoio mútuos (Barrio Gallardo, 2016, p. 214).

4 Combate à fraude

Uma das determinações rigorosamente observadas na revisão do Código Civil foi a de conciliar as mudanças com a segurança jurídica, as orientações jurisprudenciais e os projetos de lei em tramitação legislativa. Foi prioridade assegurar a preservação dos direitos patrimoniais dos cônjuges e conviventes, especialmente sob o prisma de combate à fraude presente nas questões de partilha no direito de família e no direito das sucessões. Desse modo, ao viabilizar a alteração incidental

do regime de bens, estabeleceu-se no § 2º do art. 1.639 do Anteprojeto do Código Civil que o regime de bens quando consensualmente modificado, em qualquer hipótese, só terá eficácia *ex nunc*, ou seja, sua força só será considerada a partir da respectiva alteração formalizada por escritura pública. Não se admite qualquer modificação do regime de bens com potência retroativa, *ex tunc*, ou seja, desde retroagindo ao início da casamento ou da união estável, pois admitir seu efeito retro-operante significaria escancaram as portas para a prática da fraude. Com efeito, o parágrafo único do art. 1.653-A do Anteprojeto do Código Civil, dispõe não ser admissível eficácia retroativa ao pacto conjugal ou convivencial que sobrevier ao casamento ou à constituição da união estável.

Essa preocupação para com a diminuição das lacunas que facilitavam o exercício da fraude foi uma das maiores inquietações da Comissão de Revisão, que também propôs no art. 1.653-B a adoção no pacto antenupcial ou convivencial da alteração automática de regime de bens após o transcurso de um período de tempo prefixado, igualmente sem efeitos retroativos e ressalvados os direitos de terceiros, em proposição que a doutrina denomina *sunset clause*, ou cláusula do pôr-do-sol, e que respeita a uma disposição jurídica estabelecendo a expiração automática de certas condições de um contrato, sempre que passado um período pré-determinado, ou sucedendo algum evento incerto e futuro, podendo, por exemplo, ser contratado novo regime matrimonial diante do nascimento de um filho em comum, ou com o transcurso de certo número de anos de casamento ou de união estável.

Sempre dentro desse espírito de diminuição dos caminhos da fraude na partilha dos bens no âmbito do direito de família, também foram acrescidos os incisos VIII e IX ao art. 1.660 do Código Civil, reconhecendo a comunicação da 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 separação de fato, incluída no espectro de comunicabilidade a valorização das quotas sociais ou ações societárias decorrentes dos lucros reinvestidos na sociedade na vigência do casamento ou da união estável do sócio, mesmo que a constituição da sociedade seja anterior à convivência do casal.

Nesse aspecto a Comissão aprovou proposição que vai de encontro à orientação preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do REsp nº 1.173.931/RS, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 22 de outubro de 2013, perante a Terceira Turma do STJ, ao concluir que "a valorização patrimonial das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridas antes do início do período de

convivência, decorrente de mero fenômeno econômico, e não do esforço comum dos companheiros, não se comunica" (Brasil, 2023).

A ideia desenvolvida nesse acórdão e nos subsequentes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça colhe o raciocínio de que a mera valorização de determinados bens, como a compra pela sociedade empresária de um imóvel ou a compra privativa em bolsa de valores de ações de uma empresa, é risco exclusivo do investidor, e essa classe de bens valoriza ou desvaloriza no curso do tempo, sem o concurso de qualquer esforço dos cônjuges ou conviventes.

Com efeito, a mera valorização ou depreciação imobiliária, que depende da sorte e dos acontecimentos alheios à pessoa do proprietário ou do investidor, continua pertencendo exclusivamente ao cônjuge ou à empresa privativa que adquiriu a propriedade imobiliária, e simplesmente a deixou parada e esperou que com o crescimento do bairro onde se situa o seu imóvel valorizasse naturalmente por obra da sua visão empreendedora. Contudo, se porventura forem empreendidos recursos conjugais na ampliação e no crescimento físico da mesma propriedade, construindo benfeitorias ou acessões com dinheiro conjugal e diante do inequívoco esforço comum, evidentemente esses acréscimos serão objeto de compensação.

Também a compra privativa de ações de uma empresa terá seus resultados financeiros sendo de exclusiva titularidade do investidor e, de fato, não contam em momento algum com o esforço comum do cônjuge ou convivente.

Contudo, o crescimento temporal de uma sociedade empresária pode provir de várias outras formas, como na reaplicação do fluxo de caixa da empresa ou de novos recursos aportados pelos sócios, como pode originar-se de capital de terceiros obtidos por empréstimos a serem honrados pela sociedade, assim como a sociedade pode aumentar o seu patrimônio com a aquisição de novos bens móveis, imóveis e intangíveis, mediante a utilização de recursos gerados internamente pela própria empresa, e esse incremento patrimonial pode advir da capitalização de lucros ou das reservas de dividendos não distribuídos aos sócios e, obviamente, esse aumento do patrimônio da sociedade influi na cotação e na valorização das quotas dos sócios. Portanto, essa sociedade cresceu em decorrência da ampliação de suas atividades, aumentando seus ganhos e o seu patrimônio; esse crescimento não pode ser considerado como um mero efeito econômico inerente à atividade empresarial, pois a sociedade empresária cresceu e se valorizou em razão do aumento do seu patrimônio social. Este é diferente daquele capital inicial constituído quando o sócio cônjuge ainda era solteiro, mas cuja sociedade cresceu pelo trabalho conjugal, deixando o casamento de usufruir dos dividendos que a empresa deixou de pagar aos sócios para reaplicá-los na sociedade empresária, comprando bens, tomando tempo e

desforço do cônjuge sócio e, consequentemente, colhendo o esforço comum e o sacrifício em paralelo do consorte ou companheiro de sócio.

Se tivessem sido distribuídos os lucros em dividendos aos sócios, esses recursos teriam circulado para atender à manutenção familiar e talvez na aquisição de bens para o casamento ou a união estável e não na compra de bens para a sociedade empresária. Tais recursos são retidos e reaplicados na empresa com o evidente esforço comum da esposa ou companheira que precisa suprir os custos dos dividendos que não chegaram até a sociedade familiar em prejuízo das despesas familiares. Assim, priva-se toda a célula familiar dos dividendos em prol do crescimento patrimonial da pessoa jurídica. Por isso, é inaceitável que esse aumento patrimonial resulte em benefícios apenas para o sócio consorte, como se se tratasse de simples fato natural desvinculado do esforço humano.

Quando uma sociedade empresária cresce pelo trabalho paritário e presumido dos cônjuges ou conviventes, mudando visivelmente a sua constituição inicial, transformando-se pelo óbvio esforço comum e pelo concomitante sacrifício nupcial ou convivencial, externado por renúncias de tempo, de lucros, de bens, de trabalho e de dividendos que ficam retidos na sociedade, permitindo tudo, ao seu tempo e modo, aumentar o capital social da empresa, ainda que apenas com recursos internos oriundos de lucros suspensos e de contas de retenção de dividendos, mas com certeza que não pode haver qualquer discordância de que a capitalização desses recursos é ato que tem como consequência a valorização proporcional da quota de cada um dos sócios. Trata-se de um incremento patrimonial que segue mantendo a qualidade ou caráter de uma sociedade empresária privativa e incomunicável, porque foi constituída antes do matrimônio, mas que deve atender às regras do devido reembolso ou da compensação entre patrimônios, para não configurar um enriquecimento à custa do outro consorte ou convivente (Rams Albesa; Moreno Martínez, 2005, p. 310-311).

Outra relevante proposição formulada pela Comissão de Revisão e Reforma do Código Civil no intuito de diminuir a prática fraudatória incidente sobre as meações conjugais ou convivenciais decorre do art. 1.666-A proposto no anteprojeto e que trata da sonegação de bens no processo de partilha, ordenando o § 1º do respectivo artigo, a perda do direito incidente sobre bem comum que está sob a administração de um dos cônjuges ou conviventes, o qual que intenta se apropriar desse bem ao sonegá-lo propositadamente da partilha. Conforme o § 2º, uma vez comprovada a prática de atos de sonegação, a sentença a ser proferida no próprio processo de partilha ou de sobrepartilha decretará a perda do direito de meação sobre o bem sonegado em favor do cônjuge ou convivente prejudicado, acabando

com o verdadeiro estímulo à sonegação que sempre existiu na legislação, que não cuidava de punir o fraudador ou sonegador de bens comuns e partilháveis.

Menciona a Senadora Soraya Thronicke em seu Projeto de Lei nº 2.452/2019, o qual acrescentava esses mesmos dois parágrafos ao art. 1.575 do Código Civil, que sua proposição foi inspirada na previsão do art. 1.992 do Código Civil (Dinamarco, 2021, p. 398), que previne a pena de sonegação para o direito sucessório, quando bens são omitidos na colação, perdendo o sonegador o direito que detinha sobre os bens sonegados.

Idêntico cuidado teve a Comissão de Revisão e Reforma do Código Civil, com o fim de atender à orientação de que não fosse criado um novo diploma civil, mas que a sua atualização atendesse a jurisprudência majoritariamente aplicada pelos tribunais, particularmente pelos Tribunais Superiores e aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e de onde foi colhida a proposição da perda do bem deliberadamente sonegado.

5 Teoria das recompensas

Diferentemente do sistema jurídico brasileiro, que dá seus primeiros passos no propósito de revisar alguns dogmas legais e jurisprudenciais que ainda facilitam a prática da fraude na partilha das meações, o direito argentino trata em capítulo próprio da *teoria das recompensas*, que está regulada entre os arts. 488 e 495 do Código Civil e Comercial da Argentina; sua figura jurídica das recompensas também está prevista nos arts. 1.412, 1.416, 1.417, 1.433, 1.436, 1.437, 1.468 e 1.469 do Código Civil francês; como igualmente nos arts. 1.467, 1.539 e 1.541 do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)), e no art. 192 do Código Civil italiano, além dos arts. 1.358, 1.359 e 1.360 do Código Civil espanhol. Os diferentes sistemas jurídicos estabelecem que, extinta a comunidade conjugal, incide a liquidação dos bens comuns, podendo um dos cônjuges reclamar os créditos que ele tem em relação ao outro consorte ou em relação à sociedade conjugal.

Como guardam total simetria com as proposições constantes dos incisos VIII e IX do art. 1.660 do anteprojeto de reforma do Código Civil, merecem especial destaque os arts. 491 do Código Civil argentino e os arts. 1.358 a 1.360 do Código Civil espanhol. Quanto ao primeiro – ao prescrever que a comunidade conjugal deve recompensa ao cônjuge que se beneficiou em detrimento do patrimônio próprio de seu consorte, e que o cônjuge deve recompensa se se beneficiou em detrimento dos haveres conjugais, e mais do que isso, se porventura, durante a comunidade

patrimonial um dos consortes alienou bens próprios a título oneroso sem reinvestir seu preço – presume-se, exceto prova em contrário, que o preço recebido beneficiou a comunidade conjugal.

Pontua o mesmo artigo que "se a participação de caráter próprio de um dos cônjuges em uma sociedade adquire um maior valor à causa da capitalização de lucros havidos durante a comunidade, o cônjuge sócio deve recompensa à comunidade e esta solução é aplicável aos fundos de comércio".

Sem a menor sombra de dúvida, o direito argentino reconhece que o crescimento patrimonial de uma empresa constituída antes do casamento não retira o caráter de bem privativo dessa ascensão material, no entanto, também reconhece que o consorte do cônjuge sócio tem direito meatório sobre esse crescimento patrimonial, o qual incide, inclusive, sobre o fundo de comércio e modernamente alcunhado de *fundo de empresa* ou aviamento, o qual, resumidamente, se traduz na capacidade que tem um estabelecimento empresarial de produzir lucros.

Na lição de Vera Helena de Mello França, o aviamento é uma qualidade ou um atributo que representa um valor que se agrega ao estabelecimento e que pode ser realizado quando do trespasse da empresa, como um sobrevalor objetivo dos bens que compõem o estabelecimento (França, 2009, p. 127). Não se deve esquecer, obviamente, que a capacidade de geração de lucros pode decorrer da localização do estabelecimento (*aviamento objetivo*) ou da especial e competente atuação do empresário à sua frente (*aviamento subjetivo*) (Verçosa, 2004, p. 248). Nesse aviamento subjetivo configura-se o esforço comum do cônjuge empreendedor, que faz a empresa crescer em decorrência de seu trabalho, dedicação, sacrifício, talento e *expertise*. Trata-se de atributos próprios de quem não mede esforços para diferenciar o seu estabelecimento dos que na sua área de atuação são concorrentes, e que justamente em decorrência desse conjunto de esforços atrai uma maior clientela e, com ela maiores lucros. E assim como o reembolso pelo aviamento é devido ao sócio que se retira, será igualmente apurado com relação ao cônjuge ou companheiro de sócio que se divorcia ou dissolve sua relação estável, e a partir delas promove a partilha dos bens comuns.

Por sua vez, o art. 1.358 do Código Civil da Espanha estabelece que o reembolso ou a recompensa do direito argentino tem sua gênese em uma dívida pecuniária que se configura como dívida de valor e que deverá ser satisfeita ao tempo da liquidação material da sociedade conjugal, ao passo que os arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil espanhol preceituam sobre as edificações, plantações e quaisquer outras melhorias que se realizem nos bens comuns e nos privativos. Eles terão o caráter correspondente aos bens que afetem, mas sem prejuízo do reembolso do

valor satisfeito. Complementa o art. 1.360 que "as mesmas regras do reembolso se aplicarão aos acréscimos patrimoniais incorporados a uma exploração, estabelecimento mercantil ou outro gênero de empresa".

Nos exemplos transcritos do direito estrangeiro está a gênese dos incisos VIII e IX do art. 1.660 do Anteprojeto do Código Civil proposto pela Comissão de Juristas. Eles estabelecem que entrem na comunhão tanto a valorização das quotas ou das participações societárias quanto os lucros reinvestidos na sociedade empresária constituída antes da relação afetiva, quando decorrentes do esforço comum e não de mero fato natural, na constância do casamento ou da união estável.

Referências

BARRIO GALLARDO, Aurelio. *Autonomía privada y matrimonio*. Madrid: Reus, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.173.931/RS*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 22 de outubro de 2013.

DINAMARCO, Marina Pacheco Cardoso. Os mecanismos existentes para o combate à fraude patrimonial sejam no divórcio, na dissolução da união estável, como em decorrência da morte. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. t. 2.

FRANÇA, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*: el matrimonio y su economía. Navarra: Thomson Reuters: Aranzadi, 2011.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RAMS ALBESA, Joaquín José; MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, 2005.

VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial 1*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Direito das Sucessões

O Direito das Sucessões no anteprojeto de reforma do Código Civil

Mário Luiz Delgado[1]

1 Introdução

O processo de codificação do Direito, especialmente a partir da segunda metade do século XX, havia caído em descrédito. Influenciados pelo exponencial processo de dispersão das fontes legislativas, muitos autores, em especial o italiano Natalino Irti, imaginaram que o direito moderno doravante seria composto apenas por uma miríade de leis especiais, por natureza mutáveis, porquanto resultado de compromissos frágeis entre interesses antagônicos de grupos sociais ou econômicos, formando estatutos autônomos que não mais se submeteriam a uma racionalidade global (Delgado, 2011). É o que se convencionou chamar de *era da descodificação*.

Todavia, o que se tem verificado na atualidade é justamente o oposto do que foi preconizado por Irti. Vivemos um ciclo virtuoso de novos códigos, bastando citar o Código Civil argentino de 2014, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e a reforma do Código Civil brasileiro, iniciada em 2023 e cujo projeto foi apresentado em abril de 2024. A análise desses projetos demonstra que o *Código* absorverá uma gama de relações jurídicas antes versadas na legislação especial, e não o contrário. E ainda que não absorva por inteiro a disciplina, ele enumera princípios ou cláusulas gerais que permitem a integração e interação do sistema.

1 Mário Luiz Delgado Régis é doutor em Direito Civil pela USP; mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; membro da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil (relator da Subcomissão de Sucessões); professor e advogado.

A codificação constitui uma das expressões culminantes da cultura jurídica de um povo, instrumental relevante para a afirmação dos valores de uma sociedade, sobretudo em épocas de crise (Reale, 2005, p. 69).

A discussão sobre a sistematização das normas jurídicas sob a forma de um código guarda relação com o próprio conceito de sistema. O código normalmente apresenta as suas disposições repartidas de forma criteriosa e ordenadas de acordo com um plano pré-estabelecido (sistemático), fruto de um esforço de natureza eminentemente científica. Isso representou uma mudança profunda no modo de formalização do Direito, influenciando o desenvolvimento de uma nova tecnologia jurídica: a *técnica legislativa*. A partir daí, a norma jurídica positiva passa a ser geral e abstrata e não mais casuística, ditada para casos concretos. As técnicas de elaboração legislativa modernas constituem, portanto, herança direta do processo de codificação.

No Brasil, o ano de 2023 foi marcado pelo início dos trabalhos da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil, nomeada pelo espírito democrático do Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, e presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão[2]. A Comissão de Juristas foi dividida em nove subcomissões: 1. Parte Geral; 2. Direito das Obrigações; 3. Responsabilidade Civil; 4. Contratos; 5. Direito de Empresa; 6. Direitos Reais; 7. Direito de Família; 8. Direito das Sucessões; e 9. Direito Digital.

Como relator da Subcomissão de Sucessões, composta, ainda pelos professores Giselda Hironaka, Gustavo Tepedino e Cesar Asfor Rocha, coube-me coordenar os debates, ouvir os especialistas e compilar as sugestões recebidas no que tange ao Livro V da Parte Especial do CC.

A reforma do Direito das Sucessões será profunda, com ampliação dos espaços de autonomia privada na sucessão legítima, inclusão de novas tecnologias, especialmente no âmbito da sucessão testamentária, tornando o testamento um negócio jurídico mais acessível, introduzindo novas opções ao planejamento sucessório, além de simplificar e desjudicializar vários aspectos do inventário.

Destaco, a seguir, algumas das proposições apresentadas no Anteprojeto, cabendo enfatizar que serão submetidas à tramitação parlamentar, sujeitas a críticas que certamente virão e serão sempre bem recebidas.

2 Para Miguel Reale, "já vai longe o tempo das legislações confiadas a Solon ou Licurgo solitários, tão diversos e complexos são os problemas de nosso tempo. Se se quer um Código Civil que seja expressão dos valores da comunidade, mister é o concurso de representantes dos distintos 'campos de interesse', num intercâmbio fecundo de idéias. Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas" (Brasil, 1973, p. 4).

2 Principais propostas para a sucessão legítima

2.1 Sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro

Um dos temas que mais demandou a atenção e o cuidado da subcomissão e tornou-se objeto do maior número de sugestões recebidas pelos canais de comunicação com o Senado foi a questão dos direitos sucessórios de cônjuges e companheiros. O nosso ponto de partida foi a necessidade de equiparação dos regimes sucessórios do casamento e da união estável. Os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros passam a ser equalizados. A equalização, no entanto, fez surgir a necessidade de compatibilização sistêmica de casamento e união estável em vários outros dispositivos, que somente se referiam aos cônjuges, como é o caso do art. 1.830, em que se suprimiu o prazo de separação de fato como causa de afastamento dos direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, que somente serão considerados herdeiros se estiverem convivendo com o outro na data de abertura da sucessão. Feita a equiparação, era preciso resolver o imbróglio que envolve o *status* sucessório de herdeiro necessário e herdeiro concorrente.

Como sabemos, o Código Civil de 2002 alçou o cônjuge sobrevivente a lugar de destaque, passando a concorrer na herança com os descendentes e ascendentes, inclusive no regime de separação absoluta de bens (art. 1.829), além de ostentar a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845). Durante o período em que vigorou o Código Civil de 1916, o cônjuge era herdeiro exclusivamente da terceira classe, só era chamado a suceder na ausência de descendentes (herdeiros de primeira classe) e de ascendentes (herdeiros de segunda classe) e não havia direito concorrencial. Além disso, era herdeiro meramente facultativo, o que significava dizer que o cônjuge poderia ser excluído da sucessão por ato voluntário do testador.

Esses novos direitos atribuídos ao cônjuge (e, de quebra, ao companheiro, segundo alguns autores) não foram bem compreendidos pela sociedade. A concorrência na herança com descendentes e ascendentes (arts. 1.829, I, e 1.837) e a condição de herdeiro necessário (art. 1.845), pareceram incoerentes com a realidade atual de fluidez dos relacionamentos, de facilitação do divórcio e de prevalência das famílias recompostas no cenário das entidades familiares. A ideia de um *supercônjuge*, protagonista da sucessão, era contemporânea da sociedade pré-divórcio, marcada pelo casamento indissolúvel, em que o integrante do núcleo familiar mais longevo era sempre o cônjuge, forçado a ficar ao lado do outro "até que a morte os separasse".

As críticas ao protagonismo sucessório do cônjuge vêm de longe. Para José de Oliveira Ascensão,

> esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém, que teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada protecção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa* (Ascensão, 1993, p. 343).

Portanto, se havia um consenso entre os membros da comissão, era o de que as regras sobre a sucessão do cônjuge demandavam uma reforma estrutural, que o requalificasse e o reposicionasse em face dos demais herdeiros. A tentativa de empoderamento feita pelo legislador de 2002 não deu certo.

Restava definir os pilares dessa requalificação. E, muito cedo, dois pontos se sobressaíram, principalmente nas manifestações que nos chegaram por e-mail e presencialmente nas audiências públicas. O primeiro, no que toca à condição de herdeiro necessário, a restringir a liberdade do testador casado, constituindo forte amarra ao planejamento sucessório. E o segundo, a concorrência sucessória com descendentes e ascendentes, notadamente no casamento realizado sob o regime da separação convencional de bens. Ninguém entendia que a escolha do casal pelo regime de incomunicabilidade de bens não se estenderia para após a morte, muito menos se compreendera a lógica do legislador em assegurar a concorrência justamente sobre os bens particulares, em relação aos quais o viúvo nada contribuiu.

A situação torna-se ainda mais dramática nas famílias recompostas, em que o novo cônjuge, normalmente mais jovem ou com menos tempo de casamento, pode concorrer com os filhos unilaterais do falecido, sobre o patrimônio construído no relacionamento anterior ou adquirido por sucessão. Desse modo, a lógica do legislador de 2002, de assegurar a concorrência ao cônjuge desprovido de meação (*quem tem meação não herda*), também precisava mudar.

Sobre o primeiro ponto, a definição foi a de excluir o cônjuge do rol de herdeiros necessários, fazendo com que o casamento (ou a união estável) deixasse de ser um óbice ao direito de dispor do próprio patrimônio para depois da morte. Propusemos nova redação ao art. 1.845, restrito, doravante, aos descendentes e ascendentes.

Sobre o segundo ponto, adotamos a opção de suprimir o direito concorrencial. O cônjuge, nos termos da proposição legislativa, passa a ser herdeiro exclusivamente da terceira classe e só recolherá a herança, no âmbito da sucessão legítima, na ausência de descendentes (herdeiros de primeira classe) e de ascendentes (herdeiros

de segunda classe), afastando-se o direito concorrencial, que tantos problemas ocasionou nas últimas duas décadas.

A escolha legislativa de suprimir o direito concorrencial, retornando, o art. 1.829 do CC/2002, parcialmente, à redação do art. 1.603 do CC/1916, como não poderia ser diferente, logo foi alvo de críticas. Fala-se que a alteração causará maior impacto nas mulheres do que nos homens, agravando a desigualdade de gênero no Brasil. Há quem diga que foi "criada a figura de um 'mini cônjuge', sem direitos, salvo se inexistirem descendentes e ascendentes" e que "tal sistema não contribuirá para o alcance da igualdade de gênero e, por consequência, da igualdade social, norte que deve permear toda e qualquer alteração legislativa" (Nevares, 2024).

Cabe esclarecer que a proposta apresentada não significa um retorno ao período em que vigorou o Código Civil de 1916, muito menos à Lei Feliciano de Pena, de 1907[3]. Em primeiro lugar, porque a sociedade daquela época era outra, completamente diversa, que outorgava ao "homem-marido-cabeça do casal-chefe da sociedade conjugal" privilégios e recompensas que refletiam o poder de um sexo sobre o outro. Predominava uma ideologia masculina e heteronormativa que justificou a construção de uma relação jurídica e sociológica entre masculinidade e autoridade. A regulação jurídica da família, de certa forma, legitimava essa supremacia sexista.

O Livro do Direito das Sucessões do Código Civil de 2002, inspirado na reforma do Código Civil português de 1977, foi concebido com os olhos voltados para esse modelo de coletividade, patriarcal, misógina e pré-divórcio. Lembre-se que, até 1977, o casamento era indissolúvel no Brasil, mantendo a legislação os resquícios coloniais das Ordenações do Reino, que, impregnadas pelo Direito Canônico, consideravam o casamento um sacramento, sem possibilidade de dissolução.

Nesse cenário, os privilégios sucessórios atribuídos ao cônjuge sobrevivente (viúvo ou viúva) eram justificados e imperiosos, pois entre os integrantes da família nuclear, era o consorte aquele que ficava ao lado do outro até a hora da morte, não obstante, em muitos casos, o vínculo de afetividade que orienta a ordem da vocação sucessória sequer existisse. O pré-legislador setentista, seguido pelo codificador de 2002, optou por premiar, com a condição de herdeiro necessário, que limita o poder de disposição sobre o patrimônio; e com a concorrência sucessória, que reduz a herança dos descendentes; aqueles que, presumivelmente, se prestariam assistência moral recíproca "até que a morte os separasse".

3 A partir da Lei nº 1.839/1907, chamada de *Lei Feliciano Pena*, o cônjuge passou a figurar no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, suplantando os colaterais, os quais ainda foram limitados até o quarto grau. No sistema das Ordenações, o cônjuge só seria chamado a suceder se não houvesse colaterais até o décimo grau.

Esse olhar protetivo para o casamento, e que paulatinamente se estendeu à união estável, não se mostrou adequado à sociedade do século XXI, notadamente após 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, a facilitar de tal forma a dissolução do vínculo conjugal que, nos dias atuais, o casamento se transformou em um instituto quase provisório. É muito mais fácil se divorciar do que se casar. Os relacionamentos conjugais se sucedem e se multiplicam com diferentes parceiros, e aquele que tiver a sorte de ocupar a posição de cônjuge ou convivente ao tempo da abertura da sucessão, pouco importando o tempo de conjugalidade, se tornará o grande premiado, em detrimento dos próprios filhos do autor da herança. Salta aos olhos a injustiça desse paradigma.

Ao mesmo tempo, e felizmente, o espaço de cidadania feminino tem crescido significativamente. De uma condição servil de tutela em relação a pais e maridos, a mulher vem cada vez mais garantindo uma participação maior na vida pública e privada da comunidade, o que igualmente se reflete na sucessão. A isonomia entre homem e mulher, nos relacionamentos conjugais, vem sendo alcançada, ora pela sua crescente autonomia e independência profissionais, ora pelas regras que regem o patrimônio familiar (regime de bens), a privilegiar, sempre, a presunção de comunhão.

Esse é o contexto nas grandes cidades, simultaneamente marcado pela expansão das famílias recompostas e pelo crescente empoderamento feminino. A reforma do Código Civil foi concebida sob essas premissas. Nessa conjuntura, o reposicionamento sucessório de cônjuges e companheiros, em benefício de descendentes e ascendentes, *pari passu* com uma maior autonomia privada atribuída ao autor da sucessão, mostra-se conveniente e contemporâneo com as novas realidades da família brasileira.

Acrescente-se que ao Anteprojeto não se pode imputar o estigma de reduzir direitos de cônjuges e companheiros, pois, se o texto projetado, por um lado, requalificou a vocação sucessória decorrente da conjugalidade, por outro, concedeu àqueles sujeitos outros direitos não previstos no CC/2002. A começar pelo usufruto sobre determinados bens da herança (legado *ex lege*), instituído para garantir a subsistência do cônjuge ou convivente sobrevivente que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio, previsto no § 1º do art. 1.850 e que se somará ao direito real de habitação. Ainda que o pressuposto "insuficiência de recursos ou de patrimônio" caracterize um conceito jurídico indeterminado, o seu adequado preenchimento pelo operador do Direito possibilitará uma proteção ao viúvo ou à viúva, "conforme o caso concreto", e sem limitação a uma parcela do patrimônio, como ocorria com o usufruto vidual do CC/1916. Propositadamente se optou por

não restringir o objeto do usufruto, que recairá sobre tantos bens quantos bastem para subsidiar a subsistência digna ao supérstite economicamente vulnerável[4].

A proteção sucessória de cônjuges e conviventes é complementada pelas propostas apresentadas na disciplina dos regimes de bens, *locus* mais apropriado à inserção de medidas de combate à desigualdade de gênero, pois enfeixam regras que disciplinam as relações patrimoniais do casal durante a vida, período em que as assimetrias se manifestam e precisam ser suprimidas e equalizadas. É o caso dos artigos que regulam a fixação de alimentos compensatórios, os quais também servirão para corrigir distorções materiais em caso de dissolução da sociedade conjugal por morte.

No regramento da comunhão parcial de bens, foi prevista a comunicação da 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, incluindo as situações em que a valorização decorre de lucros reinvestidos, atualmente considerada incomunicável de acordo com precedentes do STJ. Considerando que na maioria das famílias o homem é o titular da empresa, a medida proporcionará inegável benefício patrimonial à mulher.

E, até mesmo no regime de separação total de bens, foi prevista a partilha de bens havidos pelos cônjuges ou conviventes com a contribuição econômica direta de ambos, respeitada a sua proporcionalidade, além de uma compensação econômica pelo trabalho realizado na residência da família e os cuidados com a prole, a ser fixada pelo juiz, na falta de acordo, tudo isso a ratificar e corroborar a preocupação em proteger e valorizar o trabalho feminino dentro de casa, o que se convencionou chamar de "dupla jornada da mulher". Diversas outras proposições reforçam essa ideia, a permear todo o livro do Direito de Família.

Quanto ao direito real de habitação, além da extensão do benefício ao companheiro sobrevivente em consonância com o Enunciado nº 117 aprovado na I Jornada de Direito Civil[5], a preocupação da subcomissão foi ampliar o benefício, de modo

4 A propósito, a preocupação com as pessoas em situação de vulnerabilidade também se concretizou com a ampliação do direito real de habitação, de modo a extrapolar a titularidade de cônjuges e companheiros, dando maior concretude ao seu caráter protetivo, passando a alcançar, igualmente, outros herdeiros ou sucessores vulneráveis cujas moradias dependiam daquela do autor da herança por ocasião da abertura da sucessão, podendo o referido benefício ser exercido coletivamente, enquanto os titulares não adquirirem renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou não casarem nem constituírem união estável.

5 "O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 28).

a extrapolar a titularidade de cônjuges e companheiros, dando maior concretude ao seu caráter protetivo, passando a alcançar, também, descendentes incapazes ou com deficiência, bem como ascendentes vulneráveis ou as pessoas remanescentes da família parental, podendo habilitar-se para esse direito os que demonstrarem o convívio familiar comum, hipótese em que o direito de habitação será compartilhado por todos. Um esclarecimento relevante inserido na reforma diz respeito à extinção do direito quando qualquer dos seus titulares adquirir renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova família.

2.2 Herança digital

A disciplina legal sobre o acervo digital transmissível aos herdeiros por meio da lógica sucessória não poderia ser deixada de lado, razão pela qual estão sendo acrescidos novos dispositivos ao Livro V da Parte Especial para, em diálogo sistemático com o novo livro do Direito Civil Digital, regular com maior segurança a sucessão hereditária dos chamados *bens digitais*, ou seja, aqueles que não existem no ambiente físico, mas apenas no espaço virtual (internet) e que estavam vinculados ao autor da herança. São bens imateriais, incorpóreos e intangíveis armazenados em dispositivos telemáticos ou em serviços de nuvem, abarcando fotos, músicas, vídeos, redes sociais, sítios eletrônicos, contas de *streaming*, documentos e dados em geral.

Incluem-se aqui, especialmente, os ativos digitais conversíveis em pecúnia, tais como as milhas das companhias aéreas, que tanto podem ser trocadas por passagens, como alienadas onerosamente a terceiros; os programas de recompensas das instituições financeiras, que geram pontos para a aquisição de produtos e serviços; as criptomoedas ou moedas digitais (bitcoin, ripple, litecoin etc.) e, acima de tudo, as contas em redes sociais monetizadas (que geram receita), como Instagram, TikTok e Youtube.

Em relação a esse tipo de ativo digital, descabe a alegação de intransmissibilidade para fins de proteção da privacidade do usuário, muito menos que as contas nas redes sociais seriam bens personalíssimos, o que só faria sentido em se tratando de contas estritamente pessoais, sem finalidade lucrativa. Exatamente por isso, a proposta apresentada separa as situações jurídicas digitais em: a) patrimoniais, quando têm o objetivo de lucro e refletem a livre iniciativa; b) existenciais, se traduzem projeções de direitos da personalidade; ou c) híbridas, que cumulam ambos os aspectos patrimoniais e existenciais, transmitindo-se aos herdeiros legítimos os bens digitais patrimoniais e os aspectos patrimoniais das situações híbridas. Os bens digitais existenciais e os aspectos pessoais das situações híbridas devem se guiar

pela lógica da proteção à dignidade, respeitando-se, sempre, a vontade do titular, o que implica limitar a sua transmissão à sucessão testamentária.

Por fim, foi prevista a nomeação de administrador digital para os bens dessa natureza, de modo a se evitar a solução de continuidade com efeitos econômicos indesejáveis. A demora entre o falecimento e a partilha pode causa danos significativos na seara digital e exige conhecimento especializado para continuidade negocial.

2.3 Reprodução assistida *post mortem*

O Anteprojeto teve a preocupação de regular, no art. 1.798, os direitos patrimoniais sucessórios dos filhos concebidos ou gerados por meio de técnica de procriação assistida *post mortem*, os quais não podem estar atrelados às regras previstas para a ação de petição da herança, sob pena de grave insegurança jurídica aos herdeiros já existentes e conhecidos na data de abertura da sucessão – por isso a sujeição da legitimidade sucessória ao termo de cinco anos contados da abertura da sucessão e à existência de autorização em vida do autor da sucessão, manifestada em instrumento público, para o emprego de técnica de procriação assistida *post mortem*.

O nascimento do filho fora dessas balizas afasta os seus direitos sucessórios, sem prejuízo dos vínculos de filiação e parentesco; e sem qualquer conspurcação ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos, plasmado no § 7º do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). O princípio da isonomia, diz Celso Antônio Bandeira de Mello, "preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nela não se encontram fatores desiguais" (Mello, 2001, p. 35).

2.4 Sucessão contratual

Os chamados pactos sucessórios têm sido objeto de acirrado debate doutrinário, em razão da vedação contida no art. 426 do CC. Por isso, com o fim de disciplinar algumas modalidades de negócios jurídicos sucessórios, propõe-se o acréscimo de cinco novos parágrafos ao artigo 426:

> 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 o 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 (Brasil, [2024b]).

Ao contrário do que se possa imaginar, a restrição à pactuação sucessória no Código atual não é absoluta, pois existem diversas exceções já consagradas no direito brasileiro, o que deixa patente a necessária atualização do texto do art. 426, com o acréscimo dos parágrafos propostos. Entre as exceções, interessa lembrar a hipótese da sucessão das quotas sociais, ou seja, a possiblidade de o contrato social regular o modo como se dará o ingresso do herdeiro do sócio quotista na sociedade, ou mesmo a forma como ocorrerá o pagamento dos haveres quando o ingresso não é admitido. Tal hipótese encontra-se regulada no art. 1.028 do Código Civil, estabelecendo que "[n]o caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I – se o contrato dispuser diferentemente" (Brasil, [2024a]). Com efeito, o contrato pode prever, por exemplo, em caso da morte de um sócio, que o cônjuge, o companheiro, os herdeiros, ou determinado herdeiro, ingressarão na sociedade, mediante transmissão das quotas e alteração do contrato social, passando o sucessor a ocupar a posição do *de cujus* no quadro societário. Ou ainda que a sociedade continuará apenas com os sócios sobreviventes, ou mesmo com outros beneficiários que não os herdeiros legítimos.

O contrato pode igualmente estipular que os sucessores somente ingressam na sociedade com o consentimento dos demais sócios, ou que determinados herdeiros,

ou classe de herdeiros, não serão admitidos na sociedade. Sendo menor o herdeiro, aplica-se o disposto no art. 974, que permite aos incapazes, quer sejam os absolutamente incapazes (art. 3º), quer sejam os relativamente incapazes (art. 4º), participar da sociedade de que fazia parte o autor da herança (nos casos de sucessão hereditária – legítima ou testamentária). A liberdade contratual dos sócios, para regular no ato constitutivo da sociedade, a sucessão de suas quotas, deve ser a mais ampla possível, só encontrando limites nas disposições de ordem pública, a exemplo dos arts. 421 e 422 do Código Civil, e nos princípios gerais do direito, tais como o da vedação ao enriquecimento sem causa.

O contrato social, como negócio jurídico e instrumento da autonomia privada, pode especificar, portanto, quais herdeiros passarão a integrar a sociedade. Nessa hipótese, ocorre a atribuição imediata, em seu favor, das participações societárias, as quais serão excluídas do monte mor da sucessão, sem necessidade de se aguardar a partilha definitiva. Na sucessão *ab intestato*, a opção do contrato não pode resultar em *desigualação* dos quinhões hereditários, o que depende de disposição testamentária, observados os limites da legítima. Se o valor das quotas, na data de abertura da sucessão, exceder os direitos sucessórios do herdeiro eleito no contrato para ingressar na sociedade, a diferença deve ser colacionada e o ingressante se torna devedor dos demais. A esse respeito, a jurisprudência já teve a oportunidade de se manifestar, confirmando a validade de contrato social que disciplinou a forma de transferência de quotas do capital social aos filhos para o caso de falecimento do autor[6].

Quanto à renúncia prévia, antes da abertura da sucessão, o Anteprojeto buscou inspiração no modelo alemão, incorporado ao Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), que admite

> a renúncia à herança antes mesmo da abertura da sucessão (§ 2346 do BGB), o que pode ser realizado pela celebração de um contrato notarial entre o futuro herdeiro e o autor da herança (*Erbverzichtsvertrag*). Não se trata, entretanto, de uma disposição relacionada ao patrimônio existente no momento da celebração do contrato, mas sim de um negócio jurídico de disposição da herança que apenas impede futuramente a sua aquisição (BROX; WALKER, 2021, p. 186). O contrato de renúncia à herança, muitas vezes, é celebrado no casamento, por exemplo, quando

6 Eis o trecho relevante de acórdão do TJRJ: "o réu pretende ver declarada a nulidade do negócio jurídico consolidado no contrato particular de cessão de direitos celebrado na medida em que tanto a cláusula 1ª quanto a 2ª estabelecem a forma da transferência de cotas do capital social a seus filhos para o caso de falecimento do autor, o que é vedado pelo art. 426 do Código Civil. [...] daí o desprovimento do recurso" (Rio de Janeiro, 2017, p. 390).

> uma das partes já tem filhos de um casamento anterior. Ainda, esse contrato é frequentemente combinado com um contrato de herança, de maneira que os direitos de herança são renunciados em troca da promessa de um legado (ROBBERS, 2019, p. 220) (Zanini, 2023, p. 195).

Em resumo, não se trata de subverter a ordem vigente para se admitir todo e qualquer pacto sucessório, e, sim, à luz do princípio da tipicidade, admitir apenas aqueles expressamente tipificados no código, mantendo a higidez da regra geral proibitiva. Lembrando que as hipóteses que se quer excepcionar da vedação legal são amplamente utilizadas no tráfego jurídico, não obstante estejam sempre sujeitas a contestações, como ocorre com a sucessão de participações societárias reguladas em contrato social[7]. Assim, os contratos sucessórios seriam admitidos excepcionalmente, restringindo-se aos casos legalmente previstos no Código.

3 Principais propostas para a sucessão testamentária

3.1 Testamento e acessibilidade

No que se refere especificamente à regulação da "sucessão testamentária", o Anteprojeto propõe grandes inovações, no sentido de ampliar a liberdade de dispor, atribuindo maior efetividade ao princípio da prevalência da vontade do testador. Pretende-se romper com uma hermenêutica que hiperboliza as restrições à autonomia privada do autor da herança. Na lógica atual, qualquer dúvida em relação à legalidade do ato de última vontade é sempre interpretada e resolvida a favor dos herdeiros legítimos, em detrimento dos testamentários ou legatários, olvidando-se, por completo, a manifestação de vontade do autor da sucessão[8]. Em outros termos, quando a favor do autor da sucessão, a interpretação é sempre restritiva, todas as normas são de ordem pública, todos os direitos são indisponíveis, e a liberdade de dispor está sempre posta em *numerus clausus*. Contudo, quando se trata de favorecer o herdeiro legitimário, a interpretação é a mais ampla possível, protegendo até mesmo personagens não eleitas pelo legislador.

7 "o réu pretende ver declarada a nulidade do negócio jurídico consolidado no contrato particular de cessão de direitos celebrado na medida em que tanto a cláusula 1ª quanto a 2ª estabelecem a forma da transferência de cotas do capital social a seus filhos para o caso de falecimento do autor, o que é vedado pelo art. 426 do Código Civil. [...] daí o desprovimento do recurso" (Rio de Janeiro, 2017, p. 390).

8 Para Paulo Lôbo, "na dúvida, o intérprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o direito do herdeiro e não a vontade presumida do autor da herança" (Lôbo, 2014, p. 41).

Tem-se promovido, até agora, uma interpretação ideológica e parcial do direito de herança, apenas sob a ótica do herdeiro legítimo, passando-se por cima do fato inegável de que esse direito fundamental tem por sujeitos tanto os herdeiros legítimos e testamentários, como o autor da sucessão. Como consectário, e ao mesmo tempo garantia de proteção do direito de propriedade, é possível sustentar que o sujeito do direito de herança é, com muito mais razão, o titular do patrimônio do que o sucessor[9].

As mudanças sugeridas para a transmissão por testamento são numerosas e não caberiam no espaço deste artigo, mas não posso deixar de destacar algumas.

3.1.1 Testamentos pupilar e quase pupilar

O testamento pupilar é aquele feito pelos pais que estejam no exercício do poder familiar, no lugar dos filhos absolutamente incapazes, para o caso de os mesmos falecerem antes de perfazer os dezesseis anos de idade; diferentemente, o testamento quase pupilar se aplica a todos os filhos, sem distinção de idade, que não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, no momento do ato.

