

ORGANIZADORES:
LUCAS COSTA DE OLIVEIRA
LÚIZA RESENDE GUIMARÃES

ANAIS DO X CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL



Associação Mineira de
Professores de Direito Civil



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Em 24 de agosto de 2023, o Senado Federal, por meio do seu presidente, Rodrigo Pacheco, formalizou a criação de uma comissão de juristas para atualizar o Código Civil (Lei 10.406, de 2002), tendo como relatores os professores Flávio Tartuce e Rosa Nery. A notícia da reforma foi recebida com certa surpresa por grande parte da civilística nacional, e o Ministro Luis Felipe Salomão, presidente da comissão, prontamente justificou que muitos temas do atual código já apresentavam defasagem, uma vez que o texto começou a sua trajetória nos anos 1970, quando foi enviado ao Congresso Nacional, tendo tramitado por quase 30 anos até o início da sua vigência, em 2003. Depois de oito meses de trabalho, a comissão de juristas responsável pela revisão do Código Civil concluiu a votação das propostas de atualização do texto. O anteprojeto da reforma do Código Civil foi entregue ao presidente do Senado com mais de mil propostas de alterações em todas as áreas do Direito Civil. Diante da relevância de uma reforma dessa envergadura na codificação pátria, a Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC) empenhou esforços na realização de uma série de eventos sobre o tema, buscando fomentar debates e oferecer contribuições. O X Congresso Mineiro de Direito Civil, realizado entre os dias 7 e 8 de novembro de 2024, na Faculdade de Direito da UFMG, teve por objetivo promover o debate acadêmico e crítico em torno das propostas de reforma do Código Civil consubstanciadas no anteprojeto. O Congresso contou, ainda, com a apresentação de resumos e artigos científicos, submetidos por meio de edital aberto a toda a comunidade acadêmica e profissional, com revisão às cegas. Dentre os artigos submetidos, foram selecionados 32, com acréscimo do texto enviado pela Profa. Rosa Nery. Nestes anais, portanto, encontram-se os artigos selecionados e apresentados no X Congresso Mineiro de Direito Civil, abordando grande parte das propostas de alteração do Código Civil. Espera-se que os trabalhos aqui reunidos possam contribuir para o debate desse importante momento da civilística nacional.

ISBN 978-65-6006-125-5



9 786560 061255 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ANAIS DO
X CONGRESSO
MINEIRO DE
DIREITO CIVIL

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

OLIVEIRA, Lucas Costa de
GUIMARÃES, Luiza Resende (Org.)
Anais do X Congresso Mineiro de Direito Civil - Belo Horizonte - Editora Expert - 2024
786 p.
Bibliografia
ISBN: 978-65-6006-125-5
1. Direito Civil 2. Código civil 3. Reforma do código civil 4. Congresso direito civil
I. I. Título.
CDD: 342.1

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Civil

342.1

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

APRESENTAÇÃO

Repensar o Código Civil e discutir sobre sua estrutura e função, pressupõe ultrapassada uma questão prejudicial que é o da sua conveniência, oportunidade e legitimidade na sociedade brasileira contemporânea, tomando como ponto de partida a consideração de que o Código Civil é uma síntese científica e cultural e uma decisão de política legislativa, que somente a sua circunstância histórica justifica e permite compreender. O Código Civil é produto de seu tempo e da sociedade em que nasce, merecendo um debate que envolva os seus operadores profissionais, [...] já que o direito, mais do que ciência, é uma prática social em permanente realização.

[...] Sendo o Direito Civil um produto da história e da cultura de um povo, para que se apreenda todo o sentido, significado e importância do Código, é necessário compreender o seu processo de elaboração, suas razões políticas e ideológicas, enfim, sua razão de ser, para constatar se ainda persistem as mesmas condições ou circunstâncias que levaram ao movimento de codificação civil da época moderna, justificando a permanência do Código Civil como lei fundamental da sociedade civil brasileira.