A subcomissão acolheu, nesse particular, sugestão do saudoso jurista Zeno Veloso elaborada a partir de realidades que havia experimentado como tabelião, e objeto de artigo específico que publicou e de onde extraio os seguintes trechos:

> O direito romano conheceu a substituição pupilar, pela qual o *pater familias* designava herdeiro para seu filho, se este falecesse impúbere (*pupillus*). Na época de Justiniano, consolidou-se outro tipo de substituição, denominada quase pupilar (ou exemplar, ou justinianeia), em que o ascendente nomeava herdeiro para o descendente que sofresse das faculdades mentais, e morresse no estado de alienação. Nas Institutas do Jurisconsulto Gaio – uma das maiores autoridades do direito romano, a quem o Imperador Justiniano chamava "Gaius noster" ("O nosso Gaio"), demonstrando carinho e respeito – encontramos no Livro II, nº 179, referência à substituição pupilar – que já existia no tempo de Cícero, em que o pai (*paterfamilias*), por testamento, indica quem será o herdeiro do filho (*filiusfamilias*), se este morrer impúbere, antes de ter adquirido a capacidade de outorgar um testamento, ou seja, era desprovido da *testamenti factio*. Ulpiano afirma que a substituição pupilar já era conhecida deste os tempos antigos do jus *romanum*, tendo origem

9 O direito de herança tem como destinatários o Estado e todos os demais cidadãos, herdeiros ou não, incluindo os herdeiros legítimos e testamentários, os legatários e, especialmente, o titular do patrimônio e autor da herança.

consuetudinária. As Institutas de Gaio foram escritas durante o reinado de Antonino Pio (138-161 d. C.). Passados mais de 300 anos, surgiram as Institutas do Imperador Justiniano, de 533 d. C., que, no Livro 2, Tít. XVI, trata da substituição pupilar (*De pupillari substitutione*). Entretanto, Justiniano, através de uma Constituição, à imagem e semelhança da pupilar, criou a substituição quase pupilar ou exemplar (*ad exemplum pupillaris substituitionis*), em que o pai de um filho mentecapto (louco), faz a indicação dos herdeiros deste filho, ficando sem efeito a substituição do filho se este recupera a razão, como, do mesmo modo, fica sem efeito a substituição pupilar quando o filho chega à puberdade (cf. Pietro Bonfante, Istituzioni di Diritto Romano, 8ª ed., Roma, 1925, § 208; Eugène Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, tradução da 9ª ed. francesa, México, 1977, ns. 563 a 567; Max Kaser, Direito Privado Romano (Römisches Privatrecht), Fundação Calouste Golbenkian, Lisboa, 1999, § 68, p. 387); José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2008, n. 318, p. 735; Silvio Meira, Instituições de Direito Romano, 4ª ed., São Paulo, 2017, ns. 287 e 288, p. 493) 3. Nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Tít. LXXXVII, § 7º) previu-se: "Substituição pupilar é a que o pai faz a seu filho pupilo, que tem debaixo de seu poder, nesta forma: Se meu filho Pedro falecer dentro da pupilar idade, seja seu herdeiro Paulo". Assim que o filho varão completasse quatorze anos e a filha doze anos, expirava a substituição pupilar que o pai tivesse feito. O objetivo era o de evitar que os impúberes morressem sem ter feito testamento. As Ordenações Filipinas (L. 4, Tít. LXXXI, princ.) diziam: "O varão menor de quatorze anos, ou a fêmea menor de doze, não podem fazer testamento, nem o furioso". Nesse tempo, os menores eram considerados púberes ou impúberes: o varão é púbere, se completou quatorze anos de idade; e a mulher, desde que completou doze anos (Ordenações citadas, L.4., Tít. CIV, último parágrafo). Na Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, art. 993, § 1º, estabeleceu-se que não podem fazer testamento os menores de quatorze anos e as menores de doze. No L. 4, Tít. LXXXVII, § 11, as citadas Ordenações[1] diziam que a substituição exemplar é a que um ascendente faz a seu descendente, o qual não pode fazer testamento por causa de algum impedimento natural e perpétuo, como no caso de o descendente ser furioso, mentecapto, surdo e mudo de nascimento. Tratava-se, como se vê, da substituição quase-pupilar, criada por Justiniano. 4. Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas – nosso sumo civilista – regulou tais substituições nos arts. 1.045 a 1.051. 5. O anterior Código Civil português, de 1867 (um momento jurídico, cujo projeto foi redigido pelo Visconde de Seabra, que nasceu no Brasil), acolheu essas substituições nos arts. 1.859 e 1.862. No Código lusitano em vigor, a matéria vem tratada nos arts. 2.297 (substituição pupilar) e 2.298 (substituição quase-pupilar). Na substituição pupilar, o progenitor que tem o poder paternal institui herdeiros ou legatários ao filho menor de 18 anos de idade. Na substituição quase-pupilar, o progenitor nomeia herdeiros ou legatários ao filho incapaz de testar em consequência de interdição por anomalia psíquica. Essas substituições só podem abranger os bens que o substituído (o filho menor de idade ou o filho incapaz de testar em

consequência de interdição por anomalia psíquica) haja adquirido por via do testador, embora a título de legítima. A substituição pupilar fica sem efeito logo que o substituído perfaça os dezoito anos, ou se falecer deixando descendentes ou ascendentes, e a substituição quase pupilar fica sem efeito logo que seja levantada a interdição, ou se o substituído falecer deixando descentes ou ascendentes (cf. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Coimbra, 1998, v. VI, p. 467 s.; José de Oliveira Ascensão, Direito Civil-Sucessões, 5ª ed., Coimbra, 2000, n. 25, p. 49 s.; Rabindranath Capelo de Sousa, Lições de Direito das Sucessões, 4ª ed., Coimbra, 2000, v. I, p. 224 s.; Inocêncio Galvão Telles, Sucessão Testamentária, Coimbra, 2006, ns. 108 e 109, p. 101; Carlos Pamplona Corte-Real, Curso de Direito das Sucessões, Lisboa, 2012, n. 144, p. 97; Jorge Duarte Pinheiro, O Direito das Sucessões Contemporâneo, 2ª ed., Lisboa, 2017, n. 25, p. 89). 6. O Código Civil espanhol, fiel às fontes romanas, menciona, igualmente, as substituições pupilar e quase-pupilar, nos arts. 775 e 776, que se aplicam aos casos de descendentes menores de 14 anos de idade (que não podem ainda testar) e dos que se encontram (de qualquer idade) incapacitados de testar por limitações psíquicas. Nesses casos, os pais e demais ascendentes poderão fazer testamento e nomear substitutos a seus descendentes. A substituição pupilar fica sem efeito se o filho completar 14 anos, quando adquire a capacidade testamentária ativa, e a substituição quase pupilar perde o efeito se o incapaz outorga um testamento durante um intervalo lúcido ou depois de haver recobrado a razão. Essas substituições, quando o substituído tiver herdeiros necessários, somente serão válidas se não prejudicarem os direitos legitimários desses herdeiros (cf. José Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, tomo V, vol. II, Barcelona, 1977, p. 578; Francisco Bonet Rámon, Compendio de Derecho Civil, tomo V – Sucesiones, Madrid, 1965, ns. 61 e 62, p. 339 s.; José Manuel Fernández Hierro, Los Testamentos, Granada, 2000, p. 666 s.; Carlos Lasarte, Derecho de Sucesiones, 6ª ed., Madrid, 2010, p. 109 s.; José Luis Lacruz Berdejo et alii, Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones, Madrid, 2001, § 57, n. 269, p. 290 s.). 7. O Código Civil de Macau, que entrou em vigor no dia 1º de novembro de 1999, e que tomou o lugar do Código Civil português – que vigorava naquele antigo território –, prevê a substituição pupilar (art. 2.126) e a quase pupilar (art. 2.127). 8. Como essas figuras que estamos investigando sempre foram denominadas "substituições", penso que é útil um breve relato sobre a também antiga figura do direito sucessório do mesmo nome. Roma conheceu a substituição vulgar (*substitutio vulgaris*) e o fideicomisso (*fideicomissum hereditatis*). O Código Civil brasileiro acolheu e regula a substituição vulgar (art. 1.947 s.) e a substituição fideicomissária (art. 1.951 s.). Vou aproveitar, aqui, o que disse em meu livro Comentários ao Código Civil, antes citado (p. 293 s.). Na substituição vulgar ou direta, o testador, nomeando herdeiro ou legatário, prevê o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, indicando outra pessoa – ou outras pessoas – como beneficiária da instituição. Inspiradas no Digesto, as Ordenações Filipinas (L. 4, Tít. LXXXVII) davam exemplo de substituição vulgar: "Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não for meu

herdeiro, seja meu herdeiro Paulo". Chama-se vulgar ou comum essa substituição, por ser a mais frequente. Dá-se o fideicomisso (ou substituição fideicomissária), nos termos do art. 1.951 do Código Civil, quando o testador nomeia herdeiro ou legatário determinando que, por ocasião da morte do instituído (*quum morietur*), a certo tempo ou sob certa condição, a herança ou legado passará para outra pessoa. O art. 1.952 do Código Civil traz uma inovação importante, estatuindo: "A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador". Há uma importante distinção a consignar: na substituição vulgar, o substituto é chamado alternativamente, se o primeiro nomeado não pôde ou não quis aceitar a herança ou o legado. O primeiro nomeado não chega a ser sucessor e o herdeiro ou legatário, efetivamente, é o substituto. No fideicomisso, o primeiro nomeado ocupa, realmente, o lugar de sucessor, exercendo os respectivos direitos, mas com a sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, a herança ou o legado se reverte para a pessoa indicada pelo disponente, havendo, assim, vocações sucessivas (cf. Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, Direito das Sucessões, São Paulo, 2002 – que tive a honra de atualizar a pedido do saudoso e grande autor –, n. 137, p. 239 s.). Nas substituições pupilar e quase-pupilar, a substituição não ocorre com relação aos herdeiros ou legatários, mas na pessoa do filho incapaz de fazer testamento, que é substituído pelo pai na feitura do ato de disposição de última vontade. O substituído é o filho; o pai, autorizado por lei, vai testar por ele, escolhendo seus herdeiros ou legatários. Esses sucessores não serão do pai, mas do filho. Sintetizando: na substituição vulgar ou fideicomissária, a substituição dá-se na pessoa do herdeiro ou do legatário, isto é, do sucessor, do instituído. Na substituição pupilar e na quase-pupilar, a substituição é pelo lado ativo, na pessoa do filho que não tem capacidade testamentária, e que é substituído, para este fim, por seu pai, o autor da substituição. Esclareço que estou utilizando a expressão pai no sentido genérico, e a mãe tem o mesmo e igual direito de exercer a substituição e outorgar o testamento no lugar do filho incapaz de fazê-lo (cf. CC, arts. 1.511, 1.567, 1.631). 9. Feitas estas digressão histórica e visita às legislações de outros povos, além do estudo doutrinário, é chegado o momento de concluir esta investigação e fazer uma proposta de mudança legislativa. Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1973, tomo LIX, § 5.873, p. 61) observa que é nulo o testamento feito no Brasil por procurador. Hoje, é princípio de ordem pública a irrepresentabilidade para testar. O princípio de que testamento é um negócio jurídico unilateral, pessoal – personalíssimo, como acentua a melhor doutrina –, encontra exceção nas substituições pupilar e quase-pupilar. Essas substituições são um expediente para suprir a incapacidade testamentária de um filho. Noutra exceção aos princípios, uma pessoa faz testamento por outrem. O filho, que não tem a possibilidade de outorgar disposições de última vontade válidas, é substituído na autoria do testamento por seu pai. Presume-se que este ascendente tem muito afeto pelo filho – *quod plerumque fit* –, haverá de atuar com o maior respeito, responsabilidade e atenção, com vistas a superar a impossibilidade invencível do filho

para outorgar testamento, escolhendo herdeiros e legatários que esse filho provavelmente elegeria, se pudesse fazer a sua própria disposição de última vontade. Essa presunção do amor e do carinho do pai por seu filho cai por terra e se desvanece se esse genitor teve limitado ou extinto o poder familiar (CC, arts. 1.635, 1.637 e 1.638). O espanhol Lasarte, em seu livro, acima citado (p. 110), argumenta que essas formas de substituição (pupilar e exemplar) representam exclusivamente a manutenção de figuras do passado cuja função na sociedade atual pode considerar-se virtualmente nula, tendo a matéria escasso atrativo e relativa importância prática, tanto assim que o Código Civil francês e o alemão (BGB) não acolheram as duas figuras. Realmente, as substituições pupilar e quase pupilar (mais aquela do que esta) têm uma origem que se perde nos tempos antigos. A substituição pupilar é de velhez bimilenar. A quase pupilar é mais nova (!), foi introduzida por Justiniano. Mas não acho que na época em que vivemos devamos rejeitar antigos institutos jurídicos só por serem vetustos, ou porque não têm grande atrativo ou interesse prático. Se assim fosse, teríamos de revogar, simplesmente, muitos artigos do Código Civil (o próprio instituto do testamento é de escassa utilização por nosso povo, quase ninguém faz testamento, e nem se pode admitir uma ideia disparatada de abolir a figura…). Até posso concordar que a substituição pupilar perdeu muito de seu interesse e serventia, ficando relegada ao museu histórico do direito. Mas, ao contrário, acho que a substituição quase pupilar pode ser de grande utilidade. Se um filho é acometido de doença mental profunda, permanente, e segundo o atual estágio da ciência médica, irreversível, irremediável, achando-se desprovido de vontade, não podendo resolver, escolher, decidir, independentemente de ter havido ou não uma sentença judicial reconhecendo esta situação, não possuindo, ademais, herdeiros necessários, seu pai deve ser autorizado a fazer um testamento, suprindo a incapacidade testamentária do filho, e indicando, por ele, herdeiros ou legatários. Admitida essa possibilidade, o testamento do pai pode abranger todos os bens do filho, sem considerar a procedência dos mesmos. Obviamente, o testamento do pai perde o efeito e caduca, se o filho adquirir ou readquirir o juízo perfeito, ou se tiver herdeiros necessários. 10. O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM nomeou uma Comissão de Juristas para promover estudos e oferecer um anteprojeto de reforma do Livro V – Do Direito das Sucessões – do Código Civil. O presidente desta Comissão é o advogado e professor Mário Delgado, e também fazem parte da mesma os professores Ana Luiza Maia Nevares, João Brandão Aguirre e Flávio Tartuce, que neste ano de Copa do Mundo da Rússia, posso dizer que formam uma verdadeira seleção brasileira de juristas. Por eles tenho grande admiração e apreço (Veloso, 2018).

3.1.2 Acessibilidade e novas tecnologias

O Anteprojeto destaca, em diversas passagens, a preocupação com a atualização do ato de última vontade com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), relativamente às formas de expressão da vontade, em tema de aferição da capacidade civil.

As redações projetadas verbalizam

> a preocupação do legislador com a acessibilidade, corroborando a ideia de que a disponibilização de tecnologia assistiva não interfere no caráter personalíssimo da manifestação de última vontade, ampliando, com isso, o acesso ao ato de testar às pessoas com deficiência visual e auditiva. Valioso, nesse ponto, ressaltar as proposições apresentadas à Comissão, em audiência pública, pelo Sr. Fernando Gaburri, professor universitário de direito civil, Promotor de Justiça, ex-Procurador Municipal e pessoa com deficiência visual em grau de cegueira, *no intuito de potencializar o exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência, que somam mais de 18,6 milhões de brasileiros, segundo o último Censo do IBGE […]. O Preâmbulo da CDPD, na alínea "n", reconhece a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas. A alínea "O" considera que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente (tudo sobre nós, conosco) […]. Esta proposição parte dos princípios da autonomia, independência e igualdade das pessoas com deficiência contemplados na CDPD, e considera a presunção de capacidade legal plena, constante do art. 12 da CDPD e do art. 6º da LBI* (Brasil, [2023b], p. 94).

Novas tecnologias, segundo consta do relatório apresentado ao Senado Federal,

> devem ser incorporadas, como é o caso dos testamentos ordinários, público, cerrado ou particular, realizados por meio de recursos audiovisuais. O Anteprojeto propõe permitir a utilização de recursos de audiovisual para a feitura dos testamentos, o que representa grande incentivo para popularizar seu uso, sem comprometer os valores da certeza e da segurança. A permissão para que o ato fosse elaborado por processo mecânico, utilizando-se o computador e quaisquer outros recursos tecnológicos congêneres, já existia desde janeiro de 2003. Com este projeto, abre-se uma nova possibilidade de uso de recursos tecnológicos, precisamente o audiovisual. Na quadra em que vivemos, no que se convencionou chamar de sociedade da informação, em que tais recursos são amplamente admitidos como meio de prova em quaisquer instâncias, não seria mais aceitável desconhecê-los como instrumentos válidos de elaboração do testamento (Brasil, [2023b], p. 94).

3.2 Testamentos especiais e testamento conjuntivo

Os testamentos especiais (Marítimo, Aeronáutico e Militar), segundo o Anteprojeto, devem ser extintos, pois todas as situações que poderiam contemplar já são atendidas pelo testamento hológrafo feito em situações de emergência.

Ao mesmo tempo, a subcomissão propõe o retorno de uma modalidade de testar que há muito havia sido extirpada do ordenamento – o testamento conjuntivo:

> No art. 1.863, é previsto o retorno do testamento conjuntivo, quando celebrado por cônjuges e companheiros, que estava proscrito no direito brasileiro desde o advento do CC/1916. Segundo Washington de Barros Monteiro, na prestigiada Enciclopédia Saraiva de Direito, "o Código proibiu indistintamente todas essas disposições, não só porque constituíam modalidades de pactos sucessórios, como também porque contrariavam um dos caracteres irredutíveis do testamento, sua revogabilidade. Efetivamente, em um testamento recíproco, admitir a revogação será ir de encontro à reciprocidade estipulada; não admiti-la será desnaturar a índole de ato essencialmente revogável. Todavia, em alguns países, como a Alemanha, a Suécia, a Inglaterra e muitos Estados dos EUA, são permitidos e bastante comuns testamentos conjuntivos, efetuados por marido e mulher"(*Enciclopédia Saraiva de Direito*. Saraiva, 1982. v. 73. p. 75-6) (Brasil, [2023b], p. 94).

Ainda quanto ao testamento conjuntivo, transcrevo as lições de Zanini, no seu percuciente olhar sobre o direito sucessório tedesco:

> O direito alemão permite que um casal faça conjuntamente um único testamento no qual os cônjuges decidem sobre a distribuição de seus bens após a morte de um deles (§§ 2265 e seguintes do BGB), o que é chamado de testamento conjuntivo (*gemeinschaftliches Testament*) (GURSKY; LETTMAIER, 2018, p. 68). No testamento conjuntivo, a declaração de cada um dos testadores depende mutuamente da declaração do outro, mas tal figura não pode ser confundida com o contrato de herança, pois o testamento conjuntivo permanece em essência como um testamento. Desse modo, salvo em disposição em contrário, aplicam-se ao testamento conjuntivo as regras que regem as disposições testamentárias (LEIPOLD, 2022, p. 175). O testamento conjuntivo somente pode ser elaborado por pessoas casadas, não se admitindo sua realização por noivos ou por parentes (§ 2265 do BGB). Considera-se nulo o testamento conjuntivo que não for feito na constância do matrimônio (*das Bestehen einer Ehe*), isto é, que foi feito entre pessoas que não estão casadas. Contudo, no período de 2001 a 2017, vale ressalvar, foi permitida a elaboração do testamento conjuntivo pelas pessoas do mesmo sexo que conviviam sob o regime

estabelecido pela Lei de Parceria Civil (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) (MEYER-PRITZL, 2018, p. 1499). O chamado "testamento berlinense" (*Berliner Testament*) constitui um exemplo bastante conhecido na prática de testamento conjuntivo (§ 2267 do BGB). Nesse caso, cada cônjuge declara que o outro é o único beneficiário do primeiro que morrer, e um terceiro, geralmente o filho ou filhos do casal, é declarado herdeiro do cônjuge sobrevivente (BROX; WALKER, 2021, p. 121) (Zanini, 2023, p. 193).

3.3 Exclusão da sucessão por indignidade e deserdação

No intuito de fortalecer a autonomia privada, surgem novas causas pelas quais os herdeiros necessários poderão ser excluídos da sucessão, quer em decorrência da prática de atos de indignidade, quer seja por vontade do testador, nos casos de deserdação.

Daí porque, no art. 1.814, pretende-se a atualização do rol taxativo das hipóteses de exclusão por indignidade, de modo a abranger outros tipos penais diversos do homicídio. A nossa ideia é que a prática de qualquer crime doloso, ato infracional, ou tentativa destes, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, autorize a exclusão da sucessão. Entre os atos de indignidade, foram também acrescidas a destituição do poder familiar da pessoa de cuja sucessão se tratar e a negativa de prestação de assistência material ou assistência afetiva, seja por convívio ou visitação periódica.

Ao mesmo tempo, foram ampliadas as causas e facilitada a concretização da deserdação. Na disciplina dessa matéria, a exegese literal das disposições legais, na grande maioria das vezes, obsta a concretização da última vontade do autor da sucessão sobre a quem transmitir ou não transmitir os seus bens. Apesar da injúria grave e das ofensas físicas estarem elencadas entre as causas de deserdação, são frequentes as decisões judiciais que afastam a caracterização dessas duas hipóteses, de acordo com a subjetividade do julgador. Exige-se, em ação judicial póstuma, a prova de que os fatos declarados pelo testador efetivamente ocorreram e que se subsumiram ao tipo legal, cuja taxatividade não admitiria qualquer flexibilização.

Nessa senda, a deserdação tem sido corriqueiramente afastada quando "não restou comprovado que a ré dirigiu as ofensas descritas do item 5 do testamento público, violando a dignidade e a honra da autora da herança" (São Paulo, 2019a), ao passo que "ofensas verbais e ajuizamento de ações para apropriação indevida do patrimônio da autora da herança" não caracterizam "as hipóteses de deserdação insculpidas no artigo 1.962, do Código Civil, em especial, a injúria grave prevista no inciso II do aludido dispositivo" (São Paulo, 2019b). Exige-se, com extremada rigidez, do herdeiro instituído, ou daquele a quem aproveite a deserdação, provar

a veracidade da causa alegada pelo testador. E ausente prova de que o filho tenha realizado injúria grave contra o genitor, nem que houve abandono na ocasião de doença grave a amparar a pretensão, afasta-se o reconhecimento da deserdação (Rio Grande do Sul, 2016).

Disso advém a necessidade de uma completa reformulação nas regras da deserdação, a começar por incluir o "abandono afetivo voluntário e injustificado" como justificativa para ascendentes e descendentes se excluírem reciprocamente da sucessão, por meio do testamento, além de se inverter a lógica da ação de deserdação, cuja legitimidade ativa é transferida ao deserdado, a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros, em fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador.

Se aprovada a sugestão legislativa, os arts. 1.814, 1.962, 1.963 e 1.965 do Código Civil passariam a ter estas redações:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que:
>
> I – tiverem sido autores, coautores ou partícipes de crime doloso, ato infracional, ou tentativa destes, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, convivente, ascendente ou descendente;
>
> II – tiverem sido destituídos da autoridade parental da pessoa de cuja sucessão se tratar;
>
> [III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade];
>
> IV – que tiverem deixado de prestar assistência material ou incorrido em abandono afetivo voluntário e injustificado contra o autor da herança.
>
> [...]
>
> Art. 1.962. [Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes]:
>
> I – ofensa à integridade física ou psicológica;
>
> [II – injúria grave];
>
> III – desamparo material e abandono afetivo voluntário e injustificado do ascendente pelo descendente.
>
> IV – Revogado.
>
> Art. 1.963. [Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes]:
>
> I – ofensa à integridade física ou psicológica;

[II – injúria grave];

III – Revogado;

IV – desamparo material e abandono afetivo voluntário e injustificado do filho ou neto (Brasil, [2024b]).

3.4 Fideicomisso

Uma valiosa contribuição da reforma legislativa refere-se à reintrodução do instituto da substituição fideicomissária como livre opção do testador, o que pode ser muito útil nas operações de planejamento sucessório. O instituto é bem conhecido em outros sistemas, com destaque para o direito alemão:

> A codificação alemã amplia o poder de disposição do autor da herança, prevendo a possibilidade de se estabelecer que determinados herdeiros devem herdar sucessivamente (§ 2100 do BGB) (FRANK; HELMS, 2018, p. 109). Nesse contexto, o autor da herança pode determinar que a transferência de seus bens para várias pessoas ocorrerá em ordem cronológica escalonada. Assim, em um primeiro momento, os bens são herdados por um herdeiro anterior (*Vorerbe*), o qual, posteriormente, deve repassá-los, conforme especificado pelo testador, para outra pessoa (*Nacherbe*). O herdeiro anterior e o herdeiro posterior são ambos sucessores do testador, mas eles não herdam ao mesmo tempo, havendo um intervalo de tempo (§ 2139 do BGB) (LEIPOLD, 2022, p. 284). A explicação para se estabelecer uma série de herdeiros (*Nacherbschaft*) é a intenção de manter os bens do testador na família pelo maior tempo possível. Em todo caso, o *Vorerbe* estará sujeito a muitas restrições em suas negociações com os bens recebidos (§§ 2100 e seguintes do BGB) (MEYER-PRITZL, 2018, p. 1503) (Zanini, 2023, p. 193).

O novo fideicomisso brasileiro guarda alguma semelhança com o *trust* anglo-saxão, no sentido de operação socioeconômica voltada ao planejamento sucessório, mas sem o propósito de simplesmente internalizar um instituto do direito alienígena, a despeito de a Lei nº 14.754, de 12 de dezembro de 2023 (que dispõe sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas em *trusts* no exterior) já ter trazido ao direito interno, ao menos, os conceitos do instituto e de seus personagens, nos termos seguintes:

> Art. 12. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – *trust*: figura contratual regida por lei estrangeira que dispõe sobre a relação jurídica entre o instituidor, o *trustee* e os beneficiários quanto aos bens e direitos indicados na escritura do *trust*;

II – instituidor (*settlor*): pessoa física que, por meio da escritura do *trust*, destina bens e direitos de sua titularidade para formar o *trust*;

III – administrador do *trust* (*trustee*): pessoa física ou jurídica com dever fiduciário sobre os bens e direitos objeto do *trust*, responsável por manter e administrar esses bens e direitos de acordo com as regras da escritura do *trust* e, se existente, da carta de desejos;

IV – beneficiário (*beneficiary*): uma ou mais pessoas indicadas para receber do *trustee* os bens e direitos objeto do *trust*, acrescidos dos seus frutos, de acordo com as regras estabelecidas na escritura do *trust* e, se existente, na carta de desejos;

V – distribuição (*distribution*): qualquer ato de disposição de bens e direitos objeto do *trust* em favor do beneficiário, tal como a disponibilização da posse, o usufruto e a propriedade de bens e direitos;

VI – escritura do *trust* (*trust deed* ou *declaration of trust*): ato escrito de manifestação de vontade do instituidor que rege a instituição e o funcionamento do *trust* e a atuação do *trustee*, incluídas as regras de manutenção, de administração e de distribuição dos bens e direitos aos beneficiários, além de eventuais encargos, termos e condições;

VII – carta de desejos (*letter of wishes*): ato suplementar que pode ser escrito pelo instituidor em relação às suas vontades que devem ser executadas pelo *trustee* e que pode prever regras de funcionamento do *trust* e de distribuição de bens e direitos para os beneficiários, entre outras disposições (Brasil, 2023a).

Diversos autores têm defendido a regulação do instituto, cabendo citar Luciana Xavier (*Os Trusts: no Direito Brasileiro Contemporâneo*. Fórum, 2023), Milena Donato Oliva (*Do Negócio Fiduciário À Fidúcia*. Atlas, 2014), Melhim Namem Chalhub (*Negócio Fiduciário*. Renovar, 2009) e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro (*O trust no Direito brasileiro*. Teses e Dissertações dos Programas de Pós-Graduação da PUC-SP, 2023). Como bem coloca Cláudia Stein Vieira, em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo,

> o Brasil ainda não conta com uma estrutura jurídica flexível o bastante para possibilitar arranjos que permitam um planejamento patrimonial e sucessório condizente com a realidade atual. Essa insuficiência é maléfica ao país, pois impede o exercício pleno da autonomia da vontade dos cidadãos. Ademais, isso é um estímulo, para

> os que têm condições de sair do país, comprar bens no exterior e/ou planejar suas sucessões em lugares onde há maior liberdade negocial (Vieira, 2020, p. 259).

Prossegue a autora, ressaltando existir

> lacuna relevante no sistema brasileiro de planejamento sucessório que não é suprida diretamente por nenhum instituto hoje em vigor. O cidadão brasileiro padece de autonomia para beneficiar duas pessoas, simultânea ou sucessivamente, diante da conversão compulsória do fideicomisso instituído em usufruto se, quando do respectivo falecimento, o fideicomissário estiver vivo. Afora isso, inexiste autonomia, no Brasil, para proceder aos diversos arranjos negociais, contratuais e sucessórios possibilitados pelo *trust* no exterior. [...] O *trust* é um contrato pelo qual o instituidor (*settlor*) entrega, fiduciariamente, bens e direitos a um administrador (*trustee*), que passa a titulá-los e a administrá-los em prol de um beneficiário indicado pelo instituidor, e com o dever de, ao final, entregar a quem o instituidor indicou os bens afetados (Vieira, 2020, p. 260-262).

Finalmente, a reformulação do fideicomisso não estaria completa sem a previsão a que a operação se pudesse realizar, igualmente, nos atos *inter vivos*[10]. Atualmente, diversos autores já se posicionam pela legitimidade da constituição do fideicomisso tanto na doação, como em outras relações contratuais, propiciando, segundo Justino Adriano Farias da Silva,

> impulso significativo a este instituto, pois poderia servir para regular com maior segurança determinados negócios jurídicos civis e mercantis, ainda em vida do instituidor. De qualquer forma, mesmo não estando expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico, não há qualquer impedimento legal para sua instituição por atos *inter vivos*, tanto nas doações como em outras relações contratuais. Parece-nos perfeitamente viável a instituição de fideicomisso em contrato de compra-e-venda com pacto adjecto fideicomissório (Silva, 2007, p. 163-164).

Já tive a oportunidade de escrever que o fato de a disciplina do fideicomisso haver sido inserida no âmbito das substituições testamentárias não implica dizer que o testamento seja o único negócio jurídico a comportar a sua instituição. Não existe proibição alguma a que outros negócios jurídicos diversos do testamento

10 "Art. 426-A. É admitido o fideicomisso por ato entre vivos, desde que não viole normas cogentes ou de ordem pública" (Brasil, [2024b]).

também venham se valer do instituto. O próprio conceito do fideicomisso como o negócio jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica (fideicomitente) transfere a propriedade resolúvel e temporária de determinados bens ou direitos a outra pessoa (fiduciário) em favor de uma terceira pessoa (fideicomissário) deixa claro não se tratar exclusivamente de uma verba testamentária. Trata-se, na essência, da transmissão da propriedade em caráter resolúvel, até que se verifique determinada condição ou advenha certo termo, situação acolhida e disciplinada, tanto no Código atual, como no anterior (Delgado, 2022, p. 579-599).

4 Principais propostas para o inventário e partilha

Em tema de inventário e partilha, as mudanças estão direcionadas à simplificação e desjudicialização dos procedimentos. Podemos citar, entre outras novidades: a) possibilidade de o testador nomear inventariante aos seus bens, hipótese que já era admitida de forma pacífica na doutrina e jurisprudência, deixando claro que a nomeação do inventariante testamentário, em atenção ao princípio da prevalência da vontade do testador, gozará de preferência sobre a ordem de nomeação prevista na legislação processual[11]; b) possibilidade de nomeação de pessoa jurídica para exercer a inventariança, tal como já acontece com a massa falida (ver art. 21 da LRE); c) proibição de nomeação de inventariante que esteja em conflito com os demais herdeiros; d) possibilidade de dispensa de colação por instrumento posterior ao ato de liberalidade, diverso do testamento; e) possibilidade de se antecipar, pelo menos em parte, o desfecho do inventário judicial, impondo, em determinadas situações, a partilha parcial[12]; f) incentivar a partilha em vida, explicitando a possibilidade de partilhas parciais; g) esclarecer que o prazo ânuo para se pleitear a anulação de partilha, disposto no art. 2.027, aplica-se tão somente ao âmbito sucessório;

11 "Art. 1.991. [Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante]. § 1º Tem preferência legal sobre os demais legitimados ao exercício da inventariança, a pessoa natural ou jurídica designada pelo testador em testamento. § 2º A pessoa jurídica nomeada inventariante deverá declarar, no termo de compromisso, o nome de profissional responsável pela condução do inventário, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz. § 3º Sem prejuízo das causas de remoção previstas na legislação processual, não será nomeado inventariante, e, se nomeado, será removido, o herdeiro que possuir conflito de interesses com os demais herdeiros. § 4º Se a maioria dos herdeiros divergir da nomeação do inventariante, na ausência de previsão em contrário em testamento, será designado inventariante dativo" (Brasil, [2024b]).

12 "Art. 2.019-A. Qualquer herdeiro poderá requerer ao juiz que lhe seja antecipadamente adjudicado bem determinado que couber no seu quinhão, ou repondo ao espólio, em dinheiro, eventual diferença, após avaliação atualizada. Parágrafo único. Se a adjudicação for requerida por mais de um herdeiro, terá preferência aquele que aceitar o bem por maior valor" (Brasil, [2024b]).

h) extensão do procedimento já previsto na Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980 para quaisquer bem móveis de pequeno valor, incluindo automóveis e valores depositados em conta corrente[13]; i) possibilidade de inventário extrajudicial, mesmo se o falecido deixar testamento, desde que haja registro judicial ou autorização expressa do juízo sucessório competente; e j) desjudicialização do procedimento de abertura, registro e cumprimento dos testamentos.

Destaque especial deve ser dado às sugestões para a nova redação do art. 2.004 do Código Civil e revogação do art. 639 do Código de Processo Civil, pois eliminarão o gravíssimo conflito surgido com o advento do CPC relacionado ao valor de colação dos bens doados (se pelo tempo da liberalidade ou da abertura da sucessão).

A subcomissão optou por resgatar a orientação original do legislador do CC/2002, considerando a data da liberalidade.

5 Conclusões

O Anteprojeto manifesta a especial preocupação de atender às demandas da comunidade, para a solução ou a prevenção de conflitos, que conturbam a vida das famílias e atrasam a tramitação dos inventários. O trabalho foi de aprimoramento e simplificação das regras relativas à sucessão hereditária, com base em pesquisas realizadas perante a sociedade civil, a comunidade jurídica, a jurisprudência, os enunciados das jornadas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e as experiências legislativas de outros países.

A proposta também volta sua atenção para as pessoas em situação de vulnerabilidade, preocupação que se concretizou, por exemplo, com a ampliação do direito real de habitação, de modo a extrapolar a titularidade de cônjuges e companheiros,

13 "Art. 1.796. No prazo fixado na lei processual, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, preferencialmente perante tabelionato de notas, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança. § 1º Os valores referentes a Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, fundo de participação PIS/PASEP, verbas trabalhistas, e benefícios previdenciários em geral, não recebidos em vida pelo autor da herança, serão pagos, em partes iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou àqueles designados em testamento ou codicilo e, na sua falta, aos herdeiros legítimos nominados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. § 2º A transferência de titularidade de bens móveis cujo valor não ultrapasse a 100 (cem) salários-mínimos poderá ser efetivada por alvará judicial ou termo de autorização para alienação de bens, perante tabelionato de notas, independentemente de inventário ou arrolamento. § 3º Havendo herdeiro ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial e o Juiz mandará ouvir, desde logo, o Ministério Público. § 4º Se não houver oposição do curador do incapaz nem conflito com o cônjuge ou convivente supérstite, e esse for o desejo de todos os herdeiros, será expedido alvará para que o inventário se processe nos termos dos §§ 1º e 2º deste artigo, com a participação do Ministério Público" (Brasil, [2024b]).

dando maior concretude ao seu caráter protetivo; com a introdução dos testamentos pupilar e quase pupilar; e com a obrigatoriedade do uso de tecnologia assistiva e de recursos digitais de áudio visual no ato de testar.

A autonomia privada do autor da herança é significativamente ampliada de modo a que o *de cujus* se torne o verdadeiro protagonista do teatro sucessório, o que se viabiliza pela redução do rol de herdeiros necessários, pela admissão de certos pactos sucessórios, pela previsão de novas causas de deserdação e pela permissão para a oneração e conversão da legítima.

São proposições que, se aprovadas, simplificarão a vida do cidadão e facilitarão o acesso à Justiça.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: sucessões. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

BRASIL. Exposição de motivos ao anteprojeto de Código Civil. *In*: _____. *Anteprojeto de Código Civil*. 2. ed. rev. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1973.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

_____. *Lei nº 14.754, de 12 de dezembro de 2023*. Dispõe sobre a tributação de aplicações em fundos de investimento no País e da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e *trusts* no exterior [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14754.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito das Sucessões da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023b]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em: 2 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 2 nov. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 2 nov. 2024.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O fideicomisso como instrumento do planejamento sucessório. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. 3.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Do "super" cônjuge ao "mini" cônjuge: a sucessão do cônjuge e do companheiro no anteprojeto do Código Civil. *Migalhas*, [*s. l.*], 25 abr. 2024. Migalhas de Peso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/406048/do-super-conjuge-ao-mini-conjuge-a-sucessao-do-conjuge. Acesso em: 2 nov. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*: direito das sucessões. 15. ed. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 6.

REALE, Miguel. *História do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (19. Câmara Cível). *Apelação nº 0011029-19.2014.8.19.0045/Resende*. Relator: Des. Guaraci de Campos Vianna, 4 de julho de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Civil nº 0318086-77.2016.8.21.7000/Carazinho*. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol, 9 de novembro de 2016.

SANTOS, Eduardo. *Direito das sucessões*. Lisboa: AAFDL, 2002.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (9. Câmara de Direito Privado). *Apelação Civil nº 1005721-39.2016.8.26.0297/Jales*. Relator: Des. José Aparício Coelho Prado Neto, 2 de julho de 2019a.

_____. Tribunal de Justiça (9. Câmara de Direito Privado). *Apelação Civil nº 1007151-26.2016.8.26.0297/Jales*. Relator: Des. José Aparício Coelho Prado Neto, 13 de agosto de 2019b.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Do fideicomisso. *In*: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007.

VELOSO, Zeno. Substituição quase pupilar – deve ser introduzida no direito brasileiro? *In*: BLOG 26º Tabelionato de Notas. São Paulo, 1º out. 2018. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=14602. Acesso em: 2 nov. 2024.

VIEIRA, Cláudia Stein. *Futuro do planejamento sucessório no Brasil*: pela reforma do fideicomisso e pela vinda do contrato fiduciário. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Introdução ao direito das sucessões na Alemanha. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 27, n. 85, p. 187-197, jan./jun. 2023.

A nova ordem de sucessão hereditária proposta para o art. 1.829 do Código Civil

Giselda Hironaka[1]

1 Introdução

Recebi, com alegria, o convite para contribuir para esta importante obra a respeito da reforma do Código Civil, com a incumbência de tratar de um dos temas mais sensíveis, candentes e relevantes em matéria de Direito das Sucessões: a ordem de sucessão hereditária proposta para o art. 1.829.

O Código Civil em vigor – fruto de um sistema pensado e contextualizado na década de 1970, contrasta com uma realidade que mudou, radicalmente, nas últimas décadas e, em especial, em matéria de Direito das Sucessões – tem clamado por uma revisão de seus conceitos e fundamentos, em boa medida, legados do Código Beviláqua.

Atenta à nova realidade e demanda que se descortinam, a Comissão de Juristas, em trabalho democrático e colaborativo com a sociedade, passou em revista o Livro V do Código Civil, de maneira a corrigir suas falhas redacionais, positivar interpretações consolidadas na comunidade jurídica e inserir inovações que respondam

1 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é doutora e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); professora titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP; ex-procuradora federal vinculada à Advocacia Geral da União; advogada, árbitra, consultora jurídica e parecerista; fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões (IBDFam); diretora nacional (região Sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil); fundadora e membra do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont); membra do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (Iberc).

aos anseios de nosso "tempo líquido". Esse é o pano de fundo da redação sugerida para o art. 1.829 do Código Civil, conforme o Anteprojeto apresentado.

Nas próximas linhas, pretendo analisar a redação atual do art. 1.829, destacando as críticas a ele endereçadas, para em seguida individualizar e discorrer sobre as mudanças propostas, especialmente a exclusão da concorrência sucessória. Devo, porém, advertir o atento leitor, que minhas reflexões recairão apenas sobre o art. 1.829, deixando de tratar de situações a ele avizinhadas, mas disciplinadas em outros artigos do Código ou decorrentes da disciplina constante deles.

2 Direito posto: algumas polêmicas em torno do art. 1.829 do Código Civil

O atual art. 1.829 do Código Civil[2], apreendido à luz do entendimento fixado no RE 878.694/MG, estabelece a ordem de vocação hereditária, chamando à sucessão, em primeiro lugar, os descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, se o regime de bens não o impedir; em segundo lugar, os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, independentemente do regime de bens; em terceiro lugar, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, de igual modo, independentemente do regime de bens; e, finalmente, os colaterais, a que o art. 1.839 do Código Civil restringe ao quarto grau.

O art. 1.829 poderia ser um dispositivo simples, que cristalizasse a tradição iniciada com a Lei Feliciano Pena. Todavia, incrementou-a, na linha do que tentara Beviláqua no Código anterior[3], inovando com a previsão da concorrência, originalmente, do cônjuge sobrevivente com descendentes ou, na sua falta, com ascendentes do morto em propriedade plena (Nevares, 2004, p. 158).

2 "Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais" (Brasil, [2024a]).

3 Constava dos arts. 1.774 e 1.775 do Projeto original de Beviláqua a possibilidade de o cônjuge sobrevivente, casado em regime matrimonial que conservasse bens particulares, concorrer sobre eles com quota igual a de descendentes ou ascendentes: Art. 1.774 – "Si o fallecido deixar conjuge, do qual não se ache divorciado, terá este direito a uma porção de bens egual á de um filho, sempre que o regimen matrimonial não lhe der direito á meação de todos os bens ou sómente dos adquiridos". Art. 1.775 – "Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados á sucessão os ascendentes e o conjuge superstite não divorciado, quando o regimen matrimonial não lhe der direito á meação de todos os bens ou sómente dos adquiridos" (Brasil, 1902, v. 1, p. 147-148).

Conforme Miguel Reale, na Exposição de Motivos de 1975, tal inovação, somada a promoção do cônjuge a herdeiro necessário, decorria da mudança do regime legal de bens, sendo injustificado, nas suas palavras, "passar do regime da comunhão universal de bens, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes" (Reale, 2002, p. 33).

No Relatório Geral do Deputado Ernani Satyro, publicado no Diário do Congresso Nacional, em 14 de setembro de 1983, acrescentou-se que a previsão da concorrência sucessória visava "atende[r], de maneira especial, à real situação da mulher no seio da família, em regra, a mais prejudicada pelas leis ora em vigor" (Menck, 2012, t. 4, p. 1.939), o que se fazia, segundo consta do Relatório Parcial dos Deputados Raimundo Diniz e Celso Barros, "tendo em vista o papel que desempenha a mulher na formação do patrimônio familiar" (Menck, 2012, t. 4, p. 1.662).

Assim, atento aos anseios do tempo da sua elaboração e, diferentemente do que fizera em relação ao Código Civil de 1916, o legislador implementou a concorrência sucessória, pretendendo com isso proteger a família, na figura do cônjuge sobrevivente, de restar exposta e desamparada. Torquato Castro reconhece que, para atingir tal desiderato, socorreu-se da ideia defendida por Beviláqua, mas barrada no Congresso, porque, nas suas palavras, "se admitia que o cônjuge pudesse ser a mulher e a mulher não merecia herdar" (Menck, 2012, t. 4, p. 376-377).

No entanto, a despeito de tal inovação ter sido aprovada no processo legislativo e se tornado lei, desde o início da vigência do Código de 2002, o art. 1.829 foi objeto de críticas, que apontavam para a ausência de maior zelo técnico, seja pela redação truncada e descuidada do inciso I, seja pela sua anacronia em relação à noção de família adotada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e aos direitos até então conquistados pelos companheiros[4].

Sobre a *primeira das críticas* que podem ser formuladas ao art. 1.829, destaca-se, de antemão, a desatenção injustificada do legislador que, ao se referir ao regime da separação obrigatória de bens no inciso I, fez equivocada referência ao parágrafo

4 A CRFB representou importante ganho na defesa dos direitos dos companheiros, o que inclui direitos sucessórios, pois reconheceu que a união estável se tratava de uma entidade familiar tão digna de proteção quanto aquela decorrente do casamento (Nevares, 2017, p. 131). A previsão que, em alguns momentos, suscitou questionamentos sobre a autoaplicabilidade de normas constitucionais e a possibilidade de se aplicarem, de forma analógica, preceitos relativos à sucessão do cônjuge ao companheiro, foi regulamentada pelas Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/96. Para Zeno Veloso, era evidente a tentativa de equiparação da sucessão do companheiro à do cônjuge (Veloso, 2012, p. 2.008).

único do art. 1.640, quando o correto, ainda que a remissão fosse despicienda, seria o art. 1.641[5].

Além disso, a técnica legislativa empregada na redação do inciso I não primou pela clareza ao afastar a concorrência, quando o regime de bens for o da comunhão universal, o da separação obrigatória de bens ou o da comunhão parcial, se inexistirem bens particulares do morto.

A propósito do regime de bens, o legislador nada menciona sobre possibilidade de o autor da herança, casado sob o regime da comunhão parcial, ter deixado bens particulares e comuns[6]; nem se ocupou do regime da participação final nos aquestos, cuja disciplina se aproxima, em certos aspectos, do regime da comunhão parcial[7], apesar da possibilidade dada pelo art. 1.685 do Código Civil, que permitiu a plena participação do cônjuge sobrevivente no patrimônio do falecido (Tepedino; Nevares; Meireles, 2021, v. 7, p. 101); tampouco indicou, em terceiro lugar, solução para a hipótese em que o casal tiver escolhido um regime de bens atípico[8].

Quanto à *segunda crítica* – a mencionada anacronia do texto legal –, o legislador deixou de tratar dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente em igualdade de condições aos atribuídos ao cônjuge – flagrante inconstitucionalidade, só reconhecida quando do julgamento do RE 878.694/MG[9]. Com efeito, até este momento,

5 "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial" (Brasil, [2024a]).

6 Uma proposta de solução foi cristalizada no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes" (Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 47).

7 "No Brasil, procurou-se, igualmente, conjugar as vantagens do regime de separação total de bens com os efeitos, no momento da extinção da sociedade conjugal, do regime de comunhão parcial. Tanto que o art. 1.672 do Código Civil estabelece que cada cônjuge possui patrimônio próprio, tendo direito à metade dos bens adquiridos pelo casal onerosamente durante o casamento" (Tepedino; Teixeira, 2021, v. 6, p. 143).

8 "Além dos regimes tipificados pelo Código Civil de 2002, pode ser que os cônjuges façam a opção por um regime atípico, não tratado em lei. Surge, nesse contexto, a possibilidade de que o casamento seja celebrado por um regime misto, na linha do que consta do Enunciado n. 331 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, em 2006 [...]. Então, surge a dúvida: haverá concorrência sucessória, se for adotado um regime atípico e misto? Na opinião deste autor, deve-se verificar qual a correspondência que se faz em relação aos regimes para constatar se haverá a concorrência sucessória ou não. Isso abre a possibilidade de uma concorrência fracionada de bens" (Tartuce, 2017, v. 6).

9 Já no início deste século, apontávamos para o desacerto do legislador do Projeto de Código Civil, então em tramitação, em ignorar as conquistas jurídicas dos conviventes, conferidas por diversas leis editadas nos anos que seguiram à promulgação da CRFB, e em arrojar a união estável para posição hierarquicamente inferior ao matrimônio, pelo menos em termos de tutela jurídica, em total desacordo com os preceitos insculpidos na Constituição (Hironaka, 2002, 2004).

havia um sistema dúplice, que, embora admitisse que cônjuges e companheiros concorressem com descendentes ou outros parentes do morto, dispensava tratamento jurídico completamente diverso, quase sempre desprestigiando o companheiro[10].

Assim é que, para nos restringirmos, exemplificativamente, à concorrência com descendentes, a disciplina da sucessão do companheiro não fazia qualquer menção ao regime de bens, limitando a porção hereditária aos bens comuns, adquiridos onerosamente durante a união estável (Maluf; Maluf, 2018, p. 124-125). A participação do companheiro sobre a herança líquida ainda variava conforme concorresse com descendentes comuns ou exclusivos do autor da herança, quando recebia, respectivamente, quota equivalente ou metade da que lhes coubesse, não se garantindo uma quota mínima, como ocorre com o cônjuge quando concorre com descendentes comuns (Hironaka, 2016)[11].

Há algo mais, contudo, a se ponderar. Oliveira Ascensão, clarividente, chamava a atenção para o paradoxo, também verificado entre nós, entre o reforço da posição sucessória do cônjuge, preocupação da Comissão presidida por Miguel Reale, e a progressiva superação da indissolubilidade do vínculo conjugal (Ascensão, 2000, p. 343), que não foi enfrentada, propriamente, no Anteprojeto de 1975, dada a vedação constitucional, mas ganhou novos matizes com a promulgação da Lei nº 6.515/1977, popularmente conhecida como Lei do Divórcio. Posteriormente, a CRFB previu a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio.

De todo modo, para o que nos interessa mais de perto, ainda que prescindindo da constatação sociológica de Oliveira Ascensão, fato é que, apesar do pretenso avanço legal ao reconhecer o papel central e agregador do cônjuge na família, a técnica legislativa não foi a mais acertada, tendo sido criticada, desde o início, por seus problemas de forma e conteúdo, posto que a redação era imprecisa e confusa, e o teor da norma, aquém dos avanços até então obtidos, especialmente, pelo companheiro.

10 O legislador de 2002, ignorando o comando constitucional, elevou o cônjuge à centralidade da ordem de vocação hereditária. "O companheiro, por outro lado, relegado pelo legislador, recebeu direitos muito aquém daqueles que lhe tinham sido conferidos pelas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, e não foi reconhecido como herdeiro necessário" (Hironaka; Freitas, 2022).

11 O vão que se criou entre os direitos sucessórios do companheiro em relação aos do cônjuge era, contudo, desarrazoadamente maior: pelo art. 1.790 do Código Civil, ainda se restringia à terça parte sua quota quando concorresse com outros parentes; admitia concorrência com colaterais, sem indicar o grau máximo de parentesco legitimado a herdar; e vocacionava o companheiro como herdeiro único só na falta destes últimos.

3 Direito proposto: o Anteprojeto de Código Civil

Ciente das dificuldades que perpassam o art. 1.829 do Código Civil, a Comissão de Juristas propôs uma nova redação para ele no anteprojeto de reforma:

> 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 (Brasil, [2024b]).

Cotejando o texto proposto com aquele em vigor, percebe-se a similaridade das disposições no que respeita à ordem de vocação hereditária e às classes chamadas. Relevam, no entanto, três diferenças básicas: deixa-se de prever a concorrência sucessória, nos incisos I e II; no inciso III, menciona-se, expressamente, o convivente ao lado do cônjuge; e, no inciso IV, inclui-se o complemento "até o quarto grau" após "colaterais".

As alterações nos incisos III e IV não têm sido objeto de maiores altercações. Como já se comentou, desde o julgamento do RE 878.694/MG firmou-se o entendimento, cristalizado no Tema 809 da repercussão geral[12], a respeito da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuge e companheiro, de forma que era natural sua positivação no inciso III do art. 1.829. O acréscimo ao inciso IV, por seu turno, apenas torna o dispositivo mais operacional, sem implicar qualquer inovação, pois no art. 1.839 do Código em vigor já se determina que são chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

A polêmica mais acesa em relação às alterações ao art. 1.829 diz respeito à exclusão da concorrência sucessória – mas sem razão, como pretendemos demonstrar. Já foi dito que a exclusão do instituto seria iníqua por excluir direitos que haviam sido assegurados no Código em vigor e por, normalmente, em razão de ainda estarmos inseridos em uma sociedade machista, o patrimônio do casal ficar sempre em nome do homem, vulnerabilizando a posição da mulher.

Sobre o primeiro argumento, deve ser lembrado que o Direito (objetivo) não é algo estático, mas vivo, que deve ser sempre repensado à luz das demandas sociais,

12 Tese – "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002" (Brasil, 2017).

sob pena de tornar-se caduco e inefetivo. Assim, pode o legislador, ao revisar a norma jurídica, deixar de albergar certos interesses ou de tutelar posições jurídicas previstas em abstrato, o que não implica, ao menos num regime democrático, violar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada[13], que seguem protegidos e não se confundem com uma expectativa de direito qualquer.

Pensamos que, no Direito das Sucessões contemporâneo, marcado, cada vez mais e sem qualquer juízo valorativo, por relacionamentos efêmeros e famílias reconstituídas, a manutenção da concorrência sucessória, ao invés de promover a paz e a justiça, estimula litígios e incita a cobiça. Além disso, tem crescido a demanda por maior liberdade para se planejar a sucessão, aliada à consciência de que o fruto do trabalho individual beneficia o casal somente enquanto o relacionamento se mantém e desde que tenha o casal escolhido partilhar os bens na sociedade conjugal. Por outro lado, há gradativa repulsa à ideia da sucessão como meio de enriquecimento, principalmente de quem, não sendo parente e tendo chegado, aleatoriamente, a destempo, em nada cooperou para a formação do patrimônio.

Não se questiona, nesse particular, a meação, que continua devida a quem participou da aquisição do bem comum, seja com recursos financeiros, seja com atos de serviço. O que se busca, como corolário da tentativa de se desestimular uma convivência familiar centrada no patrimonialismo, é dar a cada um o que lhe é de direito, para o que poderá o julgador intervir, quando a realidade da relação conjugal recomendar o reconhecimento de posições jurídicas ativas ao cônjuge sobrevivente, além daquelas mantidas no Anteprojeto, como o direito real de habitação.

Além disso, analisando com os olhos de hoje as justificativas apresentadas para a instituição da concorrência sucessória no Direito brasileiro, parece-nos que a efetiva proteção à família se consubstancia na possibilidade de se conferirem mais benefícios àqueles que, dentro dela, mais precisam. Para isso, deve o testador ter mais liberdade, por exemplo, para destinar uma porção destacada da legítima ao herdeiro que seja hipossuficiente, como propõe-se no parágrafo único do art. 1.846.

Resguardar, indistintamente, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, como se faz hoje, sob a justificativa de se proteger a família é desconhecer as novas dinâmicas familiares e sociais. Nesse sentido, vale lembrar, com Flávio Tartuce, que o Código Civil em vigor teve seu processo embrionário iniciado em outro momento histórico:

> [O]s valores da sociedade [da década de 1970] eram outros, totalmente diversos da contemporaneidade. Eram valorizados sobremaneira o casamento tradicional,

13 Art. 5º, XXXVI, da CRFB.

> a família típica e a propriedade irretocável. Imaginavam as gerações anteriores, como premissa-regra, que o casamento era para toda a vida, até que a morte separasse os cônjuges. Por isso, era imperioso valorizar a figura do cônjuge, ao lado dos descendentes (Tartuce, 2017, v. 6).

Além disso, para aquele contexto histórico, garantir a posição do cônjuge, especialmente do cônjuge mulher, era imprescindível, até porque o mais comum era que, na divisão das tarefas da família, a mulher assumisse os cuidados domésticos e com os filhos, não tendo, no geral, uma renda decorrente de seu próprio trabalho e dependendo, em boa medida, do patrimônio adquirido, diretamente, pelo marido. O contexto atual é diferente, com ambos os cônjuges e companheiros trabalhando fora, cada vez com mais frequência, e cooperando, com os recursos de seu próprio trabalho, para a construção do patrimônio comum.

Assim, considerando as desvantagens e os conhecidos problemas decorrentes da concorrência sucessória, ao que se soma o novo perfil dos relacionamentos e a mudança na sociedade, é necessária a revisão do instituto, como proposta no Anteprojeto.

Deve-se, porém, fazer uma observação: não se nega, quanto ao segundo argumento indicado contra a proposta de exclusão, a existência de uma realidade patriarcal, em que o homem, não raramente, titulariza todo o patrimônio do casal. Contudo, há formas muito mais efetivas e justas de se proteger, na sucessão, o cônjuge ou companheiro desamparado do que a previsão abstrata de concorrência sucessória em propriedade plena, cujos efeitos colaterais negativos suplantam as vantagens que poderiam ser indicadas.

4 Conclusão

O Código em vigor, a despeito de seus méritos e da importante contribuição que deu para a ciência jurídica, é produto de um momento histórico-cultural. Não se desconhece que a lei tem certa elasticidade, que lhe permite adaptar-se aos novos fatos e aos novos valores. Em determinado tempo, contudo, se chega a um esgarçamento irreversível de sua aderência ao tecido social, que impõe a substituição da regra, sob pena de perda da efetividade do Direito.

A disciplina do art. 1.829, especialmente no que diz respeito à concorrência sucessória, ao menos da forma como disciplinada, ensejou contendas, muitas vezes frívolas, e desnecessários dispêndios financeiros com custas e emolumentos judiciais que, de certo modo, cumpriram a profecia de Alfredo Pinto, relator que suprimiu a

concorrência do Projeto Beviláqua, quando de sua tramitação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob a justificativa de que "a concurrencia do conjuge com os ascendentes ou descendentes, no momento da partilha, podia trazer grandes embaraços na pratica" (Brasil, 1902, v. 6, p. 238).

Considerando a mudança do paradigma social e familiar em relação ao existente na década de 1970, bem como as novas demandas que têm sido trazidas para apreciação do jurista, a sóbria ponderação dogmática não pode deixar de denunciar os inconvenientes da manutenção da concorrência sucessória, no art. 1.829, de modo que o Anteprojeto, ao propor sua supressão, atendeu à dinâmica dos novos tempos e ainda abriu a oportunidade de corrigir inconveniente que, como sabido, só compromete o andamento dos inventários. Assim, mais que interesse material, sua exclusão suscita a possibilidade de atender aos vetores processuais da eficiência e da economia[14].

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 nov. 2024.

_____. *Projecto do Codigo Civil brazileiro*: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. 8 v.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 2 nov. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 878.694/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acesso em: 2 nov. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes: destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova legislação civil pátria, o Código Civil de 2002. *Revista Esmape*, Recife, v. 9, n. 20, p. 295-339, jul./dez. 2004.

14 Agradeço a Mario Gamaliel Guazzeli de Freitas pela ajuda na pesquisa histórica para a elaboração deste trabalho.

_____. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 61-83, jan./mar. 2002.

_____. Viver e morrer com dignidade: no que diferem e no que se assemelham a sucessão do cônjuge e a do companheiro à luz da doutrina e dos pronunciamentos dos tribunais? *Pensar*: revista de ciências jurídicas, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 200-212, jan./abr. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FREITAS, Mário Gamaliel Guazzeli de. Concorrência sucessória na herança legítima. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *20 anos do Código Civil*: relações privadas no início do século XXI. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENCK, José Theodoro Mascarenhas (org.). *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. t. 4.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694-MG. *Revista IBDFAM*: família e sucessões, Belo Horizonte, v. 21, p. 125-144, maio/jun. 2017.

_____. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, n. especial, pt. 1, p. 9-34, fev./jun. 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj.pdf. Acesso em: 5 out. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil*: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 6.

VELOSO, Zeno. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Apontamentos sobre a sucessão testamentária no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

Cesar Asfor Rocha[1]

1 Introdução

A Comissão de Juristas encarregada de revisar e atualizar o Código Civil, presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou com afinco para ajustá-lo às transformações sociais e tecnológicas ocorridas nos últimos vinte anos. Tive a honra de integrar a subcomissão de Direito das Sucessões – ao lado dos juristas Gustavo Tepedino, Mário Luiz Delgado e Giselda Hironaka – que elaborou minucioso parecer veiculando relevantes modificações legislativas à disciplina do direito sucessório no Brasil.

Certamente uma das maiores novidades foi a sugestão de eliminação do direito de concorrência sucessória de cônjuges e companheiros com descendentes e ascendentes, previsto no art. 1.829, incisos I e II, do Código Civil, que abre o capítulo intitulado "Da Ordem da Vocação Hereditária". Tal como proposto pela referida subcomissão, uma vez tendo o casal optado pelo regime de incomunicabilidade de bens, essa escolha passa a estender-se para após a morte, ou seja, o cônjuge e o convivente não mais receberão fração dos bens particulares do falecido, em concorrência com os descendentes e ascendentes. Essa mudança é necessária para

1 Cesar Asfor Rocha é advogado; presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da Fiesp; membro da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Lei para a revisão e atualização do Código Civil; membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; ex-ministro, ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça e ex-corregedor nacional de Justiça.

tutelar especialmente os casos mais extremos de famílias reconstruídas, aquelas em que um novo cônjuge surge e passa a concorrer com os filhos unilaterais do *de cujus* em relação ao patrimônio edificado no relacionamento anterior ou recebido por sucessão.

Outra inovação interessante diz respeito à chamada *sucessão contratual*, consubstanciada em um novo título sucessório. Diferentemente do que acontece com a sucessão testamentária, que se baseia num testamento, a sucessão contratual tem por base um contrato, isto é, o título sucessório é um contrato. Esta é a redação proposta para o art. 1.790-A: "Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva ou dispõe sobre a sua própria sucessão" (Brasil, [2023], p. 9).

Este estudo, porém, tratará especificamente das propostas do anteprojeto de reforma do Código Civil referentes à sucessão testamentária, que se encontra disposta no Livro V (Direito das Sucessões) – Título III (Da Sucessão testamentária), arts. 1.857 a 1.990. É evidente que não se pretende aqui esgotar o exame da matéria, cuidando de cada uma das diversas modificações propostas a esse respeito, pois esse trabalho hercúleo já foi feito no relatório daquela subcomissão. Aqui, pelo contrário, listam-se algumas propostas de mudanças legislativas que parecem ter especial relevância.

2 Considerações sobre a sucessão testamentária

A sucessão testamentária é uma ferramenta essencial de planejamento sucessório disponível aos cidadãos, permitindo-lhes maior controle sobre a destinação de seus bens após o falecimento, além de garantir a realização de suas vontades e expectativas no contexto familiar e patrimonial. De fato, em "se tratando de sucessão testamentária, o objetivo a ser alcançado é a preservação da manifestação de última vontade do falecido" (Brasil, 2020).

O Código Civil vigente não apresenta uma definição expressa de testamento, invenção dos romanos (Surgik, 2011), limitando-se a expor suas características nos arts. 1.857 e 1.858. Essa lacuna não causa espanto; pelo contrário, alinha-se ao adágio *omnis definitio in iure civili periculosa* (toda definição, em Direito Civil, é perigosa), segundo o qual não cabe ao legislador estabelecer os conceitos dos institutos jurídicos.

O Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 1.626 do Código Civil de 1916[2], que anteriormente tratava do testamento e cuja definição

2 "Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte" (Brasil, [2002]).

> era considerada defeituosa por omitir a circunstância de que o testamento pode ser utilizado pelo de cujus para diversas finalidades, e não apenas para dispor acerca de seus bens para depois de sua morte, bem como a de que se trata de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, solene e gratuito (Gonçalves, 2024, p. 196).

Coube à jurisprudência e à doutrina conceituarem o testamento, destacando seu caráter instrumental que objetiva efetivar desejos patrimoniais e pessoais no contexto sucessório. A Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, já decidira ser o testamento "um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo, solene, revogável, que possibilita à pessoa dispor de seus bens para depois de sua morte" (Brasil, 2008).

Na doutrina, Maria Berenice Dias, que também integrou a Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil, ensina que o testamento é "um negócio jurídico unilateral, essencialmente solene, sujeito a condição suspensiva, pois sua eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a morte do testador" (Dias, 2024, p. 443). Em sentido semelhante, Caio Mário da Silva Pereira escreve que o testamento "é o ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade" (Pereira, 2024, p. 153).

De qualquer modo, é imprescindível que o Direito Civil, por meio da lei, assegure os instrumentos adequados para realizar as vontades do testador não apenas no âmbito patrimonial, mas também na expressão de outros desejos que superam uma simples distribuição de bens. Sob essa perspectiva, analisam-se algumas das principais propostas acerca da sucessão testamentária no anteprojeto de reforma do Código Civil.

3 Algumas das propostas de mudança legislativa quanto à sucessão testamentária

Estruturou-se em dois grandes pilares a parte do anteprojeto centrada na sucessão testamentária. Primeiro: menos formalidades, pois o ato de testar deve ser mais simples e modernizado. Segundo: mais incentivos, para que seja possível não apenas incentivar o uso crescente do testamento, mas também popularizá-lo, sem renunciar completamente às formalidades testamentárias.

A fim de unir esses dois escopos bem reconhecidos no Relatório Final da Comissão de Juristas[3], ao mesmo tempo modernizando o regime da sucessão testamentária e conferindo incentivos para seu uso, a subcomissão de Direito das Sucessões mostrou-se particularmente preocupada com a acessibilidade e com as atuais complexidades das situações jurídicas que se apresentam ao Poder Judiciário.

Acrescentaram-se parágrafos ao art. 1.857 do Código Civil que evidenciam isso a mais não poder. O § 1º permite aos pais, no exercício do poder familiar, instituírem, por testamento público, herdeiros ou legatários aos filhos absolutamente incapazes, para o caso de tais filhos falecerem antes de completarem dezesseis anos de idade (*testamento pupilar*). De acordo com o § 2º, a disposição do § 1º aplica-se a todos os filhos, independentemente da idade, que não estiverem aptos a expressarem sua vontade de forma livre e consciente (*testamento quase-pupilar*)[4]. Já o § 3º permite ao testador individualizar os bens da legítima dos herdeiros necessários, respeitado o limite legal. O § 4º, por sua vez, prevê a validade das disposições testamentárias de caráter não patrimonial, no que se incluem as situações existenciais (*e.g.*, relação entre doador e donatário de órgãos humanos).

Há proposta de alteração do prazo prescricional para objetar o testamento. O art. 1.859 do atual Código Civil prevê que extingue em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, ao passo que a redação proposta, valendo-se de linguagem mais técnica e abrangente, fala na extinção, em quatro anos, do direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária. O STJ já reconhecera a nulidade de testamento em demanda judicial na qual ficou demonstrado que uma das testemunhas não presenciou a manifestação de vontade do testador, assinando posteriormente o testamento (Brasil, 2001).

A subcomissão de Direito das Sucessões sugeriu uma novidade legislativa veiculada no art. 1.859-A proibindo a certas pessoas figurarem como testemunhas em testamentos. São elas, nessa ordem: a) os menores de dezesseis anos; b) quem não

3 "[o] anteprojeto apresenta grandes inovações na disciplina da sucessão testamentária, no sentido de atribuir maior efetividade ao princípio da prevalência da vontade do testador; incluir as novas tecnologias da sociedade da informação, de modo a possibilitar a elaboração de todas as formas de testamentos (e do codicilo) por meio de recursos digitais e de audiovisual, o que representa grande incentivo para popularizar seu uso, sem comprometer os valores da certeza e da segurança, além da disponibilização de tecnologia assistiva às pessoas com qualquer tipo de restrição em razão de deficiência" (Brasil, [2024]).

4 A respeito dos testamentos pupilar e quase-pupilar, o Relatório Final da Comissão de Juristas apontou o seguinte: "Dentro da diretriz de inclusão, estão sendo propostas duas novas formas testamentárias. O testamento pupilar, feito pelos pais que estejam no exercício do poder familiar, no lugar dos filhos absolutamente incapazes, para o caso de os mesmos falecerem antes de perfazerem os dezesseis anos de idade; e o testamento quase-pupilar, que se aplica a todos os filhos, sem distinção de idade, que não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente, no momento do ato" (Brasil, [2024]).

está em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente no momento do ato; c) herdeiro ou legatário instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos, colaterais até o quarto grau, cônjuge e companheiro; d) amigo íntimo ou inimigo de qualquer herdeiro ou legatário instituído; e e) aqueles que mantenham vínculo de subordinação ou prestem serviços ao herdeiro ou legatário instituído.

O STJ já enfrentou a discussão sobre quem pode ou não pode ser testemunha em testamentos. Em caso envolvendo um testamento público no qual se alegou que a testemunha instrumentária seria amiga do herdeiro testamentário, fixou-se o seguinte entendimento:

> 7 – Ainda que se admitisse que a testemunha instrumentária efetivamente possuísse relação de amizade com o herdeiro testamentário, a hipótese em exame diz respeito à testamento por escritura pública, uma das mais modalidades mais seguras para certificação de que aquela era realmente a vontade do testador, e o questionamento recai apenas sobre a suposta amizade de uma das testemunhas com um dos herdeiros, circunstâncias insuficientes para o reconhecimento da invalidade do testamento.
>
> 8 – A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que é admissível a flexibilização das formalidades inerentes aos testamentos, inclusive dos particulares, sabidamente menos seguros e suscetíveis às fraudes, notadamente em relação às testemunhas, tendo como base a preservação da vontade do testador (Brasil, 2022b).

Na sequência, a versão proposta para o art. 1.860 inclui o advérbio *absolutamente* para se referir aos incapazes, consignando que além deles não podem testar os que *não estiverem em condições de expressar sua vontade de forma livre e consciente no momento do ato*. A subcomissão preferiu propor essa expressão para substituir o segmento *não tiverem pleno discernimento*, como consta no Código. Essa alteração reflete melhor a situação que o dispositivo se propõe regulamentar.

O parágrafo único do art. 1.860 representa outro avanço no quesito da inclusão e da acessibilidade: dispõe que, na elaboração do testamento, será assegurada à pessoa com deficiência – se assim ela quiser – a utilização de tecnologia assistiva de sua escolha para expressar sua última vontade (*e.g.*, tradutores para a Linguagem Brasileira de Sinais (Libras), telefones com teclados, sistemas de alerta visual).

É provável que o acréscimo de um parágrafo único ao art. 1.862, que cuida dos testamentos ordinários (público, cerrado e particular), tenha um grande impacto nas relações civis, na hipótese de o texto sugerido pela subcomissão ser aprovado pelo Congresso Nacional. De maneira inovadora, estabelece-se que os testamentos ordinários poderão ser escritos, digitados, filmados ou gravados, em língua nacional

ou estrangeira, em Braille ou Libras, pelo próprio testador ou por outra pessoa que ele escolha. Especificamente sobre o testamento digitado, saliente-se que isso já era aceito pelo STJ em julgamento realizado ainda em 2010: "Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido" (Brasil, 2010)[5].

Esse raciocínio repete, com pequenas distinções, o art. 1.871, segundo o qual o testamento pode ser manuscrito, gravado ou digitado em língua nacional ou estrangeira, em Braille ou arquivo digital acessível, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu pedido, bem como no art. 1.880, que apresenta a possibilidade de o testamento particular não ser apenas escrito em língua estrangeira, mas também em Braille, desde que as testemunhas presentes no ato compreendam a linguagem utilizada. Registre-se que o STJ tem precedente de 2020 admitindo a validade de testamento particular em que houve apenas assinatura digital:

> a despeito da ausência de assinatura de próprio punho do testador e do testamento ter sido lavrado a rogo e apenas com a aposição de sua impressão digital, não havia dúvida acerca da manifestação de última vontade da testadora que, embora sofrendo com limitações físicas, não possuía nenhuma restrição cognitiva (Brasil, 2020)[6].

Embora ainda proíba o testamento conjuntivo, simultâneo (quando dois testadores beneficiam, no mesmo ato, a uma terceira pessoa) ou correspectivo (quando testadores efetuam disposições testamentárias em retribuição a outras correspondentes, também num mesmo instrumento), a proposta de nova redação do art. 1.863 admite o testamento conjuntivo recíproco entre cônjuges e companheiros,

5 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TESTAMENTO PARTICULAR. ASSINADO POR QUATRO TESTEMUNHAS E CONFIRMADO EM AUDIÊNCIA POR TRÊS DELAS. VALIDADE DO ATO. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM A DOUTRINA E COM O NOVO CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 1.876, §§ 1º e 2º. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO" (Brasil, 2010).

6 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONFIRMAÇÃO DE TESTAMENTO PARTICULAR ESCRITO POR MEIO MECÂNICO. OMISSÃO E OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO ENFRENTADA E PREQUESTIONADA. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE PRÓPRIO PUNHO DO TESTADOR. REQUISITO DE VALIDADE. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA, CONTUDO, DA REAL VONTADE DO TESTADOR, AINDA QUE EXPRESSADA SEM TODAS AS FORMALIDADES LEGAIS. DISTINÇÃO ENTRE VÍCIOS SANÁVEIS E VÍCIOS INSANÁVEIS QUE NÃO SOLUCIONA A QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE EXAME DA QUESTÃO SOB A ÓTICA DA EXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A VONTADE REAL DO TESTADOR. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO CONCEITO DE ASSINATURA. SOCIEDADE MODERNA QUE SE INDIVIDUALIZA E SE IDENTIFICA DE VARIADOS MODOS, TODOS DISTINTOS DA ASSINATURA TRADICIONAL. ASSINATURA DE PRÓPRIO PUNHO QUE TRAZ PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DA VONTADE DO TESTADOR, QUE, SE AUSENTE, DEVE SER COTEJADA COM AS DEMAIS PROVAS" (Brasil, 2020).

qualquer que seja o regime de bens. Trata-se de hipótese de testamento em que os testadores se beneficiam mutuamente e estipulam, em conjunto e no mesmo ato, regras específicas sobre a destinação de seus bens, inclusive direcionando-os a filhos ou a outros herdeiros.

No art. 1.864, que elenca os requisitos essenciais do testamento público, inseriram-se referências: a) à gravação em sistema digital de som e imagem como uma possível alternativa à necessidade de tal testamento ser escrito – a forma gravada será, porém, obrigatória se o testador não souber, ou não puder ler ou assinar, conforme o art. 1.865; b) à gravação do ato de leitura do testamento, pelo tabelião, quando o testamento for por escrito; e c) à exigência de o tabelião exibir ao testador a gravação digital de seu testamento, quando esse documento for celebrado de forma não escrita, cabendo ao testador confirmar por escrito o teor das declarações. Ademais, o § 2º impõe ao tabelião fornecer os recursos de tecnologia assistida e acessibilidade disponíveis para que pessoas com deficiência tenham garantido o direito de testar.

Há outras mudanças significativas atinentes à acessibildiade e ao uso da tecnologia como forma de modernizar e facilitar o regime de sucessão testamentária, tornando-o mais inclusivo e alinhado ao mundo digital.

Na sociedade da informação em que vivemos, não é possível ignorar os recursos tecnológicos, notadamente os audiovisuais. Daí porque as proposições apresentadas pela subcomissão permitem a opção pelo meio digital como alternativa ao texto escrito, sem, porém, furtar-se das cautelas imprescindíveis para se evitar eventuais irregularidades dos testamentos que optarem por esse meio menos usual, até o momento. O uso da tecnologia, nesse ponto, permite que pessoas com algum tipo de deficiência não tenham ainda mais dificuldades para manifestarem sua vontade última. Caberá ao tabelião fornecer todos os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistida disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o direito de testar.

Saliente-se também que a subcomissão propôs: a) revogar os arts. 1.886 a 1.896, de modo a extinguir os testamentos especiais (o marítimo, o aeronáutico e o militar)[7]; e b) tornar nula no inciso VI do art. 1.900 a disposição testamentária que promover preconceitos de origem, gênero, raça, sexo, cor, deficiência, estado civil, crença religiosa, convicção filosófica ou política e quaisquer outras formas de discriminação.

7 A propósito, confira-se o que consta do Relatório Final da Comissão de Juristas: "Os testamentos especiais devem ser extintos, pois todas as situações que poderiam contemplar já são atendidas pelo testamento hológrafo feito em situações de emergência. Ao mesmo tempo, a Subcomissão propõe o retorno de uma modalidade de testar que há muito havia sido extirpada do ordenamento: o testamento conjuntivo recíproco entre cônjuges e companheiros" (Brasil, [2024]).

O art. 1.912 passa a ter parágrafo único, no qual se verifica a possibilidade de bens corpóreos e incorpóreos serem objeto de legado. O art. 1.918-A, inexistente na atual codificação, trata do legado de bens digitais. Ele pode abranger dados de acesso a qualquer aplicação da internet de natureza econômica, perfis de redes sociais, canais de transmissão de vídeos, bem como dados pessoais expressamente mencionados pelo testador no instrumento ou arquivo do testamento. Há mesmo a possibilidade de se nomear um *administrador digital* por meio de testamento.

Outra proposta fundamental da subcomissão diz respeito à reintrodução do instituto da substituição fideicomissária por livre escolha do testador[8]. Almeja-se, com o novo regime sugerido, possibilitar novos arranjos sucessórios, o que poderá ser de grande valia nas operações de planejamento sucessório, e possibilitar a instrumentalização, em território brasileiro, de operações veiculadas por meio de *trust* no exterior. Esse duplo objetivo foi claramente destacado no relatório específico da subcomissão de Direito das Sucessões.

Com efeito, o art. 1.952 define que o fideicomisso é um

> negócio jurídico por meio do qual o testador, na qualidade de instituidor, ou fideicomitente, transfere, fiduciariamente, bens ou direitos, sob condição resolutiva, a um ou mais fiduciários, que assumirão os deveres de gestão, conservação e ampliação desses bens, nos termos previstos no ato de instituição, com o propósito específico de transmiti-los, por termo ou condição, a um ou mais beneficiários finais, que se qualificam fideicomissários (Brasil, [2024]).

O art. 1.952-A esclarece que quaisquer bens (inclusive os digitais) e podem ser objetos de fideicomisso, de modo que os bens e os direitos transferidos ao fiduciário compõem patrimônio de afetação, não confundível com o patrimônio particular do fiduciário e que tampouco responde por suas dívidas pessoais.

8 O STJ tem precedentes acerca da substituição fideicomissária: "A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil" (Brasil, 2013); "Para caracterização do instituto da substituição fideicomissária é preciso a identificação dos seguintes requisitos, a saber: a) caráter eventual; b) que os bens sejam sucessivos; c) capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário; d) obrigação de conservar a coisa fideicomissada para, posteriormente, restituí-la ao fideicomissário" (Brasil, 2009); "A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (arts. 1.955 e 1.958, do CC/02)" (Brasil, 2007).

Mais adiante, no art. 1.952-B, elencam-se os requisitos mínimos de validade da disposição testamentária que institui o fideicomisso – *e.g.*, qualificação do fiduciário e fideicomissário, prazo de vigência, propósito a que se destina o patrimônio fideicometido, identificação de bens, critérios de remuneração do fiduciário, se houver, hipótese e formas de substituição do fiduciário.

Há previsão de que o fiduciário poderá, por sua conta e risco, contratar terceiros para exercer a gestão do patrimônio fideicometido (art. 1.952-E), no mesmo sentido que o fiduciário será pessoalmente responsável pelas perdas e danos a que sua culpa der causa, sendo sua responsabilidade objetiva pelos prejuízos causados por atos que afrontem cláusulas previstas no ato de instituição do fideicomisso (art. 1.952-F).

A subcomissão também indicou hipóteses em que o fiduciário poderá ser substituído, por decisão judicial, em sede de ação de destituição de fiduciário, a exemplo de quando ele, por dolo ou culpa, causar prejuízo ao patrimônio fideicometido por sua administração, ou quando houver conflito de interesses com relação aos interesses do fideicomissário, que pode ser qualquer sujeito de direito, ente jurídico despersonalizado ou pessoa determinável (cf. arts. 1.952-G e 1.953-A).

Reforçando o compromisso da subcomissão com a função social do Direito, estabeleceu-se que tanto a ofensa à integridade física quanto a ofensa psicológica (*e.g.*, manifestação de preconceitos de origem, gênero, raça, sexo, orientação sexual, cor, deficiência), bem como o desamparo material e o abandono afetivo voluntário e injustificado do ascendente pelo descendente, são causas autorizadoras da deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1.962, I e III). O mesmo raciocínio aplica-se à hipótese de deserdação dos ascendentes pelos descendentes (art. 1.963, I e III).

Ainda quanto à deserdação, a proposta em questão sugere que a legitimidade ativa para a ação de deserdação passe a ser do deserdado, cabendo a ele impugnar a causa da deserdação (art. 1.965). Como destaca o relatório da subcomissão de Direito das Sucessões, essa proposta fortalece o princípio da prevalência da vontade do testador, retirando o ônus da impugnação dos demais herdeiros.

Relativamente à busca de maior celeridade no cumprimento dos testamentos, a proposta da subcomissão favorece a desjudicialização e permite: a) o procedimento de abertura do testamento cerrado; b) o procedimento de apresentação dos testamentos públicos e particulares; c) o registro e o cumprimento do testamento; d) a nomeação de testamenteiro; e e) que a prestação de contas possa ser feita por escritura pública (art. 1.990-A), de modo a facilitar e acelerar o cumprimento das disposições testamentárias.

Tal sugestão foi embasada em precedentes do STJ. O parecer da subcomissão de Direito das Sucessões citou, por exemplo, o julgamento do REsp nº 1.951.456/RS pela Terceira Turma, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, no qual se registrou que haveria "a necessidade de inventário judicial sempre que [houvesse] testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes", considerando que

> as legislações contemporâneas têm estimulado fortemente a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e a adoção de métodos adequados de resolução das controvérsias, de modo que a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário (Brasil, 2022a)[9].

O julgado, por sua vez, amparou-se num acórdão da Quarta Turma do STJ, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, em que se decidiu que se "a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça" (Brasil, 2019)[10].

4 Conclusão

Pontualmente escolhidas entre outras diversas sugestões de mudanças legislativas feitas pela subcomissão de Direito das Sucessões, as disposições destacadas revelam

9 "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE PARTILHA EXTRAJUDICIAL EM QUE HÁ TESTAMENTO. ART. 610, *CAPUT* E § 1º, DO CPC/15. INTERPRETAÇÃO LITERAL QUE LEVARIA À CONCLUSÃO DE QUE, HAVENDO TESTAMENTO, JAMAIS SERIA ADMISSÍVEL A REALIZAÇÃO DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. INTERPRETAÇÕES TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA QUE SE REVELAM MAIS ADEQUADAS. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI Nº 11.441/2007 QUE FIXAVA, COMO PREMISSA, A LITIGIOSIDADE SOBRE O TESTAMENTO COMO ELEMENTO INVIABILIZADOR DA PARTILHA EXTRAJUDICIAL. CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA INEXISTENTE QUANDO TODOS OS HERDEIROS SÃO CAPAZES E CONCORDES. CAPACIDADE PARA TRANSIGIR E INEXISTÊNCIA DE CONFLITO QUE INFIRMAM A PREMISSA ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR. LEGISLAÇÕES ATUAIS QUE, ADEMAIS, PRIVILEGIAM A AUTONOMIA DA VONTADE, A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. POSSIBILIDADE DE PARTILHA EXTRAJUDICIAL, AINDA QUE EXISTENTE TESTAMENTO, QUE SE EXTRAI TAMBÉM DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL" (Brasil, 2022a).

10 "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÕES. EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OS INTERESSADOS SEJAM MAIORES, CAPAZES E CONCORDES, DEVIDAMENTE ACOMPANHADOS DE SEUS ADVOGADOS. ENTENDIMENTO DOS ENUNCIADOS 600 DA VII JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF; 77 DA I JORNADA SOBRE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS; 51 DA I JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DO CJF; E 16 DO IBDFAM" (Brasil, 2019).

não só a inegável qualidade dos trabalhos realizados nesse âmbito, especialmente em relação à sucessão testamentária, como também comprovam a sensibilidade de seus membros ao incluírem reiteradas vezes as pessoas com deficiência no contexto do Código Civil.

Quando fui presidente do Superior Tribunal de Justiça revolucionei o processo judicial brasileiro implantando exitosamente os valores da acessibilidade, da tecnologia, da modernidade e da utilidade. Tais valores contribuíram para a melhoria da prestação jurisdicional mediante a criação do processo eletrônico. Espero que a experiência positiva do STJ com o processo eletrônico possa, guardadas as devidas proporções, ser repetida com o anteprojeto de reforma do Código Civil, de que decorrerá, é certo, um novo caminho a ser trilhado no País em relação à sucessão testamentária.

Referências

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito das Sucessões da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/c186eb20-1e41-4e5c-b02c-80cb10d13b26. Acesso em: 11 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 176.473/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 21 de agosto de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 294.691/PR*. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 13 de março de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 701.917/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2 de fevereiro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 757.708/MG*. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), 10 de fevereiro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 820.814/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 9 de outubro de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.221.817/PE*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 10 de dezembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 1.633.254/MG*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de março de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.808.767/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 15 de outubro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.951.456/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de agosto de 2022a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 2.005.052/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 4 de outubro de 2022b.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. v. 7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito das sucessões. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

SURGIK, Aloísio. A influência da história na sucessão testamentária. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, [*s. l.*], v. 6, p. 737-768, 2011.

Direito Digital

Visão geral do novo Livro do Direito Civil Digital e seus principais fundamentos

Laura Porto[1]

Ao longo da história, cada etapa do desenvolvimento humano foi marcada por uma revolução capaz de transformar profundamente a sociedade. O domínio do fogo trouxe calor e proteção, a descoberta da eletricidade, iluminou cidades e abriu caminho para a industrialização. E mais recentemente, a digitalização e a internet revolucionaram a forma como vivemos, nos comunicamos, nos relacionamos e fazemos negócios. Hoje, a tecnologia representa a nova fronteira de evolução, gerando impactos em praticamente todas as esferas da vida, incluindo o Direito. Nesse cenário, surge a necessidade de adequar os ordenamentos jurídicos para garantir a regulação e a proteção dos direitos em um ambiente cada vez mais conectado e globalizado[2].

A evolução tecnológica, que passou recentemente por uma grande intensificação com a pandemia da Covid-19, tem provocado profundas transformações em todos os aspectos da vida em sociedade, alterando a maneira como indivíduos e

1 Laura Porto é professora, palestrante e advogada; especialista em Direito Digital, Proteção de Dados e Direito Notarial e Registral; mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo IDP; membra da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil como relatora da Subcomissão de Direito Digital.

2 Segundo Danilo Doneda, o "direito civil possui um papel de primeira ordem nessa tarefa, dependendo para isso que algumas de suas características mais caras sejam utilizadas na plenitude de seu potencial, mesmo em um ambiente tão diverso daquele no qual alguns de seus conceitos e institutos foram delineados. Deve estabelecer, portanto, um novo perfil para a autonomia privada em sua intrincada tarefa de ser instrumento para a atuação das liberdades individuais, ao mesmo tempo que ressona com um conjunto de direitos fundamentais a elas ligados. Para isso, alguma forma de regulação é necessária, porém em um matiz que nem sempre coincide com o dos institutos clássicos do direito civil" (Doneda, 2019, p. 65).

empresas se relacionam e operam no ambiente digital. Nesse contexto, como ciência normativa, o Direito também precisa acompanhar essas mudanças e oferecer um arcabouço jurídico adequado para lidar com as novas demandas e desafios gerados pela digitalização de processos, informações e interações. A crescente relevância do ambiente digital no cotidiano revela, com clareza, a necessidade da realização de uma atualização legislativa para garantir segurança jurídica e proteção de direitos fundamentais nesse novo cenário. Fato é que as soluções já existentes no ordenamento não mais respondem a diversas questões trazidas pela digitalização.

A proposta de inclusão de um novo livro no Código Civil, dedicado exclusivamente ao chamado *Direito Civil Digital*, vem justamente preencher uma lacuna normativa, oferecendo um conjunto de normas que contemplam as particularidades do ambiente digital, que não são adequadamente tratadas pelo ordenamento jurídico atual. Este novo livro foi concebido com a missão de trazer aspectos gerais, fundamentos e princípios capazes de orientar as questões que surgem no âmbito digital, sem que isso trave ou impeça o desenvolvimento. Pelo contrário, busca-se estabelecer diretrizes que garantam um equilíbrio entre a proteção de direitos fundamentais e a liberdade de inovação, de modo a fomentar um ambiente seguro, transparente para todos os envolvidos e ainda, que tenha alinhamento com todas as demais legislações.

A importância de um novo livro dedicado exclusivamente ao Direito Civil Digital além da modernização jurídica, também se propõe garantir a eficácia e coerência do sistema jurídico diante das transformações impostas pela tecnologia. O Código Civil, por mais abrangente e fundamentado que seja, foi desenvolvido numa época em que a revolução digital ainda não se tinha consolidado. As normas tradicionais que regulam as relações privadas e a vida civil, embora sejam de grande importância, enfrentam desafios consideráveis para responder às novas questões surgidas com a digitalização. O crescimento do comércio eletrônico, a massiva coleta de dados pessoais, o impacto das mídias e redes sociais e a utilização de tecnologias, como inteligência artificial, são alguns dos fenômenos que exigem soluções legislativas inovadoras e adequadas à sua complexidade.

O novo livro surge, assim, como uma resposta à necessidade de harmonizar o Direito com a era digital[3], proporcionando maior segurança jurídica tanto para os indivíduos quanto para as empresas que atuam nesse espaço. As relações jurídicas

3 Francisco Amaral afirma: "Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas 'estruturas jurídicas de resposta' capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança em uma sociedade em rápido processo de mudança" (Amaral, 2001, p. 5).

travadas no ambiente digital são marcadas pela celeridade e pela intangibilidade, características que colocam em xeque a aplicabilidade dos princípios clássicos de responsabilidade civil, prova, contratos, patrimônio, dentre outros temas. A inexistência de regras claras e específicas para o mundo digital cria insegurança jurídica, o que prejudica tanto os indivíduos quanto as empresas, criando um ambiente de incerteza que afeta negativamente a economia e as relações sociais.

Essa inovação legislativa visa, portanto, solucionar a insegurança jurídica ao estabelecer regras claras e adaptadas às peculiaridades do ambiente digital. E um dos grandes desafios dessa nova era é assegurar que os direitos possam ser preservados em meio a um contexto de constante evolução tecnológica, sem, no entanto, impedir o desenvolvimento. Esse equilíbrio entre proteção e inovação é essencial para que o Direito acompanhe as transformações sociais e tecnológicas, mantendo sua relevância e eficácia.

Dessa forma, buscou-se abordar um tema que é ao mesmo tempo transversal, presente em todos os demais livros do Código, mas que, diante da posição central e da enorme relevância que a internet adquiriu, também demanda uma especialização própria. Sendo assim, o livro foi cuidadosamente estruturado em capítulos que tratam de temas específicos, funcionando como microssistemas, sem correspondência direta no Código atual. Logo, a tentativa de inserir esses novos temas nos livros já existentes seria uma tarefa praticamente inviável, devido à complexidade e particularidades que os temas apresentam para as relações jurídicas.

A criação desse livro visa fornecer uma *estrutura fundamental* que possa também servir como base para regulamentações futuras e funcionar como um eixo central para lidar com novos temas e questões que ainda irão emergir à medida que a tecnologia continua a evoluir. Embora muitos desses temas venham a necessitar de legislação especial e detalhada, o estabelecimento de conceitos gerais desde já proporciona uma estrutura normativa sólida, evitando lacunas e oferecendo maior segurança jurídica para seu desenvolvimento. Essa abordagem não só permite que o Direito Civil acompanhe as inovações tecnológicas, como também abre espaço para que leis específicas sejam criadas conforme as novas demandas surjam, sem desarticular o sistema jurídico existente.

Com isso, o livro não apenas preenche lacunas atuais, mas também prepara o terreno para as mudanças futuras, oferecendo um ponto de partida seguro para a criação de legislações complementares. Ao fornecer essa base, o novo livro garante que o ordenamento jurídico esteja preparado para os desafios contínuos e dinâmicos que o ambiente digital impõe.

A estrutura foi cuidadosamente dividida em 10 capítulos, cada um dedicado a abordar aspectos fundamentais do Direito Civil Digital, que demandam atenção e regulamentação específicas:

> Capítulo I – Disposições Gerais [...]
>
> Capítulo II – Da Pessoa no Ambiente Digital [...]
>
> Capítulo III – Das Situações Jurídicas no Ambiente Digital [...]
>
> Capítulo IV – Do Direito ao Ambiente Digital Transparente e Seguro [...]
>
> Capítulo V – Patrimônio Digital [...]
>
> Capítulo VI – A Presença e a Identidade de Crianças e Adolescentes no Ambiente Digital [...]
>
> Capítulo VII – Inteligência Artificial [...]
>
> Capítulo VIII – Da Celebração de Contratos por Meios Digitais [...]
>
> Capítulo IX – Assinaturas Eletrônicas [...]
>
> Capítulo X – Atos Notariais Eletrônicos – E-Notariado (Brasil, [2024]).

O primeiro capítulo das Disposições Gerais estabelece os pilares conceituais e jurídicos para os demais capítulos. Ele expõe conceitos fundamentais que sustentam toda a disciplina, como a importante definição de *ambiente digital*[4].

Além de definir os princípios[5] que guiarão as relações e os atos jurídicos no ambiente digital, um dos pontos que merece destaque são os fundamentos que estruturam e orientam o Direito Civil Digital. Eles servem como um eixo normativo que não apenas regulamenta o presente, mas também prepara o sistema jurídico para os desafios futuros, garantindo que o avanço tecnológico e as interações no ambiente digital ocorram de forma ética, segura e inclusiva.

---

4 "Art. Caracteriza-se como ambiente digital o espaço virtual interconectado por meio da internet, compreendendo redes mundiais de computadores, dispositivos móveis, plataformas digitais, sistemas de comunicação online e quaisquer outras tecnologias interativas que permitam a criação, o armazenamento, a transmissão e a recepção de dados e informações" (Brasil, [2024]).

5 "I – o respeito à dignidade humana de todas as pessoas; II – o favorecimento à inclusão e à acessibilidade no ambiente digital, para a participação de todos, em igualdade de oportunidade e de condições, com acesso às tecnologias digitais; III – a garantia da segurança do ambiente digital, revelada pelos sistemas de proteção de dados, capazes de preservar os usuários contra investidas que lhes coarctem o discernimento, ainda que momentaneamente; IV – a promoção de conduta ética no ambiente digital, respeitando os direitos autorais, preservando a informação, sua segurança e correção, bem como a integridade de dados; V – o combate à desigualdade digital; VI – o respeito aos direitos e à proteção integral de crianças e de adolescentes também no ambiente digital" (Brasil, [2024]).

O primeiro fundamento é o respeito à privacidade, à proteção de dados pessoais e patrimoniais, bem como à autodeterminação informativa. O direito à privacidade no ambiente digital não é apenas central, mas fundamental para a preservação dos direitos individuais, pois os dados[6] e informações são ativos extremamente valiosos[7]. Com o avanço tecnológico e o aumento da coleta de dados por empresas e plataformas, surgem desafios à privacidade dos cidadãos, cujos dados são constantemente monitorados e processados.

Nesse contexto, tanto o constituinte de 1988 quanto o legislador de 2002 definem a privacidade em posição central; assim, colocar como um dos pilares do Direito Civil Digital não é apenas uma questão de segurança, mas uma forma de garantir a preservação de um direito fundamental, essencial no desenvolvimento do novo livro. A proteção de dados e a autodeterminação informativa também ocupam posição central no livro, ressaltando a importância da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

E não menos importante é o direito à proteção de dados patrimoniais, que emerge com força no ambiente digital, especialmente à medida que o conceito de patrimônio digital[8] se expande e ganha relevância, tendo um capítulo específico para tratar da temática dentro do novo livro. Assim, o Direito Civil Digital não só protege a privacidade e os dados pessoais mas também se adapta à nova realidade econômica e patrimonial, garantindo uma regulamentação abrangente e segura para os ativos digitais.

O segundo fundamento é a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião. Esse inciso é essencial para a construção de um regramento de direito digital que vise garantir um ambiente democrático e plural, onde os indivíduos possam se manifestar livremente, acessar informações e participar das discussões que ocorrem no espaço virtual, celebrando temas importantes do Marco Civil da Internet, como a neutralidade das redes. A internet consolidou-se como

6 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) não contemplou em seu texto original um direito autônomo à proteção de dados pessoais. Contudo, ele veio a ser reconhecido em 2022 pela Emenda Constitucional nº 115.

7 Bruno Bioni: "Com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo (marketing) e a sua promoção (publicidade), os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação" (Bioni, 2019, p. 12).

8 "Art. Considera-se patrimônio digital o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencente a pessoa ou entidade, existentes em formato digital. Parágrafo único. A previsão deste artigo inclui, mas não se limita a dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, *tokens* não fungíveis ou similares, milhagens aéreas, contas de games ou jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros ativos digitais, armazenados em ambiente virtual" (Brasil, [2024]).

uma plataforma de comunicação aberta e acessível, tornando-se o principal meio de disseminação de ideias e opiniões no mundo contemporâneo.

Como destaca Habermas (1992, p. 451), a internet funciona hoje como parte integrante da esfera pública, um espaço onde as trocas de ideias, opiniões e debates são facilitadas e democratizadas, criando oportunidades para o exercício da cidadania e para o engajamento social. Esse ambiente digital, caracterizado pela diversidade de opiniões e pelo fácil acesso à informação, é crucial para a manutenção de uma sociedade inclusiva e participativa.

A liberdade de expressão no ambiente digital, portanto, não se limita apenas ao direito individual de se expressar, mas também contribui para a sustentação do próprio regime democrático. Ao possibilitar o livre fluxo de informações e a interação entre diferentes grupos e indivíduos, a internet torna-se um instrumento vital para a formação da opinião pública. O Direito Civil Digital deve garantir que essa liberdade seja protegida, ao mesmo tempo em que se criam mecanismos que evitem abusos, como o discurso de ódio, desinformação e outras formas de manipulação que possam prejudicar a integridade das discussões online.

Além disso, a liberdade de informação e comunicação é fundamental para assegurar que as pessoas possam compartilhar ideias, acessar conteúdos de relevância e exercer o direito de se manterem informadas. Em um mundo digital cada vez mais interconectado, garantir o direito ao acesso a informações e à livre comunicação é um elemento-chave para promover a justiça social e a igualdade de oportunidades. Esses fundamentos asseguram que o ambiente on-line continue a ser um espaço aberto e inclusivo, que fomente a participação ativa e a troca de ideias entre todos os cidadãos.

O terceiro fundamento do Direito Civil Digital é a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem da pessoa. Consagrado na CRFB, esse fundamento estende-se ao meio digital da mesma forma como se aplica ao meio físico ou analógico, refletindo a necessidade de proteção dos direitos de personalidade no ambiente digital. O avanço tecnológico e a crescente exposição das informações, tornam a garantia desses direitos ainda mais essencial no cenário virtual, onde a disseminação de conteúdos pode ocorrer de forma rápida, massiva e, muitas vezes, incontrolável.

Hoje, o ambiente digital se tornou uma verdadeira extensão de nossas vidas. Desde as redes sociais até o armazenamento de informações em plataformas online, o conteúdo digital revela aspectos profundamente pessoais e íntimos de cada indivíduo. Em muitos casos, as informações digitais podem até trazer mais detalhes sobre nós do que interações físicas comuns. Nosso comportamento

on-line, as preferências de consumo, nossos dados de geolocalização e as trocas de mensagens revelam muito sobre nossa intimidade e personalidade. Por isso, é essencial que a proteção no ambiente digital seja tratada com o mesmo rigor que no meio analógico.

A vida digital contém camadas de informações que, quando desprotegidas, podem expor o indivíduo a uma série de vulnerabilidades. Nesse sentido, garantir a proteção no espaço virtual é fundamental para preservar a dignidade e os direitos de personalidade dos cidadãos. O Direito Civil Digital, pois, reconhece que, no ambiente online, a intimidade é igualmente valiosa e vulnerável, devendo ser protegida com a mesma intensidade e rigor.

O quarto fundamento do Direito Civil Digital é o desenvolvimento e a inovação econômicos, científicos e tecnológicos, garantindo a integridade e a privacidade mental, a liberdade cognitiva, o acesso justo, a proteção contra práticas discriminatórias e a transparência algorítmica. Esse fundamento reflete a necessidade de equilibrar o avanço tecnológico com a proteção dos direitos fundamentais, de modo a garantir que a evolução digital ocorra de forma ética, inclusiva e respeitosa aos valores humanos.

O desenvolvimento econômico, científico e tecnológico é indispensável para o progresso da sociedade. No entanto, esse avanço não pode ocorrer em detrimento da integridade mental e das liberdades individuais. A privacidade mental[9], que em artigo específico no livro deságua nos chamados "neurodireitos" (Porto, 2024), assegura que as informações e decisões de uma pessoa não sejam manipuladas ou exploradas de maneira abusiva, especialmente por meio de algoritmos e tecnologias que possam influenciar suas escolhas sem seu pleno conhecimento. A liberdade cognitiva protege o direito de cada indivíduo de pensar livremente e tomar decisões sem interferências ou pressões indevidas, seja por meio de campanhas publicitárias invasivas, seja por manipulações de dados que possam direcionar comportamentos ou escolhas.

Outro ponto crucial desse fundamento é o acesso justo às inovações tecnológicas e digitais. Em uma sociedade cada vez mais conectada, garantir que todos tenham acesso às mesmas oportunidades tecnológicas é decisivo para promover a igualdade e a inclusão digital. O avanço tecnológico não pode criar uma divisão digital, em que somente uma parcela da população se beneficie, enquanto outros ficam marginalizados. O Direito Civil Digital busca, assim, assegurar que as novas

9 Novos contextos trazem novas necessidades, estender os direitos da personalidade é essencial, seguindo lições de Tartuce (2016, p. 98).

tecnologias estejam disponíveis de maneira equitativa, permitindo que todos os cidadãos participem do ambiente digital de forma justa e acessível.

Além disso, a proteção contra práticas discriminatórias garante que o uso de tecnologias e algoritmos não perpetue ou amplifique desigualdades. Existe aqui um incentivo para que o uso de algoritmos seja transparente e não reforce preconceitos ou discriminações. Nesse sentido, a transparência algorítmica desempenha um papel essencial, assegurando que os processos automatizados sejam auditáveis[10], compreensíveis e justos, permitindo que as decisões tomadas por sistemas tecnológicos sejam claras e estejam em conformidade com os direitos fundamentais.

Assim, ao promover o desenvolvimento e a inovação, o novo livro estabelece normas que garantem que esse progresso ocorra de maneira responsável, preservando a dignidade, a liberdade e os direitos de todos os cidadãos no ambiente digital.

O quinto fundamento do Direito Civil Digital é a livre iniciativa e a livre concorrência, as quais garantem que o ambiente digital seja um espaço dinâmico e favorável à inovação, com o fim de permitir a empresas e empreendedores atuar e desenvolver suas atividades. A livre iniciativa assegura que os indivíduos tenham o direito de empreender e explorar oportunidades no ambiente digital, promovendo o crescimento econômico e a criação de novos serviços e soluções tecnológicas.

No ambiente digital, a livre concorrência assume um papel ainda mais relevante, uma vez que o mercado digital tende a ser dominado por grandes plataformas globais que podem impor barreiras de entrada a novos competidores. Garantir um ambiente de concorrência leal é essencial para que novas empresas possam surgir e competir de maneira justa, sem que o mercado seja concentrado nas mãos de poucas corporações. A livre concorrência assegura que o ecossistema digital seja diversificado e ofereça aos consumidores uma ampla gama de opções, incentivando a inovação e o aprimoramento dos serviços disponíveis.

O Direito Civil Digital, ao proteger a livre iniciativa e a livre concorrência, busca assegurar que as práticas monopolistas e anticompetitivas não sejam admitidas, promovendo um ambiente de negócios onde a inovação possa florescer. Ao criar condições equitativas para todos os atores do mercado digital, visa incentivar a criatividade, a inovação e o crescimento econômico de maneira sustentável e ética, beneficiando diretamente os consumidores.

10 Luís Barroso afirma: "Os algoritmos são treinados sobre os dados existentes, que, a seu turno, expressam comportamentos humanos passados e presentes, repletos de vieses e preconceitos, profundamente determinados por circunstâncias históricas, culturais e sociais. 4 Tendem, por tal razão, a reproduzir estruturas sociais atuais e pretéritas de inclusão e exclusão" (Barroso, 2024, p. 45).