Francisco Amaral¹

A reflexão de Francisco Amaral – escrita em 1998, em um contexto em que se debatia o Código Civil que viria ser publicado em 2002 – revela-se pertinente quase três décadas depois; um intervalo breve, se considerarmos o tempo de vigência de um Código Civil.

Em 24 de agosto de 2023, o Senado Federal, por meio do seu presidente, Rodrigo Pacheco, formalizou a criação de uma comissão

¹ AMARAL, Francisco. A descodificação do Direito Civil brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13/14, p. 109-125, 1998.

de juristas para atualizar o Código Civil (Lei 10.406, de 2002), tendo como relatores os professores Flávio Tartuce e Rosa Nery.

A notícia da reforma foi recebida com certa surpresa por grande parte da civilística nacional, e o Ministro Luis Felipe Salomão, presidente da comissão, prontamente justificou que muitos temas do atual código já apresentavam defasagem, uma vez que o texto começou a sua trajetória nos anos 1970, quando foi enviado ao Congresso Nacional, tendo tramitado por quase 30 anos até o início da sua vigência, em 2003.

Depois de oito meses de trabalho, a comissão de juristas responsável pela revisão do Código Civil concluiu a votação das propostas de atualização do texto. O anteprojeto da reforma do Código Civil foi entregue ao presidente do Senado com mais de mil propostas de alterações em todas as áreas do Direito Civil.

Diante da relevância de uma reforma dessa envergadura na codificação pátria, a Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC) empenhou esforços na realização de uma série de eventos sobre o tema, buscando fomentar debates e oferecer contribuições.

Em um primeiro momento, ao longo de novembro de 2023, quando a comissão responsável pela reforma estava aberta ao recebimento de propostas por parte da sociedade civil, foi realizado – conjuntamente com a UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) e com o IAM (Instituto dos Advogados de Minas Gerais) – o evento “Reforma do Código Civil: Contribuições de Minas Gerais”. O evento foi dividido em três etapas: na primeira, foram enviadas sugestões de modificação do Código Civil pelos integrantes das instituições citadas; na segunda, foram estabelecidos grupos de trabalho, com o objetivo de discutir as sugestões recebidas e definir as que seriam apresentadas na terceira etapa, na qual as propostas escolhidas foram apresentadas ao público em sessões temáticas, correspondentes aos livros do Código Civil, tendo sido redigido, ao final, um texto que foi encaminhado à aludida comissão. Enquanto a primeira etapa ocorreu virtualmente, as duas seguintes foram realizadas na Faculdade de Direito da UFMG.

Em fevereiro de 2024, a comissão apresentou o texto do anteprojeto de Código Civil ao Senado Federal e, a partir de então, a AMPDIC deu início à organização de um congresso temático.

Nesse sentido, o X Congresso Mineiro de Direito Civil, realizado entre os dias 7 e 8 de novembro de 2024, na Faculdade de Direito da UFMG, teve por objetivo promover o debate acadêmico e crítico em torno das propostas de reforma do Código Civil consubstanciadas no anteprojeto.

A programação contou com oito painéis e uma conferência magna, ministrada pela Profa. Rosa Nery, relatora da comissão de reforma do Código Civil.

No primeiro painel, foi abordada uma visão geral e metodológica acerca da reforma, tendo como palestrantes o Prof. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG), com a palestra “Uma lista pessoal e extravagante de coisas que não podem faltar na reforma do Código Civil” e a Profa. Thais Fernanda Tenório Sêco (UFLA), com a palestra “O Anteprojeto de Reforma do Código Civil e a linguagem Humpty-Dumpty”.

O segundo painel abordou o direito de família, com palestras da Profa. Laura Souza Lima e Brito: “A flexibilização do procedimento de alteração de regime de bens na Reforma do Código Civil” e do Prof. Marcelo Mello Vieira (PUC Minas): “Guarda de crianças e de adolescentes e o anteprojeto de reforma do Código Civil: análise das propostas que foram e que não foram analisadas pela Comissão Geral”.