O sexto fundamento do Direito Civil Digital é a inclusão social, promoção da igualdade e da acessibilidade digital. Esse regramento é essencial para garantir que os benefícios do avanço tecnológico sejam distribuídos de maneira equitativa e inclusiva, sem que parcelas da sociedade sejam excluídas do acesso às inovações e oportunidades que o ambiente digital oferece.

A inclusão social no contexto digital busca assegurar que todos, independentemente de sua condição socioeconômica, geográfica ou cultural, tenham a oportunidade de participar plenamente do ambiente digital. Há aqui um incentivo a criação de políticas públicas e regulamentos que promovam o acesso universal às tecnologias e à internet, assegurando que populações vulneráveis, possam usufruir dos mesmos benefícios que aqueles que estão em condições mais favoráveis. O Direito Civil Digital estabelece diretrizes para assegurar que essas populações não sejam "deixadas para trás" no processo de digitalização global.

Da mesma forma, a promoção da igualdade no ambiente digital visa combater desigualdades preexistentes que podem ser amplificadas pela tecnologia. A internet e as plataformas digitais podem ser ferramentas poderosas para reduzir disparidades sociais e econômicas, mas isso só é possível se forem criadas condições justas e acessíveis para todos. Assim, ao tratar da promoção da igualdade, visa-se garantir que as inovações tecnológicas não reforcem preconceitos ou exclusões, mas que sejam utilizadas como instrumentos de justiça e equidade.

Por fim, a acessibilidade digital refere-se ao design de plataformas e serviços on-line que possam ser utilizados por todos, incluindo pessoas com deficiência. Esse fundamento exige que o ambiente digital seja planejado para ser inclusivo, assegurando que pessoas com limitações físicas, sensoriais ou cognitivas tenham pleno acesso às tecnologias e aos serviços oferecidos no mundo digital. A acessibilidade digital não é apenas uma questão de conformidade técnica, mas um compromisso com a justiça social e a igualdade de oportunidades.

O último fundamento é o efetivo respeito aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade das pessoas, e ao exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Isso é crucial para assegurar que o ambiente digital não apenas preserve, mas fortaleça os valores centrais dos direitos humanos, protegendo-os no contexto das interações digitais.

No contexto digital, o respeito aos direitos humanos é essencial para que o ambiente on-line não se torne um espaço de exploração, abuso ou discriminação. O livre desenvolvimento da personalidade, um dos direitos de extrema importância

que encara dificuldades frente ao digital[11], envolve a capacidade de o indivíduo atuar e criar suas próprias convicções de acordo com seus valores e crenças sem interferências indevidas e manipulações. Assegurar esse desenvolvimento é, portanto, fundamental para preservar a autonomia e a dignidade de cada pessoa – e aqui se ressalte a ligação direta do tema com o Capítulo destinado às crianças e adolescentes.

Seguindo esse entendimento, o exercício da cidadania no ambiente digital não é apenas uma extensão das liberdades tradicionais, mas uma verdadeira ampliação das oportunidades de participação democrática. A internet, como um novo espaço de interação e engajamento, oferece aos cidadãos a capacidade de expressar suas opiniões, acessar informações e contribuir para o debate público, como já mencionado anteriormente. Ao se preocupar com esses aspectos, o fundamento visa assegurar que a internet continue sendo um espaço onde os direitos de participação e engajamento democrático sejam plenamente exercidos, reforçando o papel ativo do cidadão na construção da sociedade.

Cada um desses fundamentos visa assegurar que o avanço tecnológico e a crescente digitalização de nossas vidas ocorram de forma equilibrada, onde os direitos dos indivíduos sejam protegidos e respeitados. Da mesma forma, é essencial que a legislação se desenvolva com uma estrutura sistemática, capaz de acompanhar a evolução sem perder de vista a garantia dos direitos fundamentais.

A criação do Livro de Direito Civil Digital representa um marco disruptivo na modernização do ordenamento jurídico, colocando o Brasil na vanguarda da regulamentação digital, adequando-o às demandas e complexidades da revolução tecnológica. Num mundo cada vez mais digitalizado, torna-se imprescindível que o Direito Civil esteja preparado para regular esse novo espaço, garantir segurança jurídica e a preservação de direitos, além de oferecer uma base robusta para os novos temas que hão de surgir.

Referências

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 3-20, jul./dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Inteligência artificial, plataformas digitais e democracia*: direito e tecnologia no mundo atual. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

11 Muito embora não tenha previsão expressa, autores como Tepedino (1999, p. 25), entendem que há decorrência direta do texto constitucional.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 4 nov. 2024.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

PORTO, Laura. Neurodireitos: um olhar para o futuro presente na era digital. *Migalhas*, [*s. l.*], 25 mar. 2024. Migalhas Notariais e Registrais. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e%20registrais/404071/neurodireitos-um-olhar-para-o-futuro-presente-na-era-digital. Acesso em: 4 nov. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Novos direitos para uma nova sociedade: a introdução dos neurodireitos na reforma do Código Civil

Ricardo Campos[1]

1 Introdução

Instaurada em agosto de 2023 pelo Senado Federal, a Comissão de Juristas incumbida da reforma do Código Civil (Comissão [...], 2023) representa um esforço significativo para modernizar o marco jurídico que rege a vida civil no País. O processo de atualização é motivado pelas transformações sociais e tecnológicas que ocorreram nas últimas décadas, exigindo que o Código Civil, em vigor há mais de 20 anos, seja adaptado às dinâmicas e aos desafios de uma sociedade altamente digitalizada.

Dentro desse esforço de modernização, destaca-se a criação de um novo livro dedicado ao Direito Digital, uma iniciativa pioneira no contexto da tradição civilista brasileira (Campos, 2024). Esse livro autônomo foi concebido para tratar de maneira específica e aprofundada das questões jurídicas que emergem no ambiente digital, como a proteção dos neurodireitos, a regulação do patrimônio

1 Ricardo Campos é doutor e mestre pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Frankfurt, Hessen, Alemanha; docente nas áreas de Proteção de dados, regulação de serviços digitais e direito público na Faculdade de Direito da Goethe-Universität; vencedor do Prêmio Werner Pünder sobre regulação de serviços digitais (Alemanha, 2021) e do European Award for Legal Theory da European Academy of Legal Theory (2022); membro da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil; coordenador da área de Direito Digital da OAB Federal/ESA Nacional; diretor do Legal Grounds Institute; advogado e parecerista.

digital, a responsabilidade das plataformas online e o uso de inteligência artificial. A inclusão de um livro para o Direito Digital no Código Civil não só demonstra o reconhecimento da importância de um tratamento especializado e adequado às novas tecnologias e seus impactos na sociedade, como também reflete a necessidade de maior segurança jurídica e proteção de direitos nesse novo cenário (Salomão; Campos, 2024), alinha o Brasil às tendências globais de regulamentação do espaço digital e posiciona-o como líder no debate sobre as legislações que governarão a sociedade digital do futuro.

2 Breves notas sobre neurodireitos

Nas últimas décadas, o progresso no campo da neurociência, impulsionado por atores públicos e privados, e seguido pelo aperfeiçoamento da neuroengenharia e das neurotecnologias – entendidas como tecnologias que permitem gravar, modificar ou influenciar a atividade cerebral (Scott, 2006) –, resultou num crescente interesse da comunidade acadêmica e do público sobre o potencial inquestionável para o aprimoramento da saúde e da vida humana. Atualmente, as neurotecnologias transitam dos laboratórios de pesquisa para a indústria e o mercado, avançando tanto em aplicações militares e médicas quanto com a comercialização direta a consumidores (Fiani; Reardon; Ayres; Cline; Sitto, 2021).

Ao quadro normativo voltado para a proteção e a preservação do cérebro e da mente humana (Ienca, 2021) frente aos avanços das neurotecnologias tem-se dado o nome *neurodireitos*. O termo foi cunhado em 2017 (Ienca; Andorno, 2017) por pesquisadores que concluíram que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos era insuficiente para oferecer uma governança adequada aos potenciais riscos que emergem do desenvolvimento e do uso destas tecnologias. O conceito ganhou tração perante a comunidade científica internacional com a publicação de um artigo coordenado por Rafael Yuste e Sara Goering e publicado na revista *Nature* (Yuste *et al.*, 2017). No artigo, os autores identificam quatro áreas prioritárias de preocupação relacionadas às neurotecnologias e à inteligência artificial, combinação que potencializa os benefícios, mas também os riscos associados às tecnologias: a) privacidade e consentimento; b) agência e identidade; c) melhoramento cognitivo; e d) vieses. Para cada um desses eixos recomendaram-se cláusulas protetivas especificas denominadas *neurodireitos*, que deveriam ser incorporadas em legislações, regulamentos e tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em sentido semelhante, a Neurorights Foundation, fundação vinculada à Columbia University e cujo objetivo é desenvolver códigos éticos e diretrizes de direitos humanos para auxiliar formuladores de políticas, tecnólogos e cientistas na regulamentação da neurotecnologia, propôs a identificação de cinco neurodireitos (The Neurorights Foundation, [201-]), relacionados à privacidade mental, à identidade pessoal, ao livre arbítrio, ao acesso justo ao melhoramento mental e à proteção contra vieses[2].

3 Neurodireitos no ordenamento jurídico brasileiro

A atualização relativa às neurotecnologias e seus impactos sobre os direitos individuais e coletivos ganhou espaço nas discussões sobre o Código Civil. Porém, inicialmente, discussões sobre a matéria foram travadas no âmbito constitucional. Em junho de 2023, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 29, que propõe a inclusão do inciso LXXX ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), nos seguintes termos: "o desenvolvimento científico e tecnológico assegurará a integridade mental e a transparência algorítmica, nos termos da lei" (Brasil, 2023). A PEC foi inspirada nas iniciativas da Neurorights Foundation e na proposta de atualização da constituição chilena para incluir a proteção dos neurodireitos. A justificativa da emenda é embasada na responsabilidade do Estado brasileiro de garantir que os avanços tecnológicos beneficiem a sociedade sem comprometer a autonomia e a integridade humanas. Entre as razões apresentadas, os parlamentares destacam que, embora traga "esperança e grande expectativa", sobretudo na área médica, o desenvolvimento das neurotecnologias também gera "preocupações legítimas" quanto aos limites éticos e normativos de seu uso.

2 O direito à *privacidade mental* relaciona-se à ideia de que quaisquer dados neurais obtidos a partir da medição da atividade neural podem ter impactos profundos, exigindo que o tratamento dessa nova categoria de dados pessoais seja regulado de forma específica. O direito à *identidade pessoal* visa estabelecer limites para impedir que as neurotecnologias influenciem ou alterem o senso de identidade individual, especialmente em um contexto em que a conexão dos indivíduos a redes digitais vai além das interações tradicionais entre homem e máquina ou cérebro e máquina. O direito ao *livre arbítrio*, nesse cenário, é fundamentado na necessidade de que os indivíduos mantenham controle absoluto sobre seus próprios processos decisórios, garantindo que suas escolhas estejam livres de qualquer manipulação oculta por meio de neurotecnologias externas. Outro aspecto importante é o direito de *acesso justo à ampliação mental* que defende que o acesso a melhorias ou expansões das capacidades cognitivas por meio de tecnologias deve ser pautado pelos princípios de justiça e equidade. Por fim, o direito à *proteção contra vieses* compreende um conjunto de medidas destinadas a combater os vieses que podem surgir com o uso de neurotecnologias, especialmente quando seu emprego está associado a ferramentas de inteligência artificial (The Neurorights Foundation, [201-]).

No anteprojeto de reforma do Código Civil, os neurodireitos foram contemplados no Capítulo II, "Da Pessoa no Ambiente Digital", o qual, por sua vez, está inserido no Livro VI, "Do Direito Civil Digital". O artigo proposto é o seguinte:

> Os neurodireitos são parte indissociável da personalidade e recebem a mesma proteção desta, não podendo ser transmitidos, renunciados ou limitados.
>
> § 1º São considerados neurodireitos as proteções que visam preservar a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio, o acesso justo à ampliação ou melhoria cerebral, a integridade mental e a proteção contra vieses, das pessoas naturais, a partir da utilização de neurotecnologias.
>
> § 2º São garantidos a toda pessoa natural os seguintes neurodireitos:
>
> I – direito à liberdade cognitiva, vedado o uso de neurotecnologias de forma coercitiva ou sem consentimento;
>
> II – direito à privacidade mental, concebido como direito de proteção contra o acesso não autorizado ou não desejado a dados cerebrais, vedada a venda ou transferência comercial;
>
> III – direito à integridade mental, entendido como o direito à não manipulação da atividade mental por neurotecnologias, vedada a alteração ou eliminação do controle sobre o próprio comportamento sem consentimento;
>
> IV – direito de continuidade da identidade pessoal e da vida mental, com a proteção contra alterações na identidade pessoal ou coerência de comportamento, vedadas alterações não autorizadas no cérebro ou nas atividades cerebrais;
>
> V – direito ao acesso equitativo a tecnologias de aprimoramento ou extensão das capacidades cognitivas, segundo os princípios da justiça e da equidade;
>
> VI – direito à proteção contra práticas discriminatórias, enviesadas a partir de dados cerebrais.
>
> § 3º Os neurodireitos e o uso ou acesso a dados cerebrais poderão ser regulados por normas específicas, desde que preservadas as proteções e as garantias conferidas aos direitos de personalidade (Brasil, [2024b]).

A inclusão dos neurodireitos no projeto de reforma do Código Civil visa assegurar a proteção dos direitos da personalidade no contexto das inovações tecnológicas. Em seu *caput*, o artigo proposto reconhece que os neurodireitos são parte indissociável da personalidade, garantindo que não podem ser transmitidos, renunciados

ou limitados[3]. Os neurodireitos englobam a proteção de aspectos fundamentais da mente e do comportamento humano, incluindo a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio, o acesso justo a melhorias cognitivas, a integridade mental e a proteção contra vieses que possam surgir do uso de neurotecnologias (§ 1º).

Entre os direitos garantidos, está o direito à liberdade cognitiva, que proíbe o uso de neurotecnologias de forma coercitiva ou sem o consentimento da pessoa. Destaca-se também o direito à privacidade mental, que visa proteger contra o acesso não autorizado a dados cerebrais, impedindo a venda ou transferência comercial desses dados. Assegura-se também o direito à integridade mental, que protege contra a manipulação da atividade mental por neurotecnologias, garantindo que o controle sobre o próprio comportamento não seja alterado sem consentimento. Outro direito reconhecido é a continuidade da identidade pessoal e da vida mental, que oferece proteção contra alterações na identidade ou coerência de comportamento, proibindo mudanças não autorizadas no cérebro ou nas suas atividades. Há também o direito ao acesso equitativo a tecnologias que ampliem ou melhorem as capacidades cognitivas, garantindo que esse acesso seja pautado pelos princípios de justiça e equidade. O direito à proteção contra práticas discriminatórias, por sua vez, visa combater qualquer forma de discriminação baseada em dados cerebrais. Finalmente, determina-se que os neurodireitos e o uso de dados cerebrais possam ser regulados por normas específicas, desde que essas normas preservem as proteções e garantias conferidas aos direitos de personalidade, assegurando que o respeito à dignidade e à liberdade individual seja mantido.

Como visto, os neurodireitos envolvem questões centrais como a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio e a proteção contra vieses (Ligthart *et al.*, 2023). Tais direitos visam evitar que a utilização de neurotecnologias ocorra sem o consentimento dos indivíduos, preservando a integridade e a continuidade da vida mental. Com base nessas premissas, o artigo prevê garantias específicas, como a proibição do uso coercitivo de neurotecnologias, a proteção contra acessos não autorizados a dados cerebrais e a vedação de manipulações da atividade mental. Ademais, ao garantir o acesso equitativo às tecnologias de aprimoramento cognitivo e a proteção contra práticas discriminatórias, o projeto de reforma do Código Civil demonstra um compromisso com os princípios de justiça e equidade. Considerando o desenvolvimento global de normas e legislações para regular o uso de neurotecnologias, a adoção dos neurodireitos no Brasil também sintonizaria o

3 Nos termos do art. 11 do Código Civil, que não será alterado: "[c]om exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária" (Brasil, [2024a]).

País com as melhores práticas internacionais. Em um cenário em que países como Chile e diversas nações europeias já avançam na regulamentação dessas tecnologias, o Brasil se fortalece ao assegurar a proteção dos seus cidadãos contra os riscos e abusos potenciais associados ao uso das neurotecnologias.

4 Breves notas sobre Direito Comparado

Recentemente, governos, organizações internacionais e outros agentes têm-se dedicado a desenvolver um arcabouço ético, jurídico e regulatório para as neurotecnologias, influenciados pela teoria dos neurodireitos. Destacam-se iniciativas como a da OCDE, que publicou a *Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology* (OECD, 2019), enfatizando a autonomia e a liberdade cognitiva, e a Unesco, que, através do International Bioethics Committee, já destacara em 2021 a necessidade de proteção das atividades cerebrais e dos dados cerebrais, com ênfase na integridade física e mental. Em 2023, a Unesco também publicou o *Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of neurotechnology* (United Nations, 2023), destacando os desafios éticos, legais e sociais únicos impostos pelas neurotecnologias.

A Espanha, com sua *Carta Derechos Digitales* (España, [2021]), e a França, com a *Charte de développement responsable des neurotechnologies* (France, [2022]), são exemplos de países que reconhecem a importância da regulamentação das neurotecnologias para proteger a identidade e autonomia individual. O Chile, por sua vez, aprovou aLei nº 21.383, que altera a Constituição para incluir a proteção dos neurodireitos[4], e com uma decisão judicial inédita contra a empresa Emotiv[5].

4 Em 2021, o Chile modificou a Constituição para incluir a proteção da integridade física e mental das pessoas, destacando que a lei deve proteger especialmente a atividade cerebral e as informações relacionadas a ela. Essa mudança constitucional foi motivada pela preocupação crescente com os os direitos à integridade e à privacidade mental que podem ser violados pelas neurotecnologias. O Chile se tornou o primeiro país a reconhecer explicitamente esses direitos numa Constituição, em resposta aos riscos que essas tecnologias apresentam para a privacidade mental, integridade e liberdade cognitiva, pois a estrutura atual de direitos humanos não oferecia proteção adequada. Além disso, a decisão foi influenciada pela pressão internacional e pelo *advocacy* de cientistas, como Rafael Yuste e a Neurorights Foundation, que alertaram para os perigos da manipulação mental e comportamental. O Chile optou por agir preventivamente, aprendendo com os desafios regulatórios enfrentados por outras tecnologias, como as redes sociais, para evitar problemas semelhantes com as neurotecnologias (McCay, 2024).

5 O *caso Emotiv* no Chile envolveu uma decisão da Suprema Corte que obrigou a empresa Emotiv Inc. a ajustar o uso e a comercialização de seu dispositivo Insight, que coleta dados cerebrais, às normas de proteção de dados pessoais. A Corte determinou a eliminação dos dados armazenados sem consentimento adequado e destacou a necessidade de maior regulação de neurotecnologias para proteger a integridade mental e a privacidade (Smart; Oyarzun, 2024).

Na União Europeia, por sua vez, diversos países assinaram, em outubro de 2023, a *Declaración de León sobre la Neurotecnología Europea* (European Union, [2023]), iniciativa que busca promover uma abordagem centrada no ser humano e orientada para os direitos fundamentais. Os objetivos da Declaração incluem promover cooperação público-privada para desenvolver neurotecnologias seguras e orientadas para os direitos, fomentar um ecossistema de inovação que conecte pesquisa e mercado, incentivar investimentos em startups, avaliar políticas de proteção de dados cerebrais, engajar o público em discussões sobre os riscos dessas tecnologias e criar um ambiente de confiança e transparência. Busca também estabelecer padrões para neurotecnologias com foco em cibersegurança e defesa dos direitos humanos.

5 Considerações finais

A inclusão de um livro específico sobre Direito Digital no Código Civil representa um passo essencial para garantir a proteção jurídica em uma sociedade cada vez mais conectada e dependente de tecnologias digitais. Ao abordar temas como a responsabilidade das plataformas on-line, o uso de inteligência artificial e a proteção dos neurodireitos, o Brasil posiciona-se como um dos pioneiros na regulamentação de um campo emergente e de grande relevância. O reconhecimento dos neurodireitos, ao assegurar a privacidade mental e a autonomia individual diante das neurotecnologias, não apenas protege os direitos dos cidadãos mas também reforça o compromisso do País com a ética e a justiça no avanço tecnológico. Ao reconhecer a importância de regular novos direitos para uma nova sociedade, o Brasil alinha-se às práticas globais mais avançadas, com o fim de garantir que a inovação tecnológica ocorra dentro de parâmetros éticos e normativos sólidos e atualizados.

Referências

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2023*. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158095. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024b]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 4 nov. 2024.

CAMPOS, Ricardo. O direito digital na proposta de reforma do Código Civil. *JOTA*, [*s. l.*], 29 abr. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/o-direito-digital-na-proposta-de-reforma-do-codigo-civil. Acesso em: 1º out. 2024.

COMISSÃO de juristas vai atualizar Código Civil para revolução digital. *Agência Senado*, Brasília, DF, 24 ago. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/24/comissao-de-juristas-vai-atualizar-codigo-civil-para-revolucao-digital. Acesso em: 1º out. 2024.

ESPAÑA. *Carta Derechos Digitales*. Documento para consulta pública. [*S. l.*: *s. n.*, 2021]. Disponível em: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf. Acesso em: 1º out. 2024.

EUROPEAN UNION. Spanish Presidency of the Council of the EU. *León Declaration on European neurotechnology*: a human centric and rights-oriented approach. [*S. l.*: *s. n.*, 2023]. Disponível em: https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/media/o4rh53jr/le%C3%B3n-declaration.pdf. Acesso em: 1º out. 2024.

FIANI, Brian; REARDON, Taylor; AYRES, Benjamin; CLINE, David; SITTO, Sarah R. An examination of prospective uses and future directions of Neuralink: the brain-machine interface. *Cureus*, [*s. l.*], v. 13, n. 3, e14192, 30 mar. 2021. Disponível em: https://www.cureus.com/articles/55684-an-examination-of-prospective-uses-and-future-directions-of-neuralink-the-brain-machine-interface#!/. Acesso em: 1º out. 2024.

FRANCE. Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche. *Charte de développement responsable des neurotechnologies*. [*S. l.*: *s. n.*, 2022]. Disponível em: https://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/french-charter-for-the-responsible-development-of-neurotechnologies-27500.pdf. Acesso em: 1º out. 2024.

IENCA, Marcello. On neurorights. *Frontiers in Human Neuroscience*, [*s. l.*], v. 15, 2021. Disponível em: https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2021.701258. Acesso em: 1º out. 2024.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. *Life Sciences, Society and Policy*, [*s. l.*], v. 13, n. 5, 2017. Disponível em: https://lsspjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1. Acesso em: 1º out. 2024.

LIGTHART, Sjors *et al*. Minding rights: mapping ethical and legal foundations of 'neurorights'. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, [*s. l.*], v. 32, n. 4, p. 461-481, Oct. 2023. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-quarterly-of-healthcare-ethics/article/minding-rights-mapping-ethical-and-legal-foundations-of-neurorights/2F3BD282956047E1E67AA9049A2A0B68. Acesso em: 1º out. 2024.

MCCAY, Allan. Neurorights: the Chilean constitutional change. *AI & Society*, [*s. l.*], v. 39, p. 797-798, 2024. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-022-01396-0. Acesso em: 1º out. 2024.

OECD. *Recommendation of the Council on responsible innovation in neurotechnology*. [Paris]: OECD, 2019. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457. Acesso em: 1º out. 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe; CAMPOS, Ricardo. Código Civil: um novo livro para uma nova sociedade. *JOTA*, [*s. l.*], 8 maio 2024. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/um-novo-livro-para-uma-nova-sociedade. Acesso em: 1º out. 2024.

SCOTT, Stephen H. Neuroscience: converting thoughts into action. *Nature*, [*s. l.*], v. 442, p. 141-142, 2006. Disponível em: https://www.nature.com/articles/442141a. Acesso em: 1º out. 2024.

SMART, Sebastian; OYARZUN, Esteban. El caso Girardi c. EMOTIV Inc. ante la Corte Suprema de Chile: ¿un paso adelante en la protección de los neuroderechos humanos? *In*: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio; TOLE MARTÍNEZ, José Julián (org.). *Desafios da interface neurodireito e inteligência artificial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

THE NEURORIGHTS FOUNDATION. *Frameworks to inform neurotechnology policy*: the five neurorights. [*S. l.*]: The Neurorights Foundation, [201-]. Disponível em: https://neurorightsfoundation.org/mission. Acesso em: 1º out. 2024.

UNITED NATIONS. Unesco. *Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of neurotechnology*. Paris: Unesco, 2023. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016. Acesso em: 1º out. 2024.

YUSTE, Rafael *et al*. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature*, [*s. l.*], v. 551, p. 159-163, 2017. Disponível em: https://www.nature.com/articles/551159a. Acesso em: 1º out. 2024.

Patrimônio e herança digital

Dierle Nunes[1]

1 Considerações iniciais: novos desafios e a necessidade de normatização na era digital

No recente filme futurista da Netflix, *Wonderland* (2024), a inteligência artificial é capaz de criar simulações quase perfeitas de pessoas, permitindo que uma empresa ofereça a chance de reencontrar entes queridos já falecidos ou desaparecidos.

No entanto, embora estejamos longe de conseguir interagir com pessoas falecidas como o filme apresenta, já é possível criar avatares de pessoas que já morreram para fins comerciais (Cruz, 2024), com o emprego da tecnologia *deepfake*[2], e mesmo gerar *ghostchatbots*[3], treinados com dados digitais deixados por pessoas falecidas que simulam interações afetivas (Ortega, 2024), o que obviamente coloca em pauta

1 Dierle José Coelho Nunes é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)/Università degli Studi di Roma La Sapienza; mestre em Direito Processual pela PUC-MG; professor permanente do PPGD da PUC-MG; professor adjunto da PUC-MG e da UFMG; secretário adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; membro da Comissão de Juristas que assessorou no Código de Processo Civil de 2015 na Câmara dos Deputados e da que assessora a de revisão do Código Civil de 2002 no Senado Federal; presidente da Comissão de Inteligência Artificial no Direito da OAB-MG; advogado.

2 "No caso das *deepfakes*, a inteligência artificial é usada para gerar imagens, áudios ou vídeos fraudulentos, a partir da adulteração de elementos visuais (troca de rostos, modificação do local, transformação da aparência), auditivos (substituição ou sobreposição de vozes, invenção de diálogos) ou audiovisuais preexistentes, de forma a fazer com que as pessoas acreditem na existência de algo que não ocorreu. Em outros casos, as falsidades profundas surgem da aplicação de ferramentas generativas, para a geração de registros fotográficos, áudios ou vídeos totalmente artificiais a partir de comandos específicos" (Brasil; DataPrivacyBR, 2024, p. 6).

3 Uma das startups que oferta esse serviço é You, Only Virtual (c2024).

os limites da legislação atual para dirimir questões atuais e porvir envolvendo a virada tecnológica no direito.

Diante dos impactos provocados pelas novas tecnologias, a Subcomissão de Direito Digital, da qual tive a honra de participar, apresentou um anteprojeto de reforma do Código Civil. A Comissão de Juristas liderada pelos ministros Luis Felipe Salomão e Marco Aurélio Belizze foi composta por renomados civilistas e dedicou pouco mais de seis meses e esforços para atualizar o Código Reale de 2002.

Em todo o texto, a comissão buscou incorporar avanços provenientes da literatura jurídica especializada, dos enunciados das Jornadas do Conselho da Justiça Federal e do Direito Jurisprudencial, dimensionado pelos tribunais, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A possibilidade de verdadeiro aprimoramento já serviria como fundamento para a atualização legislativa, mas o fenômeno da digitalização da vida e o surgimento de novas relações jurídicas empreendidas no ambiente da Internet e por meio de novas tecnologias digitais tornam essencial a reforma.

O anteprojeto, na vanguarda do direito mundial, adota em seu texto um novo livro para o Código Civil, intitulado *Direito Civil Digital*. Incluiu-se, assim, um capítulo específico denominado "Patrimônio Digital" com o intuito de regular o conjunto de bens intangíveis e imateriais com valor econômico, pessoal ou cultural, pertencentes a uma pessoa ou entidade, existentes em formato digital.

As tecnologias digitais, incluindo a internet, smartphones e redes sociais, estão cada vez mais entranhadas em nossas vidas, marcando uma tendência de uso continuado. Em 2022, com a população mundial atingindo 8 bilhões de pessoas, 5 bilhões delas possuíam smartphones, representando 82% da população global. Desses usuários de smartphone, 4,7 bilhões participavam de ao menos uma rede social (Oberlo, 2022).

Atualmente, nossa conectividade não só aumentou, mas também mudamos a maneira como acessamos e consumimos tecnologia. Anteriormente, utilizávamos smartphones e plataformas digitais de forma ocasional, como para enviar e-mails ou fazer pesquisas escolares. Hoje, o manuseio desses dispositivos faz parte constante de nossas rotinas diárias, ocupando cerca de seis horas por dia, das quais metade desse tempo é gasta em redes sociais. Um estudo de 2022 aponta que as pessoas chegam a desbloquear seus smartphones aproximadamente 100 vezes por dia, indicando uma relação de dependência significativa com esses dispositivos (Kemp, 2022; Chang, 2022). Hoje tais dados de uso devem ter majorado na medida

em que as tecnologias e o design comportamental[4] se aprimoram para nos tornar cada vez mais dependentes dos *gadgets*[5].

Fica então evidente que na sociedade digital vivemos uma era *Onlife*[6], na qual as experiências reais e virtuais se fundem, e que impõe a percepção de uma virada tecnológica do direito de modo a encarar o impacto das tecnologias de informação e comunicação na adaptação e interpretação do sistema jurídico, de modo que o código deontológico do Direito imponha mecanismos cooperativos de governança e controle do ambiente digital.

Com esse intuito, o livro Direito Civil Digital propõe a atualização da legislação brasileira para endereçar as particularidades do ambiente digital. Ele se divide em dez capítulos que estabelecem desde disposições gerais até normas específicas para atos notariais eletrônicos, passando por princípios de proteção da dignidade e privacidade, regulação de direitos digitais de pessoas naturais e jurídicas, responsabilidades no uso de tecnologias, e gestão de patrimônio digital.

Os pontos-chave incluem: proteção dos direitos de personalidade e dados no ambiente digital; definição de situações jurídicas digitais e suas regulações; garantias para um ambiente digital seguro; diretrizes para a inteligência artificial visando à não discriminação e à transparência; e validação de contratos e assinaturas eletrônicas. Além disso, a lei enfatiza a proteção integral de crianças e adolescentes no âmbito digital e estabelece procedimentos para atos notariais eletrônicos, assegurando sua autenticidade e confidencialidade.

Este texto enfoca o capítulo do patrimônio e da herança digital em face dos novos desafios a que essa parte do direito privado necessita se adaptar.

4 Para "criar ambientes viciantes e estímulos específicos de navegação, capazes de explorar habilidosamente a psicologia dos usuários para mantê-los constantemente" (Morato; Nunes, 2023, p. 220).

5 *Gadget* refere-se a um pequeno dispositivo ou acessório tecnológico com uma função prática e inovadora. Gadgets geralmente são equipamentos eletrônicos portáteis, como smartphones, tablets, relógios inteligentes, entre outros, projetados para facilitar atividades cotidianas ou oferecer entretenimento.

6 "As TICs – tecnologias de informação e comunicação – não são meras ferramentas, mas sim forças sociais que estão afetando cada vez mais nossa autoconcepção (quem somos), nossas interações mútuas (como nos socializamos); nossa concepção da realidade (nossa metafísica); e nossas interações com a realidade (nossa agência). Em cada caso, as TICs têm um enorme significado ético, legal e político, mas com o qual começamos a chegar a um acordo apenas recentemente" (Floridi, 2015, tradução nossa).

2 A morte ontem e hoje

Até há pouco mais de duas décadas, a discussão patrimonial sucessória se limitava à compreensão de um duplo dilema: verificar se o falecido deixou testamento, analisar sua validade e, caso não o tivesse elaborado, aplicar as disposições normativas do Código Civil e do CPC para vislumbrar para quem os bens deixados, de perfil eminentemente patrimoniais (imóveis, semoventes, veículos automotores, ações em bolsa, obras de arte, entre outros), seriam partilhados.

À medida que tecnologias como a internet, o *smartphone* e as redes sociais se proliferam, fica cada vez mais evidente que seu uso ostensivo se transformou em uma tendência irreversível para a humanidade. Esta constatação traz a percepção de que os novos desafios que a digitalização da vida geram a necessidade de regulamentação dos dados digitais e das novas tecnologias, e que tais desafios colocam novos capítulos para o dimensionamento do direito sucessório.

Ademais, começam a surgir novos dilemas que até recentemente soariam como questões ficcionais.

Ganhou destaque recente acórdão proferido pelo TJ-SP que concedeu à genitora, como herdeira, os direitos ao "patrimônio digital" do celular da filha falecida. O pedido era de transferência do ID Apple da falecida, o qual havia sido negado em primeiro grau (São Paulo, 2024).

O Tribunal, porém, decidiu pela transmissão dos arquivos digitais, uma vez que, em seu entendimento: a) o "patrimônio digital" da pessoa falecida, por ter conteúdo afetivo e econômico, pode integrar o espólio e ser partilhado; b) no caso, não haveria violação aos direitos da personalidade, principalmente porque inexistiria disposição que impedisse o acesso dos bens digitais pela família; e c) a Apple não teria manifestado resistência ao pedido.

Muito embora a doutrina especializada convirja, a princípio, para a transmissibilidade de bens digitais dotados de caráter econômico[7], interessa a discussão em torno da transmissão dos bens digitais de caráter existencial e os patrimoniais-existenciais (mistos).

Os primeiros são bens de inestimável valor econômico (perfis em redes sociais, e-mails, postagens de vídeos, fotos e opiniões pessoais) (Zampier, 2021) – verdadeiro exercício dos direitos da personalidade em ambiente digitalizado, enquanto os segundos aproximam-se de uma categoria *sui generis*, em que há a concomitância

7 Como exemplo, há as criptomoedas, milhas aéreas, livros e músicas digitais (Honorato; Leal, 2020, p. 538).

de aspectos existenciais e aspectos patrimoniais (Zampier, 2021), como os perfis monetizados em redes sociais.

A leitura das categorias de bens sob a ótica clássica não é mais suficiente para solucionar as novas questões de direito que se descortinam na *sociedade em rede* (Castells, 2010). Nesse contexto, em razão da virada tecnológica no campo do Direito, há de se revisitar desde os conceitos dos institutos até as formas como tratamos os conflitos (Nunes; Paolinelli, 2020; Nunes, 2023), inclusive, no âmbito do Direito das Sucessões[8].

Primeiro, é importante rememorar que no ordenamento jurídico brasileiro são transmitidas aos herdeiros apenas as relações jurídicas não personalíssimas e patrimoniais (Farias; Rosenvald, 2017), regra que permanecerá inalterada com a Reforma projetada, pois os bens digitais dotados de valor econômico serão sucedidos de acordo com as normas *já* vigentes.

Em relação aos bens digitais existenciais, ou personalíssimos, a posição majoritária da doutrina converge para, a princípio, entender pela sua *intransmissibilidade* – entendimento adotado na Reforma do Código Civil –, em sentido oposto ao que decidiu o TJ-SP na recente decisão aqui mencionada. A mera constatação de que tais bens não possuem, *prima facie*, conteúdo economicamente aferível, já indicaria *de per si* a intransmissibilidade desses bens, em observância às regras sucessórias brasileiras.

É fato objetivo que esses bens estão sustentados pelo direito da privacidade de vários sujeitos envolvidos, o que obsta a transferência *automática* para o espólio do *de cujus* (Valadares; Coelho, 2021). Em decorrência dos avanços tecnológicos, a transferência de bens existenciais puros geraria consequências ainda mais problemáticas, na medida em que poderia induzir a quebras de privacidade e de intimidade capazes de gerar grandes embaraços, reforçando a ideia da intransmissibilidade dos bens digitais existenciais.

Além disso, independentemente de qual teoria se adote acerca do fim dos direitos da personalidade, o resultado – *a intransmissibilidade* – será o mesmo. Isso porque, caso se entenda, como defende a teoria clássica, que os direitos da personalidade são extintos com a morte do titular (Rosa; Rodrigues, 2021) ou que os direitos da personalidade possuem uma pós-eficácia, ou melhor, confere-se uma esfera de liberdade processual aos herdeiros na defesa do interesse no que se refira à "figura do morto" (Naves; Sá, 2017), não haverá transmissão. Ainda que não haja direito da

8 Em 2019, Flávio Tartuce já tecia considerações sobre a exigência de se pensar em novos delineamentos sobre a sucessão em razão das novas tecnologias (Tartuce, 2019).

personalidade após a morte, não se nega a pós-eficácia de certos direitos, sobretudo a expectativa de maior privacidade em relação ao acesso de determinados conteúdos após a morte, de modo que havia um interesse legítimo em vida, e surge um interesse legítimo dos herdeiros de que não haja *nenhuma* violação às informações privadas ali constantes.

Uma eventual transmissibilidade do patrimônio digital do falecido também poderia acarretar, como dito, violações indesejadas ao direito de privacidade de terceiros, que teriam, sem justos motivos, intimidades expostas. É que o bem digital pode envolver conteúdo privado não somente do autor da herança, mas também de terceiros que, independentemente de sua vontade, poderiam ser atingidos com a transmissão do patrimônio aos herdeiros do falecido, com quem, por exemplo, trocou mensagens em plataformas digitais.

Nessa linha, com o objetivo de tratar sobre a matéria da transmissão dos bens digitais, o anteprojeto entregue ao Senado, além de incluir capítulo específico destinado ao Patrimônio Digital, regula o tema de sua transmissão com o falecimento. Entre as regras sugeridas, mencionam-se questões atinentes aos bens patrimoniais digitais (como os criptoativos) e acerca dos direitos de personalidade *que se projetam após a morte*, tais como privacidade, intimidade, imagem, nome, honra, dados pessoais, entre outros, o que evidencia a pós-eficácia desses direitos.

3 A questão dos criptoativos hoje

No livro de Direito Civil Digital do anteprojeto de reforma preceitua-se:

> Art. [X] Considera-se patrimônio digital o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencentes a um indivíduo ou entidade, existentes em formato digital.
>
> Parágrafo único. A previsão deste artigo inclui, mas não se limita a dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, *tokens* não fungíveis ou similares, milhagens aéreas, contas de games e jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros ativos digitais, armazenados em ambiente virtual (Brasil, [2024]).

Desde a criação *recente* (em parâmetros históricos) do criptoativo *bitcoin* (BTC) em 2008, é possível defender que houve a reinvenção da "moeda" na forma de códigos de computador (Ulrich, 2014, p. 12). Isso só foi realizável porque o suposto criador

do BTC, Satoshi Nakamoto, idealizou a tecnologia da *blockchain*, isto é, o "local" em que ocorrem as transações de criptoativos. A *blockchain* pode ser conceituada como uma espécie de livro-razão, capaz de registrar todos os movimentos da transação, como a quantia, quem enviou, quem recebeu e o lugar onde foi registrada a movimentação (Pellini, 2019, p. 74).

A mudança de paradigma provocada pela ascensão do *bitcoin*, de outros criptoativos e da tecnologia da *blockchain* é visualizada na medida em que, de acordo com pesquisa realizada pela empresa Cisco, até 10% da riqueza global poderá ser armazenada em *blockchain* até 2027 (Taylor, 2019).

Não há obscuridade em relação à transmissibilidade das criptomoedas, muito embora sejam bens digitais em sentido estrito, justamente por estar presente o caráter patrimonial. É importante salientar que a Reforma projetada em nada altera esta regra, pois os bens digitais dotados de valor econômico serão sucedidos de acordo com as normas *já* vigentes no ordenamento jurídico pátrio (Nunes; Maciel; Capute, 2024).

A problemática reside em *como* os eventuais herdeiros e legatários terão acesso às criptomoedas que eram custodiadas pelo *de cujus*. O estudo sobre planejamento patrimonial de criptomoedas do Cremation Institute revelou que, apesar de quase 90% dos investidores em criptomoedas se preocuparem com o que acontecerá com esses bens digitais depois que falecerem, apenas 23% desses investidores possuem um planejamento sucessório para esses ativos (Cremation Institute, 2020).

Existem, atualmente, duas formas de custódia de criptomoedas: por meio de corretoras especializadas, as chamadas *exchanges*, e de carteiras de criptomoedas (*wallets*), modalidade em que os ativos permanecem na posse exclusiva do titular.

Em relação à primeira, as criptomoedas são guardadas por corretoras, que detêm a posse dos ativos. Na situação de morte do indivíduo, algumas corretoras possuem procedimentos próprios em seus sites que, caso fique comprovada a morte do titular das criptomoedas e a condição de herdeiro do requerente, é possível que o requerente receba os ativos em sua própria conta da corretora. A Binance, por meio do "recurso de herança", permite que um representante do patrimônio *de cujus* ou beneficiário autorizado a preencher uma solicitação de herança bem-sucedida, receba as criptomoedas em sua conta Binance (2024a, 2024b).

Caso não seja possível o acesso às criptomoedas pela via extrajudicial, nada impede que os interessados se valham de medidas judiciais. Assim, na ação de inventário, por exemplo, cientes de que o falecido era titular de conta em corretora de criptomoedas, os sucessores poderiam requerer a expedição de ofício às corretoras para a transferência dos ativos que o *de cujus* investia em vida.

Além disso, a Instrução Normativa nº 1.888/2019 instituiu a obrigatoriedade de o investidor e sua corretora prestarem informações à Receita Federal relacionadas às operações realizadas com criptoativos, o que pode auxiliar o inventariante a solicitar tais informações pelo sistema Infojud. Após a solicitação das informações, cabe ao inventariante requerer a expedição de ofícios às corretoras, com a finalidade de verificar a existência de saldo em criptomoedas no momento da abertura da sucessão (Teixeira, 2022, p. 196).

Por outro lado, na hipótese em que os criptoativos são custodiados pelo próprio indivíduo em carteiras digitais (*wallets*), torna penosa a tarefa de acessar os ativos do falecido caso ele não tenha elaborado um testamento, pois esse acesso se dá por meio de uma senha privada de 12 (doze) ou 24 (vinte e quatro) palavras em inglês e, uma vez perdida a sequência de palavras, é praticamente impossível recuperá-la. Hoje, algumas startups de software utilizam tecnologias que geram e testam milhões de senhas; ainda assim, as chances de êxito são baixas e é estimado que cerca de 7,8 milhões de BTCs estão perdidos, o equivalente a R$ 2,6 trilhões (Martins, 2024).

A melhor solução, portanto, é a conciliação entre alternativas jurídicas e tecnológicas. Um planejamento sucessório eficaz, mediante testamento, aliado à utilização da tecnologia para viabilizar a sucessão da senha das *wallets* de criptoativos desponta-se como estratégia coerente. Na linha do § 2º do art. 1.857 do Código Civil as disposições testamentárias não se limitam a conteúdos exclusivamente patrimoniais, o que permite, também, que o *de cujus* deixe *instruções* sobre como acessar as senhas das *wallets* de criptoativos (Lara, 2019).

Sugere-se a elaboração de um testamento cerrado, ou *místico*, caracterizado como aquele em que é escrito em carta sigilosa, pelo próprio punho do testador, ou por outra pessoa a seu rogo, e completado com o instrumento de aprovação feito pelo oficial público (Oliveira, 1952). Embora haja a necessidade de ser aprovado perante tabelião, o testador não revela o conteúdo interno do testamento, permanecendo lacrado em sua posse. Assim, o testador deve preservar o testamento, pois ele só será aberto judicialmente após sua morte (art. 1.875, do CC/2002).

Não há óbices a que o testador faça constar nesse testamento que o *pen drive* ou o papel com a senha de suas *wallets*, após sua morte, será transmitido aos seus herdeiros. Entretanto, surge um trabalho dobrado para o testador nessa situação: o de preservar o testamento cerrado e os papéis com as senhas das *wallets* de criptoativos. Há formas mais tecnológicas e engenhosas de lidar com a problemática (Nunes; Maciel, 2024).

4 A questão dos direitos personalíssimos

É prevista no anteprojeto a possibilidade de que o autor da herança disponha em testamento sobre os dados e informações contidas em qualquer aplicação de internet, bem como das senhas e códigos de acesso, corroborando a evidente pós-eficácia dos direitos de personalidade:

> Art. [X] Os direitos de personalidade que se projetam após a morte constantes de patrimônio essenciais e personalíssimos, tais como privacidade, intimidade, imagem, nome, honra, dados pessoais, entre outros, observarão o disposto em lei especial e no Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral deste Código.
>
> Art. A transmissão hereditária dos dados e informações contidas em qualquer aplicação de internet, bem como das senhas e códigos de acesso, *pode ser regulada em testamento*.
>
> § 1º O compartilhamento de senhas, ou de outras formas para acesso a contas pessoais, serão equiparados a disposições contratuais ou testamentárias expressas, para fins de acesso dos sucessores, desde que, devidamente comprovados.
>
> § 2º Integram a herança o patrimônio digital de natureza econômica, seja pura ou híbrida, conceituada a última como a que tem relação com caracteres personalíssimos da pessoa natural ou jurídica.
>
> § 3º Os sucessores legais poderão, se desejarem, pleitear a exclusão da conta ou a sua conversão em memorial, diante da ausência de declaração de vontade do titular (Brasil, [2024], grifo nosso).

Na atualidade, a acessibilidade a redes sociais de pessoas falecidas dependerá de suas opções em vida junto às plataformas em conformidade com os termos de uso ou de um quadro bem variável de decisões judiciais acerca do tema.

O Facebook (c2024), por exemplo, prevê dois caminhos. Em vida, o usuário da plataforma poderá optar pela extinção da rede social ou a conservação de seu perfil na forma de um memorial com a estipulação, ou não, de um "contato herdeiro", indivíduo responsável pelo controle do perfil com limitação de ações determinadas pela própria rede social.

O segundo caminho surge na hipótese de o usuário não fazer indicação alguma do destino de sua conta em caso de morte, situação que ensejará a transformação automática do perfil em memorial. Nesse caso, se não houver uma indicação prévia de um contato herdeiro, a conta não será gerenciada postumamente.

O Instagram, por sua vez, além da exclusão da conta (Instagram, 2024a), estabelece apenas a possibilidade de que "um membro da família ou amigo" solicite a transformação da conta pessoal em um memorial (Instagram, 2024b). Para que isso ocorra, o familiar ou amigo deverá preencher um pequeno formulário contendo as informações do falecido e a comprovação do falecimento. Não há possibilidade de que o titular, por meio da própria plataforma, estabeleça qual destino gostaria de dar para a conta, isto é, que solicite a exclusão, a transformação em memorial ou a concessão de poderes a terceiro para a tomada de decisão.

No Anteprojeto, com a finalidade de preservar a intimidade dos envolvidos, as mensagens privadas do falecido armazenadas em ambiente virtual não poderão ser acessadas pelos herdeiros, em qualquer das categorias de bens patrimoniais digitais, exceto se houver *expressa* disposição de última vontade nesse sentido, e, de toda maneira, *preservada a intimidade de terceiros*[9].

Ficará permitido, caso aprovada a proposta, o acesso pelo herdeiro às mensagens privadas da conta do falecido, desde que por *decisão judicial* e comprovada a sua *necessidade*, para os fins exclusivos autorizados pela sentença e resguardando o direito à intimidade e privacidade de terceiros. Presentes motivos justos e razoáveis, mediante decisão judicial, haverá a transmissibilidade de bens existenciais – o que rechaça a equivocada ideia de intransmissibilidade irrestrita (Brasil, [2024]).

Dessa forma, o famoso *leading case* sobre herança digital ocorrido na Alemanha (Fritz, 2019), no qual se autorizou o acesso dos pais à conta do Facebook da filha para apurar se o falecimento decorreu ou não de suicídio, se ocorresse no Brasil, sob a égide da Reforma do Código, poderia ter a mesma conclusão (transmissibilidade do bem existencial). Ainda que por fundamentações distintas, haveria respaldo para que o entendimento, a depender do caso concreto, fosse pela transmissibilidade do bem pela presença de *justo motivo* – necessidade de acesso às mensagens do falecido para desvendar a causa de sua morte.

9 "Art. Salvo expressa disposição de última vontade e preservado o sigilo das comunicações, e a *intimidade de terceiros, as mensagens privadas do autor da herança difundidas ou armazenadas em ambiente virtual não podem ser acessadas por seus herdeiros*, em qualquer das categorias de bens patrimoniais digitais. § 1º Mediante autorização judicial e comprovada a sua necessidade, o herdeiro poderá ter acesso às mensagens privadas da conta do falecido, para os fins exclusivos autorizados pela sentença e resguardado o direito à intimidade e privacidade de terceiros. § 2º O tempo de guarda das mensagens privadas do falecido pelas plataformas deve seguir legislação especial. § 3º Diante da ausência de declaração de vontade do titular, os sucessores ou representantes legais do falecido poderão, se desejarem, pleitear a exclusão da conta, sua conversão em memorial, ou a manutenção da mesma, garantida a transparência de que a gestão da conta é realizada por terceiro. § 4º Serão excluídas as contas públicas de usuários brasileiros mortos, quando não houver herdeiros ou representantes legais do falecido, contados 180 dias da comprovação do óbito" (Brasil, [2024], grifo nosso).

Se não houver declaração de vontade do titular da conta digital, ficará autorizado que os sucessores, se desejarem, requeiram a exclusão da conta ou sua conversão em memorial, o que afasta o argumento (Fritz, 2021) de que a intransmissibilidade de bens existenciais tornaria as plataformas digitais, sobretudo as *big techs*, herdeiras universais dos bens digitais deixados pelo falecido.

Não deixando dúvidas de que a regulação sugerida se restringe aos herdeiros, e não às plataformas digitais, a proposta de reforma também determina que as contas públicas de usuários brasileiros falecidos sejam excluídas no prazo de 180 dias da comprovação do óbito, caso não haja herdeiros ou representantes legais do falecido[10]. Desse modo, a herança digital em nenhuma hipótese será transferida para a plataforma digital, mas tão somente aos herdeiros, se for o caso (autorização pelo falecido, respeitado os direitos de terceiros, ou decisão judicial no caso de necessidade).

5 A questão dos bens patrimoniais existenciais

O Anteprojeto igualmente se preocupa com os bens patrimoniais existenciais. Por óbvio, como regra do Direito Sucessório, o caráter patrimonial será transmitido. As interações no mundo digital podem proporcionar vantagens econômicas substanciais, exemplificadas por redes sociais com numerosos seguidores que anunciam produtos e serviços. Esses ativos digitais, desenvolvidos pelo networking de seus proprietários, podem ser aproveitados pelos herdeiros após o falecimento dos titulares, mesmo na ausência de uma instrução explícita, devido ao seu claro valor patrimonial (Farias; Rosenvald, 2017).

Em síntese, a proposta é de que sejam transmitidos os bens com conteúdo econômico e os bens existenciais em relação aos quais o falecido manifestou vontade de fossem transferidos, ressalvados os interesses de terceiros. Por outro lado, como proteção à intimidade e aos direitos de terceiros, não serão transmitidos os bens digitais existenciais em relação aos quais o titular não manifestou expressamente sua concordância.

Quanto àquela decisão do TJ-SP, como não houve manifestação expressa da autora da herança, tampouco demonstração de necessidade, a conclusão, caso aplicadas as regras sugeridas pelo anteprojeto de reforma do Código, seria oposta à que chegou

10 Vide Instagram (2024a).

o Tribunal. Ou seja: como a titular não dispôs expressamente, tampouco há situação excepcional, não poderia ser autorizada a transferência do ID Apple aos seus pais.

Os artigos finais do Capítulo destinado ao patrimônio digital estabelecem que "o titular de um patrimônio digital terá o direito à plena proteção de seus ativos digitais, incluindo a proteção contra acesso, uso ou transferência não autorizadas", bem como é dever das plataformas digitais a garantia "de medidas adequadas de segurança para proteger o patrimônio digital dos usuários e fornecer meios eficazes para que os titulares gerenciem e transfiram esses ativos de acordo com a sua vontade e com plena segurança" (Brasil, [2024]). Fica explícito, pois, que, ao interpretar conjuntamente esses dispositivos com as regras anteriores sobre a (in)transmissibilidade dos bens existenciais, o objetivo da Reforma é a tutela da autodeterminação informativa do usuário, isto é, o poder do titular decidir a destinação de suas próprias informações (Leonardi, 2011), incluindo os bens digitais patrimoniais, existenciais e patrimoniais-existenciais.

Sem dúvida, o tema é permeado por dificuldades e obstáculos que ainda envolvem um longo caminho. Ainda assim, parece clara a importância de regulação sobre a matéria, em especial por impedir a transmissão irrestrita de bens digitais existenciais sem que tenha sido autorizada pelo titular, sob pena de violação ao direito à intimidade do próprio titular e de terceiros.

6 Considerações finais

A crescente digitalização de nossas vidas demanda uma urgente e adequada regulamentação do patrimônio digital no Direito de Sucessões. O advento de novas tecnologias, como criptoativos e plataformas digitais, impõe ao Direito desafios sem precedentes; ele precisa evoluir para dar conta desses novos bens intangíveis. O anteprojeto de reforma do Código Civil, com a inclusão do Direito Civil Digital é uma importante iniciativa, incorporando soluções jurídicas adequadas para a sucessão de bens patrimoniais digitais, ao mesmo tempo em que protege, com a devida cautela, os direitos de personalidade e a privacidade.

Defendo que a solução regulatória proposta é um avanço significativo, mas que ainda deve aprimorada pelas constantes inovações (como as apresentadas no início), além de ser complementada por uma conscientização ampla da sociedade e dos operadores do Direito sobre a importância de um planejamento sucessório para os bens digitais. Apenas assim conseguiremos garantir que o patrimônio digital seja devidamente gerido e transmitido, respeitando os direitos e a vontade do titular,

e protegendo, ao mesmo tempo, a intimidade dos herdeiros e terceiros. Acredito que a combinação de mecanismos tecnológicos e jurídicos, como testamentos específicos para senhas de *wallets* e perfis digitais, será essencial para consolidar uma sucessão justa e segura nesse novo cenário.

Por fim, reafirmo a convicção de que o equilíbrio entre a proteção da privacidade e a garantia de transmissão dos bens digitais de caráter econômico é o caminho mais adequado para enfrentar os desafios da herança digital. Há de se continuar acompanhando os desdobramentos desse tema, acreditando que a reforma em curso é um marco necessário para adaptar nosso ordenamento jurídico à realidade digital.

Este texto apresenta uma síntese dos argumentos publicados por: Nunes, Maciel e Capute (2024) e Nunes e Maciel (2024).

Referências

BINANCE. *Como usar o "Recurso de Herança" na Binance?* [*S. l.*], 4 mar. 2024a. Disponível em: https://www.binance.com/pt-BR/support/faq/como-usar-o-recurso-de-heran%C3%A7a-na-binance-89413ec723d94a1d8fb038e3e1130e0a. Acesso em: 19 ago. 2024.

_____. *Termos de uso*. [*S. l.*], 3 jun. 2024b. Disponível em: https://www.binance.com/pt-BR/terms. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal; DATAPRIVACYBR. *Guia ilustrado contra as deepfakes*. Brasília, DF: STF, Coordenadoria de Combate à Desinformação, 2024.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. 2nd ed. Chichester, West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

CHANG, Jenny. 90 Smartphone addiction statistics you must see: 2022 usage and data analysis. *FinancesOnline*, [*s. l.*], 6 Nov. 2022. Disponível em: https://financesonline.com/smartphone-addiction-statistics/. Acesso em: 4 nov. 2024.

CREMATION INSTITUTE. *Cryptocurrency estate planning study*. [*S. l.*], 7 July 2020. Disponível em: https://cremationinstitute.com/crypto-estate-planning-study/. Acesso em: 19 ago. 2024.

CRUZ, Felipe Branco. A decisão do Conar sobre comercial que reviveu Elis Regina. *VEJA*, São Paulo, 13 maio 2024. Disponível em: https://veja.abril.com.br/coluna/o-som-e-a-furia/a-decisao-do-conar-sobre-comercial-que-reviveu-elis-regina. Acesso em: 4 nov. 2024.

FACEBOOK. *O que acontecerá com a minha conta do Facebook se eu falecer?* [*S. l.*], c2024. Disponível em: https://www.facebook.com/help/103897939701143. Acesso em: 19 ago. 2024.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FLORIDI, Luciano. *The onlife manifesto*: being human in a hyperconnected era. Oxford, UK: Springer, 2015.

FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a herança digital. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Texeira (coord.). *Herança digital*: controvérsias e alternativas. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/57028513/KNF_Garota_de_Berlim_e_heranca_digital. Acesso em: 19 ago. 2024.

_____. *Leading case*: BGH reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Migalhas*, [*s. l.*], 13 ago. 2019. German Report. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/308578/leading-case–bgh-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital. Acesso em: 19 ago. 2024.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito civil e tecnologia*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

INSTAGRAM. *Solicitação de remoção de pessoa falecida*. [*S. l.*], 2024a. Disponível em: https://help.instagram.com/contact/1474899482730688. Acesso em: 19 ago. 2024.

_____. *Solicitar a transformação de uma conta em memorial*. [*S. l.*], 2024b. Disponível em: https://help.instagram.com/contact/452224988254813. Acesso em: 19 ago. 2024.

KEMP, Simon. Looking ahead: key digital themes for 2023. *DataReportal*, [*s. l.*], 7 Oct. 2022. Disponível em: https://datareportal.com/reports/looking-ahead-to-what-2023-holds. Acesso em: 4 nov. 2024.

LARA, Moises Fagundes. *Herança digital*. Joinville: Clube dos Autores, 2019.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Lucas Gabriel. Há cinco Petrobras em bitcoins perdidos. *InfoMoney*, [*s. l.*], 13 mar. 2024. Disponível em: https://www.infomoney.com.br/onde-investir/ha-cinco-petrobras-em-bitcoins-perdidos-e-vale-ate-hipnose-para-tentar-recuperar/. Acesso em: 22 ago. 2024.

MORATO, Otávio; NUNES, Dierle. O uso do design comportamental nas plataformas tecnológicas e as iniciativas de sua regulamentação: Um estudo do modelo gancho. *Revista Justiça de Direito*, [*s. l.*], v. 37, n. 2, p. 207-235, maio/ago. 2023.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual: fusão de conhecimentos para geração de uma nova justiça centrada no ser humano. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 48, n. 344, p. 403-429, out. 2023.

NUNES, Dierle; MACIEL, Mathaus Miranda; CAPUTE, Vitória de Castro. A herança digital dentro da reforma do Código Civil. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 20 maio 2024. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mai-20/reforma-do-codigo-civil-e-a-heranca-digital/. Acesso em: 4 nov. 2024.

NUNES, Dierle; MACIEL, Mathaus Miranda. Testar é preciso: planejamento sucessório de criptoativos e herança digital. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 1º set. 2024. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-01/testar-e-preciso-planejamento-sucessorio-de-criptoativos-e-heranca-digital/. Acesso em: 4 nov. 2024.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à justiça e virada tecnológica no sistema de justiça brasileiro. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WERNECK, Isadora (org.). *Direito processual e tecnologia*: os impactos da Virada Tecnológica em âmbito mundial. Salvador: JusPODIVM, 2020.

OBERLO. How many people have smartphones in 2022? [*S. l.*]: Oberlo, 2022. Disponível em: https://www.oberlo.com/statistics/how-many-people-have-smartphones. Acesso em: 4 nov. 2024.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

ORTEGA, Rodrigo. Já dá para comprar 'vida eterna' de parentes via IA; você compraria? *TAB UOL*, São Paulo, 31 ago. 2024. Disponível em: https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2024/08/31/conversar-com-parentes-mortos-via-ia-ja-e-realidade-para-quem-pode-pagar.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 4 nov. 2024.

PELLINI, Rudá. *O futuro do dinheiro*. São Paulo: Gente, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha*: teoria e prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (3. Câmara de Direito Privado). *Apelação nº 1017379-58.2022.8.26.0068*. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles, 26 de abril de 2024.

TARTUCE, Flávio. Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [*s. l.*], ano 5, n. 1, p. 871-878, 2019.

TAYLOR, Charlie. Up to tenth of world wealth set to be stored on blockchain by 2027. *The Irish Times*, [*s. l.*], 11 Apr. 2019. Disponível em: https://www.irishtimes.com/business/technology/up-to-tenth-of-world-wealth-set-to-be-stored-on-blockchain-by-2027-1.3855716. Acesso em: 16 ago. 2024.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2022.

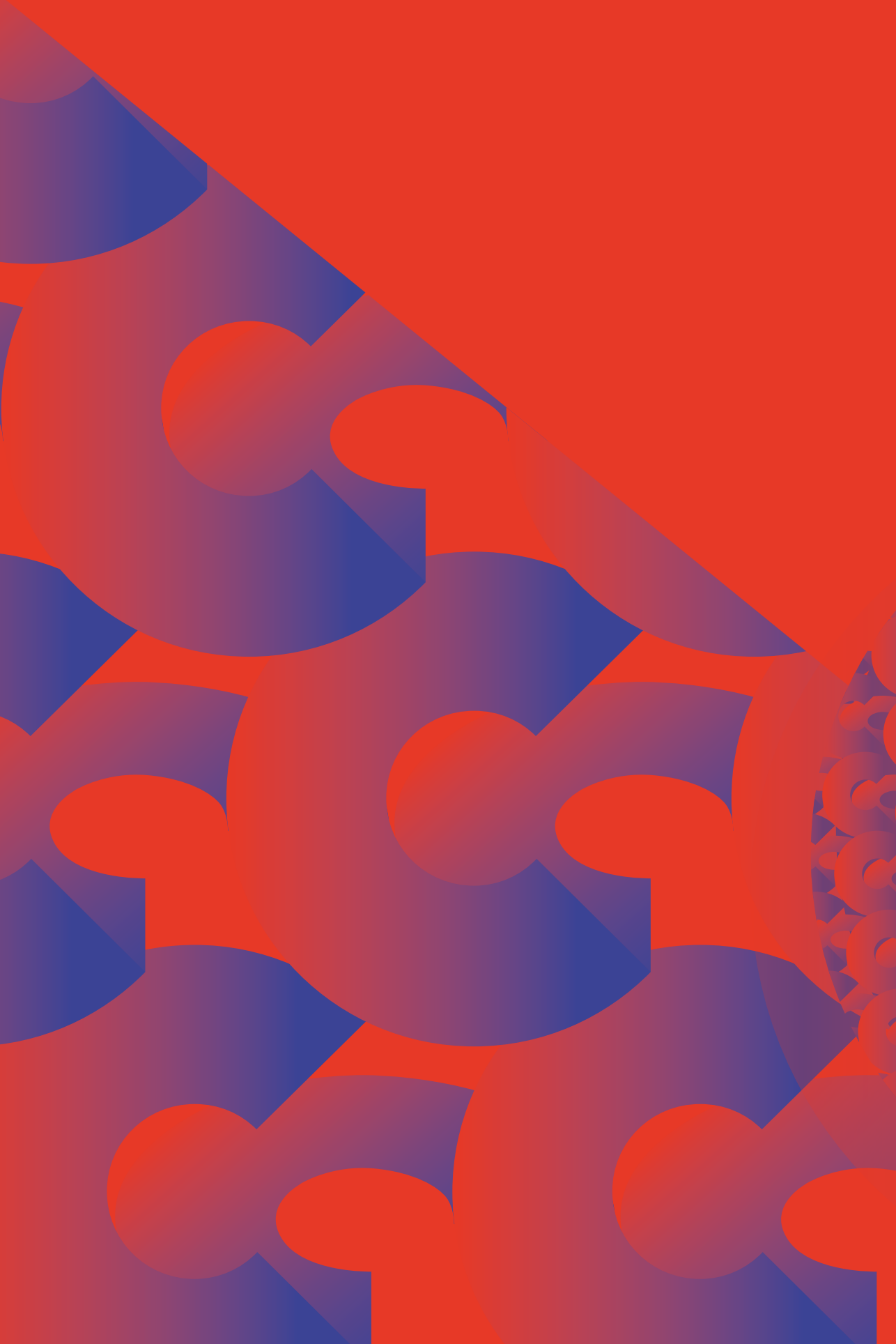
ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Aspectos processuais relacionados à herança digital. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Texeira (coord.). *Herança digital*: controvérsias e alternativas. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

WONDERLAND. Direção: Kim Tae-yong. Produção: Oh Jeong-wan e Park Kwan-soo. Intérpretes: Tang Wei, Bae Suzy, Park Bo-gum, Jung Yu-mi, Choi Woo-shik *et al*. Roteiro: Kim Tae-young e Min Ye-ji. South Korea: Bom Film Productions: Kirin Productions, 2024. Netflix (113 min). Disponível em: https://www.netflix.com/title/81290298. Acesso em: 4 nov. 2024.

YOU, Only Virtual. [*S. l.*], c2024. Disponível em: https://www.myyov.com/. Acesso em: 4 nov. 2024.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.



Aportes dos consultores da Comissão

A reprodução assistida na Reforma do Código Civil

Ana Cláudia Scalquette[1]

1 Introdução

Foram muitas as propostas debatidas, acolhidas e inseridas no Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela reforma e atualização do Código Civil. E dentre elas está o tema da reprodução assistida.

Por qual razão acreditaram os juristas que a filiação decorrente da aplicação de técnicas médicas reprodutivas deveria estar no anteprojeto? A resposta é simples. Faz quarenta anos que as técnicas são empregadas no Brasil sem qualquer regulamentação legal e as consequências já começam a ser sentidas nos tribunais, que se veem compelidos a suprir o vazio legislativo até então ocupado mormente por resoluções médicas que, obviamente, não têm força de lei.

A inserção de capítulo para a filiação decorrente da reprodução assistida no subtítulo da filiação cumpre seu papel de garantir a pacificação das relações sociais e, sobretudo, de assegurar o cumprimento do mandamento constitucional

1 Ana Cláudia Silva Scalquette é doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da UPM; autora do Anteprojeto de Lei nº 115/2015, que institui o *Estatuto da reprodução assistida*, em tramitação na Câmara dos Deputados; pesquisadora internacional do Osservatorio sui Diritti Umani, Bioetica, Salute, Ambiente, vinculado à Università degli Studi di Salerno, da qual é professora visitante; conselheira estadual da OAB-SP; consultora da Comissão de Juristas nomeada para a elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

da igualdade entre os filhos, até aqui inexistente quando se pensa em filiação decorrente do uso de assistência médica à reprodução.

É o que se pretende abordar neste texto com o intuito de contribuir para que a matéria seja estudada de forma técnica e em conformidade com os princípios que regem o Direito de Família.

2 A necessidade de se regulamentar a filiação decorrente de reprodução humana assistida

A primeira criança nascida no Brasil com a utilização da fertilização *in vitro* (também chamada de *bebê de proveta*) foi Ana Paula Caldeira, em 1984, na região metropolitana de Curitiba. Tal feito somente foi possível graças aos pesquisadores e cientistas Patrick Steptoe e Robert Edwards (Scalquette, 2010, p. 57); este último recebeu em 2010 o prêmio Nobel de Fisiologia (ou Medicina)[2], em reconhecimento ao seu trabalho que desenvolveu um método de fertilização do óvulo fora do corpo materno com posterior implantação no útero.

Tal descoberta permitiu em julho de 1978, na Inglaterra, o nascimento da primeira bebê concebida mediante fertilização de óvulo de forma extrauterina.

Desde então, mais de quatro décadas transcorreram sem que, no Brasil, tivéssemos uma regulamentação legal da aplicação[3], uso e consequências jurídicas das técnicas médicas reprodutivas[4].

2 Patrick Steptoe não foi agraciado com o prêmio por ter falecido em 1988.

3 O projeto de lei mais completo sobre o assunto é o PL 115/2015, de autoria do deputado Juscelino Rezende Neto, que discorre sobre a aplicação e uso das técnicas médicas reprodutivas, apresentado tutelas civil, administrativa e penal, além de uma parte principiológica bastante detalhada que pode servir como base para situações fáticas das mais diversas ordens, sejam as que envolvam a família, o patrimônio, a sucessão e/ou a proteção da dignidade do ser humano (Scalquette, 2024, p. 259). O PL 115/2015 visa instituir o *Estatuto da reprodução assistida*; em seus 106 artigos, estabelece uma proteção principiológica bastante detalhada, uma tutela civil que busca disciplinar as mais diversas situações de direito privado, além de uma disciplina administrativa para controle do uso e aplicação das técnicas reprodutivas com a criação de um Conselho Nacional de Reprodução Assistida e a tutela penal com a tipificação de mais de duas dezenas de novos crimes específicos para a reprodução humana (Brasil, 2015). O anteprojeto que deu origem ao *Estatuto da reprodução assistida* foi idealizado a pedido da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida da OAB/SP, permaneceu em Consulta Pública por 180 no site da OAB-SP, até que foi apresentado no Congresso Nacional pelo então deputado Eleuses Paiva (PSD-SP). Atualmente, o projeto, reapresentado pelo deputado Juscelino Rezende Filho (PRP-MA), tramita, em regime de prioridade (Pedro; Scalquette, 2022, p. 32).

4 Assevera Rute Teixeira Pedro, professora de Direito Civil da Faculdade de Direito do Porto/PT que, "em Portugal, diversamente do que acima vimos acontecer no Brasil, trata-se de matéria regulada por lei. Na verdade, o regime que lhe é aplicável encontra-se previsto na Lei nº 32/2006, de 26 de julho – conhecida, justamente, como Lei da Procriação medicamente assistida (PMA) – e que veio dar

De início, devem ser destacados tanto os números de reprodução medicamente assistida no Brasil quanto o que se tem hoje em termos de regulação, a fim de justificar a necessidade de se inserir a filiação decorrente de reprodução humana assistida no Anteprojeto.

Somados os dados de relatórios produzidos pelo Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), vinculado à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), tem-se que, até o presente momento, mais de 1 milhão de embriões foram congelados, mais de 550 mil embriões foram descartados sem que houvesse qualquer dispositivo legal sobre tal permissão. Em 2023 (SisEmbrio, 2024), foram realizados 42.669 ciclos reprodutivos, dentre os quais 2.566 com material genético doado, resultando em 508 gestações com material genético de doador(a), carecendo tal prática de qualquer previsão que garanta segurança jurídica a todos os envolvidos.

Nos últimos trinta anos, a matéria tem sido tratada em resoluções, predominantemente emanadas do Conselho Federal de Medicina (CFM), que visam à normatização ética para a classe médica, mas sem força de lei. Até o momento 7 resoluções buscaram cuidar da matéria – 6 delas publicadas nos últimos dez anos[5]. Tal fato por si só demonstra uma instabilidade no âmbito da própria percepção médica sobre o que seria ou não eticamente recomendável, dada a publicação de uma nova resolução num intervalo menor que 2 anos, em média. Seriam as questões que envolvem a reprodução médica tão voláteis assim, ou esse é um fato que aponta para a necessidade de entregar a regulamentação da matéria àqueles que detêm conhecimento e legitimidade suficientes para fazê-lo, ou seja, o parlamento?

De toda sorte, não é difícil deduzir que os casos complexos se acumulam e os números demonstram que os nascimentos de pessoas com material doado são uma realidade que se avoluma e, seguramente, trarão consequências não desejadas caso

cumprimento à incumbência constitucional de o Estado Português regular o uso dessas técnicas, à luz da alínea *e* do nº 2 do artigo 67º da Constituição da República Portuguesa. É assim possível, em certos casos, o recurso a tais técnicas no processo de geração de uma criança com quem se virão a estabelecer laços de parentalidade"(Pedro; Scalquette, 2022, p. 40-41).

5 Vide Resoluções do CFM nºs 1.358, de 11 de novembro de 1992, 1.957, de 15 de dezembro de 2010, 2.013, de 9 de maio de 2013, 2.121, de 4 de setembro de 2015, 2.168, de 10 de novembro de 2017, 2.294, de 15 de junho de 2021, e 2.320, de 20 de setembro de 2022.

não haja previsão legislativa para tutelar a reprodução medicamente assistida no âmbito do Direito Civil, mormente no Direito de Família[6][7].

Importante salientar as considerações de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior sobre a dupla finalidade das técnicas médicas reprodutivas:

> É fato facilmente constatável na atualidade e, portanto, componente da fenomenologia jurídica de nosso tempo, a prática de manobras de técnica e de ciência médica tendentes a realizar, por meios artificiais, a fertilização de novos seres humanos pela manipulação de material genético. As manobras têm as seguintes finalidades já identificadas; a) o de servir de fundamental ajuda aos casais que querem conceber filhos e que, por diversas razões, naturalmente não o conseguem; b) o de servir como prática fundamental para o sucesso de certas pesquisas médicas que visam à descoberta de fenômenos que interessam à preservação da vida humana (Nery Junior; Nery, 2022, p. 2.016)[8].

Em que pese a importância do uso e aplicação das técnicas médicas, conforme evidenciam os autores, o único dispositivo do Código Civil que trata da reprodução humana assistida é o art. 1.597:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

6 Interessantes são as reflexões de Ana Maria Álvarez-Tabío Albo sobre a dissociação entre sexualidade e reprodução "Sin el ánimo de abarcar todas las posibles variantes, la familia de la Cuba del segundo decenio del siglo XXI se caracteriza – o está a las Puertas de hacerlo em algunos casos – por la presencia conjugada de múltiples factores, a saber: […] c) La disociación entre sexualidad y reproducción, *con el uso de las técnicas de reproducción asistida*, al ser posible ya la procreación sin necesidad de mantener contacto físico o relaciones sexuales. Entre las consecuencias de la reproducción sin sexo, podemos identificar la distinción entre paternidad/maternidad social (las personas que quieren ser padres), maternidad biológica (la madre biológica), y paternidad/maternidad genética (los donantes de esperma u óvulos)" (Álvarez-Tabío Albo, 2021, p. 206).

7 Também relevantes são os ensinamentos de Luísa Neto, professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sobre a abertura para a família contemporânea: "Assim, a 'família' como instituição – com o inelutável carácter de perenidade – deve abrir-se, precisamente para se não anular, à família contemporânea: multidimensional, plurilocal, multigeracional, transgressora das imposições de género, exigente do ponto de vista afectivo, e gerando laços que estão longe de se poderem reduzir a uma determinação fixa ou conjunto de determinações" (Neto, 2010, p. 113).

8 Os autores ressaltam outros objetivos das pesquisas médicas para a preservação da vida humana, "quer por novas descobertas de cura acerca de doenças já conhecidas, quer pela descoberta de técnica de detecção de doenças ainda não eclodidas, quer pela possibilidade de o manuseio de material genético permitir a solução de problemas de ordem estrutural do corpo humano, criando condições de reprodução de órgãos que possam vir a ser úteis a seres humanos em especial estágio de sua vida, quer por ensejar – sob o ponto de vista da técnica médica – a possibilidade de reprodução de novos seres humanos clonados" (Nery Junior; Nery, 2022, p. 2.016-2.017).

> II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
>
> III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
>
> IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
>
> V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (Brasil, [2024b]).

Como se pode depreender da leitura desse dispositivo, os dois primeiros incisos já tinham sido previstos no Código Civil de 1916, ao passo que os incisos III, IV e V abordam a filiação decorrente das técnicas médicas reprodutivas.

Foi boa a intenção dos legisladores ao inserirem os dispositivos com a previsão de filiação com assistência médica à reprodução humana indubitavelmente, mas a imprecisão e, portanto, as inconsistências decorrentes dos três incisos, são igualmente inegáveis.

3 Questões ainda não solucionadas sobre os efeitos jurídicos da reprodução medicamente assistida

Antes de abordar as principais questões jurídicas ainda não solucionadas sobre os efeitos acarretados pela reprodução medicamente assistida, é necessário apontar de forma direta as imprecisões e inconsistências dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil.

Veja-se o inciso III, em que se presumem filhos os *havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*. Falecida a esposa, não haveria presunção *post mortem*? Poder-se-ia responder que não haveria, nesse caso, a possibilidade de gestação do embrião, uma vez que ela é quem possui o útero para isso. Todavia, sabe-se que é uma realidade no Brasil, admitida eticamente pelo CFM, a gestação de substituição, também conhecida como *barriga de aluguel*[9], e nada foi previsto a respeito[10].

9 A problemática da chamada *barriga de aluguel* será abordada mais adiante.

10 Sobre o tema, colacionam-se os comentários da professora titular da Faculdade de Direito da Universidad de La Habana: "Sin embargo, hoy cambian los presupuestos sobre los que se había apoyado desde un punto de vista tradicional la filiación. Cuestiones como la seguridad de la filiación materna determinada por el parto o la relativa incertidumbre sobre la paternidad, que se atribuía jurídicamente mediante el juego de las presunciones y otros mecanismos formales, se han visto afectados por los recientes avances en los conocimientos médicos y biológicos, por las posibilidades

Outra questão a ser destacada é a que envolve a sucessão. Seria garantido o direito à sucessão para aquele que nascesse após o falecimento de seu genitor se não estivesse, ao tempo da morte, implantado no útero de sua mãe (nascituro)? Mais uma lacuna. Ainda sobre o inciso III: a possibilidade da presunção de filiação dependeria de autorização expressa do falecido? Deveria ela ser dada por instrumento público ou bastaria um particular? Nada se prevê sobre o tema.

Quanto ao inciso IV do art. 1.597, em que se presumem filhos concebidos na constância do casamento os *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga,* é flagrante a inconstitucionalidade. Concepção homóloga é aquela em que se utiliza material genético do próprio casal – ou seja, sêmen do marido e óvulo da esposa. Por sua vez, os excedentários – os que "sobram" do tratamento – são congelados e esperam uma decisão de implantação. Nesse caso, são presumidos filhos somente os excedentários da *concepção homóloga*? Se for utilizado material de doador (técnica denominada *heteróloga*), os excedentários não seriam filhos por presunção? Não feriria esse dispositivo o mandamento constitucional – tão arduamente conquistado – da igualdade entre os filhos?[11]

Mais uma questão não resolvida concerne ao destino que se deve dar aos embriões excedentários. Doação (adoção) para outro casal, envio para pesquisa, descarte? Nada foi previsto no Código Civil.

Importa destacar que, por determinação do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (*Lei de biossegurança*), permite-se a destinação de embriões humanos para pesquisa científica com células-tronco embrionárias:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
>
> I – sejam embriões inviáveis; ou
>
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (Brasil, [2007]).

---

de actuación sobre la reproducción humana y por el quiebre de la familia matrimonial tradicional" (Álvarez-Tabío Albo, 2021, p. 202).

11 Art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (Brasil, [2024a]).

Esse artigo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510/DF). Na decisão proferida em 29/5/2008, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram, por maioria de votos (6x5), pela improcedência do pedido e, portanto, os embriões puderam ser doados para a pesquisa (STF [...], 2008).

Embora tenha sido considerado constitucional o envio de embriões humanos para pesquisas com células-tronco embrionárias, o artigo permite o envio de embriões inviáveis e viáveis, congelados há três anos ou mais na data de publicação da lei (24/3/2005), ou que nessa data já estivessem congelados e viessem a completar três anos. Ou seja, nenhum embrião congelado após a publicação da lei pode ser enviado para pesquisa. Desse modo, continua sem solução o problema do destino a ser dado para tais embriões excedentários.

Ressalta-se que desde 2015, mediante uma Resolução que estabelece normas éticas para a aplicação de técnicas reprodutivas, o CFM considerou possível o descarte de embriões[12], o que tem ocorrido desde então. É flagrante a incongruência de se permitir, por resolução médica, o descarte de embriões, em vista de toda a discussão havida quanto à constitucionalidade ou não de se destinarem embriões à pesquisa científica, com o conflito de interesses entre a proteção do direito à vida do embrião e a pretensão de avanço científico em busca da cura para doenças e enfermidades.

Na decisão do STF venceu a perspectiva de avanço nas pesquisas científicas em busca de cura para diversas doenças. Porém, em relação ao descarte, qual seria o argumento convincente? Conquistar-se-ia algum avanço científico? Recomenda-se, pois, que o Parlamento analise a questão do destino dos embriões excedentários, sobretudo pela relevância do tema e por já ter sido objeto de apreciação pelo STF.

Constatam-se inúmeras imprecisões relativas à presunção estabelecida no inciso V, para os filhos *havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*. A inseminação é a técnica médica reprodutiva em que o sêmen é inserido no corpo da mulher, para facilitar o encontro do óvulo com o espermatozoide; manipula-se, então, apenas o material genético masculino (Scalquette, 2020, p. 130).

Por sua vez, utiliza-se o adjetivo *heterólogo* quando há material genético de doador. A análise da presunção do inciso V revela que, como se trata de inseminação, o

12 A primeira Resolução médica emanada do CFM a prever a possibilidade de descarte foi a de nº 2.121, elaborada em 2015. Ela foi substituída pela Resolução nº 2.168/2017 que, por sua vez, manteve a possibilidade de descarte, reduzindo o prazo de 5 anos para 3 anos, conforme dispõe o item 4, do capítulo V: "Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes" (Conselho Federal de Medicina, [2021]).

Código Civil autoriza somente a utilização de material doado masculino; por conseguinte, não há presunção de uso de material feminino, ou seja, o óvulo de doadora.

Além desse problema, tem-se que a única autorização exigida no inciso V é a do marido. Não teria também a esposa – tão interessada quanto o marido no projeto parental – que concordar com a inserção em seu útero de material genético de doador? A imprecisão pode ser verificada com as correções que tiveram que ser feitas, quer pela doutrina, quer por Enunciados do CJF/STJ. Flávio Tartuce evidencia que

> o Enunciado n. 105 do CJF/STJ, da *I Jornada* prescreve que "as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1.597, deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'" (Tartuce, 2024, p. 417).

Ou seja, percebe-se que foi boa a intenção de atualizar o diploma de 2002 à realidade do Brasil desde 1984, apesar de tecnicamente insatisfatória.

Somem-se a esses problemas de redação alguns outros destacados de forma: a) como está sendo controlado o uso de material genético doado para que sejam evitados os casamentos ou relacionamentos de pessoas que são parentes biológicos, por exemplo, irmãos?; b) como está regulamentada a cessão temporária de útero?; c) haveria necessidade de autorização ou contrato prévio?; d) seria necessário cumprir uma formalidade para que ocorresse a filiação *post mortem*?; e) o direito à herança é garantido ao embrião congelado, e por quanto tempo?; f) haveria formalidade a ser cumprida para garantir o direito à herança em caso de filiação *post mortem*?; e g) como fica a questão do sigilo do doador se contraposto ao direito do ser concebido com material genético de terceiro de conhecer sua origem genética?

Com esses apontamentos e indagações, evidencia-se a necessidade e a urgência de se tutelar a filiação decorrente da reprodução humana assistida no âmbito do Código Civil. Serão analisadas as possíveis soluções propostas no Anteprojeto aprovado pela Comissão de Juristas e formalmente apresentado ao presidente do Senado Federal Rodrigo Pacheco.

4 Soluções propostas no Anteprojeto de Reforma do Código Civil

É imprescindível registrar que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, fruto do trabalho da Comissão de juristas, nomeados pelo Senado Federal, sob a Presidência do ministro Luis Felipe Salomão e a Vice-Presidência do ministro Marco Aurélio

Bellizze, tendo como relatores gerais os professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery, da qual esta autora foi membro consultor, é resultado de uma construção democrática em que prevaleceu a vontade da maioria dos juristas[13], após amplo debate em que o respeito, a pluralidade de ideias, os argumentos técnicos e a experiência prática foram sopesados sempre sem perder de vista o interesse maior que é o de atender aos anseios e necessidades da sociedade brasileira atual.

Foi unânime a aprovação da inserção do Capítulo V, *Da Filiação decorrente de Reprodução Assistida*, no Subtítulo II que trata da filiação. Esse Capítulo está dividido em 5 seções: Disposições Gerais, Da Doação de Gametas, Da Cessão Temporária de Útero, Da Reprodução Assistida *Post Mortem* e Do Consentimento Informado.

Ao todo a proposta apresenta 22 novos artigos, compreendidos entre os arts. 1.629-A e 1.629-V do Anteprojeto.

Não seria recomendável ou possível neste texto a análise pormenorizada de cada um deles, porém no que se refere aos problemas levantados nos primeiros itens deste estudo, serão feitos alguns destaques.

A fim de se garantir a igualdade preconizada pelo texto constitucional, propõe-se a revogação do art. 1.597 do atual Código Civil e apresenta-se a redação do art. 1.629-B:

> Art. 1.629-B. Todas as pessoas nascidas a partir da utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos às pessoas concebidas naturalmente, vedada qualquer forma de discriminação, ressalvado o disposto no art. 1.798 (Brasil, [2024c]).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, sobre a igualdade asseveram que o

> reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente da forma como concebidos, culmina por se desdobrar na importante noção de *veracidade da filiação*, regra principiológica fundamental. E em que consiste tal princípio? Na ideia de que o ordenamento não deve criar óbices para se reconhecer a verdadeira vinculação entre pais e filhos (Gagliano; Pamplona Filho, 2017, p. 630).

13 "Il giurista responsabile e militante è colui che osserva il proprio lavoro nella perenne ansia della sua perfettibilità, provando a tradurre l'incertezza in spinta propulsiva e coraggiosa sintesi. Lo sforzo paziente e scrupoloso incide sulla correttezza della prospettiva nella quale vengono presentati i problemi e della direzione intrapresa per la loro soluzione: nella ricostruzione delle pur ampie posizioni della dottrina e delle determinazioni della giurisprudenza emerge come – in tema di relazioni affettive – il diritto non sia creazione spontanea ed astratta, ma viva dell'influenza di fattori ed elementi che ne decretano uno sviluppo incessante e progressivo. A volte, estenuante" (Ivone, 2020, p. ix).

Importa detalhar que o art. 1.798, ressalva feita à igualdade, prevê regras a serem cumpridas para que seja garantido o direito à herança para a filiação *post mortem* e também a segurança jurídica necessárias às relações familiares[14].

Nas seção das Disposições Gerais, ainda são previstas vedações para a utilização das técnicas reprodutivas, como a criação de embriões com fins eugênicos (art. 1.629-D, III) por exemplo.

Com relação aos gametas, veda-se a sua comercialização (art. 1.629-F), de acordo com o art. 199, § 4º da CRFB[15]. Quanto à escolha do material genético doado, deve o médico garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os receptores (art. 1.629-H).

Para que se assegure o controle do material genético doado a fim de que se evite o casamento entre parentes próximos, a proposta consta do art. 1.629-J:

> É obrigatório para as clínicas, hospitais e quaisquer centros médicos de reprodução medicamente assistida informar ao Sistema Nacional de Produção de Embriões os nascimentos de crianças com material genético doado, seus respectivos dados registrais e os dados do doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais, em razão de verificação de impedimentos em procedimento pré-nupcial para o casamento.
>
> Parágrafo único. O Sistema Nacional de Produção de Embriões manterá arquivo atualizado, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida heteróloga, sendo este arquivo perene (Brasil, [2024c]).

Relativamente ao sigilo do doador *versus* o direito ao conhecimento da ascendência genética pelo ser concebido com material doador, garante-se o sigilo, mas salvaguarda-se "o direito da pessoa nascida com a utilização de seu material genético

14 Comentando sobre a reforma do Direito das Sucessões suíço, a professora Sabrina Lo Iacono, professora da Università degli Studi di Milano, aponta a necessidade de se harmonizarem os interesses nas novas relações familiares, levando-se em conta a autonomia da vontade e a importância das relações baseadas no afeto com as garantias dadas ao núcleo mais estrito de familiares: "La nuova riforma del diritto successorio, pertanto, si pone in linea con tale ordinamento antico sotto un duplice aspetto: da una parte, tende a riconoscere più intensamente l'importanza della libertà dell'ereditando, che è oggi maggiormente sovrano di pianificare la successione secondo la propria volontà (e di dare rilevanza a rapporti familiari basati sulla semplice *affectio* – avendo i rapporti di sangue e le unioni giuridicamente riconosciute tra individui perso centralità – dall'altra, conserva la previsione di una tutela a favore dei familiari più stretti del *de cuius*, riconoscendo ancora esistente nella società moderna l'*officium pietatis* tra tali individui" (Lo Iacono, 2023, p. 305).

15 "Art. 199 [...]. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização" (Brasil, [2024a]).

de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, para a preservação de sua vida, a manutenção de sua saúde física, a sua higidez psicológica ou por outros motivos justificados" (Brasil, [2024c], art. 1.629-K).

O "mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou por outro motivo relevante, a critério do juiz" (Brasil, [2024c], art. 1.629-K, § 1º). Conquanto haja a autorização judicial para o conhecimento de origem genética, está previsto no § 2º do mesmo artigo que "nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o concebido com material genético doado e o respectivo doador" (Brasil, [2024c]).

Oportunas são as ponderações de Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, professora associada da Universidade Autónoma de Lisboa, em obra específica sobre o direito do genoma humano:

> O ser humano tem direito à identidade genómica. Não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas. A afirmação de que a paternidade genética não tem valor porque superada pela social é susceptível de críticas. Uma coisa é o reconhecimento da relevância da paternidade social, outra é sacrificar, postergar, em função da ênfase na paternidade social, o direito à identidade, mesmo que não tenha qualquer efeito patrimonial (Barbas, 2007, p. 519).

Quanto à cessão temporária de útero[16], tratada na Seção III, prevê-se que "não pode ter finalidade lucrativa ou comercial" (Brasil, [2024c], art. 1.629-M)[17], devendo, preferencialmente, a cedente temporária ter vínculo de parentesco com os autores do projeto parental (art. 1.629-N).

Para garantir a segurança necessária, o art. 1.629-O do Anteprojeto assim prevê que a "cessão temporária de útero deve ser formalizada em documento escrito, público ou particular, firmado antes do início dos procedimentos médicos de implantação, no qual deverá constar, obrigatoriamente, a quem se atribuirá o vínculo de filiação"

16 Encarna Serna Meroño, professora titular de Direito Civil da Universidade de Murcia, sustenta que a "maternidad subrogada es un tema con una complejidad enorme. Las dificultades se amplían porque son diversos los países donde se practica y con legislaciones muy diferentes lo que está ocasionando muchos problemas de toda índole" (Serna Meroño, 2016, p. 817).

17 Quanto à comercialização, a professora espanhola pondera: "El futuro no está escrito, pero a mi juicio, una regulación de la maternidad subrogada pasa necesariamente por no permitir la comercialización del cuerpo de la mujer, pues esta circunstancia supone una clara vulneración de su dignidad como persona y por otra parte, es imprescindible la protección de los intereses de los nacidos por medio de esta técnica y en este sentido no lesionar en ningún caso el derecho a conocer sus orígenes" (Serna Meroño, 2016, p. 819).

(Brasil, [2024c]). Garante-se também que "em nenhuma hipótese, o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais publicizará o assento de nascimento ou dados dos quais se possa inferir o caráter da gestação" (Brasil, [2024c], art. 1.629-P, § 2º). Quanto à reprodução assistida *post mortem*, permite-se o

> uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso [e desde que sejam cumpridos os requisitos do artigo 1.629-Q, ou seja, seja indicado]:
>
> I – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o deverá gestar após a concepção;
>
> II – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião.
>
> Parágrafo único. Em caso de filiação post mortem, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos de uma relação paterno-filial (Brasil, [2024c]).

A redação do art. 1.629-R determina que "não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação de seus familiares em sentido contrário" (Brasil, [2024c]).

Em relação ao direito à herança, a nova redação do art. 1.798 define que se legitimam a suceder os filhos do autor da herança gerados por técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, desde que nascidos no prazo de até cinco anos a contar da abertura da sucessão (§ 1º do art. 1.798), dependendo da autorização expressa e inequívoca do autor da herança para o uso de seu material criopreservado, dada por escritura pública ou por testamento público, observado o disposto nos arts. 1.629-B e 1.629-Q (§ 2º do art. 1.798).

Por fim, a Seção V trata do consentimento informado, e estabelece que, em caso de "vício de consentimento quanto ao uso de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida heteróloga, será admitida ação negatória de parentalidade, mas subsistirá a relação parental se comprovada a socioafetividade" (Brasil, [2024c], art. 1.629-U).

No art. 1.629-V, último dispositivo integrante da proposta, determina-se que no termo de consentimento deve constar o destino a ser dado ao material genético criopreservado em caso de rompimento da sociedade conjugal ou *convivencial* (termo utilizado para as uniões estáveis), assim como no caso doença grave ou de falecimento de um ou de ambos os autores do projeto parental ou em caso de desistência do tratamento proposto, prevendo-se no parágrafo único que os

"embriões criopreservados poderão ser destinados à pesquisa ou entregues para outras pessoas que busquem tratamento e precisem de material genético de terceiros, não poderão ser descartados" (Brasil, [2024c]).

5 Conclusões

Inegavelmente, a reprodução humana assistida é parte da realidade social brasileira. Cada vez com mais naturalidade e constância, conversa-se sobre o tema; contudo, em termos jurídicos carece de regulamentação.

A proposta para a reforma e a atualização do Código Civil não se omite: enfrenta os desafios fáticos e de regulamentação, ressaltados neste texto, e propõe soluções que se mostram adequadas aos anseios da sociedade brasileira.

No âmbito do Parlamento, os 22 artigos propostos sobre a reprodução assistida certamente ensejarão intenso debate. Todavia, existe a certeza de que com eles foi materializada a igualdade entre filhos, conforme se espera de um projeto que tem por princípio maior preservar a serenidade das relações familiares e garantir a efetivação dos princípios da CRFB.

Referências

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana Maria. Maternidad y paternidad: nuevos escenarios a propósito de la Constitución cubana de 2019. *In*: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; CÁNOVAS GONZÁLES, Daimar (comp.). *Las familias en la Constitución*. La Habana: Cenesex, 2021.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 115, de 2015*. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024c]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 4 nov. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Brasília, DF: CFM, [2021]. Revogada. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. Acesso em: 4 nov. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6.

IVONE, Vitulia. *Profili di danno endofamiliare*. Torino: G. Giappichelli, 2020.

LO IACONO, Sabrina. La riforma del diritto successorio svizzero tra novità e traduzione. *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, [*s. l.*], n. 43, p. 269-305, 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NETO, Luísa. *Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito?* Porto: U.Porto, 2010.

PEDRO, Rute Teixeira; SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Família e sociedade telemática no século XXI: uma abordagem luso-brasileira. *In*: SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; VANZOLINI, Patrícia; ROCHA, Renata da; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni (coord.). *What's up?*: desafios ao direito. São Paulo: Almedina, 2022.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Do *match* para nascer aos *followers* após morrer: os desafios jurídicos e éticos da tecnologia para a existência humana. *In*: SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SMANIO, Gianpaolo Poggio; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni; IVONE, Vitulia (coord.). *Biopolítica*: uma abordagem ítalo-brasileira. São Paulo: Almedina, 2024.

_____. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Família & sucessões*. 8. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SERNA MEROÑO, Encarna. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *In*: MOTA, Helena; GUIMARÃES, Maria Raquel (coord.). *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*. Coimbra: Almedina, 2016.

SISEMBRIO. *Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*. [*S. l.*]: Anvisa, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio. Acesso em: 4 nov. 2024.

STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. *STF Notícias*, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-libera-pesquisas-com-celulas-tronco-embrionarias/. Acesso em: 4 nov. 2024.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito de família. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. v. 5.

A tutela dos vulneráveis e hipossuficientes na revisão do Código Civil

Fernanda da Silva Rodrigues Fernandes[1]

1 Introdução: a lei, o Direito Civil e os vulneráveis

O processo de criação de leis remonta aos séculos VII e VI a. C, quando na Grécia são escolhidas pessoas de notória sabedoria para o exercício da função legislativa, os chamados *nomotetas* (Chatelet, 2009, p. 13), encarregados de construir uma *regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada* (Comparato, 2019, p. 244) e, por conseguinte, a *convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade* (Comparato, 2019, p. 244).

Na pólis grega, as *leis* são criadas para, além de alcançar a igualdade na sociedade organizada, romper com o período de violência feudal entre grandes famílias, déspotas e populações dos campos e cidades (Chatelet, 2009, p. 13), por meio da enunciação de *princípios ordenadores das relações entre os membros da sociedade* e de *enunciados fundamentais conhecidos de todos* (Chatelet, 2009, p. 13-15).

A lei – germinada como instrumento imprescindível à cidade – tinha o propósito de impedir que o poder fosse *apanágio de alguém – visa a conjurar não somente o aparecimento de um tirano, mas também a instalação de uma casta ou de uma classe*

1 Fernanda da Silva Rodrigues Fernandes é defensora pública do estado de Goiás; mestra em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP), Brasília, DF; graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ; professora de Direito da Criança e do Adolescente e Direito Processual Civil na Centro Universitário Alves Faria (Unialfa), Goiânia, GO.

separada da sociedade e que se aproprie do poder político (Chatelet, 2009, p. 17), sendo instrumento, pois, da organização pacífica e isonômica de pessoas que vivem na cidade e que não têm *outro senhor além da lei* (Chatelet, 2009, p. 15).

A cada vez que esse processo de construção legislativa é renovado, fertiliza-se a semente germinada na tradição grega de alcançar o propósito da democracia, da liberdade, da segurança, da pacificação e da isonomia na organização social.

Com os contornos de evolução proporcionados pelas particularidades de cada período da história, as leis repetem a pretensão de, a partir da realidade, das demandas e premissas consolidadas em cada contexto temporal, reafirmar a organização social nas bases da democracia, isonomia, liberdade, pacificação e segurança.

Em Atenas, a compreensão do homem como *animal político* – inerente à pólis (Chatelet, 2009, p. 14) e capaz de formular as leis e de usufruir dos seus direitos – excluía seres humanos de distintos grupamentos sociais, como os escravos, os estrangeiros e as mulheres, afastando-os da universalidade da isonomia, da segurança e da liberdade derivada da lei.