O terceiro painel se referiu à reforma do Código Civil e o direito das sucessões, com palestras da Profa. Ana Carolina Brochado (UNA): “Planejamento sucessório na Reforma do Código Civil” e do Prof. Walsir Edson Rodrigues Júnior (PUC Minas): “A Sucessão Legítima no Anteprojeto de Reforma do Código Civil”.

O quarto painel, sobre teoria geral do direito privado, contou com palestras do prof. Lucas Costa de Oliveira (UFMG): “Variações impopulares da dignidade da pessoa humana na Reforma do Código Civil” e da Profa. Mariana Alves Lara (UFMG): “A capacidade de crianças e adolescentes e a necessidade de reforma”.

O quinto painel se propôs a analisar a reforma do direito das coisas, com palestras do prof. Eduardo Tomasevicius Filho (USP): “Direito das coisas no Código Civil: entre o passado e o futuro” e do Prof. Marcelo Milagres (UFMG): “O direito das coisas no anteprojeto de atualização do Código Civil”.

No sexto painel, foi debatido o direito das obrigações, com palestras do Prof. Carlos Nelson Konder (UERJ): “A controversa autonomia normativa dos contratos empresariais na Reforma do Código Civil” e da Profa. Ester Norato (UFMG): “As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados na Reforma do Código Civil”.

O sétimo painel se voltou às propostas de reforma sobre responsabilidade civil, com palestras do Prof. Nelson Rosenvald (IDP): “Principais alterações de responsabilidade civil na Reforma do Código Civil” e do Prof. Thalles Ricardo Alciati Valim (UEMG): “O ato ilícito e as funções da responsabilidade civil na Reforma do Código Civil”.

Por fim, no último painel, foram analisadas as propostas referentes à criação do novo livro de direito digital no Código Civil, com palestras do Prof. Dierle Nunes (UFMG): “O livro de Direito Digital na Reforma do Código Civil” e da Profa. Luiza Resende Guimarães: “Direito ao esquecimento e desindexação: falhas graves na regulação pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil”.

O X Congresso Mineiro de Direito Civil contou, ainda, com a apresentação de resumos e artigos científicos, submetidos por meio de edital aberto a toda a comunidade acadêmica e profissional, com revisão às cegas. Dentre os artigos submetidos, foram selecionados 32, com acréscimo do texto enviado pela Profa. Rosa Nery.

Nestes anais, portanto, encontram-se os artigos selecionados e apresentados no X Congresso Mineiro de Direito Civil, abordando grande parte das propostas de alteração do Código Civil. Espera-se que os trabalhos aqui reunidos possam contribuir para o debate desse importante momento da civilística nacional.

SUMÁRIO

PARTE I: A REFORMA E A PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL

Silêncio legislativo frente a autonomia progressiva: A permanência do retrógrado regime das incapacidades aos atos existenciais 17

Amanda Batistella de Oliveira, Zélia Maria Martins Guilherme

Capac(idade) para consentir? Adequações necessárias no anteprojeto do Código Civil para garantir a liberdade de crianças e adolescentes em relação à própria saúde 39

Isabela Maria Soares Silva, Marina Guimarães Rufato

Os Arts. 3º, 4º e 4-a do anteprojeto e suas repercussões jurídicas sobre os direitos das pessoas com deficiência maiores de idade 65

Rafaella de Lima Meireles, Renata Lima

A simulação inocente no anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro 91

Igor Piedade de Araújo, Isabela Cunha da Silva

PARTE II: A REFORMA E O DIREITO DOS CONTRATOS

Função social do contrato como hipótese de nulidade de cláusula contratual: análise crítica da proposta de alteração do art. 421 do Código Civil 119