A mudança para uma normativa com conteúdo notoriamente universalizante – que incluísse os historicamente vulneráveis na abrangência da isonomia, igualdade, liberdade, segurança, cidadania – teve como marco a Declaração Universal de Direitos Humanos, que anunciou uma igualdade substancial entre seres humanos, decorrente de uma única essência digna[2], fundamento da pacificação social e da liberdade, assim como de todos os demais direitos.

No Brasil, a dignidade como valor-base para os demais direitos foi incorporada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que erigiu esse valor como primado de toda a ordem jurídica, fundamento da República, cujos objetivos fundamentais elencou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus *consideranda*, estabelece que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", proclamando, em seus primeiros artigos as cláusulas de dignidade universal e de inclusão universal de todos os seres humanos, com a proibição de discriminação, conforme "Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. Artigo 3º Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (Nações Unidas, [1948]).

Especificamente quanto ao Direito Civil, é certo que a sua concepção legislativa inicial, no marco histórico das codificações do século XIX (Moraes, 2010, p. 4) surgidas no contexto do liberalismo – da consolidação da burguesia e de suas bases da exaltação da propriedade, da atividade econômica –, reproduziu, em certa medida, a tradição grega de uma perspectiva excludente da democracia, da isonomia, da segurança, da pacificação e da liberdade.

As influências dessa era da codificação civilista alcançaram o cenário brasileiro com o Código Civil de 1916, que, sobre os pilares do liberalismo, centralizou-se na propriedade e na inerente concepção individualista e patrimonialista. Os institutos dessa legislação civilista e o seu alcance de segurança, isonomia, liberdade pautou-se na perspectiva de um *estatuto da vida privada* (Moraes, 2010, p. 24), distante, pois, dos nomeados pelo uruguaio Galeano (2018) como os *ninguém, filhos de ninguém e donos de nada*, daqueles que *não são, embora sejam*.

A dignidade da pessoa humana como valor universal foi incorporada na compreensão de um novo Direito Civil apenas na era pós-positivista. A conjuntura histórica de superação do positivismo pelo pós-positivismo, influenciada pelos parâmetros axiológicos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e solidariedade, convolou o conteúdo patrimonialista e individualista *em uma garantia constitucional de proteção as pessoas vulneráveis* (Moraes, 2010, p. 30-31).

Nesse novo cenário de um Direito Civil que – sob o imperativo da regra de fundo da dignidade da pessoa humana estabelecido no escalão hierárquico constitucional – concebe os seus institutos sob uma perspectiva funcionalizada, existencial e solidarista, passam a ser compreendidas no escopo de proteção legiferante, *com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos deficientes, dos consumidores, dos não proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos, etc.* (Moraes, 2010, p. 30-31).

O valor da dignidade da pessoa humana como um princípio supremo a conformar toda a organização social, e, portanto, toda a ordem jurídica e toda atividade legiferante, com a garantia de uma percepção de isonomia capaz de encapar todos os seres humanos, não afastou, no entanto, a necessidade de reposicionamento dos instrumentos necessários para garantir essa higidez do imperativo constitucional sempre que os contextos históricos desafiarem essa pretensão universalizante de alcance dos vulneráveis com os direitos decorrentes dos valores da dignidade, igualdade, solidariedade, isonomia, liberdade.

No âmbito do Direito Civil, é inequívoco que na era pós-moderna – da inteligência artificial, da evolução da cibernética e da robótica, da automatização de processos e da virtualização das relações – corroeram-se conceitos sobre o tempo,

distância, matéria, trabalho, comunicação tradicionalmente sólidos que pautavam a segurança e a organização social, introduzindo uma época de constante fluidez, e, assim, de insegurança.

Nesse novo cenário da *modernidade líquida* (Bauman, 2001), em que o efêmero prevalece, e as alterações são contínuas e céleres, os desafios implicam uma vasta fragilidade dos conceitos concebidos e estabelecidos para pautar a organização social – como segurança, liberdade, relações humanas, isonomia, proteção, humanidade, universalidade, solidariedade – afetando institutos próprios do Direito Civil, como contrato, família, consumo, intimidade, privacidade, personalidade, responsabilidade, o que, por si só, é potencialmente capaz de gerar novas vulnerabilidades[3].

É indubitável, por outro lado, que essa celeridade das transformações também alcançou a própria produção normativa. Nessa esteira, a necessidade da adequação legislativa revela-se um imperativo também por força dos novos parâmetros de dignidade consignados em inúmeros documentos internacionais e nacionais editados nos últimos 22 anos e que, por estarem atados à compreensão e extensão do funcionalismo e do existencialismo dos institutos, precisam ser incorporados na reformulação da legislação cível, sob pena de proteção ineficiente ou desproteção de grupos vulneráveis.

A revolução provocada nesse cenário temporal de conceitos fluídos, de novas vulnerabilidades e "novas dignidades" a plasmar a solidariedade, a isonomia e, portanto, o próprio conceito de funcionalismo dos institutos cíveis, implica a renovação, adequação, adaptação dos formatos tradicionais de organização social sob o prisma das relações regidas pelas normas cíveis.

É com essa perpectiva que a proposta do anteprojeto de lei para a revisão e atualização da Lei nº 10.406/2022 é imprescindível para a garantia da organização social sob o primado do cerne axiológico constitucional da dignidade da pessoa humana, que garanta, sob novas lentes da realidade social, a proteção dos vulneráveis, com a manutenção da essência de sua dignidade na (re)composição dos institutos civilistas, sem prescindir do olhar intrínseco do funcionalismo e do existencialismo à dignidade, à solidariedade, à liberdade e, portanto, à própria democracia.

3 Como é o caso, por exemplo, das vulnerabilidades decorrentes da exclusão digital.

2 A reforma do Código Civil e a proteção dos vulneráveis e hipossuficientes

Na era da liquidez e da fluidez próprias do pós-modernismo, o conceito de vulnerável também é alcançado pela indeterminação, razão pela qual é importante a fixação de alguns contornos sobre o seu conteúdo, antes de correlacioná-lo à reforma do Código Civil.

Em um país que, desde 1944, até mesmo os poetas[4] anunciam que tem gente com fome, e em que, quase um século depois ainda ostenta a segunda posição (Nalin, 2024) no ranking dos países do G20 com a maior quantidade de pessoas abaixo da linha da pobreza, há uma tendência natural de se atrelar a concepção de vulnerabilidade à posição da carência econômico-financeira.

No entanto, o significado mais abrangente de *vulnerável* depreende-se do próprio dicionário: "diz-se do lado fraco de uma questão ou do ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado" (Vulnerável, c2024). Trata-se, pois, da característica decorrente de quem se encontra em relação de desigualdade de forças, de ruptura de isonomia, relegado a uma posição de desvantagem nessa assimetria que o conduz a um ponto de provável vulneração.

Essa concepção vai ao encontro da compreendida no âmbito da atuação da Defensoria Pública, que, interpretando o conteúdo da sua função de proteção dos necessitados – da qual é incumbida pelo que determina o art. 134 da CRFB[5] –, estende-a além da escassez de recursos econômicos, para também abranger a hipossuficiência jurídica, social (decorrente de características como idade, gênero, religião, raça, estado físico ou mental, cultura, origem etc.), organizacional (decorrente de uma circunstância fática ou social, como a dos consumidores), digital-tecnológica (decorrente da era digital) e de dignidade da pessoa humana.

4 "Trem sujo da Leopoldina correndo correndo parece dizer tem gente com fome tem gente com fome tem gente com fome Piiiiii Estação de Caxias de novo a dizer de novo a correr tem gente com fome tem gente com fome tem gente com fome Vigário Geral Lucas Cordovil Brás de Pina Penha Circular Estação da Penha Olaria Ramos Bom Sucesso Carlos Chagas Triagem, Mauá trem sujo da Leopoldina correndo correndo parece dizer tem gente com fome tem gente com fome tem gente com fome Tantas caras tristes querendo chegar em algum destino em algum lugar Trem sujo da Leopoldina correndo correndo parece dizer tem gente com fome tem gente com fome tem gente com fome Só nas estações quando vai parando lentamente começa a dizer se tem gente com fome dá de comer se tem gente com fome dá de comer se tem gente com fome dá de comer Mas o freio de ar todo autoritário manda o trem calar Pisiuuuuuuuuuu" (Trindade, [20–]).

5 "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal" (Brasil, [2024]).

A multifacetada percepção da vulnerabilidade demanda mecanismos também múltiplos para a sua superação[6]. Assim, a percepção multidimensional da vulnerabilidade e das suas formas de superação ou atenuação foi alcançada na proposta de reforma do Código Civil em institutos diversos, como forma de consolidar a dignidade a diversos grupos vulneráveis, sob o primado dos imperativos constitucionais da igualdade, liberdade e solidariedade.

Considerada a amplitude das inovações propostas, destacam-se alguns aspectos que ensejaram a proteção humanizada e dignificante voltada para grupos historicamente marginalizados do conceito de *cidadãos* – compreendidos como as pessoas que igualmente pudessem usufruir dos direitos e poderes concebidos na organização social da pólis –, como a população LGBT+, as mulheres, as crianças, as pessoas pobres e as com deficiência.

A começar pela hipossuficiência social, o anteprojeto de lei avançou na proteção da dignidade de pessoas, ao reforçar a dimensão existencial da família, como entidade permeada pela autonomia do indivíduo para exercer a sua compreensão do afeto no âmbito de sua liberdade.

Reconhecendo-se a proteção jurídica a realidades de composições e agrupamentos sociais antes rechaçados ou simplesmente ignorados, em decorrência de sua não disciplina na normativa jurídico, a ampliação, a renovação ou a criação de institutos centrais ou adjacentes à concepção tradicional de família gerou humanidade onde antes se via a exclusão social e a reprodução de uma sociedade injusta e não solidária, longe dos objetivos consagrados pela humanidade na Declaração Universal de Direitos Humanos e dos valores do art. 3º da CRFB.

Assim, inovou-se brilhantemente ao abraçar a diversidade como um dos elementos de nossa riqueza e essência humana na cobertura normativa da multiplicidade de modelos familiares já existentes na realidade brasileira e cuja exclusão provocava aos seus diversos componentes (crianças, adultos) um fomento à discriminação, ao sofrimento decorrente da desproteção, distantes da dignidade constitucional e convencional.

Nas novas compreensões da extensão do instituto *família*, o reconhecimento da possibilidade da celebração do casamento e união estável entre pessoas – não mais vinculada à enrijecida concepção dual da família estrita ao binômio homem/mulher – nas alterações dos arts. 1.514 e 1564-A conferiu humanidade às pessoas

6 "Los caracteres multidimensionales de los grupos vulnerables invitan a proponer soluciones desde una visión también multidimensional. No se puede resolver la vulnerabilidad sin un enfoque global que tome en cuenta los aspectos sociales, económicos, culturales, psicológicos, etcétera" (González Gálvan; Hernández Martínez; Sánchez Castañeda, 2001, p. 234).

LGBTQIA+ e assegurou a liberdade de constituir família, em condições de igualdade com quaisquer pessoas heteroafetivas.

Na esteira de reafirmar o propósito de igualdade já assumido pelas legislações desde a Grécia clássica – mas com o conteúdo da universalidade e amplitude decorrentes do valor ínsito da dignidade humana –, o texto da reforma do Código Civil seguiu na proteção dos vulneráveis ao incorporar a concepção de família como *o espaço de desenvolvimento da pessoa, admitindo-se modos diferentes de sua organização desde que funcionalizada à promoção dos interesses daqueles que a integram* (Gama, 2022, p. 21) e, entre os formatos de família, adotar normativamente a proteção da família parental (art. 1511-B, *caput* e parágrafos), assim como aquelas formadas no âmbito da socioafetividade e da multiparentalidade (art. 1617-A e seguintes).

A proteção dos vulneráveis sociais seguiu com abordagem dos institutos vinculados ao direito da personalidade com as lentes da valorização das situações existenciais, consideradas a afetividade e a diversidade humana.

Destaca-se, pois, o avanço proporcionado pela compreensão do cuidado e proteção dos animais no entorno sociofamiliar da pessoa como manifestação da afetividade humana (art. 19), bem como a amplificação da compreensão do nome para abarcar a expressão da individualidade e a maneira de alguém estar em sociedade (art. 16, § 1º) e a composição da orientação e expressão de gênero no conteúdo da identidade pessoal (art. 17, § 1º), a permitir a proteção da identidade de gênero e uma abordagem inclusiva – e, portanto, mais digna – de pessoas tradicionalmente fragilizadas (vulnerabilizadas) pela exclusão dessa proteção, como as trans e não binárias.

Também no campo da hipossuficiência social, louváveis são os avanços na proteção de crianças e adolescentes contra os riscos decorrentes das práticas publicitárias agressivas do ambiente digital e os consequentes prejuízos às pessoas em condição de desenvolvimento físico, psíquico e mental (artigos do capítulo VI, Livro IV) e a preocupação em combater a desigualdade e a exclusão digital (capítulo, I, Livro IV) – geralmente encontrada em pessoas com hipossuficiência em razão da renda, do grau de escolaridade ou da idade.

Na mesma esteira, é louvável a aplicação do princípio da isonomia entre os gêneros e sexos da relação conjugal e convivencial, sob o enfoque do tratamento igual, na medida de sua igualdade, e diferenciado, na medida da sua desigualdade. Em relevo quanto à preocupação da reforma em atingir essa medida da igualdade estão os arts. 1.708, que incorporou a garantia da proteção no contexto da violência doméstica, excluindo o credor do direito de percepção de alimentos sempre que incidir nesse ato de violência contra a mulher, assim como a previsão dos arts. 1.630

e 1.634, com o compartilhamento de deveres decorrentes do exercício da autoridade parental aos pais em igualdade de condições.

A efetivação da dignidade no âmbito do tratamento humanizado e digno conferido às pessoas com deficiência foi significativamente acobertada com a incorporação de conceitos de igualdade, autonomia, independência, respeito, inclusão e não discriminação assegurados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 2007, por meio de textos inovadores, como os dos arts. 4º, 1.783-B, 1.783-C, 1.783-D.

No campo da hipossuficiência econômica, foram estabelecidas alterações relevantes no campo da proteção dos vulneráveis economicamente, como a ampliação da proteção do direito real de laje (arts. 1510-A, parágrafos 7º e 8º, e 1.510-F, *caput* e parágrafos), próprio das comunidades mais carentes, assim como a previsão do art. 391-A para assegurar a intangibilidade do patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar e a impenhorabilidade do salário mínimo, assegurando-se o caráter da funcionalidade e da solidariedade do patrimônio, e, desse modo, também o valor da dignidade aos mais pobres.

Quanto à hipossuficiência jurídica, também sobressai a norma do art. 1.609-A, que prescreve ao oficial de cartório o encaminhamento automático de expediente à Defensoria Pública para promover a assistência jurídica integral e gratuita e defesa dos interesses e direitos de crianças e adolescentes nos casos de investigação de paternidade em que necessárias demandas de declaração de parentalidade, regulamentação de convivência e definição de alimentos, assegurando-se o principio da prioridade absoluta, da proteção integral e do superior interesse da criança e do adolescente e de sua dignidade enquanto sujeito de direitos.

Apesar da breve enunciação, inúmeros outros dispositivos poderiam externalizar a concretização do espírito que subjaz a proposta de reforma do Código Civil de – sob um aspecto evoluído pautado na dignidade da pessoa humana com suas novas formas e contornos legislativos, convencionais e da realidade social – construir uma *regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada* (Comparato, 2019, p. 244) e, por conseguinte, protegidos de seus contextos de vulnerabilidades históricas, sociais, circunstanciais, jurídicas, econômicas como imposição da *convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade* (Comparato, 2019, p. 244).

3 Conclusão

A afirmação de uma igualdade entre seres humanos e de sua essência digna é derivada de um longo caminho histórico cujo início tem suas raízes na atividade legiferante da Grécia antiga e cujo ápice é a Declaração Universal de Direitos Humanos e a construção perspectiva da igualdade substancial.

A universalização da posição de todos os seres humanos como iguais em dignidade e direitos representou verdadeira conquista de toda a humanidade, e, incorporada pela CRFB, passa a orientar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, os objetivos fundamentais da República, toda a ordem jurídica e a legislação que regulamenta o Direito Civil.

No entanto, é inequívoco que a constante evolução da realidade social e de suas respectivas relações humanas promove, em diferentes contextos históricos, uma ordem de desigualdades na organização social e, assim, um distanciamento do propósito da dignidade inerente a todos os seres humanos.

No cenário da pós-modernidade, a conjuntura marcada por transformações tecnológicas decorrentes da inteligência artificial, da cibernética, da automação, da multiplicidade e rapidez das fontes de conhecimento (inclusive normativas), fluidez e desconstrução de conceitos outrora solidificados, impõe uma era de incertezas, inseguranças e, assim, novas formas de vulnerabilidade e desigualdade, que distanciam a organização social do primado da dignidade e, por conseguinte, impõem a necessidade de reformulação, adequação e inovação dos instrumentos jurídicos para o resgate da igualdade substancial.

A proposta da reforma do Código Civil visa, precipuamente, a adaptar essa legislação às demandas, anseios e novos delineamentos da organização social pós-moderna, sem alijar a dignidade que une os seres humanos e que garante a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária. A atualização legislativa propõe uma nova pólis com contornos de *shangri-la* de um mundo novo, em que a prevalência do equilíbrio e da convivência harmoniosa entre os seres humanos pressupõe, consistentemente, a proteção dos vulneráveis, em uma ordem jurídica civilista alinhada aos valores fundamentais da democracia, da liberdade e da igualdade.

Referências

AKERMAN, William; MAIA, Maurilio Casas. *Novo perfil da atuação da defensora pública*. Brasília, DF: Sobredireito, 2023.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.

CHATELET, François. *A história das ideias políticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; OMMATI, José Emílio Medauar; VECHIATTI, Paulo Roberto Lotti (coord.). *Diferentes, mas iguais*: estudos sobre a decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GALEANO, Eduardo. Os ninguéns. *Revista Prosa Verso e Arte*, [*s. l.*], 8 maio 2018. Disponível em: https://www.revistaprosaversoearte.com/os-ninguens-eduardo-galeano. Acesso em: 13 out. 2024.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família democrática no direito brasileiro: constitucionalização das relações familiares. *In*: _____ (coord.). *Direito das famílias e das sucessões*: 20 anos desde a promulgação do Código Civil. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

GARGARELLA, Roberto. 200 anos de constitucionalismo latino-americano. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *Transformação constitucional e democracia na América Latina*. São Paulo: FGV Direito SP, 2017.

GONZÁLEZ GÁLVAN, Jorge Alberto; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar; SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario. *In*: VALADÉS, Diego; GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coord.). *Derechos humanos*: memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III. México, DF: UNAM, 2001. Disponível em: http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14613. Acesso em: 12 out. 2024.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. A garantia constitucional da Constituição (A justiça constitucional). *Direito Público*, [*s. l.*], n. 1, p. 90-130, jul./set. 2003. Doutrina estrangeira.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [*S. l.*]: Nações Unidas, [1948]. Disponível em: https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/. Acesso em: 4 nov. 2024.

NALIN, Carolina. Brasil é o 2º país do G20 com maior percentual de pessoas abaixo da linha da pobreza, atrás apenas da Índia. *O Globo*, Rio de Janeiro, 9 abr. 2024. Disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/g20-no-brasil/noticia/2024/04/09/brasil-e-o-2o-pais-do-g20-com-maior-percentual-de-pessoas-abaixo-da-linha-da-pobreza-atras-apenas-da-india.ghtml. Acesso em: 13 out. 2024.

PORTO, Renato. *Publicidade digital, a proteção da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, Solano. *Tem gente com fome*. [*S. l.*]: Escrevendo o Futuro, [20–]. Disponível em: https://www.escrevendoofuturo.org.br/caderno_virtual/texto/tem-gente-com-fome/index.html. Acesso em: 13 out. 2024.

VULNERÁVEL. *In*: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. [*S. l.*]: Priberam, c2024. Disponível em: https://dicionario.priberam.org/vulner%C3%A1vel. Acesso em: 4 nov. 2024.

A identidade digital no projeto de reforma do Código Civil

Layla Abdo Ribeiro de Andrada[1]

1 Introdução

A revolução digital transformou profundamente as relações sociais e jurídicas no século XX e marcou o início de nova uma era nas interações humanas e na forma como a sociedade se organiza. No Brasil, essa transformação apresenta características particulares: 152 milhões de brasileiros são usuários ativos de redes sociais, o que representa 70% da população (We Are Social; Meltwater, 2024), ao passo que 45% da população economicamente ativa ainda não desenvolveram competências digitais básicas (IBGE, 2023a).

A virtualização das relações interpessoais e comerciais, intensificada pela globalização e pelo desenvolvimento tecnológico acelerado, exige uma atualização constante dos marcos normativos, à luz das novas dinâmicas sociais e tecnológicas.

Benkler (2023) destaca que a economia em rede depende fundamentalmente da confiança e da verificabilidade das identidades digitais para seu pleno funcionamento. No Brasil, essa realidade manifesta-se nos R$ 2,5 bilhões em prejuízos causados por fraudes digitais em 2023, sendo que 35% dos casos envolveram alguma forma de comprometimento de identidade digital (Febraban, 2023).

1 Layla Abdo Ribeiro de Andrada é advogada constitucionalista; mestra em Administração de Empresas; consultora legislativa.

A identidade digital apresenta-se, pois, não só como elemento crucial para a segurança e a confiabilidade nas relações jurídicas mas também como ferramenta de cidadania digital e inclusão social. As experiências internacionais demonstram a viabilidade e os benefícios de sistemas robustos de identidade digital. O cenário revela desafios únicos: disparidades regionais significativas no acesso à internet, preponderância do acesso móvel e heterogeneidade na maturidade digital dos diferentes setores.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representou um potente marco regulatório para o tratamento de dados pessoais e criou as bases para o desenvolvimento de sistemas seguros de identidade digital. O sucesso disso, contudo, depende do desenvolvimento de um marco normativo que considere tanto as melhores práticas internacionais quanto as peculiaridades sociais, econômicas e culturais do País.

2 Fundamentos da identidade digital

2.1 Conceituação e características

A identidade digital transcende a mera autenticação técnica e é elemento estruturante das relações jurídicas contemporâneas. Pasquale (2023, p. 87, tradução nossa) argumenta que "a identidade digital é um constructo multifacetado que engloba não apenas dados de identificação, mas também padrões comportamentais, preferências e interações sociais no ambiente virtual".

No contexto brasileiro, a questão da identidade digital ganha contornos particulares devido à dimensão continental do País e suas desigualdades regionais. O desenvolvimento da gov.br como plataforma única de identidade digital constitui um marco significativo e já alcançou mais de 100 milhões de usuários cadastrados[2]. A plataforma demonstra como a identidade digital no Brasil está intrinsecamente ligada à prestação de serviços públicos e ao exercício da cidadania.

Zuboff (2022) destaca que a economia da vigilância transformou a própria natureza da identidade digital e criou novos desafios para a proteção da privacidade e da autonomia do indivíduo. Por sua vez, Castells (2023, p. 156) observa que "a identidade digital tornou-se uma extensão indissociável do ser no mundo

2 Dados oficiais do portal gov.br, atualizados em dezembro de 2023 pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

contemporâneo, mediando não apenas relações sociais, mas também o acesso a direitos fundamentais e serviços essenciais".

A peculiaridade do cenário brasileiro também se revela na coexistência de diferentes níveis de maturidade digital, uma disparidade que impacta diretamente a forma como a identidade digital precisa ser concebida e implantada no País, exigindo soluções que considerem diferentes realidades socioeconômicas e níveis de letramento digital.

2.2 Aspectos técnicos e jurídicos

O cenário jurídico nacional apresenta uma estrutura regulatória em evolução. A LGPD estabeleceu parâmetros rigorosos para o tratamento de dados pessoais, incluindo os utilizados em sistemas de identidade digital. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) já havia estabelecido princípios fundamentais para a atuação no ambiente digital, e a Lei nº 14.063/2020 instituiu diferentes níveis de assinaturas eletrônicas na comunicação com entes públicos.

A análise dos riscos à privacidade em sistemas de identidade digital precisa considerar especificidade, como a tradição do documento físico e a cultura do "jeitinho", que podem impactar a segurança dos sistemas digitais. Hartzog (2024) argumenta que o *design* das interfaces de identidade digital deve incorporar princípios de privacidade desde sua concepção. Essa abordagem encontra respaldo na LGPD. Lessig (2023, p. 234, tradução nossa) reafirma que "o código é a lei do ciberespaço", mas acrescenta que "a regulação da identidade digital deve transcender aspectos puramente técnicos". Isso se reflete na necessidade de harmonização dos diferentes marcos regulatórios e da criação de padrões técnicos que considerem a realidade da infraestrutura de internet, que ainda apresenta disparidades regionais significativas em termos de qualidade e disponibilidade.

A integração com o sistema financeiro, reconhecido internacionalmente por sua inovação com o PIX e *open banking*, apresenta desafios e oportunidades únicos. O Banco Central do Brasil tem liderado iniciativas de modernização que impactam diretamente a identidade digital, como o Sistema Financeiro Aberto e a possível implantação do Real Digital, os quais demandarão sistemas eficazes de identificação e autenticação.

3 Experiências internacionais

3.1 O modelo europeu

O Regulamento eIDAS 2.0, proposto em 2023, representa uma evolução significativa no tratamento da identidade digital na União Europeia. Como observa De Hert (2024, p. 234, tradução nossa), "o novo *framework* europeu busca equilibrar a necessidade de interoperabilidade com a proteção robusta da privacidade dos cidadãos".

A implantação do European Digital Identity Wallet, prevista para 2025, estabelecerá um novo paradigma para identidades digitais soberanas. Hildebrandt (2024) destaca que o sistema permitirá aos cidadãos maior controle sobre seus dados pessoais enquanto facilita interações transfronteiriças seguras.

3.2 O modelo de Singapura

Singapura implantou em 2023 o Singapore Digital ID (SingID), um sistema que, segundo Lim (2024), representa um novo paradigma em identidade digital governamental. O sistema integra verificação biométrica, blockchain e controle granular de dados pelos usuários.

O sucesso do SingID é atribuído à sua abordagem, que combina alta segurança com excelente experiência do usuário. Lee (2024) observa que o sistema conseguiu atingir 98% de adoção em menos de um ano, tornando-se referência mundial em implantação de identidade digital.

3.3 A experiência estoniana

A Estônia é amplamente reconhecida como pioneira em governo digital e identidade digital. O sistema e-Estonia, desenvolvido desde 2002 e constantemente atualizado, serve como referência mundial.

O programa de e-Residency estoniano, atualizado em 2023, permite que não residentes obtenham uma identidade digital para conduzir negócios na União Europeia. Viik (2023, p. 178, tradução nossa) argumenta que "o sucesso do modelo estoniano reside na combinação de infraestrutura técnica robusta, marco legal adequado e alto nível de confiança da população".

3.4 O sistema japonês

O Japão revolucionou seu sistema de identidade digital com o lançamento do My Number 2.0 em 2023. Segundo Son (2024), o novo sistema integra tecnologias de ponta como reconhecimento facial e blockchain, mantendo a tradicional preocupação japonesa com privacidade e segurança.

Mikitani (2023, p. 145, tradução nossa) observa que "o My Number 2.0 conseguiu superar as resistências culturais à digitalização através de um design centrado no usuário e forte proteção de dados". O sistema alcançou 85% de adoção em 2024, demonstrando como barreiras culturais podem ser superadas com implantação adequada.

4 A proteção de vulneráveis no ambiente digital

4.1 Proteção de menores

Livingstone (2024, p. 178, tradução nossa) argumenta que "a verificação de idade através de identidade digital deve ser balanceada com o direito à privacidade e ao desenvolvimento autônomo dos menores". No Brasil, essa questão ganha contornos específicos considerando que, segundo a pesquisa TIC Kids Online Brasil, 95% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos são usuários de internet (Cetic.br, 2023c).

A proteção de menores no ambiente digital encontra respaldo no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) também apresenta importantes considerações sobre o desenvolvimento infantil que precisam ser consideradas no desenho de sistemas de identidade digital.

Boyd (2023) discute como as tecnologias de identificação podem tanto proteger quanto restringir o desenvolvimento social dos jovens. No mesmo sentido, Aiken (2024) enfatiza a necessidade de sistemas de verificação de idade que protejam crianças e adolescentes sem comprometer sua privacidade.

Segundo o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (Cert.br, 2023), 65% dos incidentes envolvendo menores ocorrem em plataformas de redes sociais, onde a verificação de idade ainda é precária.

4.2 Idosos e pessoas com deficiência

Lazar (2024) destaca a necessidade de sistemas de identidade digital acessíveis e inclusivos. Essa questão é particularmente relevante considerando que, segundo o IBGE, no País há mais de 33 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência e uma população idosa em crescimento acelerado; e essa população deve ultrapassar a cifra de 41 milhões em 2033 (IBGE, 2023b).

A Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) estabelece a obrigatoriedade de acessibilidade em sistemas digitais, incluindo mecanismos de identificação e autenticação. No entanto, dados do Cetic.br (2023a) revelam que apenas 31% dos sites governamentais atendem plenamente aos requisitos de acessibilidade digital.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) garante o direito ao acesso à tecnologia, mas sua efetivação no contexto digital ainda enfrenta desafios significativos.

Hall (2024, p. 289, tradução nossa) argumenta que a "exclusão digital de grupos vulneráveis representa não apenas uma falha técnica, mas uma falha social". Essa realidade é particularmente aguda no Brasil; a pesquisa TIC Domicílios revela que apenas 34% dos idosos se sentem seguros para realizar transações on-line, e somente 28% das pessoas com deficiência têm acesso regular à internet (Cetic.br, 2023b).

5 Desafios e perspectivas

5.1 Segurança e privacidade

Anderson (2024, p. 312, tradução nossa) alerta que "a centralização de dados de identidade cria alvos atrativos para ataques cibernéticos". Segundo o relatório anual da Cert.br (2023), o País registrou mais de 31 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos em 2023, com um aumento de 77% nos incidentes envolvendo roubo de identidade digital.

Nissenbaum (2020) propõe uma abordagem contextual para a privacidade em sistemas de identidade digital. Essa perspectiva dialoga com os princípios estabelecidos pela LGPD, especialmente se se considera que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD, 2023) reportou que 43% das denúncias recebidas em 2023 envolviam questões relacionadas à identificação digital inadequada.

O País apresenta desafios únicos de segurança. Segundo dados da Federação Brasileira de Bancos (Febraban, 2023), as fraudes digitais geraram prejuízos de

R$ 2,5 bilhões em 2023, sendo que 35% dos casos envolveram alguma forma de comprometimento de identidade digital.

A infraestrutura nacional de certificação digital, gerida pelo ITI, emitiu mais de 10 milhões de certificados digitais, mas enfrenta desafios de democratização do acesso. O custo médio de um certificado digital ainda representa barreira significativa para grande parte da população, levando à busca de alternativas menos seguras de identificação.

O Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (Sirc) está em processo de digitalização, visando à maior segurança na emissão de documentos de identificação. Contudo, dados do CNJ (2023) indicam que apenas 65% dos cartórios estão plenamente integrados ao sistema, criando vulnerabilidades no processo de validação de identidades.

5.2 Inclusão Digital

Graham (2024) argumenta que o desenvolvimento de sistemas de identidade digital deve considerar as desigualdades socioeconômicas e a exclusão digital. Essa questão é particularmente crítica: segundo a pesquisa TIC Domicílios 2023, embora 85% dos brasileiros tenham acesso à internet, existem disparidades significativas entre regiões e classes sociais (Cetic.br, 2023b).

Eubanks (2023) destaca como sistemas automatizados de identificação podem perpetuar desigualdades existentes. Essa preocupação materializa-se nos dados do IBGE (2023a) que apontam que 45% da população economicamente ativa não têm competências digitais básicas.

O *Mapa da exclusão digital*, desenvolvido pela FGV Social, revela que 37 milhões de brasileiros ainda não têm acesso à internet, e 63% destes pertencem às classes D e E (FGV, 2023). Esa realidade impõe desafios significativos para sistemas de identidade digital que precisam ser universais e acessíveis.

O Programa de Governo Eletrônico enfrenta o desafio de atender a uma população diversa em termos de acesso e competências digitais. Segundo o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 42% dos usuários do gov.br necessitam de auxílio para realizar operações básicas na plataforma (Brasil, 2023a).

O Banco Mundial aponta que o País apresenta um dos maiores *gaps* de inclusão financeira digital entre países em desenvolvimento, com 34% da população adulta ainda sem acesso a serviços financeiros digitais (World Bank, 2023). Essa realidade tem impacto direto na adoção de sistemas de identidade digital, sobretudo quando se considera a crescente integração da identificação digital com os serviços financeiros.

6 Considerações finais

A identidade digital revela-se decisiva para o funcionamento da sociedade, como evidenciam os mais de 100 milhões de usuários cadastrados na plataforma gov.br e os 152 milhões de brasileiros ativos em redes sociais[3]. No entanto, os dados apresentados ao longo deste estudo retratam um cenário de profundos contrastes: enquanto 80% das transações bancárias já ocorrem por canais digitais, 37 milhões de brasileiros ainda não têm acesso à internet[4].

As experiências internacionais analisadas fornecem diretrizes para o desenvolvimento de um marco normativo adequado às especificidades brasileiras. Contudo, os dados nacionais apresentados – como os 31 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos em 2023, os R$ 2,5 bilhões em prejuízos com fraudes digitais e o fato de que 45% da população economicamente ativa não possui competências digitais básicas[5] – evidenciam que a legislação precisa ir além da mera importação de modelos estrangeiros.

O cenário nacional demanda uma abordagem que considere suas peculiaridades: a dimensão continental, as disparidades regionais de acesso à internet (71% na região Norte *versus* 89% no Sudeste), a preponderância do acesso móvel (85% dos acessos) (Cetic.br, 2023b), e as vulnerabilidades específicas da população. A modernização do ordenamento jurídico precisa equilibrar a necessidade de segurança – considerando que 78% dos brasileiros já tiveram dados pessoais vazados (ITS Rio, 2023) – com a urgência da inclusão digital.

A evolução legislativa deve considerar também os diferentes níveis de maturidade digital: enquanto alguns setores, como o bancário, apresentam alto grau de digitalização, apenas 65% dos cartórios estão plenamente integrados ao Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (CNJ, 2023). Essa heterogeneidade exige um marco normativo flexível e escalonável, que permita diferentes níveis de implantação sem comprometer a segurança jurídica.

O momento atual, marcado pela convergência entre a consolidação da LGPD, o amadurecimento da ANPD e a crescente digitalização dos serviços públicos e privados, apresenta-se como oportunidade única para o desenvolvimento de um marco que não apenas normatize a identidade digital, mas também estabeleça

3 Dados combinados do portal gov.br (dezembro 2023) e *Pesquisa digital 2024 Brasil* (We Are Social; Meltwater, 2024).

4 Dados combinados da Febraban (2024) e *Mapa da exclusão digital 2023* (FGV, 2023).

5 Dados combinados do Cert.br (2023), Febraban (2023) e PNAD Contínua TIC 2023 (IBGE, 2023a).

bases sólidas para a cidadania digital no século XXI, promovendo ao mesmo tempo a inovação, a segurança e a inclusão.

A atualização do ordenamento jurídico brasileiro precisa, pois, transcender à mera modernização tecnológica para constituir-se num verdadeiro projeto de inclusão e cidadania digital, ao considerar as múltiplas realidades que compõem o tecido social. Somente assim será possível construir um ambiente digital simultaneamente seguro, inclusivo e propício ao desenvolvimento do País.

Referências

AIKEN, Mary. *Digital identity and child protection*. New York: Norton, 2024.

ANDERSON, Ross. *Security engineering in the dfigital age*. 4th ed. Indianapolis: Wiley, 2024.

ANPD (Brasil). *Relatório de atividades 2023*. Brasília, DF: ANPD, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/relatorio-de-gestao-2023. Acesso em: 15 set. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Estatísticas do open banking Brasil 2023*. Brasília, DF: BCB, 2023a. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/open-banking/2023. Acesso em: 4 jun. 2024.

_____. *Relatório de cidadania financeira digital 2023*. Brasília, DF: BCB, 2023b. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/relatorio_cidadania_financeira. Acesso em: 21 ago. 2024.

BENKLER, Yochai. *Networks of power, networks of identity*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2023.

BOYD, Danah. *It's complicated*: youth identity in the digital age. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 2023.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. *Relatório de usabilidade da plataforma gov.br 2023*. Brasília, DF: MGI, 2023a. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/relatorios. Acesso em: 26 jun. 2024.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Relatório de crimes cibernéticos 2023*. Brasília, DF: MJSP, 2023b. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/suas-duvidas/crimes-ciberneticos/estatisticas-2023. Acesso em: 17 ago. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório de monitoramento da estratégia de governo digital 2023*. Brasília, DF: TCU, 2023c. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-monitoramento-governo-digital-2023. Acesso em: 22 maio 2024.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade no mundo digital*. São Paulo: Paz e Terra, 2023.

CERT.BR. *Relatório anual de segurança digital 2023*. São Paulo: NIC.br, 2023. Disponível em: https://cert.br/stats/2023. Acesso em: 22 set. 2024.

CETIC.BR. *Pesquisa Avaliação de serviços públicos digitais*. São Paulo: CGI.br, 2023a. Disponível em: https://cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/publicacoes/. Acesso em: 27 jul. 2024.

_____. *Pesquisa TIC domicílios 2023*: uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo: CGI.br, 2023b. Disponível em: https://cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/publicacoes/. Acesso em: 27 jul. 2024.

_____. *Pesquisa TIC kids online Brasil 2023*. São Paulo: CGI.br, 2023c. Disponível em: https://cetic.br/pt/pesquisa/governo-eletronico/publicacoes/. Acesso em: 15 jun. 2024.

CNJ (Brasil). *Relatório justiça em números 2023*. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 14 set. 2024.

COHEN, Julie E. *Between truth and power*: legal constructions of digital society. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2024.

DE HERT, Paul. eIDAS 2.0: evolution or revolution? *European Data Protection Law Review*, [*s. l.*], v. 10, n. 1, p. 234-251, 2024.

EUBANKS, Virginia. *Automating inequality*: how high-tech tools profile, police, and punish the poor. 2nd ed. New York: St. Martin's Press, 2023.

FEBRABAN. *Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2024*. São Paulo: Febraban, 2024. Disponível em: https://portal.febraban.org.br/pesquisa-tecnologia-bancaria-2024. Acesso em: 2 out. 2024.

_____. *Relatório de fraudes digitais no setor financeiro 2023*. São Paulo: Febraban, 2023. Disponível em: https://portal.febraban.org.br/relatorio-fraudes-digitais-2023. Acesso em: 6 set. 2024.

FGV. Centro de Políticas Sociais. *Mapa da exclusão digital 2023*. Rio de Janeiro: FGV, 2023. Disponível em: https://fgvsocial.fgv.br/publicacoes/mapa-exclusao-digital-2023. Acesso em: 15 ago. 2024.

GRAHAM, Mark. *Digital inequalities*: complexities and intersections. Oxford, UK: Oxford University Press, 2024.

HALL, Wendy. *Digital inclusion*: bridging divides. Cambridge, MA: MIT Press, 2024.

HARTZOG, Woodrow. *Privacy's blueprint*: the battle to control the design of new technologies. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2024.

HILDEBRANDT, Mireille. *Smart technologies and the end(s) of law*. 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2024.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua 2023*: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. Rio de Janeiro: IBGE, 2023a. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html. Acesso em: 27 set. 2024.

_____. *Projeções populacionais 2023-2033*. Rio de Janeiro: IBGE, 2023b. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/projecoes-2023-2033. Acesso em: 25 ago. 2024.

INEP (Brasil). *Censo escolar 2023*. Brasília, DF: INEP, 2023. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar. Acesso em: 24 set. 2024.

ITS RIO. *Panorama de vazamentos de dados no Brasil*. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2023. Disponível em: https://itsrio.org/pt/publicacoes/panorama-vazamentos-dados-2023. Acesso em: 17 ago. 2024.

ITS RIO; DATAFOLHA. *Pesquisa "Segurança digital e cidadania"*. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2023. Disponível em: https://itsrio.org/pt/publicacoes/seguranca-digital-cidadania-2023. Acesso em: 21 jul. 2024.

KIM, Jong-soo. Blockchain-based digital identity in South Korea. *Journal of Asian Digital Innovation*, [*s. l.*], v. 8, n. 3, p. 78-95, 2024.

KOTKA, Taavi. The Estonian digital identity model. *Journal of Digital Government*, [*s. l.*], v. 12, n. 2, p. 145-167, 2024.

LAZAR, Jonathan. *Designing accessible digital identity systems*. Cambridge, MA: MIT Press, 2024.

LEE, Kai-Fu. *AI 2041*: ten visions for our future. New York: Currency, 2024.

LESSIG, Lawrence. *Code*: version 3.0. New York: Basic Books, 2023.

LIM, Chee Wee. Singapore's digital identity framework. *Asian Journal of Law and Technology*, [*s. l.*], v. 12, n. 1, p. 45-67, 2024.

LIVINGSTONE, Sonia. *Children's digital rights*. 3rd ed. Cambridge, UK: Polity Press, 2024.

NASH, Victoria. *Digital identity and social justice*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2023.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context*: technology, policy, and the integrity of social life. 2nd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2020.

PASQUALE, Frank. *New laws of robotics*: defending human expertise in the age of AI. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2023.

RICHARDS, Neil. *Why privacy matters in the digital age*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2024.

SCHNEIER, Bruce. *Digital security in a connected world*. Indianapolis: Wiley, 2024.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. 3rd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Laboratório de Segurança em Computação. *Relatório de análise de ameaças cibernéticas 2023*. Florianópolis: UFSC, 2023. Disponível em: https://www.labsec.ufsc.br/relatorios/2023. Acesso em: 15 ago. 2024.

VIIK, Linnar. *E-Estonia*: the digital society. Tallinn: Estonian Academy Press, 2023.

WE ARE SOCIAL; MELTWATER. *Digital 2024 Brasil*. Londres: We Are Social, 2024. Disponível em: https://wearesocial.com/br/digital-2024-brasil. Acesso em: 12 jul. 2024.

WORLD BANK. *Global findex database 2023*: financial inclusion, digital payments, and resilience in the age of Covid-19. Washington, DC: World Bank, 2023. Disponível em: https://globalfindex.worldbank.org/. Acesso em: 13 set. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism*. 2nd ed. New York: Public Affairs, 2022.

Os limites da Linguagem são também os limites do pensamento

Jorge Miguel[1]

Já ensinou Vieira a escrever um sermão. Para ser sólido, efetivo e fecundo, deve ser como uma árvore: "há-de haver o proveitoso do fruto, o formoso das flores, o rigoroso das varas, o vestido das folhas, o estendido dos ramos; mas tudo isto nascido e formado de um só tronco e esse não levantado no ar, senão fundado nas raízes do Evangelho" (Vieira, [1655]).

O *Sermão da Sexagésima*, talvez seja oportuno lembrarmos esta metáfora, fantasia o assunto do texto de tronco da árvore; os discursos, de ramos, nascidos destes troncos; as palavras que os revestem são as suas folhas, e as sentenças, tantas flores quantas forem. Por remate de tudo, a finalidade do discurso – a razão pela qual escrevê-lo – são os frutos, enfim, desta fantástica e magnífica árvore – "a que podemos chamar árvore da vida" – cujas raízes, para o sermão, são fundadas no Evangelho.

Respeitada a alegoria, se o bom pregador tem no Evangelho suas raízes, o médico deve enraizar o seu discurso na ciência, e o físico, na matemática. O pesquisador firma-o nas evidências, e os juristas devem enraizá-lo na Lei, principal fonte de nosso Direito – mais imperativa que a jurisprudência, nutrida e efetivadora de princípios, base inescapável para equidade e para analogia de que se valem os juízes, fruto e produto de autopoiese com os costumes e os valores sociais.

Grandiosa a lição de Vieira, aplicável a qualquer seara, ao mesmo passo que guia, ordena e facilita a redação, nos revela a grande dificuldade em se redigir um texto

1 Jorge Miguel é advogado, procurador, professor, escritor e poeta; graduado e mestre em Direito pela Universidade Mackenzie, São Paulo; ex-professor de Língua Portuguesa e Literatura do Colégio Rio Branco, São Paulo.

que constituirá solo e pressuposto: quão mais consistente e firme deve ser para servir de base firme e inequívoca aos que seguirão dele e nele fincarão suas raízes.

Esta é justamente a complexidade na redação de uma norma. Enquanto fonte principal do Direito, comando estatal imperativo, frente a tudo que lhe é inerente e peculiar destacam-se três aspectos, mormente linguísticos, a que se deve atentar cuidadosamente o legislador quando de sua redação: a *universalidade*, a *permanência* e a *precisão*.

A *universalidade* e a *permanência* são caracteres que definem a lei enquanto lei (em acepção genérica)[2]. Ficam em segundo plano as intenções subjetivas de quem a redigiu. Assim é frequente nos depararmos com a crítica de se interpretar "vontade do legislador" como sendo a vontade das pessoas que compõem o parlamento, e não em seu sentido maior, como direcionamento de uma vontade legislativa ungida pela legalidade.

Talvez fique mais clara a distinção, se esquecermos dos termos jurídicos (*mens legis* e *mens legislatoris* p.e.) e lembrarmos a poesia, tão mais afetuosa. Chorarmos as nossas dores nas dores de Chico Buarque. Não as dele, nem de nosso amor menino, mas do eu-lírico, que agora era rei. Basta percebermos o que ensinou Pessoa, que o poeta é um fingidor, que "chega a fingir ser dor a dor que deveras sente". O poeta, sua pessoa, torna-se eu-lírico quando tem sua poesia publicada ou cantada a sua canção e não importa por quem choraram nem para que escreveram Fernando ou Francisco, mas o que condensaram em versos, "e os que leem o que escreve, na dor lida sentem bem, não as duas que ele [poeta] teve [a sentida e a fingida], mas só a que eles não têm [do eu-lírico, ou, porque não, do sujeito de direitos, que não é nenhum de nós, mas nós todos]" (Pessoa, 2024).

O trabalho de revisão gramatical e linguística do anteprojeto de modificação do Código Civil orientou-se neste propósito, e somente nele, como único fim. Compreendendo a vontade legislativa quase como imaterialidade – num esforço pelo idealismo muitas vezes, na forma deste espírito das leis, senão pela adequação deste espírito à realidade contemporânea – para ao máximo adequar os textos que lhe deram forma ao sentido que pretendiam, não raramente oculto pela construção original, ainda emaranhada pelo trabalho criativo.

2 Caio Mário da Silva Pereira, em suas *Instituições*, ensina que a lei, através do conceito que empresta de Clóvis Beviláqua, é "norma geral e permanente, editada pela autoridade soberana, e dirigida coativamente à obediência dos cidadãos". Deste conceito extrai seus cinco principais caracteres: generalidade, permanência, oficialidade, coercitividade e imperatividade (Pereira, 2015, p. 53). Ao presente artigo, o termo "universalidade" é empregado como sinônimo deste mais técnico, "generalidade".

Amoldar esta vontade, mesmo quando já posta em termos precisos, às exigências jurídicas e semânticas historicamente fundadas, às que agora se desenvolvem e às que podem vir a surgir, para estender o quanto possível a eficácia destes dispositivos, para conferir-lhes vida longa e estável desde ainda embrionários, sem desrespeito às instituições, categorias e raciocínios que os conceberam.

Ilustram bem este esforço três casos, elencados para este artigo pelo quanto demonstram os cuidados para com a precisão da escrita, a permanência e a universalidade das leis propostas, demonstrando, concomitantemente, a importância desses caracteres. Alegoricamente, são relacionados ao passado, ao presente e ao futuro, respectivamente.

Assim que trabalhados os três casos, com base em três artigos do Anteprojeto, poderemos então partir, com o propósito da revisão já maturado, a uma breve análise da inovação talvez mais cara deste anteprojeto: a regulamentação do direito civil ao universo digital, que cada vez mais sobrepõe-nos à realidade concreta de maneira a miscigenar-se com ela, quase indistintamente. Comecemos.

O primeiro caso ilustrativo diz respeito à reformulação do art. 1.836, § 2º, do Código Civil em vigor. Tratando da sucessão dos ascendentes, estabelece que: "havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna" (Brasil, [2024b]).

O dispositivo trata dos avós (ou dos bisavós ou dos trisavós, mais do que dos pais). Esta é a sua peculiaridade. Mais do que estabelecer regramento para sucessão dos genitores, a que bastaria o *caput* do artigo[3], invoca não só a regra para diversidade em grau (vide § 1º)[4], como também, e principalmente, a ideia de linhas paterna e materna – que só convêm a partir do segundo grau dos ascendentes.

No Código Civil de 1916 havia dispositivo análogo. Trata-se do então art. 1.608, cuja redação vigorava da seguinte maneira: "Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança partir-se-á entre as duas linhas meio pelo meio" (Brasil, [2002]).

Da leitura deste artigo, fica ainda mais evidenciada a concepção tradicional de haver tão só e necessariamente duas linhas ascendentes, que são pressupostas materna e paterna no Código de 1916 e assim expressas no Código vigente. "Meio pelo meio" e "herdam a metade" exprimem essa ideia nitidamente.

Todavia, e sem qualquer pretensão de adentrar substancialmente no assunto, é aceita a configuração familiar composta por mais de um pai e/ou mais de uma mãe,

3 "Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente" (Brasil, [2024b]).

4 "§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas" (Brasil, [2024b]).

a que chamamos *multiparentalidade*. Ao reconhecermos indistintamente a filiação socioafetiva ao lado da biológica (pelo menos desde a equiparação constitucional dos filhos[5]), a multiparentalidade é fenômeno social que vem paulatinamente sendo incorporado pelo ordenamento.

Como exemplo, o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que permitiu o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva em cartórios civis, e o Tema 622 do Supremo Tribunal Federal, ao determinar que:"a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Brasil, 2016).

Assim, torna-se *a priori* equivocado pressupor que haverá tão só e necessariamente duas linhas ascendentes. É possível haja constituição familiar com dois pais (afetivo e biológico) e uma mãe, por exemplo.

Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, elaborou o Enunciado nº 642, com a seguinte redação:

> *Nas hipóteses de multiparentalidade*, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, *a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores* (Conselho da Justiça Federal, 2018, p. 13, grifos nossos).

Ora, estamos diante de hipótese idêntica à do § 2º do art. 1.836 de nosso Código vigente, qual seja: (i) chamamento de ascendentes; (ii) igualdade em grau; (iii) diversidade em linha.

Vejamos, com um exemplo prático, se a inteligência do Enunciado editado pelo Conselho da Justiça Federal não é também orientada pelas mesmas razões que orientou Beviláqua em 1899, inspirado pelo civilismo francês, quando da redação do Código de 1916, somente adequada ao contexto da multiparentalidade.

Sucedem o falecido três avós como únicos herdeiros: os pais de seu pai e a mãe de sua mãe. Chamam-se, pois, à sucessão, os ascendentes, em igualdade de grau e diversidade em linha. No caso, são duas linhas.

Pela solução de Beviláqua, do Código de 1916, "a herança partir-se-á entre as duas linhas meio pelo meio". Assim, os dois avós paternos herdam uma metade – um

5 Art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB): "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (Brasil, [2024a]).

quarto a cada um – e a avó materna a outra metade, sozinha, pois única herdeira daquele grau na linha materna.

Igualmente decorre a sucessão pelo Código Civil de 2002 em vigor, ao determinar que "os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna" (Brasil, [2024b]). Os avós paternos recebem um quarto cada um, compondo a metade paterna, e a avó materna recebe, sozinha, toda a metade da linha materna. Idêntica a solução.

Caso resolvamos o caso com o que determina o Enunciado nº 642, eis que mesmíssima divisão desponta: "a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores".

São dois os genitores do *de cujus* e, portanto, são duas as linhas. Assim, a herança será dividida em duas partes. Caberá uma metade a cada uma. Assim, os dois avós paternos herdam uma metade, um quarto cada um, e a avó materna, a outra metade.

Assim demonstra-se que o Enunciado respeita a lógica jurídica que impera no Brasil desde 1916, filiada à sistemática francesa da divisão por linhas (*fente*), com a divisão da herança em linhas aos ascendentes, de acordo com a parentalidade do *de cujus*.

Também podemos concluir que para os casos em que a família seja composta por um pai e/ou uma mãe, qualquer dos dispositivos oferece a mesma resposta, em uníssono.

Contudo, basta que modifiquemos esta tradicional composição familiar, seja em entidade multiparental, seja oriunda de relacionamento homoafetivo, para que cada redação se revele apta ou inapta.

Antecipa-se, para fins de melhor compreensão dos exemplos, que o Enunciado nº 642 torna a regra mais adaptável às diversas conformações familiares, pois não as designa linhas paterna ou materna nem pressupõe sejam somente duas. Torna a sistemática mais universal e permanente, sem qualquer entrave ou dubiedade. Demonstra-se.

Os óbices (ou a inaptidão) das redações de 1916 e de 2002 revelam-se imediatamente ao tratarmos da sucessão aos ascendentes em uma família composta por um pai biológico, outro socioafetivo e uma mãe biológica, todos pré-mortos ao *de cujus*, restando herdeiros o avô paterno biológico, os avós paternos socioafetivos e a avó materna biológica.

Nesta hipótese, estamos diante de uma família com três linhagens ascendentes: (i) a do pai biológico, (ii) a do pai socioafetivo e (iii) a da mãe biológica. Devemos também notar que são chamadas quatro avós à sucessão: um avô biológico paterno, os dois avós socioafetivos paternos e uma avó biológica materna.

Como resolveriam este caso os três dispositivos?

A redação de 1916 sequer comporta a hipótese, pela literalidade e isoladamente, pois fala em repartição "entre as duas linhas". O artigo definido "as" determina inexoravelmente somente duas linhas, e, sendo três, é impossível determinar quais seriam – caso hipoteticamente aplicássemos esta redação ao ordenamento hoje vigente.

A redação de 2002, por sua vez, comporta a multiparentalidade, porém sua aplicação literal levaria ao desvirtuamento da regra sucessória. Vejamos. "Os ascendentes da linha paterna herdam metade". Desta feita, o avô paterno biológico sobrevivo e os avós paternos socioafetivos herdam, os três, metade da herança, cabendo um sexto a cada um. A avó materna, por sua vez, herdaria sozinha a outra metade.

Pela intenção do legislador, cuja lógica se revela facilmente ao observarmos uma árvore familiar, deveria dividir-se a herança aos ascendentes com base no entroncamento, que no caso é composto por três ramos – é trifurcado. Esta é a imagem: de um tronco (que será tido como base e referência) do qual se estendem tantos ramos quantos forem os pais.

É justamente como propõe o Enunciado nº 642 do Conselho Federal de Justiça, ao qual alinhou-se o atual anteprojeto, que divide a herança "em tantas linhas quantos sejam os genitores".

No caso, uma linha à filiação paterna biológica, a segunda à socioafetiva e a terceira à filiação materna, um terço para cada uma. Assim, e corretamente, deve receber o avô paterno biológico um terço da herança, cada um dos avós socioafetivos um sexto (pois juntos têm o terço que lhes cabe), e um terço a avó materna.

É respeitada a tradicional sistemática do art. 1.836, agora atualizado para abarcar as famílias multiparentais, como também as oriundas de laços homoafetivos, em que podem constar dois pais ou duas mães, e seria descabido dividir a herança aos avós em linhas paterna e materna sem se desvirtuar o espírito da lei[6].

Contudo, e aqui revela-se a importância da revisão gramatical e linguística de uma lei, para que o legislador possa precisamente dizer o que pretende dizer, sem

6 Destaca-se do corpo do texto o seguinte exemplo, para que não fique demasiadamente truncado. Sobrevivem ao *de cujus* três avós: os dois pais de seu pai biológico e a mãe de seu pai adotivo. Caso dividíssemos como estabelece o dispositivo vigente, metade caberia à linhagem paterna, e metade à linhagem materna. Como as duas linhas são paternas, a herança ficaria dividida igualmente entre os três avós. Desobedece-se o regramento. Com a redação proposta pelo Enunciado nº 642, que fala em tantas linhas quantos forem os genitores, não há qualquer óbice: sendo dois pais, duas linhas, e os avós paternos biológicos receberiam um quarto da herança cada um, compondo a metade de sua linha, enquanto a outra metade ficaria ao avô paterno socioafetivo sobrevivo, pois sozinho integra a segunda linha ascendente.

os inadvertidos desvios da linguagem criativa, constava grave equívoco da redação original do anteprojeto.

Tendo por base o Enunciado nº 642 do Conselho da Justiça Federal, inicialmente o anteprojeto dispunha da seguinte redação ao propor inovação ao § 2º do art. 1.836: "Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os ascendentes chamados à sucessão" (Brasil, [2024d]).

Embora habilmente contemple a multiparentalidade, bem como as famílias compostas por laços homoafetivos, a redação acabou inintencionalmente por romper a sistemática jurídica tradicional das linhas ascendentes, que deve ser mantida.

Vejamos.

Tomemos por base a segunda família exemplar, a entidade familiar multiparental, em que herdam um avô paterno biológico, dois avós paternos socioafetivos e uma avó materna.

Pela maneira como originalmente construído o dispositivo proposto pelo Anteprojeto, estaríamos diante, não de três, mas de quatro linhas ascendentes. Ora, tantas linhas quantos sejam os ascendentes chamados à sucessão.

Pré-mortos os pais do *de cujus* que não deixa descendentes nem é casado, mas deixa vivos os seus quatro avós, serão estes os chamados à sucessão. Quatro. Haveria, pela literalidade do dispositivo, quatro linhas, quando devem ser três consideradas.

A incoerência com a sistemática revela-se ainda mais explícita quando retomamos o primeiro exemplo, da família composta por um pai e uma mãe, em que, pré-mortos ambos, são chamados a suceder os dois avós paternos e a avó materna. Pela redação original do anteprojeto, herdaria um terço cada um[7], em desconformidade com a sistemática: sendo três avós chamados à sucessão e dividindo-se a classe dos ascendentes em quantas linhas sejam os chamados, estaríamos diante de três linhas, em latente incoerência.

Ante a imprecisão, propôs-se adequar a construção quase àquela elaborada pelo Conselho da Justiça Federal em sua Resolução: "Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam *os ascendentes de primeiro grau*".

A Resolução 642 do CJF emprega a expressão "genitor" em vez de "ascendentes de primeiro grau", que pode não ser a mais apropriada ao tema da multiparentalidade, justamente porque não abarca com precisão terminológica a filiação socioafetiva.

7 Retoma-se que pela sistemática desde 1916 vigente, a herança divide-se inicialmente em duas partes, uma para cada genitor, e o avô paterno receberia um quarto, a avó paterna receberia um quarto e a avó materna receberia a metade da herança.

Ainda que não represente qualquer óbice prático *a priori*, posto que o Direito define muitas vezes os seus próprios termos, e o termo "genitor" pode ser facilmente desassociado da ideia de filiação genética, alargado seu significado, a expressão "ascendentes de primeiro grau" exprime com idêntico sentido a mesma ideia, sem apresentar óbice algum, uma vez que é termo mais genérico e igualmente preciso.

Em certo sentido, a reformulação cuidadosa dá mesmo uma continuidade ao trabalho de generalização da terminologia que a VIII Jornada de Direito Civil começou, ao desvencilhar-se das designações em linhas paterna e materna, que justifica-se pela precisão, universalidade e permanência do diploma legal.

A amplificação destes caracteres, definidores e norteadores de uma norma, fora possível, portanto, pelo desnudamento, da sistemática, das palavras que lhe restringiam a abrangência. Ao invés de duas linhas, e de materna e paterna, "tantas quantas forem" respeita a *mens legis* sem atribulá-la com situações que lhe escapam da definição restrita.

O segundo caso a ser trabalhado revela esforço neste mesmo sentido, com utilização, na revisão linguística, de técnica de redação de igual teor: desimpedir a aplicação de um dispositivo a certas situações a que antes era literalmente inaplicável através da eliminação de termos que o tornavam deveras restrito.

Como dito, alegoricamente relaciona-se este segundo caso mais diretamente para com o tempo presente, pois trata de conferir prestígio e vigor legal ao que a sociedade e os tribunais hoje já prestigiam e já fazem viger na prática.

Sem mais delongas, trata-se da nova redação conferida ao *caput* art. 1.514 do Código Civil, construída da seguinte maneira: o casamento se realiza quando duas pessoas manifestam, perante o celebrante, a vontade de estabelecer vínculo conjugal e o celebrante os declara casados.

O dispositivo não só cristaliza a possibilidade jurídica do relacionamento homoafetivo, já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 quanto à união estável, mas a adequa plenamente ao § 3º do art. 226 da CRFB, que apregoa dever a lei facilitar sua conversão em casamento.

Tradicionalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo era considerado mesmo como inexistente, por afronta a pressuposto fático de sua existência, não admitindo sequer anulação – sequer adentrava o plano da validade, não obstante a ausência de vedação legal expressa.

É que a ideia de união entre pessoas de sexo necessariamente diferente como atributo imprescindível ao casamento encontra eco na maioria das tradicionais definições do instituto feita por nossos juristas.

Para Lafayette, "o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida". Para Beviláqua, "O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer". Para Caio Mário da Silva Pereira, consiste na "união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente" (Pereira, 2018b, p. 83-85).

Percebemos, todavia, que ao lado do pressuposto da distinção de gênero, a indissolubilidade da união matrimonial também permeia as definições tradicionais como elemento constitutivo, mas não podemos afirmar que a Lei do Divórcio colocou fim à família enquanto instituição protegida pelo ordenamento jurídico, e o matrimônio continuou a ser celebrado sem a conotação de instituição em decadência (Pereira, 2018b, p. 296), mesmo após a sua promulgação em 1977, pela Lei nº 6.515.

Elevado ao patamar constitucional com plenitude pela Emenda nº 66 de 2010 ("o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio"), tornando quase inócuo o instituto da separação, o divórcio não abala o cerne e a razão última do matrimônio, qual seja, o afeto, o cuidado, a vontade irrepreensível de compartilhar a vida ao lado de alguém.

Devemos recordar Heloisa Szymanski, tal como lembrada nas Instituições de Pereira (2018b, p. 45), que percebe a família como

> um núcleo em torno do qual as pessoas se unem por razões afetivas, dentro de um projeto de vida em comum em que compartilham um quotidiano e no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem os idosos, formam crianças e adolescentes (Szymanski, 2002, p. 10-11).

Assim é, de igual maneira, que a dispensa do requisito da diversidade de gênero para constituição de uma entidade familiar reconhecida pelo Estado atende com maior firmeza às instituições da União Estável e do Casamento, muito pelo contrário de enfraquecê-las.

Trata-se do reconhecimento jurídico de entidades familiares que já permeiam e constituem a realidade, e negar-lhes tal *status* e a consequente atribuição dos efeitos atinentes é apreço injustificável às tradições e dogmáticas, mormente religiosas, em detrimento da mutabilidade jurídica e social.

Posto que não impera qualquer expressa proibição legal às uniões homoafetivas, não reconhecê-las confirmaria os receios de Savigny, de fossilização dos Códigos, o que corromperia "a floração natural do direito, mediante a adoção de ideias sistemáticas e preconcebidas, e a imposição de preceitos obrigatórios e fixos, que desnaturam a sua origem espontânea" (Pereira, 2018b, p. 67).

De toda maneira, orientada por essas razões, a jurisprudência vem paulatinamente reconhecendo aos relacionamentos homoafetivos a constituição de união estável, quando atendidos os seus pressupostos. Como apontado, cristalizam este entendimento a ADI nº 4.227 e a ADPF nº 132 julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em interpretação conforme a Constituição, entenderam os ministros que ao adotar a expressão "homem e mulher" quando da definição da entidade familiar, o constituinte não excluiu expressamente outras relações, que não heteroafetivas.

Assim, é possível e se fez necessária uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional, em atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação, da isonomia e da igualdade.

O que propõe o anteprojeto é a elevação ao patamar de lei deste entendimento. Ao dispor sobre a união estável estabelece ao art. 1.564-A que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família" (Brasil, [2024d]).

Por fim, o art. 1.514, que define o casamento e é o objeto desta segunda análise casuística, retira os impedimentos que havia à conversão em casamento desta união estável (pela jurisprudência já reconhecida), habilitando a plena eficácia do § 3º do art. 226 da CRFB.

A redação do anteprojeto ao art. 1.514 do Código Civil, portanto, robustece a aplicação destes princípios norteadores do ordenamento pátrio (dignidade, não-discriminação, igualdade e isonomia), edificando em disposição legal o que permite a Constituição e aceitam os tribunais, com a derrubada de requisitos que constituíam verdadeiros óbices à mutabilidade do direito, à capacidade de perceber e regular a origem espontânea das instituições.

O terceiro caso arrolado, a que se propõe relacioná-lo mormente com o futuro, tem vistas a permitir, sem entraves, as vindouras legislações.

O Anteprojeto propõe a inclusão, no Código Civil, do art. 1.511-C: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado: [...] IV – privar a mulher gestante de tratamento digno durante a gestação e de parto seguro, em companhia de quem ela escolher" (Brasil, [2024d]).

Iniciamos o presente artigo indicando que é próprio da lei ser geral e permanente, que deste esforço deve valer-se o legislador-redator, para que, embora escrita com precisão, não venha a lei a nascer velha e tornar- se inadequada às situações futuras, à medida que previsíveis.

Neste intento, a revisão linguística e gramatical optou por excluir da redação os termos que atribuem a premissa de a gestante ser necessariamente uma mulher, pelas razões a seguir expostas, sugerindo a seguinte redação ao inciso IV: "privar gestante de tratamento digno durante a gestação e de parto seguro, em companhia de quem escolher".

É que o ordenamento pátrio, legislado ou aplicado pelos tribunais, já reconhece uma série de direitos e garantias às pessoas transgênero.

A título de exemplificação, o reconhecimento do crime de transfobia pelo Supremo Tribunal Federal, em 2019, em equiparação ao crime de racismo[8] e a decisão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2022, para que a Lei Maria da Penha também se aplique aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais[9], são dois precedentes que denotam o reconhecimento pelo Estado da identidade de gênero em apartado do sexo biológico e da conformação do aparelho reprodutor do indivíduo.

Seja talvez mais importante do que os exemplos acima, para os fins de se analisar a proposta de revisão gramatical do art. 1.511-C, a Portaria nº 1.820 de 2009, do Ministério da Saúde, que estabelece em seu art. 4º, inciso I, o direito de constar do documento do usuário um campo para se registrar o seu nome social.

Sucedem a portaria uma série de decisões do STJ e do STF, no sentido de facilitar o uso do nome social sem maiores burocracias. Marco importante é o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.008.398, do mesmo ano de 2009, pela Terceira Turma do STJ, que deu provimento à demanda de uma mulher transgênero de alterar o gênero e o nome registrados em sua certidão de nascimento.

Progressivamente, mas neste mesmo sentido, em 2017, a Quarta Turma do STJ dispensou a realização de cirurgia de adequação sexual para alteração do registro civil da pessoa transgênero, desde que por via judicial, entendimento a que foi harmonioso o STF ao julgar o Recurso Extraordinário nº 670.422, Tema 761 da Repercussão Geral, e a ADI nº 4.275, em 2018, exigindo para alteração do prenome

8 Mandado de Injução nº 4.733, de relatoria do ministro Edson Fachin.

9 De relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, o caso chegou à Corte Superior através de recurso especial, em que alegou o Ministério Público que o art. 5º da Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), ao definir seu âmbito de incidência, faz referência à violência baseada no gênero, não no sexo biológico.

e do sexo no registro civil nada além da manifestação de vontade, seja pela via judicial, seja pela via administrativa.

Estas garantias e direitos reconhecidos não se limitaram à jurisprudência. Também em 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73, que ainda mais facilitou a adequação registral do nome e do sexo à pessoa transgênero. Basta que ela reúna os documentos exigidos e preencha, em qualquer Cartório de Registro Civil, um requerimento em que declare a vontade de ter seus registros adequados em nome e gênero.

Por fim, a Lei nº 14.382, de 2022, que alterou o art. 56 da Lei de Registros Públicos, permitindo que qualquer pessoa maior de idade, transgênero ou não, requeira a mudança do seu prenome, independentemente de qualquer justificativa ou autorização judicial.

Não há dúvidas, portanto, de que o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece a possibilidade de identificação de gênero civil diferente daquele atribuído e registrado quando do nascimento da pessoa, em detrimento do sexo biológico.

Tendo assim por base a Portaria nº 1.820 do Ministério da Saúde, o Provimento nº 72 do CNJ e a Lei nº 14.382, bem como os tantos relevantes precedentes e orientações jurisprudenciais, é que se mostrou necessária a revisão linguística deste dispositivo do anteprojeto, pela exclusão da expressão "a mulher gestante", possível porque desnecessária à garantia que estabelece, e necessária porque restritiva. "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado privar a mulher gestante de tratamento digno durante a gestação e de parto seguro, em companhia de quem ela escolher".

Em primeiro lugar, cumpre demonstrar porque a alteração em nada estorva que o direito pretendido pelo artigo seja igualmente garantido.

O núcleo de "a mulher gestante", objeto direto da oração, é a palavra "gestante", e não "mulher", nem o artigo definido "a". Tanto lógica quanto jurídica e semanticamente.

A discriminação do gênero é fundamental para categorização de diversas garantias – ao definirmos feminicídio[10] ou a violência doméstica e familiar[11], senão em quaisquer outras que digam respeito à condição de sexo feminino. Nestes casos, a lei é dirigida à mulher – à toda mulher.

10 Introduzido pela Lei nº 13.104, inclui hipótese de homicídio qualificado quando motivado "por razões da condição de sexo feminino", o que considera quando envolver o crime "violência doméstica e familiar" ou "menosprezo ou discriminação à condição de mulher" (Brasil, 2015).

11 A Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) determina em seu art. 5º que "configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero" (Brasil, [2024c]).

Ora, o parto seguro e o tratamento digno durante a gestação não são direitos atinentes à toda mulher, que pode não engravidar, mas somente à mulher gestante, como bem resumia a redação original.

Assim é de maneira que, mesmo pela redação original, seriam contempladas pela incidência do artigo todas as mulheres gestantes, mas não por serem mulheres, senão por serem gestantes. Com a nova redação, igualmente: sendo gestantes, serão contempladas.

Por fim, apenas ressalta-se que o artigo definido é neste caso meramente expletivo. Fosse "uma mulher gestante" ou "mulher gestante", o sentido permaneceria igual. Não há qualquer óbice em retirá-lo.

Desse modo, caso escrevamos "privar gestante de tratamento digno durante a gestação e de parto seguro", o sentido original do texto e sua fluência e sua harmonia permanecem intocados. Não há qualquer desvirtuamento do sentido conferido pelo legislador ao dispositivo, fica respeitada a sua vontade, ficam contempladas todas as mulheres gestantes, e previne-se a norma, destarte, do seguinte inconveniente.

Sendo reconhecido pelo Direito brasileiro que uma pessoa nascida com o sexo biológico feminino, por identificar-se homem, possa registrar-se homem perante o Estado, alterando o gênero de seu registro, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou tratamento hormonal, não mais exigidos, nada obsta, dispondo de útero sadio, que geste naturalmente uma criança. Esta gestação também deve ser contemplada, sendo-lhe garantidos tratamento digno e parto seguro, por todas as razões acima expostas.

Estaríamos (como já naturalmente estamos, independentemente da frequência de ocorrências) diante de um caso de um homem gestante, que deve ter garantido tratamento digno e à sua gestação, e parto seguro, sem que seja obstado por qualquer pessoa, de direito público ou privado, como dispõe a inteligência do art. 1.511-C.

Caso mantida a designação "mulher gestante", portanto, incorrer-se-ia em uma de duas hipóteses pela aplicação literal do dispositivo: (i) ou não lhe seria garantido o direito à gestação digna e ao parto seguro, (ii) ou ele teria de contrariar seu nome, seu gênero e a sua própria pessoa, que o próprio Estado garante e reconhece, sofrendo enxovalhos e humilhações que dispensam maiores análises que a de percebê-los.

Supõe-se não seja esta a vontade do legislador.

É verdade que poderia ser conferida interpretação expansiva pelas cortes, tal como feito ao reconhecimento da união estável homoafetiva, mas é sábia a lei que se promulga desatualizada? Que origina- se em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente que pressupõe?

Alocou-se este terceiro caso ao futuro da legislação, pela recência dos entendimentos e das normas sobre o tema, ainda em construção, a orientarem-se neste sentido. A cautela é tão necessária pois a redação restritiva do diploma civil certamente obstaria ou criaria entraves futuros às novas normas que serão promulgadas sobre o assunto.

Ademais, cumpre encerrar a exposição destes três casos ilustrativos, reiterando que em nada oblitera o direito das mulheres gestantes a disposição revisada – conforme há pouco demonstrado.

Como também não obsta de qualquer maneira o matrimônio de casal heteroafetivo a dispensa da diversidade de gênero ao casamento.

Nem desvirtua a inteligência da sucessão aos ascendentes a indistinção na designação das linhas como paterna ou materna.

Pelo contrário, a adoção de termos mais amplos reforça a vivacidade destes dispositivos, regras e instituições, projetando-os para o futuro blindados de tantos alvoroços, já previsíveis ou existentes, sem desrespeito algum à precisão vernacular que demanda a inteligência legal.

Assim, a despeito de correções menores, de pequena importância e meramente gramaticais, de deslizes que dificilmente obstariam o exercício do direito, pois que não encerrariam, via de regra, anfibologia, ou não permitiriam concluir senão absurdos e incoerências inaplicáveis pelo bom senso, estes apontamentos e a análise casuística destes três dispositivos bem ilustram o trabalho de revisão linguística do anteprojeto.

Cumpre analisar, brevemente, e em vias de encerramento, as proposições acerca do Direito Civil Digital, um dos pontos de maior relevância, senão o mais importante, deste anteprojeto de atualização do Código Civil brasileiro.

As Instituições de Caio Mário da Silva Pereira fundamentaram sobremaneira a feitura deste artigo. E é também com base no que leciona sua doutrina que serão feitos os apontamentos seguintes.

Leciona, retomando a origem do próprio Direito, que o individualismo prosperou no século XVIII, de onde origina-se o prestígio às garantias mais amplas da liberdade de contratar. Retrata a origem e o apogeu da autonomia da vontade, que se torna quase um princípio absoluto, através do qual todos podemos contratar tal como quisermos, por mais injusta que seja a cláusula a que consigamos vincular a outra parte. Qualquer interferência estatal na vontade individual de contratar seria tida como uma afronta obscena ao Direito e à liberdade. Há quem ainda hoje assim cogite. Acrescenta o autor:

> No começo, porém, do século XX compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. O capitalismo desenvolto, com a industrialização crescente, e a criação das grandes empresas, conduziu à defasagem dos contratantes. Aparentemente iguais, estes se acham via de regra desnivelados economicamente. E o negócio que realiza sofre a influência desta diferenciação. Consequentemente, o contrato, com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos em tal grau que ofende aquele ideal de justiça que é a última ratio da própria ordem jurídica (Pereira, 2018a, p. 25).

Do volume sobre Contratos, percebe que a autonomia da vontade civilista e os tantos outros princípios e preceitos do Direito Civil tradicionalmente aplicáveis para as relações jurídicas e os contratos, via de regra entre partes simétricas e paritárias, não são suficientes para abarcar, por exemplo, as relações de trabalho ou de consumo.

Decorre daí a necessidade de uma legislação trabalhista própria, e apartada da legislação civil, apta a compreender as dinâmicas específicas desta espécie tão particular de prestação de serviços. Assim de tal modo que o contrato de emprego não encontra equivalente nos contratos civis típicos, de prestação de serviço, ou de compra e venda, ou de qualquer outro, dada à especificidade da relação que regulamenta.

De mesmo modo, fez-se necessário o desenvolvimento do ramo consumerista. Apreendida na prática a notória desigualdade entre as partes contratantes, consumidor e fornecedor, a aplicação indiferente dos pressupostos de igualdade e simetria efetivam, na verdade, o império da desigualdade e da dessimetria.

Assim entendemos que a regulamentação pelo direito civil do universo digital é urgente.

Tal como nas searas justrabalhista e consumerista, em que os preceitos gerais do direito privado, constantes do direito civil, são aplicados por analogia ou na lacuna de ordenação própria, sua aplicação subsidiária não dispensa o regramento especial.

Ocorre que, atualmente, sem a prescrição específica aos caracteres inerentes ao mundo digital, somente opera-se o direito no âmbito da internet e na realidade dos computadores através do transplante, bem ou mal sucedido, das categorias que foram desenhadas e erigidas para relações de outra natureza.

Como algumas das peculiaridades, a herança digital e o uso de inteligência artificial para criação das chamadas "deepfakes", já objeto de diversos artigos jurídicos (Tormin; Lima; Zular, 2023; Riberio; Zular; Borba, 2024), bem como a veiculação de publicidade ao público infantil (Pasqualotto; Martins, 2020), tema que diretamente

relaciona-se com o Estatuto da Criança e do Adolescente, foram objeto de tratativas pelo legislador no anteprojeto.

Sem qualquer pretensão de adentrar no tema substancialmente, mais do que aduzi-lo, e com a única finalidade em se demonstrar a importância da regulamentação civilista deste aspecto tão mais presente à realidade que ela própria muitas vezes, destaca-se a previsão de responsabilização civil e administrativa às plataformas digitais de grande alcance:

> As plataformas digitais poderão ser responsabilizadas administrativamente e civilmente:
>
> I – pela reparação dos danos causados por conteúdos gerados por terceiros cuja distribuição tenha sido realizada por meio de publicidade da plataforma;
>
> II – por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros quando houver descumprimento sistemático dos deveres e das obrigações previstas neste Código, aplicando-se o sistema de responsabilidade civil nele consagrado e previsto (Brasil, [2024d]).

Ao mesmo tempo, estabelece o Anteprojeto que é de responsabilidade dessas plataformas digitais analisar e avaliar os riscos sistêmicos do funcionamento de seu serviço:

> As plataformas digitais de grande alcance devem identificar, analisar e avaliar, ao menos uma vez por ano, os seguintes riscos sistêmicos decorrentes da concepção ou do funcionamento de seu serviço:
>
> I – a difusão de conteúdos ilícitos por meio de seus serviços;
>
> II – os efeitos reais ou previsíveis em direitos fundamentais e de personalidade dos usuários, como consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil, por este Código Civil e por tratados internacionais de que o Brasil seja signatário;
>
> III – os efeitos reais ou previsíveis que possam acarretar nos processos eleitorais e no discurso cívico;
>
> IV – os efeitos reais ou previsíveis em relação à proteção da saúde e da segurança pública (Brasil, [2024d]).

Estes dispositivos são arrolados com o único fim de percebermos, por contraste, a grande lacuna existente, ainda hoje, no meio digital, sendo fundamental a sua regulamentação. Destarte, pelas mesmas razões que motivaram a criação de

novos ramos jurídicos – como o direito trabalhista e do consumidor –, a falta de regulamentação desta relações, fáticas e jurídicas, tão peculiares, encerra a latente desigualdade já apontada pelo grande civilista de cuja doutrina nos valemos à introdução do tópico.

Contudo, sendo a finalidade deste artigo tão somente a avaliação dos aspectos linguísticos do anteprojeto, ainda que de maneira breve e preliminar, devemos nos atentar a uma peculiaridade deste novo ramo do direito civil, sem mais aprofundamentos ao Direito Civil Digital em seu aspecto material.

Novamente recorrendo à doutrina de Caio Mário, e resgatando o conceito de Lei que elabora, já trazido neste artigo, temos que, por sua definição, a Lei necessariamente deve implicar num comando estatal. "A lei é uma ordem". Prossegue que "não é próprio dela aconselhar ou ensinar, nem é de boa técnica formular o legislador definições, que são obra de doutrina" (Pereira, 2018b, p. 53).

A razão assiste ao doutrinador. O Direito vale-se de palavras próprias da linguagem habitual, muito embora não seja incomum lhes atribua significado diverso, ou sem correspondência conceitual, fora da vida jurídica (Pereira, 2018b, p. 165). Isto se deve, sobremaneira, ao fato de que o direito apreende a realidade e sobre ela se opera.

É natural, portanto, que já saibamos do que fala a lei, o que propõe regulamentar, mesmo sem conhecer precisamente o significado técnico de que faz uso o legislador.

Contudo, ao tratarmos de novas realidades, como a virtual, que foram recentemente inventadas pela tecnologia, que são próprias do desenvolvimento tecnológico, do aprimoramento do meio digital, é imprescindível que tenhamos clareza dos seus termos.

Dessa maneira, ao introduzir a sistematização do e-Notariado (serviço notarial que se opera no ambiente virtual), o anteprojeto apresente uma série de definições, numa espécie de glossário. Define assinatura eletrônica notarizada, certificado digital notarizado, assinatura digital, biometria, videoconferência notarial, ato notarial eletrônico, digitalização ou desmaterialização, documento digital, usuários internos etc.

Retomando uma penúltima vez as lições de Vieira, no mesmo Sermão da Sexagésima, pouco antes da alegoria da árvore da vida, começa seu argumento por dizer que "há-de tomar o pregador uma só matéria, há-de defini-la para que se conheça, há-de dividi-la para que se distinga" (Vieira, [1655]).

Com respeito ao posicionamento de Caio Mário acerca da finalidade última de uma lei, enquanto texto normativo de comando estatal, de ordem imperativa, e sem descartá-lo, entendemos salutar o esforço de que se valeu o legislador no

estabelecimento de conceitos técnicos. Dessa maneira conferem-se maior estabilidade e previsibilidade ao rigor da interpretação da norma proposta: na própria lei, a lei orienta a sua hermenêutica.

Assim o legislador, estabelecendo os conceitos de que fará uso ao trabalhar com este direito digital, que ainda germina tanto no parlamento quanto na consciência das pessoas, distingue, define e individualiza para que seja plenamente conhecido em seus termos, antes de qualquer coisa.

Com esperanças de que tenham sido atendidos os critérios de redação ensinados por Vieira e, pela revisão, sugeridas as alterações ao Anteprojeto, na expectativa de que sejam conferidas amplitude e permanência aos dispositivos que propõem inaugurar ou revisitar a atualização do Código, aguardamos o proveitoso dos frutos e o formoso das flores, desta árvore em vivo movimento, sempre atenta e orquestrada aos ventos do tempo, trilhando com suas raízes os caminhos que os novos ramos do direito propõem, tão caros e urgentes – "e assim não é muito que se não faça fruto com eles".

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2024c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024d]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 898.060/SC*. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *VIII Jornada de Direito Civil*. Brasília, DF: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf. Acesso em: 5 nov. 2024.

PASQUALOTTO, Adalberto; MARTINS, Fernando Rodrigues. Publicidade infantil entre regular, editar, copiar e colar. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 6 fev. 2020. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-06/opiniao-publicidade-infantil-entre-regular-editar-copiar-colar/. Acesso em: 26 abr. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

_____. *Instituições de direito civil*: contratos. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*: direito de família. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018b. v. 5.

PESSOA, Fernando. *Autopsicografia*. [*S. l.*]: RTP Ensina, 2024. Disponível em: https://ensina.rtp.pt/artigo/autopsicografia-de-fernando-pessoa. Acesso em: 5 nov. 2024.

RIBERIO, Vanessa; ZULAR, Felipe; BORBA, Deborah. Memória digital: o que fica na rede quando partimos? *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 22 jan. 2024. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-22/memoria-digital-o-que-fica-na-rede-quando-partimos/. Acesso em: 26 abr. 2024.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano 23, n. 71, p. 9-25, set. 2002.

TORMIN, Camila Avi; LIMA, Gabriela; ZULAR, Felipe. O novo chegou, mas estamos preparados para isso? *JOTA*, [*s. l.*], 16 jul. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/deepfake-o-novo-chegou-mas-estamos-preparados-para-isso. Acesso em: 26 abr. 2024.

VIEIRA, Antônio. *Sermão da Sexagésima*. Pregado na Capela Real, no ano de 1655. [*S. l.*]: Permanência, [1655]. Disponível em: https://permanencia.org.br/drupal/taxonomy/term/956. Acesso em: 5 nov. 2024.

A união estável na Reforma do Código Civil

Maurício Bunazar[1]

1 Introdução

O anteprojeto de lei que resultou na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) teve início quase vinte anos antes da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), tendo sido apresentado à Câmara dos Deputados e, em 1974, qualificado como Projeto de Lei (PL nº 675/1974).

À época de sua concepção e durante quatorze anos de sua tramitação, o projeto de lei esteve sob o monismo em matéria de formação familiar porque somente o casamento era fonte para a formação de família reconhecida pelo Direito.

A previsão na CRFB do reconhecimento do instituto da união estável como entidade familiar impôs ao legislador a inclusão às pressas de alguma disciplina da matéria no texto da codificação civil, o que, como se pode imaginar, implicou dificuldades sistemáticas que se revelam, por exemplo, nos fatos de a união estável ser tratada no penúltimo Título do Livro do Direito de Família e de o companheiro não constar da ordem de vocação hereditária, para ter seus direitos sucessórios disciplinados em artigo mal colocado entre as disposições gerais do Direito Sucessório.

Antes de o Código Civil entrar em vigor em 2003, duas leis regulamentaram a união estável, a Lei nº 8.971/1994 e a Lei nº 9.278/1996, assegurando aos companheiros regime jurídico mais protetivo do que o que lhes conferiu a atual codificação.

1 Maurício Bunazar é mestre, doutor e pós-doutor em Direito Civil pela USP; professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, do IBMEC-SP e do programa de mestrado da Escola Paulista de Direito; membro fundador e diretor executivo do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont); membro consultor da Comissão de revisão e atualização do Código Civil; conselheiro da OAB-SP; advogado.

A insuficiência do Código Civil e a mudança de valores da sociedade brasileira levaram a doutrina a propor e a jurisprudência a implementar alterações significativas no regime da união estável.

Entre elas, têm especial relevância o reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a elevação do companheiro à condição de herdeiro de segunda classe[2].

Quanto ao reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, coube ao Supremo Tribunal Federal positivar aquele que já era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2011, e em razão da eficácia vinculante e *erga omnes* típica das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, foi positivada a possibilidade de formação e reconhecimento de união estável homossexual, a despeito de a literalidade do § 3º do art. 226 da CRFB exigir a diferença de sexos[3].

Quanto à elevação do companheiro à condição de herdeiro de segunda classe, mais uma vez a alteração do direito positivo deveu-se ao Supremo Tribunal Federal.

O STF reconheceu repercussão geral e deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil por alegadamente não proteger de modo suficiente o companheiro supérstite.

Reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo, o acórdão determinou que se aplicassem ao companheiro as regras que disciplinam a sucessão do cônjuge.

Diante de tantas e tão relevantes alterações no regime jurídico da união estável, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil houve por bem refleti-las no texto legal de modo a assegurar a sistematicidade essencial a qualquer codificação.

2 Positivação legislativa do regime jurídico positivado judicialmente

Ao estabelecer os elementos essenciais para a caracterização da união estável, o art. 1.564-A do anteprojeto substituiu a expressão *entre o homem e a mulher* pela

2 Assim como o cônjuge, são chamados depois dos descendentes e em conjunto com ascendentes.

3 Com base nessa decisão e, de certo modo, em cumprimento a ela, o CNJ editou a Resolução nº 175, a qual impõe a obrigatoriedade de as autoridades civis competentes celebrarem o casamento homossexual ou converterem em casamento a união estável homossexual.

expressão *entre duas pessoas*, adequando o texto à possibilidade de uniões estáveis homossexuais.

Ainda no *caput* do art. 1.564-A há alteração redacional voltada também a adaptação do texto à doutrina e jurisprudência, hoje, pacíficas.

Com efeito, o vigente art. 1.723 do Código Civil exige o objetivo de constituir família entre os elementos essenciais da união estável.

A palavra *objetivo* denota intenção, ânimo. Trata-se, portanto, de elemento subjetivo cuja verificação é naturalmente mais difícil.

A doutrina e a jurisprudência viram na forma de tratamento entre os companheiros (*tractactus*) e no modo com que são reconhecidos socialmente (*reputatio*) os indicativos da existência do objetivo de constituir família.

Ou seja: se o casal se trata como família e é visto socialmente como família conclui-se pela presença do elemento *objetivo de constituir família*.

Mas essa solução doutrinária e jurisprudencial é parcial; serve para as hipóteses em que um dos membros nega a existência da união estável ou o supérstite vê questionada sua qualidade de companheiro pelos outros herdeiros do *de cujus*.

Se a lei exige o objetivo de constituir família, bastaria ao casal declarar que não tem intenção de constituir família para que se tornasse inviável a configuração da união estável.

Imaginemos duas pessoas que, a despeito de instrumentalizarem e assinarem um "contrato de namoro", declarando que não querem ver sua relação reconhecida como união estável, vivem como se casadas fossem e são socialmente reconhecidas como marido e mulher. Imaginemos, ainda, que um deles morra deixando filhos de outro relacionamento que pretendam ver partilhados os bens que seu genitor amealhou com o supérstite.

Diante de situações como essas, doutrina e jurisprudência pacificaram o entendimento de que manifestações de vontade como as contidas em "contratos de namoro" não têm o condão de impedir a incidência do art. 1.723 do Código Civil, se de fato estiverem presentes todos os elementos essenciais da união estável.

Diante disso e, mais uma vez, visando a adequar o texto do Código Civil ao que já é considerado pacífico em doutrina e jurisprudência, a Comissão de Juristas projetou a seguinte redação para o art. 1.564-A: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, mediante uma convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como família" (Brasil, [2024]).

A substituição da expressão *objetivo de constituir família* pela expressão *estabelecida como família* explicita que a incidência da norma caracterizadora da união estável não pressupõe em seu suporte fático nenhum elemento anímico.

Finalmente, o art. 1.829 projetado coloca o companheiro ao lado do cônjuge na ordem de vocação hereditária, nos termos da decisão vinculante do STF[4].

3 Alterações que o anteprojeto propõe ao regime jurídico da união estável

A par das revisões conformativas que o anteprojeto traz ao regime jurídico da união estável – visando a conformar o texto legal o que foi positivado judicialmente – a Comissão de Juristas propôs algumas alterações substanciais.

A primeira alteração consta do § 2º do art. 1.564-A, o qual dispõe que as pessoas com menos de dezesseis anos de idade não podem constituir união estável, e aquelas com idade entre dezesseis e dezoito anos podem constituir união estável, desde que emancipadas.

A alteração é salutar para a proteção de crianças e adolescentes contra a exploração sexual e, ademais, soluciona o que é lacunoso no direito vigente.

Diferentemente do que exige para o casamento, o Código Civil não exige idade mínima para a configuração da união estável e tem como única regra obstativa de sua formação aquela que lhe estende os impedimentos matrimoniais.

O anteprojeto impede a formação de união estável entre pessoas incapazes em razão da idade e, desde logo, afasta eventual discussão sobre se haveria emancipação análoga à gerada pelo casamento nos casos em que maiores de dezesseis e menores de dezoito passassem a viver como se casados fossem.

A solução do anteprojeto é no plano da existência: não se constitui união estável com menores de dezesseis anos, nem com menores de dezoito que não estejam emancipados.

A segunda alteração consta do § 3º do art. 1.564-A, segundo o qual é facultativo o registro da união estável, mas, se feito, altera o estado civil das partes para conviventes, devendo, a partir desse momento, ser declarado em todos os atos da vida civil.

A alteração é significativa porque cria um estado civil, ainda que por faculdade das partes. A existência da união estável continua a ser questão de fato e o eventual instrumento que a reconheça continua a ter eficácia meramente declaratória. Contudo, feita a opção pelo registro do instrumento de reconhecimento da união estável – o anteprojeto não estabelece se há necessidade de concordância de ambos

4 "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 quarto grau" (Brasil, [2024]).

ou se basta a vontade de apenas um dos conviventes[5] –, constitui-se o estado civil de conviventes, com todos os seus corolários[6].

A terceira alteração vem prevista no art. 1.564-C, que em boa hora inclui no Código Civil o procedimento para a conversão da união estável em casamento, o qual, por imperativo constitucional, deve ser facilitado. Dispõe o art. 1.564-C:

> A união estável poderá converter-se em casamento, por solicitação dos conviventes diretamente no Cartório de Registro Civil, das Pessoas Naturais, após o oficial certificar a ausência de impedimentos, na forma deste Código.
>
> Parágrafo único. Ter-se-á como data do início da união que se pretenda converter em casamento a do registro e em caso de união estável de fato[7] a data declarada pelos interessados ao oficial (Brasil, [2024]).

Há, também, uma quarta proposta de alteração parcialmente contraditória com outra inovação trazida pelo anteprojeto.

O art. 1.564-B estabelece que se aplica à união estável, salvo se houver pacto convivencial ou contrato de convivência dispondo de modo diverso, o regime da comunhão parcial de bens.

O dispositivo leva à conclusão de que os conviventes podem disciplinar o regime de bens entre eles de três maneiras: a) por omissão, caso em que se submeterão ao regime da comunhão parcial de bens; b) expressamente, no corpo do eventual instrumento de reconhecimento da união estável; e c) expressamente, por instrumento autônomo análogo ao pacto antenupcial, o qual poderá ser lavrado ainda que não haja instrumento de reconhecimento da união estável ou paralelamente ao instrumento que reconheça a união estável. Ademais, de forma distinta do seu análogo vigente, não precisará de ser antes da formação da união estável, podendo também ser concomitante ou posterior a ela.

5 Pelo princípio geral do direito segundo o qual, salvo autorização legal, não se pode alterar situação jurídica alheia sem consentimento, entendemos que será necessária manifestação de vontade de ambos os conviventes para que o instrumento de reconhecimento da união estável seja registrado.

6 Casamento e união estável são indiscutivelmente duas categorias jurídicas distintas. No entanto, uma vez registrada a união estável, a única diferença dela para o casamento será o *nomem* do estado civil, é dizer, casados para os que se casaram; conviventes para aqueles em união estável. Quanto ao regime jurídico, porém, será rigorosamente o mesmo.

7 Há, aqui, atecnia. Registrada ou não, a união estável é sempre *de fato*. O que existe são graus de formalização do estado de fato, que variam entre as uniões estáveis sem nenhuma formalização, passam pelas uniões estáveis formalizadas por instrumento público ou particular e chegam ao grau máximo, que é o das uniões estáveis cujo instrumento foi registrado.

A parcial contradição dá-se com o que dispõe o art. 1.653-A, segundo o qual é nulo o pacto conjugal ou convivencial que não for feito por escritura pública. Ora, se o contrato de convivência (*rectius*: instrumento de reconhecimento da união estável) pode ser celebrado por instrumento particular e, por expressa disposição no anteprojeto, pode disciplinar o regime de bens, a exigência de escritura pública para o pacto convivencial não parece fazer sentido.

Há uma última alteração proposta que, embora não seja propriamente no regime jurídico da união estável, tangencia-a e, por isso, será tratada autonomamente.

4 Qualificação jurídica da relação não eventual entre pessoas impedidas de se casarem

À exceção da pessoa separada, que não se pode casar porque já é casada, mas pode constituir união estável com outrem, as causas de impedimento matrimonial impedem a constituição da união estável.

O art. 1.727 do Código Civil dispõe que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casar, constitui concubinato.

A jurista Maria Berenice Dias, membro da Subcomissão de Direito de Família, sob o argumento de ser a expressão *concubinato* pejorativa, buscou não somente suprimi-la, mas conferir à relação não eventual entre pessoas impedidas de casar eficácia típica de relações familiares.

Há, pensamos, equívoco de premissa que não pode ser negligenciado.

As palavras não costumam ser pejorativas por si mesmas, mas, sim, em razão da realidade que denotam.

Infanticida, *corrupto*, *adúltero* são palavras pejorativas porque remetem a realidades abjetas, e não por serem formadas por determinados signos gramaticais. Não se pode duvidar de que qualquer palavra utilizada em substituição a uma daquelas logo passará a ser igualmente abjeta…

A palavra *concubinato* provém do latim *concubinatus* e originalmente denota a relação entre homem e mulher que vivem juntos sem serem casados. É palavra relacionada à palavra latina *concubitus* que, entre outros significados, remete à conjunção carnal.

Durante muitos anos, o homem e a mulher que viviam em uma união que hoje seria qualificada como união estável foram chamados concubinos, pelo simples fato de não serem casados ainda que se pudessem livremente casar.

Com a entrada em vigor do Código Civil, a palavra *concubinato* passou a denotar apenas as relações ilícitas, isto é, aquelas entre homem e mulher impedidos de se casarem. Se antes poderia ser considerado pejorativo chamar *concubinos* àqueles que viviam em união estável, atualmente esse problema desapareceu: a palavra pejorativa é usada para denotar uma situação repudiada pelo direito positivo, isto é uma situação pejorativa.

A Emenda nº 119 apresentada pela jurista Maria Berenice Dias sugeria a seguinte redação para o art. 1.564-D: "As relações entre pessoas impedidas de casar, que atendam todos os requisitos da união estável, geram direitos e obrigações, como direito de moradia, alimentos, benefício previdenciário e partilha dos bens amealhados durante o convívio".

A proposta da jurista criava nova formação familiar, ao lado do casamento e da união estável e, o que é mais grave, até mesmo concomitantemente a um casamento ou a uma união estável.

A proposta foi quase unanimemente rechaçada pelos demais membros da Comissão de Juristas, os quais, não sem intensas e acaloradas discussões, aderiram à emenda que apresentamos em plenário. O texto projetado apresentado ao Senado da República foi o seguinte:

> Art. 1.564- D. A relação não eventual entre pessoas impedidas de casar não constitui família.
>
> Parágrafo único. As questões patrimoniais oriundas da relação prevista no *caput* serão reguladas pelas regras da proibição do enriquecimento em causa previstas nos arts. 884 a 886 (Brasil, [2024]).