Christiane Souza Lima Alves, Letícia Mendes Barbosa, Maria Clara Versiani de Castro

Entre adesão e paridade: a confusão conceitual do art. 421-D na reforma do Código Civil 143

Flávia Silveira Siqueira, Thaminy Helena Teixeira da Silva

Águas passadas movem moinhos: a reforma do Código Civil e decisões do STJ como fundamento das propostas sobre contratos empresariais 169

Leila Bitencourt Reis da Silva, Roberto Henrique Pôrto Nogueira

A cessão de posição contratual na reforma do Código Civil: uma análise a partir da perspectiva da obrigação como processo 195

Ian Proencio Justo

A extensão do efeito indenizatório da resolução contratual a partir da noção de obrigação como um processo: um diálogo com o Anteprojeto de reforma do Código Civil brasileiro..... 217
Caio Flavio Fernandes Santos, Thalles Ricardo Alciati Valim

Adimplemento substancial na reforma do Código Civil: delimitando o direito potestativo do credor na resolução contratual..... 241
Bruna Lyra Duque, Kassia Ellen Alves Pereira, Yasmin Miranda Mayerhofer

PARTE III: A REFORMA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade: posição doutrinária e jurisprudencial e a proposta do novo art. 946-A do Código Civil..... 263
Flávia da Terra Costa Marques, Marcelo Matos Amaro da Silveira

A responsabilidade civil dos advogados e a reforma do código civil.....287
Ana Luiza Figueiredo Alencar, Gabriella Rodrigues Nogueira

PARTE IV: A REFORMA E O DIREITO DE FAMÍLIA

A figura do afeto familiar na reforma do Código Civil: histórico de uma divergência 311
Gustavo Neves Martins, Ian Proencio Justo

Ampliação da autonomia privada nos pactos antenupciais frente ao anteprojeto de reforma do Código Civil 335
Bruna Lyra Duque, João Victor Correa Bindandi, Kalline Costa Alves

O procedimento de habilitação ao casamento à luz do anteprojeto do Código Civil..... 353
Lucas Camargos Bizzotto Amorim

Capacidade, impedimentos e causas suspensivas para o casamento à luz do anteprojeto do Código Civil..... 377
Lucas Camargos Bizzotto Amorim

Igualdade de filiação em produções legislativas: análise do Anteprojeto de reforma do Código Civil..... 401

Leticia Silva Andrade, Patrick Augusto dos Santos

A proteção do melhor interesse da criança e do adolescente frente à autonomia privada dos cônjuges na elaboração de pactos conjugais e convivenciais..... 417

Amanda Nunes Sousa, Luíza Resende Guimarães

Os alimentos em razão do parentesco por afinidade na reforma do Código Civil à luz da doutrina e da jurisprudência..... 441

Luiza Borges Reis, Yasmin Pessoa Siman Carvalho

Prestação de contas de alimentos no direito de família: a alteração proposta pela reforma do Código Civil..... 467

Rayara Regina Conceição da Silva, Ryan Emmanuel do Carmo Cruz

O bem de família na proposta de atualização do Código Civil brasileiro de 2002, conforme apresentada ao senado da república em abril de 2024.....493

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

A redução injustificada da proteção ao bem de família no anteprojeto de reforma do Código Civil..... 503

Marcio Cunha da Fonseca Junior, Rafael Fernandes da Silva

A gestante pode mudar de ideia? A (im)possibilidade de reconhecer o arrependimento da gestante de substituição no Anteprojeto de Reforma do Código Civil Brasileiro..... 527

Amanda de Oliveira Valadares, Gabriel Carvalho Fonseca

Reprodução assistida e o direito à saúde: perspectivas jurídicas e a necessidade de reformas no Código Civil..... 551

Samuel Faustino de Oliveira

PARTE V: A REFORMA E O DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito das sucessões na reforma do Código Civil: uma breve análise crítica das principais propostas 575