A proposta a um só tempo preserva o princípio monogâmico que informa o direito de família ocidental há dois mil anos, preserva o entendimento jurisprudencial que nega possibilidade de uniões estáveis paralelas e preserva o princípio da conservação estática dos patrimônios, evitando o enriquecimento sem causa.

5 Conclusão

Há quem acuse a Comissão de Juristas de haver traído o mandato que lhe foi outorgado pelo Senado da República ao pretender propor um novo Código Civil em vez de rever e atualizar o vigente.

O argumento sobre o qual se funda essa acusação é a quantidade de alterações propostas pela Comissão. Todavia, não são alterações quantitativas que implicam a existência de um novo Código, mas sim alterações qualitativas e estruturais.

Se é verdade que houve, ainda que em número mínimo, alterações qualitativas, não é verdade que houve alterações estruturais capazes de desnaturar a codificação.

Ao contrário, a Comissão de Juristas, lideradas pelo seu presidente, vice-presidente e relatores-gerais, obstinadamente preservou e buscou aprimorar os princípios informativos do Código de 2002, notadamente o da operabilidade potencializada pelas medidas de extrajudicialização.

O trabalho primordial da Comissão de Juristas foi – reiteremos – o de adequar o texto legislativo à jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, com esteio na intensa colaboração doutrinária.

Estes brevíssimos comentários servem de amostra disso.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 5 nov. 2024.

O Direito Animal na Reforma do Código Civil

Vicente de Paula Ataide Junior[1]

1 Introdução

No dia 17 de abril de 2024, procedeu-se à entrega formal do anteprojeto de reforma do Código Civil, em mãos do presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, resultado do trabalho dos membros da Comissão de Juristas, instituída em 24 de agosto de 2023 (Brasil, 2023a).

A Comissão foi presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e vice-presidida pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, ambos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e contou com a relatoria geral a cargo dos professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery.

Perante essa Comissão foram realizadas três audiências públicas: em São Paulo (23/10/2023), em Porto Alegre (20/11/2023) e em Salvador (7/12/2023), com manifestações de especialistas e debates com os presentes sobre diversos temas.

Canais digitais de comunicação com a Comissão foram abertos, a partir do Senado Federal, para a recepção de sugestões por parte de entidades e da sociedade em geral (Brasil, [2024b]).

Os primeiros relatórios parciais foram apresentados em meados de dezembro de 2023, com diversas propostas para o aprimoramento da codificação civil de 2002[2].

1 Vicente de Paula Ataide Junior é pós-doutor de Direito Animal pela Universidade Federal da Bahia; doutor e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); professor adjunto da Faculdade de Direito da UFPR; professor dos programas de pós-graduação em Direito da UFPR e da Universidade Federal da Paraíba; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. membro-consultor da Comissão de Juristas para a reforma do Código Civil; juiz federal em Curitiba.

2 Relatórios parciais disponíveis em: Brasil ([2024d]).

Após os relatórios parciais, a Comissão deliberou em admitir o professor Dierle José Coelho Nunes, como novo membro titular da Comissão (subcomissão de Direito Digital), além de quatro membros consultores, Ana Cláudia Scalquette, Layla Abdo Ribeiro de Andrada, Maurício Bunazar e Vicente de Paula Ataíde Junior (Brasil, 2023b).

Nova audiência pública da Comissão foi realizada em 26 de fevereiro de 2024, desta vez em Brasília/DF, oportunidade em que foi ouvido o Ministro da Suprema Corte Argentina, Ricardo Luis Lorenzetti, presidente da Comissão que elaborou o novo Código Civil Argentino, de 2014. Nessa mesma ocasião, foi apresentado o relatório final, consolidando, e alterando em parte, os relatórios parciais, visando aos debates finais da Comissão, realizados, de forma concentrada, na semana de 1º a 5 de abril de 2024.

Nessa última e exaustiva semana de debates foram discutidos e votados os principais temas da reforma do Código Civil, que originaram o texto do anteprojeto entregue ao Presidente do Senado Federal.

Como membro-consultor para direitos animais na Comissão de Juristas, reproduzo neste pequeno ensaio uma síntese das propostas incluídas no anteprojeto que dizem respeito aos animais (Ataide Junior, 2024c, 2024d).

2 A qualificação jurídica dos animais na Parte Geral do Código Civil

Certamente um dos temas mais controversos no âmbito da Comissão, com ampla cobertura midiática, foi a revisão e a atualização da qualificação jurídica dos animais.

Como se sabe, a Parte Geral do Código Civil não define a natureza jurídica dos animais. A qualificação tradicional dos animais como *bens semoventes* é decorrente da *interpretação dada*, sobretudo, ao atual art. 82, considerando que os animais são "suscetíveis de movimento próprio", "sem alteração da substância ou da destinação econômica-social" (Ataide Junior, 2022, p. 184-194).

A primeira proposta de reforma, contida no relatório da Subcomissão da Parte Geral, criando um art. 82-A no Código Civil, nos causou, de fato, uma tremenda preocupação, dado que qualificava os animais como "objetos de direito". Essa qualificação novamente constou do relatório final (de 26/2), com a diferença de que deslocava o dispositivo para o art. 91-A, ainda no livro dos bens.

Essa preocupação transcendeu os trabalhos da Comissão e gerou uma reação do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, que emitiu nota técnica

contrária à qualificação dos animais como objetos de direito, por entendê-la como retrocesso em termos de proteção do meio ambiente e dos animais (Brasil, 2024a).

Os embates em torno dessa qualificação surtiram efeito, de modo que, nas sucessivas redações do artigo apresentadas pela relatoria geral, a expressão *objetos de direitos* foi suprimida do proposto art. 91-A, aprovado pela Comissão e constante do anteprojeto de reforma do Código Civil com esta redação:

> Seção VI Dos Animais
>
> Art. 91-A. Os animais são seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da sua natureza especial.
>
> § 1º A proteção jurídica prevista no caput será regulada por lei especial, a qual disporá sobre o tratamento físico e ético adequado aos animais.
>
> § 2º Até que sobrevenha lei especial, são aplicáveis, subsidiariamente, aos animais as disposições relativas aos bens, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza, considerando a sua sensibilidade (Brasil, [2024c]).

Parece mais que evidente que o *caput* do art. 91-A é um avanço em termos da qualificação civil dos animais: não são qualificados como coisas, nem como bens, mas pelo que efetivamente são, ou seja, seres vivos sencientes, como se pode depreender do inciso VII, parágrafo primeiro, do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

A precisa qualificação jurídica dos animais foi delegada à lei especial (§ 1º), a qual, no entanto, deverá obedecer a dois vetores fundamentais: a) dispor sobre um tratamento físico e ético adequado aos animais; e b) respeitar a natureza especial dos animais, como seres vivos sencientes, por isso passíveis de proteção jurídica especial.

A construção da lei especial para proteger juridicamente os animais deverá ser *fatiada*, ou seja, várias leis especiais deverão ser aprovadas para constituírem um estatuto dos animais, dada a diversidade de características entre as espécies e os diferentes graus de dependência e vulnerabilidade em relação aos seres humanos – sobretudo entre animais domésticos e silvestres –, o que poderia gerar dificuldades para a aprovação de um estatuto geral dos animais.

Todavia o que gerou uma forte objeção da nossa parte, especialmente na semana de debates concentrados, foi a adoção do *regime subsidiário de bens aos animais*, enquanto não sobrevier a lei especial exigida para a sua definitiva qualificação jurídica.

Não obstante, a aplicação desse regime subsidiário de bens é atenuada ou mitigada, pois apenas serão aplicáveis aos animais as disposições sobre bens, que não forem incompatíveis com a sua natureza especial de seres vivos sencientes.

Isso quer dizer que, mesmo com esse regime patrimonial transitório, não se descarta a possibilidade de se atribuírem direitos a animais, pois isso está de acordo com a sua natureza especial de seres vivos sencientes e, pela interpretação conforme a Constituição, dotados de dignidade própria.

Esse regime subsidiário de bens, por ser aplicado de forma mitigada aos animais, de maneira a respeitar o seu estatuto da senciência, não perturba as leis estaduais e municipais mais avançadas[3], as quais já definem animais como sujeitos de direitos ou atribuem aos direitos determinados direitos fundamentais (Ataide Junior, 2024a).

De qualquer forma, vamos levar ao Congresso Nacional uma alternativa a esse regime subsidiário de bens, exposto no anteprojeto: o *regime subsidiário de entes jurídicos despersonalizados*, conforme já defendemos perante a Comissão de Juristas e escrevemos para o Conjur em coautoria com Daniel Braga Lourenço (Ataide Junior; Lourenço, 2024). Como entes jurídicos despersonalizados, os animais deixam, definitivamente, a qualificação jurídica de bens, mesmo que entrem na definição de *pessoa* como deveriam.

Também nos parece possível propor ao Congresso Nacional uma modificação topográfica do artigo sobre animais, como o fez em 2017 a reforma do Código Civil português (Ramos, 2023), com o fim de localizá-lo fora do livro relativo aos bens da Parte Geral, prevenindo qualquer interpretação que atribua aos animais essa qualificação reducionista e incompatível com o estatuto da senciência animal, de índole constitucional.

3 Os animais no Direito de Família

Pouca resistência se apresentou para regulamentar dois temas muito frequentes na prática forense das varas de família: a convivência compartilhada dos animais de estimação e a repartição das despesas para sua manutenção após a dissolução do casamento ou da união estável.

Desses temas tratou o parágrafo terceiro do art. 1.566, constante no anteprojeto:

3 Como é o caso das leis de Santa Catarina (2018), Paraíba (2018), Espírito Santo (2019), Rio Grande do Sul (2020), Minas Gerais (2020), Roraima (2022), Pernambuco (2022), Goiás (2023) e Amazonas (2023).

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges ou conviventes:
>
> [...]
>
> § 3º Os ex-cônjuges e ex-conviventes têm o direito de compartilhar a companhia e arcar com as despesas destinadas à manutenção dos animais de estimação, enquanto a eles pertencentes (Brasil, [2024c]).

Será possível também aperfeiçoar a redação desse dispositivo durante a tramitação legislativa no Congresso Nacional, até para substituir a expressão "a eles pertencentes" por outra mais condizente com o estatuto da senciência animal.

De qualquer forma, com esse dispositivo aprovado haverá pacificação da jurisprudência sobre os temas e ficará claro que as questões relativas à destinação do animal de estimação após a ruptura da sociedade conjugal ou convivencial são de Direito de Família (de competência das varas de família) e não de Direito das Coisas (decididas em varas cíveis).

4 A afetividade humana por animais como direito da personalidade

Do relatório parcial da Subcomissão da Parte Geral até os últimos momentos dos debates durante a decisiva semana de abril, o artigo referente aos animais na Parte Geral continha um parágrafo adicional, com a seguinte redação: "§ 3º Da relação afetiva entre humanos e animais pode derivar legitimidade para a tutela correspondente de interesses, bem como pretensão indenizatória por perdas e danos sofridos" (Brasil, [2023c], p. 85).

Esse parágrafo foi sugerido pela Prof.ª Rosa Maria de Andrade Nery, relatora-geral da Comissão, especialmente após a nossa intervenção na audiência pública realizada na OAB-SP, e parecia muito bem-vindo para deixar claro que animais também fazem jus à reparação de danos (Ataide Junior, 2024b).

Nos estertores das discussões orais sobre tal artigo, optou-se por suprimir esse parágrafo da Parte Geral e apenas manter um artigo semelhante no capítulo dos direitos da personalidade, com redação menos ousada: "Art. 19. A afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e de proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa" (Brasil, [2024c]).

O artigo reconhece que existe um "entorno sociofamiliar da pessoa" do qual animais também fazem parte. Além disso, conecta animais humanos e não humanos

por relações de afeto, nas quais há um dever humano direto em cuidar e proteger os animais, ante sua dependência e vulnerabilidade.

Teremos que avaliar, com mais vagar, as consequências jurídicas de se estabelecer essa afetividade entre humanos e animais como direito da personalidade humana, dado que, inequivocamente, em alguns aspectos e em algumas situações, o interesse animal deverá sobrepujar o interesse humano. É o caso de animais silvestres adotados, indevidamente, como *pets*. Nesse caso, a afetividade humana com animais, considerada como direito da personalidade humana, poderia redundar num cativeiro doméstico desses animais, conduta hoje considerada criminosa pela Lei dos Crimes Ambientais (art. 29 da Lei nº 9.605/1998).

5 Considerações finais

O anteprojeto de reforma do Código Civil poderia ter ousado mais quanto à qualificação jurídica dos animais. Já temos a Ciência para reconhecer a senciência animal. Temos precedentes do STF e STJ reconhecendo que animais têm dignidade própria. Existem inúmeras leis estaduais e municipais que já declaram os animais como sujeitos de direitos ou atribuem a eles direitos fundamentais.

Mais do que tudo, temos uma Constituição que, ao proibir a crueldade contra animais, reconhece o valor intrínseco e a dignidade própria dos animais, ensejando a construção hermenêutica da subjetividade jurídica dos animais, objeto da disciplina autônoma e transversal do Direito Animal.

Porém, compreendendo os limites do tempo e do pensamento no ambiente civilista, talvez tenhamos coarctado o retrocesso e impulsionado, também na legislação civil, o progresso civilizacional representado pelas instituições animalistas.

O anteprojeto é um primeiro passo na escadaria que levará à atualização do Código Civil, tornando-o mais adequado para responder eficazmente às exigências de uma sociedade que nas últimas duas décadas conheceu, com múltiplas alterações em seu tecido constitutivo.

Agora cabe ao Congresso Nacional decidir sobre o que avançará, o que ficará como está e mesmo o que corre o risco de retroceder.

Referências

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Capacidade processual dos animais*: a judicialização do direito animal no Brasil. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

_____ (coord.). *Comentários ao Código de Direito e Bem-Estar Animal do Estado da Paraíba*: a positivação dos direitos fundamentais animais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2024a.

_____. Comentários à primeira sentença cível concessiva de indenização por danos morais para animais vítimas de maus-tratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 405-421, abr./jun. 2024b. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2024-9543. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Os animais no anteprojeto de reforma do Código Civil. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 2 maio 2024c. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mai-02/os-animais-no-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil/. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Os animais no anteprojeto de reforma do Código Civil: nem coisas, nem pessoas. *Migalhas*, [*s. l.*], 30 jul. 2024d. Reforma do Código Civil. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/412220/os-animais-no-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil. Acesso em: 11 out. 2024.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Teoria dos entes despersonalizados como alternativa para animais na reforma do Código Civil. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 25 mar. 2024. Coluna Opinião. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mar-25/teoria-dos-entes-despersonalizados-como-alternativa-para-animais-na-reforma-do-codigo-civil/. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Ofício nº 585/2024/MMA*. Proposta de Classificação Jurídica dos Animais pela Comissão de Juristas do Senado Federal revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: MMA, 2024a. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/4735844a-fcaf-442e-923c-0ff9295f3f66. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023*. Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2023a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *CJCODCIVIL – Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, [2024b]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em: 11 out. 2024.

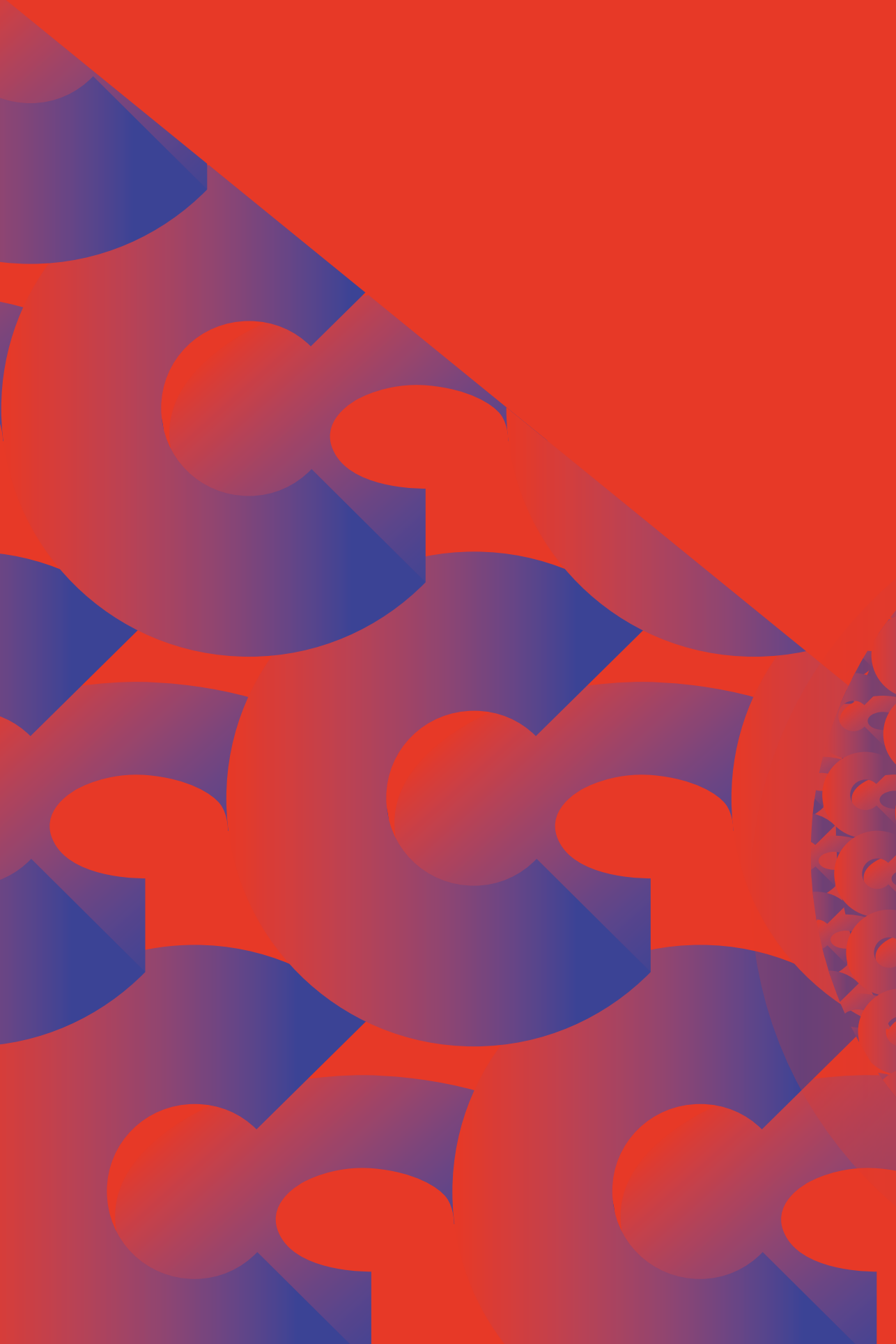
_____. Senado Federal. *Decisão da CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 2023b. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2023c]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/2e04a747-3186-43a3-a61e-f0a5f68b8056. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2024c]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. Senado Federal. *Relatórios parciais – Subcomissões da CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, [2024d]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935. Acesso em: 11 out. 2024.

RAMOS, José Luís Bonifácio. *Estudos sobre direitos dos animais*. Lisboa: AAFDL, 2023.



Posfácio

A Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal para atualizar o Código Civil

Bruno Lunardi Gonçalves[1]
Leandro Augusto Bueno[2]
Lenita Cunha e Silva[3]

1 Introdução

Dada a pluralidade do Poder Legislativo, é natural que os parlamentares desconheçam minúcias técnicas de todos os temas, já complexos numa sociedade com múltiplas interconexões.

Contudo, eles dispõem de ferramentas para o aprofundamento técnico dos debates, como as audiências públicas com membros da sociedade civil especializados ou interessados nas matérias em discussão, e de mecanismos institucionais próprios para a adequada atividade legiferante, como os órgãos internos de assessoramento superior, a exemplo das consultorias legislativas, presentes em quase todos os legislativos estaduais e municipais, além do federal e do distrital.

Temas particularmente sensíveis tendem a ser mais bem discutidos entre especialistas num ambiente plural – tanto os juristas *stricto sensu* quanto os que atuam

1 Bruno Lunardi Gonçalves é mestre em Direito, advogado e consultor legislativo do Senado Federal, com foco em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Agrário.

2 Leandro Augusto Bueno é mestrando em Direito, advogado e coordenador de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito do Senado Federal.

3 Lenita Cunha e Silva é historiadora, doutoranda em História e secretária de Comissões na Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito do Senado Federal.

em áreas de conhecimento correlatas. Por isso, as comissões de juristas destacam-se num ordenamento jurídico em que a legislação desempenha papel decisivo na promoção da justiça e do bem-estar social.

De fato, tem-se observado nos últimos anos um processo crescente de instituição desses colegiados no Legislativo federal. Dentre os mais relevantes está a CJCODCIVIL, comissão de juristas designada pelo Senado Federal para elaborar um anteprojeto de reforma da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil (CC)). Frequentemente referido como a "constituição da vida privada", o CC regula em minúcias, do nascimento ao óbito, inúmeros aspectos da vida particular dos cidadãos.

2 As comissões de juristas no Senado Federal

Ordinariamente denominados *comissões*, os grupos de especialistas estabelecidos no âmbito do Parlamento com a finalidade de elaborar anteprojetos de lei são, na verdade, equipes temporárias de assessoramento superior, de natureza análoga à de um órgão de suporte permanente, como as consultorias legislativas. Sua peculiaridade é serem compostas por não parlamentares de notável saber em suas áreas de atuação profissional, convidados a contribuir para o exercício da função preponderante de uma casa legislativa.

A instituição de comissões de juristas tem-se tornado prática recorrente, mas não há norma alguma que regule seu funcionamento tanto em nível legal quanto regimental. O parágrafo único do art. 374 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) menciona as comissões de juristas somente para dispor que as regras regimentais específicas relacionadas à tramitação de projetos de códigos se aplicam apenas aos casos dos textos cujos autores sejam juristas. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por sua vez, nenhuma menção faz a esses colegiados de natureza técnica. Disso se infere que as comissões de juristas não se submetem aos dispositivos constitucionais ou regimentais que normatizam a estrutura ou o funcionamento das comissões permanentes e temporárias no âmbito do Parlamento.

Todos os elementos democráticos substanciais diretamente depreendidos da Constituição devem ser empregados no funcionamento desses colegiados; caso contrário, haveria contradição em termos na própria ideia da instituição de uma comissão de juristas, instaurada justamente para ampliar a participação da sociedade civil especializada no debate legislativo. Não faria sentido, por exemplo, que somente magistrados – ainda que especialistas por excelência no tema – fizessem parte de uma comissão que discutisse a reforma de leis tributárias, pois entre especialistas

no tema também há advogados, auditores fiscais, membros do Ministério Público e outros agentes, inclusive com conhecimentos não exclusivamente jurídicos, como economistas, contadores, estatísticos e afins.

Se se quisesse dar voz apenas a uma ou a outra categoria, bastaria que um parlamentar – que poderia ser o presidente da casa legislativa – enviasse ao representante máximo daquela categoria específica um ofício para coletar informações e ignorasse os demais. De posse da resposta do ofício, o parlamentar poderia, unilateralmente, dar início ao processo legislativo formal.

Quando se instaura uma comissão de juristas, em geral se concebe a composição mais diversa possível, para que o debate de temas intrinsecamente complexos se dê de modo transversal; do contrário, nem se cogitaria de criar uma comissão de especialistas. Fala-se, pois, de magistrados, promotores de Justiça, defensores públicos, advogados públicos, advogados privados, professores, consultores e outros atores, públicos ou privados, especializados no tema em debate – mesmo não formados em Direito, como juristas *lato sensu*.

A respeito dessa ampla composição, tornou-se costume legislativo proceder-se a algumas correções de rota, como a indicação de novos membros para o colegiado, caso se perceba que a configuração proposta no início não mais contempla a amplitude do debate, já que a discussão pode mostrar-se paulatinamente mais intrincada do que se presumia. Se os debates na comissão já estão em estágio mais avançado – o que dificulta a agregação formal de novos juristas –, procede-se à integração com a criação da figura do *membro-consultor*. Conquanto não detenha prerrogativas deliberativas em geral – isto é, não pode votar –, ele costuma ter amplo direito à fala e à possibilidade de emendamentos formais.

Como um corolário das regras democráticas macroscópicas, frequentemente se pensa que os colegiados operem segundo as regras majoritárias, sem que isso implique absoluto desprestígio às minorias. Temas controversos e com profunda divergência interpretativa nunca evoluiriam se se cogitasse da aplicação de regras consensuais nos colegiados de juristas, já que o consenso seria virtualmente impossível, embora inicialmente desejável.

Os juristas também devem detectar se um tema está suficientemente maduro para ser parte do anteprojeto de lei ou se qualquer proposta perfunctória teria mais o papel de pôr em debate uma questão espinhosa sem a necessária reflexão e amadurecimento. E, como em qualquer sistema deliberativo de matriz constitucional, as minorias devem ser efetivamente ouvidas; elas gozam das prerrogativas de fala, discussão, emendamento, apresentação de destaques para a votação apartada de certos dispositivos etc. Por outro lado, por melhores que sejam seus argumentos,

elas devem ceder em algum momento, para que o sistema democrático não chegue a um ponto de inescapável travamento.

Acerca do funcionamento das comissões de juristas, a prática mais recente é a sua instituição por um ato do presidente da Casa legislativa. Embora o ato *a priori* pareça unilateral, é praxe que o presidente colha a opinião dos líderes partidários da Casa sobre o pretendido funcionamento do colegiado, também como forma de dar suporte à tramitação do futuro projeto de lei.

Para esse fim, também se tem tornado prática comum que o mesmo ato do presidente da Casa designe os membros da comissão de juristas e indique os que desempenharão as funções de presidente, vice-presidente e relator; tais indicações também envolvem diálogos prévios com os demais órgãos públicos envolvidos no trabalho e com as lideranças partidárias. É inovadora no Parlamento brasileiro a praxe de a designação dos membros já contar com os responsáveis pelos papéis de presidência e relatoria, pois os colegiados formais das casas legislativas geralmente operam sob uma dinâmica de maior autonomia.

De acordo com as determinações regimentais, o procedimento ordinário seria que os líderes partidários indicassem os membros da comissão – papel desempenhado pelo presidente da Casa, visto que uma comissão de juristas não tem natureza de composição político-partidária – e que essas indicações elegessem por maioria o presidente e o vice-presidente do colegiado, aos quais competiria o papel (quase que por um mandato outorgado pela maioria) de designar relatorias para cada proposição legislativa, conforme regras de proporcionalidade político-partidária.

Se se aplicasse esse procedimento regimental ordinário à hipótese das comissões de juristas, o papel do instituidor deveria ser o de somente indicar os membros juristas; em sua relativa autonomia colegiada, eles elegeriam os papéis de presidência e de relatoria para a matéria. Tal dinâmica, contudo, não faria muito sentido em comissões de juristas. O produto final da comissão nem sequer é uma peça legislativa em sentido estrito, mas um anteprojeto de lei que passará a tramitar sob a forma regimental e constitucional se endossado por algum parlamentar – em geral, o parlamentar que instituiu a comissão. Assim, as regras ordinárias não levariam a ganho algum na deliberação jurídico-democrática, mas a possíveis perdas, já que se poderia criar *ab initio* uma espécie de ambiente adversarial, em prejuízo de todo o funcionamento subsequente da comissão, que é muito mais técnica que política.

O presidente de uma comissão de juristas desempenha papel significativo na definição dos rumos de sua atuação e do anteprojeto em si. Conforme estabelece o art. 89, I, do RISF, ele é responsável por "ordenar e dirigir os trabalhos da comissão" (Brasil, [2023h], p. 35), de modo que tem sido comum que o presidente proponha

um regulamento interno, em geral ratificado pelos demais membros. Além disso, é bastante notável – e isso advém da experiência prática nas comissões de juristas, algumas vezes com evidência nos seus registros taquigráficos – que o presidente de uma comissão abdique de posições doutrinárias pessoais em prol do cumprimento das incumbências do colegiado, com a conclusão do melhor anteprojeto possível no prazo firmado pela Casa legislativa.

Há regulamentos que chegam a determinar o voto presidencial tão somente como critério de desempate, de modo que os presidentes não raro atuam como facilitadores tanto do diálogo entre os membros das comissões de juristas quanto da sua necessária interlocução com a sociedade. Outro aspecto de adaptação das bússolas regimentais ordinárias diz respeito à regra – como que proveniente de um direito natural – de que o autor de uma proposição legislativa não pode ser o seu relator durante a tramitação da proposta; o intento dessa vedação é minorar a probabilidade de conflito de interesses.

É comum que o autor de um projeto considere sua ideia absolutamente justificável à luz da Constituição e do melhor interesse público. Assim, numa eventual posição de relatar sua iniciativa, não surpreende que ele pretenda vê-la aprovada na íntegra, sem modificação alguma, pois é frequente que um autor julgue suas criações melhores que as demais. Para arrefecer esse ânimo evidentemente antidemocrático, o regimento veda a prática.

Todavia, no ambiente das comissões de juristas, em particular no das mais recentes, nota-se uma prática que *a priori* conduz a uma zona cinzenta. Decerto, as práticas mais modernas indicam esta sucessão de procedimentos: a) realizam-se debates públicos, discussões entre os membros do colegiado e em audiências públicas abertas a especialistas; b) o relator do colegiado apresenta o texto preliminar do que entende ser o escopo do futuro anteprojeto de lei; c) os membros do colegiado apresentam emendas ao texto preliminar apresentado pelo relator; d) o relator apresenta nova versão do texto inicial, a qual incorpora, de modo justificado, as emendas que entende cabíveis; e) os membros apresentam novas emendas a um texto agora mais amadurecido; f) o relator analisa as novas emendas e chega a uma terceira versão do texto, a ser deliberada pelo colegiado da comissão, situação em que os membros poderão apresentar destaques para a votação apartada das emendas já apresentadas; e g) a maioria conclui o texto final da comissão, o anteprojeto de lei, produto a ser entregue ao instituidor do colegiado – geralmente o presidente da Casa –, para que o analise e, se for o caso, o transforme em verdadeiro projeto de lei, que terá tramitação legislativa própria.

Com base nessa sequência de procedimentos, pode-se depreender uma suposta confusão relacionada à figura do relator da comissão, que acaba atuando como verdadeiro *autor-relator*, já que é dele o texto inicial em debate, assim como o relatório final é por ele conduzido. Ao menos a princípio, isso poderia significar a inviabilidade de ocorrer uma espécie de conflito de interesses, dada a presunção de que o relator se predisponha a conduzir à aprovação as suas ideias, e não as provenientes do amplo debate jurídico na comissão. Embora isso possa gerar um pressentimento de incorreções, por dois motivos não é o que se verifica na prática.

Em primeiro lugar, o relator de uma comissão de juristas funciona no início como verdadeiro sistematizador de ideias do colegiado e da sociedade civil organizada do que como um núncio de suas vontades pretéritas. Ou seja, ele não é exatamente o *autor* das ideias, mas o *compilador* do que se urdiu nos debates da comissão. Ele acaba por veicular ideias próprias nas outras fases do trabalho, como qualquer outro relator no âmbito do Legislativo.

E, em segundo lugar, a dinâmica mais recente das comissões de juristas indica que, longe de serem autocratas, os relatores têm sido abertos ao diálogo com os juristas e buscam construir os melhores consensos possíveis. Na CJCODCIVIL, por exemplo, foram inúmeras as vezes em que os relatores-gerais deixaram claro que abriam mão de suas consolidadas opiniões doutrinárias em favor da construção consensual, em nítida demonstração de maturidade democrática.

Além disso, há uma ferramenta de substancial importância, sobretudo quando consideradas comissões de grande amplitude, como a CJCODCIVIL: a possibilidade de instituir subcomissões temáticas, à luz da melhor segregação dogmática dos assuntos tratados pelo colegiado mais amplo. Trata-se de uma importação da regra definida no art. 73 do RISF, a qual busca oferecer real possibilidade de discussão aprofundada de cada tema em inúmeros debates possíveis.

Não estabelecer subcomissões em conformidade com os livros do CC, da Parte Geral ao Direito das Sucessões, seria incentivo real à inoperância do colegiado, pois não se espera que todos sejam especialistas em todos os infindáveis temas do Direito Civil; e o CC tem a propósito quase utópico de garantir a segurança jurídica em todos os aspectos da vida em sociedade. Porém, essa segregação em subcomissões não intenta cercear o profícuo debate democrático entre os juristas. Embora a comissão possa organizar-se em subcomissões e sub-relatorias, todos são igualmente membros da Comissão de forma global. Assim, podem oferecer emendas a todos os segmentos de trabalho do colegiado, ainda que tenham formalmente integrado outra subcomissão. O objetivo, pois, não é limitar a participação, mas racionalizar os trabalhos do colegiado.

Dois comentários são imprescindíveis. Em primeiro lugar, é perfeitamente aceitável que o trabalho de uma comissão de juristas acarrete o surgimento de mais de um anteprojeto de lei. Não há limitação numérica nesse sentido, basta que haja justificativa razoável para isso. Não à toa, a comissão de juristas formada recentemente para atuar na modernização dos processos tributário e administrativo aprovou relatório com uma série de anteprojetos de lei segregados por temas específicos da comissão. E, em segundo lugar, uma comissão de juristas pode sugerir tantas alterações quantas forem necessárias e compatíveis com o requisito de pertinência temática em relação ao seu objeto inicial. Isso justifica, por exemplo, a missão da CJCODCIVIL de reformar também o Código de Processo Civil quanto a regras de divórcio, testamento e afins, pois estão umbilicalmente ligadas aos temas mais amplos tratados no CC. Desse modo, embora seja uma comissão de juristas para reformar uma lei específica, o colegiado pode sugerir a reforma de outras normas conexas, desde que observada a pertinência temática.

Assim, muitas normas regentes do funcionamento das comissões de juristas no Senado Federal têm natureza consuetudinária, construídas à medida que se apresentam novas situações. Ou seja, as comissões de juristas têm-se valido do vácuo normativo para criar figuras próprias de máxima ampliação do debate – um ganho para o Poder Legislativo e para o Estado Democrático de Direito.

3 O funcionamento da CJCODCIVIL

Atualizar o CC, em alguma medida, é necessário. Trata-se de um quase dogma encampado por diversos operadores do Direito, advindo da concepção de que a Lei nº 10.406/2002 nasceu atrasada, após ter sido discutida desde os anos 1970. Considerando os avanços tecnológicos e a maior complexidade das relações econômico-sociais, são ainda mais necessárias as atualizações de uma norma concebida num momento em que computadores nem sequer eram populares.

Desse modo, à luz da pretensão de perenidade, o CC deve ser reparado em aspectos não conformes às transformações da sociedade, das instituições e do Estado, para apresentar-se como organismo vivo – um verdadeiro texto do século XXI, da democracia, da liberdade, da dignidade, da solidariedade e da responsabilidade, nas palavras do ministro Luiz Edson Fachin em oitiva na CJCODCIVIL.

Diante desse quadro fático, sabedor das diversas nuances da dinamicidade da vida moderna e dos riscos da fossilização da codificação, o presidente do Senado Federal instituiu em 28/8/2023, por meio do Ato do Presidente nº 11 (Brasil, 2023a), a

Comissão de Juristas com a finalidade de apresentar em 180 dias um anteprojeto de lei para a revisão e a atualização do CC. Naquele momento, o senador Rodrigo Pacheco nomeava 34 juristas para a composição do colegiado, entre ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desembargadores, magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, professores e consultores legislativos.

Ao longo dos trabalhos, a composição sofreu ligeiras alterações, findando com 37 membros, além de seis membros-consultores. Para auxiliar nessa missão, designaram-se alguns servidores do Senado Federal, entre técnicos legislativos, analistas legislativos, consultores legislativos e advogados. Outros órgãos públicos envolvidos também ofereceram aparato de pessoal para a tarefa, notadamente assessores de ministros do STJ.

Na primeira reunião, em 4/9/2023 (Brasil, 2023b) – a de instalação e definição dos postos na CJCODCIVIL –, o ministro do STJ Luis Felipe Salomão, designado seu presidente, comunicou que o também ministro do STJ Marco Aurélio Bellizze seria o vice-presidente e que os professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery seriam os relatores-gerais. Também se definiram as composições das subcomissões temáticas, segregadas de acordo com as principais matérias do Direito Civil (ver Quadro 1).

Quadro 1 – As subcomissões temáticas da CJCODCIVIL

Subcomissões	Integrantes
Parte Geral	Rodrigo Mudrovitsch (relator parcial) João Otávio de Noronha Rogério Marrone Estela Aranha Judith Martins-Costa (participou do colegiado apenas no início)
Obrigações e Títulos de Crédito	José Fernando Simão (relator parcial) Edvaldo Brito
Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa	Nelson Rosenvald (relator parcial) Maria Isabel Gallotti Patricia Carrijo
Contratos	Carlos Eduardo Elias de Oliveira (relator parcial) Angélica Carlini Claudia Lima Marques Carlos Pianovski Ruzyk
Direito de Empresa	Paula Forgioni (relatora parcial) Marcus Vinícius Furtado Coêlho Daniel Carnio Moacyr Lobato Flavio Galdino
Direito das Coisas	Marco Aurélio Bezerra de Melo (relator parcial) Carlos Fernandes Marcelo Milagres Maria Cristina Paiva Santiago

Subcomissões	Integrantes
Direito de Família	Pablo Stolze Gagliano (relator parcial) Maria Berenice Dias Marco Buzzi Rolf Madaleno
Direito das Sucessões	Mário Luiz Delgado (relator parcial) Cesar Asfor Rocha Giselda Hironaka Gustavo Tepedino
Direito Digital	Laura Porto (relatora parcial) Ricardo Campo Dierle Nunes Laura Schertel Mendes (participou do colegiado apenas no início)
Membros-consultores	Ana Scalquette Maurício Bunazar Vicente Ataíde Júnior Layla Abdo Fernanda da Silva Rodrigues Fernandes Jorge Miguel

Fonte: elaborado com base no texto original.

Após exaustivos debates realizados em quase todas as regiões do País (ver Quadro 2), entre 18 e 22/12/2023 abriu-se o prazo para os membros da Comissão apresentarem emendas aos textos dos relatórios parciais das subcomissões. Mais de uma centena de emendas foi apresentada. Entre dezembro de 2023 e fevereiro de 2024, os relatores-gerais empreenderam intenso trabalho e mantiveram diálogo permanente com cada subcomissão, com o fim de aperfeiçoar as sugestões dos membros da CJCODCIVIL e da sociedade civil.

Quadro 2 – Cronologia dos trabalhos da CJCODCIVIL

Data	Reuniões	Principais resultados
4/9/2023	Primeira reunião	Instalação da CJCODCIVIL e definição dos postos de presidente, vice-presidente e relatores-gerais, além da composição das subcomissões temáticas.
28/9/2023	Segunda reunião	Apresentação do Plano de Trabalho da CJCODCIVIL e aposição de longo prazo para o recebimento de sugestões da sociedade civil por meio de um canal do Senado Federal (Brasil, 2023c). Receberam-se cerca de 260 sugestões (Brasil, [2023j]).
23/10/2023	Terceira reunião: na sede da OAB em São Paulo	Intensa participação de juristas da região Sudeste, inclusive com debates de temas afetos aos direitos dos animais (Brasil, 2023d).
20/11/2023	Quarta reunião: em Porto Alegre, no âmbito da Faculdade de Direito da UFRGS e da sede do TJ-RS	Discussões igualmente proveitosas, com grande envolvimento de juristas da região Sul (Brasil, 2023e).
7/12/2023	Quinta reunião: em Salvador, na sede do TJ-BA	Ativa participação de juristas das regiões Nordeste e Norte, com contribuição igualmente significativa para os trabalhos da CJCODCIVIL (Brasil, 2023f).
18/12/2023	Sexta reunião	As subcomissões apresentaram seus relatórios parciais (Brasil, 2023g).

Data	Reuniões	Principais resultados
26/2/2024	Sétima reunião	Depois da oitiva dos juristas responsáveis pela atualização do código civil argentino e do ministro Luiz Edson Fachin, os relatores-gerais apresentaram sugestões para o Relatório Final da CJCODCIVI.
Entre 1º e 5/4/2024	Oitava reunião	Esforço concentrado para discutir e deliberar sobre o texto do Relatório Final.
11/4/2024	Nona reunião	Discussão e deliberação sobre as disposições finais e transitórias, a exposição de motivos e a redação final da proposta.

Fonte: elaborado com base no texto original.

O texto foi consolidado e enviado aos demais membros da CJCODCIVIL em 22/2/2024, e quatro dias depois, no âmbito da sétima reunião da Comissão, os relatores-gerais apresentaram sugestões para o Relatório Final após ouvirem os juristas responsáveis pela atualização do código civil argentino e o ministro do STF Luiz Edson Fachin (Brasil, 2024a). Entre 26/2 e 8/3/2024 fluiu o prazo para o encaminhamento de emendas e destaques ao texto apresentado a título de relatório final (Brasil, [2023i]).

Os membros da CJCODCIVIL apresentaram mais de duzentas emendas individuais, bem como emendas gerais mais abrangentes, destinadas ao refazimento do trabalho do colegiado em algumas matérias, por meio de uma espécie de complementação de voto pelos relatores-gerais, na forma de emendas de consenso. Na mesma fase, cerca de vinte destaques individuais e de subcomissões foram apresentados para a votação em separado de determinados dispositivos.

Numa semana de esforço concentrado entre 1º e 5/4/2024, pormenorizou-se no âmbito da oitava reunião (Brasil, 2024b) a discussão e a deliberação sobre o texto que deveria constar no Relatório Final. Em sessões que se estenderam ao longo daqueles dias, diversos consensos foram estabelecidos mediante várias alterações no texto até então pretendido pelos relatores-gerais e pelas respectivas subcomissões.

No âmbito da nona reunião da CJCODCIVIL (Brasil, 2024c), ocorreu a discussão e a deliberação sobre: a) as disposições finais e transitórias; b) a exposição de motivos do anteprojeto; e c) a redação final da proposta – a qual ainda está em fase de ajustes formais de técnica legislativa e de conferência pelos membros do colegiado antes de sua publicação oficial. E, cumprindo à risca o cronograma disposto no Regulamento Interno da Comissão, o anteprojeto de lei de reforma do CC foi entregue ao presidente do Senado Federal Rodrigo Pacheco em sessão solene realizada em 17/4/2024.

Embora modifique extensamente a Lei nº 10.406/2002, esse anteprojeto não tem um grau tão amplo de efetiva inovação quanto sua extensão faz parecer. Ele propõe a modificação ou a revogação de 897 dentre os 2.063 artigos do CC e acresce-lhe

300 dispositivos sobre as mais diversas matérias, bem como sugere alterações em normas correlatas. Todavia, a maior parte das alterações não é substancial, apenas visa adequar a linguagem do CC e adaptá-lo à realidade em que novas tecnologias passaram a existir desde a sua promulgação há mais de duas décadas. A maioria das propostas tão somente positiva posições jurisprudenciais e doutrinárias já consolidadas nos tribunais superiores e nas jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal.

Os eventuais dissensos foram resolvidos com construções de consensos ao longo dos trabalhos finais da Comissão; ou, quando não foram possíveis as deliberações por unanimidade, os temas foram resolvidos mediante votação, com o quê se buscou formar maioria por uma ou por outra posição doutrinária.

A CJCODCIVIL teve também um caráter histórico em razão da representatividade de sua composição: dentre os 45 membros do colegiado (um número recorde), 16 eram mulheres, ou seja, 36% do total. Essa representação é iníqua, dada a composição demográfica brasileira, mas é uma inegável conquista da qual o Senado deve orgulhar-se para nunca deixar de buscar a superação dessa marca positiva. Além disso, pela primeira vez no Parlamento, mulheres juristas puderam discutir, opinar e fazer relatos sobre os mais relevantes temas do CC que afetam a vida cotidiana do cidadão. Se não tivessem sido discutidos em contexto tão amplo e diverso, os temas da atualidade nada teriam de efetivamente democrático: já teriam nascido essencialmente caducos.

As comissões de juristas do passado também tiveram seu valor. A Comissão de Juristas de 1969 – presidida por Miguel Reale e composta por Clóvis do Couto e Silva, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Ebert Chamou, Sylvio Marcondes e Torquato Castro – trabalhou arduamente para entregar o anteprojeto finalizado em 1972. O anteprojeto começou a tramitar na Câmara dos Deputados como PLC nº 635/1975 e apenas em 2002 concluiu-se sua tramitação, com a sanção da Lei nº 10.406. Naquele momento adverso para a democracia, foi uma grande vitória que juristas tivessem sido chamados a debater o tema no Parlamento.

A tarefa de 1969 deu continuidade à iniciativa ainda mais remota do Poder Legislativo. Logo nos primeiros anos da República, instalou-se uma comissão especial sob a presidência de Clóvis Bevilaqua para elaborar o anteprojeto do primeiro código civil brasileiro, o de 1916. Desde então, as normas tornaram-se mais palpáveis e suscetíveis de serem conhecidas e discutidas e de produzirem efeitos concretos e dialógicos, de forma que, mediante a representação legislativa, a sociedade informa a lei e a lei informa a sociedade.

4 Considerações finais

As comissões de juristas são, pois, mecanismos de participação da sociedade civil organizada nos debates legislativos mais relevantes do País. O Poder Legislativo tem estado aberto ao debate aprofundado com especialistas em cada matéria, para que se nutram de maior densidade os argumentos políticos posteriores. Assim, as comissões de juristas são uma demonstração por excelência de funcionamento dialógico do Poder Legislativo, com os influxos dos especialistas.

Responsável pelas propostas de atualização da "constituição da vida privada", a CJCODCIVIL tornou-se verdadeiro paradigma para futuras comissões afins. Depois de debates qualificados com ampla abertura à participação popular, o resultado ficou praticamente irretocável do ponto de vista jurídico.

O tema é tão presente na vida dos cidadãos que, à época da apresentação do anteprojeto da CJCODCIVIL, notícias falsas circularam nas redes sociais, demonstrando desconhecimento e incompreensão do texto. Outras críticas, ao contrário, revelaram uma leitura realmente aprofundada. Elas são legítimas e esperáveis num Estado Democrático de Direito, pois os melhores consensos se constroem num cenário de motivado dissenso, e não de supostos consensos por omissão do debate.

Cabe agora ao Congresso Nacional, em sua competência privativa constitucional para legislar sobre Direito Civil, dar seguimento ao jogo democrático para oferecer à sociedade um código civil atento às particularidades do século XXI. Como servidores do Senado Federal, esperamos que a fase legislativa também seja profícua e que a convolação do anteprojeto em projeto de lei a tramitar nas comissões parlamentares e nos plenários de ambas as Casas esteja alinhada aos objetivos de promover a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023*. Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2023a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *1ª Reunião – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 4 set. 2023b. 1 vídeo (ca. 715 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/11793. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *2ª Reunião – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 28 set. 2023c. 1 vídeo (ca. 115 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/11880. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *3ª Reunião – CJCODCIVIL*. São Paulo: OAB-SP, 23 out. 2023d. 51 vídeos. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/11983. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *4ª Reunião – CJCODCIVIL*. Porto Alegre: UFRGS: TJRS, 20 nov. 2023e. 1 vídeo (ca. 221 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12073. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *5ª Reunião, Ordinária – CJCODCIVIL*. Salvador: TJBA, 7 dez. 2023f. 2 vídeos (ca. 336 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12158. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *6ª Reunião, Ordinária – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 18 dez. 2023g. 1 vídeo (ca. 178 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12199. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *7ª Reunião – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 26 fev. 2024a. 1 vídeo (ca. 136 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12267. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *8ª Reunião – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 5 abr. 2024b. 8 vídeos. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12465. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *9ª Reunião – CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, 11 abr. 2024c. 1 vídeo (ca. 120 min). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12472. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Regimento interno*: Resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, [2023h]. v. 1. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Requerimentos da CJCODCIVIL*. Brasília, DF: Senado Federal, [2023i]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/mna/requerimentos. Acesso em: 5 nov. 2024.

_____. Senado Federal. *Sugestões enviadas à Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, [2023j]. Disponível em: https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/lenitacs_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Flenitacs%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FCJCODCIVIL%2FSugest%C3%B5es%20enviadas%2%C3%A0%2comiss%C3%A3o%2FSUGEST%C3%95ES&ga=1. Acesso em: 5 nov. 2024.

Conheça outras obras publicadas
pelo Senado Federal

livraria.senado.leg.br

O volume reúne artigos de especialistas da Comissão de Juristas instituída em 2023 pelo Senado Federal com o propósito de adequar a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) às vertiginosas transformações sociais das últimas décadas.

Durante oito meses, alguns dos mais conceituados civilistas do País – dentre ministros, magistrados, advogados, professores, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública – debateram sobre temas sensíveis do Código Civil.

Da Parte Geral ao Direito Civil Digital, passando por Obrigações, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões – nada escapou ao escrutínio da Comissão.

A expectativa é que, juntamente com o Anteprojeto apresentado em abril de 2024, os densos estudos aqui reunidos subsidiem os parlamentares nos debates do projeto de atualização do Código Civil e de normas correlatas.

SENADO FEDERAL