Ana Carolina de Mari Rocha Benício Carvalho

Pacta corvina e as diretivas sucessórias na reforma do Código Civil: uma mudança irrefletida?..... 599

Fabricao Manoel Oliveira, Raissa de Carvalho Anatólio

Direitos sucessórios do cônjuge no projeto de reforma do Código Civil: uma proposta *vintage*..... 623

Bruno Marques Ribeiro

Análise crítica da renúncia à condição de herdeiro entre cônjuges ou companheiros no anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002 645

Renan Marcel Dias de Oliveira, Rillary Ferreira Cardoso

O fideicomisso brasileiro à luz do *trust*: análise crítica do Anteprojeto de reforma do Código Civil..... 667

Alexander Augusto Isac Beltrão, Luiz Fernando da Silva Martins Mata

PARTE VI: A REFORMA E O DIREITO DIGITAL

Divergência metodológica entre a proposta apresentada no relatório final da reforma do Código Civil de 2002: uma análise do Livro de Direito Civil Digital..... 695

Ana Clara Landim de Santana, Jader Barbosa Moreira Filho

Inteligência artificial e colonialidade de dados na reforma do Código Civil717

Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Sabrina Pedrosa Dias

A permanência dos direitos personalíssimos da pessoa falecida no ambiente digital e sua transmissibilidade causa mortis: uma análise teórica e documental..... 739

Ana Paula Lobato Campos, Débora Fernandes Pessoa Madeira, Sofia Tercio Costa

Uma análise sobre a transmissão *post mortem* de bens digitais na reforma do Código Civil..... 763

Anna Luísa Braz Rodrigues, Letícia Aparecida da Silva Pierrotti

PARTE I:

**A REFORMA E A PARTE GERAL
DO CÓDIGO CIVIL**

SILÊNCIO LEGISLATIVO FRENTE A AUTONOMIA PROGRESSIVA: A PERMANÊNCIA DO RETRÓGRADO REGIME DAS INCAPACIDADES AOS ATOS EXISTENCIAIS

*Amanda Batistella de Oliveira*²

*Zélia Maria Martins Guilherme*³

RESUMO: O Anteprojeto do Código Civil mostrou-se omissivo ao regime das incapacidades, no que tange ao critério etário. Optou-se, na reforma, pela inalteração dos art. 3º e 4º, I, do CC, perpetuando uma retrógrada sistemática baseada em aspectos patrimonialistas. Mais uma vez, as crianças e os adolescentes tiveram negado o direito de participar e influenciar em decisões que afetam sua personalidade. Posto isto, o presente artigo objetiva demonstrar a necessidade de inclusão do princípio da autonomia progressiva em matéria de incapacidade, a fim de viabilizar às crianças e aos adolescentes o exercício de seus direitos existenciais de forma autônoma. Para isso, delimita-se o sentido e o alcance da incapacidade a partir do critério etário, com o intuito de identificar a ineficiência desse sistema ao exercício de atos existenciais. Posteriormente, apresenta-se o tratamento dado pelo Anteprojeto aos arts. 3º e 4º, I, do CC, além de se defender a necessidade de revisão dos respectivos dispositivos. Por fim, propõe-se uma redação legislativa em prol da autonomia progressiva e do direito de escuta.

PALAVRAS-CHAVES: Anteprojeto do Código Civil. Crianças. Adolescentes.

2 Estudante pela Universidade Federal de Lavras, 6º período. Integrante do PETI-Direito e do LABB Direito, sob coordenação do Prof. Gustavo Ribeiro.

3 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante dos grupos de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito e Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades.

INTRODUÇÃO

Em 2023, o presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, instituiu uma comissão de juristas para revisão e atualização do Código Civil. Os relatores se comprometeram a adequar a lei às novas tecnologias e relações sociais, prezando também pela segurança jurídica. Para isso, foi considerada a doutrina majoritária, a jurisprudência e os enunciados das Jornadas de Direito Civil.

Apesar do extenso debate nacional e, até mesmo, internacional sobre a incapacidade de crianças e adolescentes, o tema não foi contemplado. O Anteprojeto mostrou-se inerte ao imperioso regime das incapacidades com relação ao critério etário. A permanência da sistemática do Código Civil de 2002, pelo Anteprojeto, reflete a falta de uniformidade da civilística brasileira com a Convenção sobre os Direitos das Crianças e do ECA. Novamente, foi negado às crianças e aos adolescentes o direito de participar e decidir sobre questões que repercutem na sua dignidade.

Diante disso, o presente estudo defende que a capacidade de fato, sobretudo, no que toca aos atos existenciais, deve ser vinculada ao discernimento, e não apenas ao rígido critério etário – conforme consta nos arts. 3º e 4º, I, do CC. Busca-se reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos ativos em seu próprio desenvolvimento, de acordo com o direito de escuta e autonomia progressiva.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em três partes. Primeiro, delimita-se o sentido e alcance dos arts. 3º e 4º, I, do CC. Além disso, problematiza-se a acepção unitária das incapacidades e, respectivamente, sua incompatibilidade com o exercício de atos existenciais por crianças e adolescentes. Segundo, apresenta-se o tratamento dado pelo Anteprojeto ao regime das incapacidades no que tange ao critério etário, e defende-se a necessidade de revisão do referido instituto. Por fim, propõe-se uma redação legislativa em prol da autonomia progressiva e do direito de escuta.

1 O REGIME DAS INCAPACIDADES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CRITÉRIO ETÁRIO

O Direito Civil adota a noção de capacidade de fato ou capacidade de agir para se referir a aptidão do sujeito para exercer os atos da vida civil de forma válida e autônoma. Tradicionalmente, a capacidade de fato possui uma atuação dinâmica⁴ no ordenamento jurídico, já que comporta gradações com base na competência do sujeito para compreender as situações fáticas e se posicionar ante a elas. Aquele que não detém capacidade de fato é denominado incapaz e necessita de um sistema protetivo que busque atender a sua condição de vulnerabilidade.

As situações que conduzem à incapacidade são excepcionais e fixadas em lei. O legislador brasileiro, por meio dos arts. 3º e 4º, I, do CC, restringiu a capacidade de exercício, sobretudo, ao critério etário.⁵ Segundo o art. 3º, do referido diploma legal, os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes para exercerem os atos da vida civil de maneira livre e pessoal. Assim, a vontade de crianças e adolescentes até essa faixa etária é desconsiderada pela ordem jurídica, sendo necessária sua representação.⁶ Já o art. 4º, I, do CC, trata dos relativamente incapazes que são os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos. Estes podem influenciar nas situações

4 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

5 A incapacidade relativa também abrange os ébrios habituais, viciados em tóxicos, pródigos e aqueles que, por algum motivo, não conseguem expressar sua vontade. Entretanto, essas hipóteses não são objeto de análise pelo artigo.

6 Conforme Teixeira, “quando absoluta, a incapacidade deverá ser suprida através da representação do incapaz, instituto que determina que a vontade do representante substitua a vontade do incapaz; caso o incapaz pratique algum ato sozinho, a hipótese é de nulidade” (BROCHADO, Ana Carolina. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, [s. v.], n. 3, p. 03-36, 2008, p. 09).

jurídicas que lhes digam respeito, embora não haja autonomia plena,⁷ já que são assistidos por pessoas designadas pelo legislador.⁸

Embora seja um modelo já consolidado no ordenamento jurídico, parte da doutrina⁹ defende que o sistema das incapacidades, desenhado no direito civil, é ineficiente. Isso porque, adota-se um regime unitário que reúne todas as incapacidade sob o mesmo rótulo, sempre sob a lógica do “tudo ou nada”. Quem é incapaz, o é para todos os atos da vida civil.¹⁰ Essa falta de modulação dos efeitos da incapacidade acaba por restringir a autonomia do incapaz, especialmente, nas situações existenciais.¹¹ Perlingieri, um dos precursores desta crítica, já alertava sobre a inadequação da adoção do critério etário aos atos existenciais, ao sustentar que:

7 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

8 TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

9 A título de exemplo, cabe citar a produção de: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010; MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela; A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (coord). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Autonomia privada de crianças e adolescentes nas relações extrapatrimoniais**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

10 NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, v. 09, n. 03, p. 1.545-1563, Rio de Janeiro.

11 TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Tratamento de dados de crianças e adolescentes na LGPD e o sistema de incapacidade do Código Civil. *In*: FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2024.

As capacidades de entender, de querer, de discernir, são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais a uma progressiva realização.¹²

No entanto, a construção do regime das incapacidades possui uma razão de ser, já que foi criado, primordialmente, para atender às situações de caráter patrimonial. Buscava-se proteger o patrimônio daqueles que não possuíam discernimento para administrá-lo, evitando a indesejada dilapidação de seus bens.¹³ Nas situações patrimoniais é possível dissociar a titularidade do exercício, pois esses atos, em geral, não possuem caráter personalíssimo e podem ser delegados a terceiros. Contudo, essa lógica nem sempre se afigura viável aos atos existenciais.

Os interesses existenciais possuem caráter personalíssimo, razão pela qual se deve permitir aos seus próprios titulares a possibilidade de fazer escolhas diretas sobre as situações que lhes digam respeito.¹⁴ Ou seja, a própria natureza dos direitos fundamentais impede a substituição de vontade do titular, visto que são inerentes à pessoa e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Pasquale Stanzione afirma: enquanto não se admitir que a criança e o adolescente “é pessoa em paridade aos demais, não poderão existir respeito e tutela da sua

12 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.003- 1.004.

13 NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 03, p. 1.545-1.563, 2016.

14 MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

dignidade e, nem mesmo a promoção do seu desenvolvimento”.¹⁵ Para o autor, por serem considerados sujeitos de direitos, deve-se conceder às crianças e aos adolescentes autonomia nas escolhas que lhes dizem respeito.

Sob esse viés, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, em setembro de 1990, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em julho de 1990, trouxeram, nas palavras de Ana Carolina Brochado, um “investimento normativo” para a infância e adolescência. Esses avanços demandam uma necessária reinterpretação do ordenamento civil¹⁶, na medida em que consideram crianças e adolescentes como sujeitos ativos no seu processo de desenvolvimento.

É o que fica evidente a partir da leitura do art. 3º, do ECA, que reconhece às crianças e aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, além de assegurar “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento [...] em condições de liberdade e dignidade”. Destaca-se, ainda, que o diploma legal trouxe previsões específicas que resguardam a autonomia desses sujeitos. Por exemplo, os arts. 28, §2º¹⁷ e art. 45, § 2º¹⁸, do ECA, os quais apresentam a necessidade de obtenção do consentimento do sujeito maior de doze anos para colocação em família substituta e para a adoção.

15 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 221.

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

17 Art. 28, do ECA. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

18 Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. [...] § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

A Convenção caminha no mesmo sentido ao ressaltar no preâmbulo que a criança¹⁹ deve “receber a proteção e assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade”. Este mesmo documento, nos arts. 5^o²⁰ e 12²¹, garante, respectivamente, o direito à autonomia progressiva e o direito das crianças e adolescentes de dar opiniões e tê-las levadas em consideração nos processos que lhes dizem respeito. Trata-se de reconhecê-los enquanto sujeitos de direitos, já que a Convenção busca assegurar que a evolução das aptidões das crianças e dos adolescentes seja valorada pelo ordenamento jurídico e que, aos poucos, eles exerçam seus direitos de forma autônoma, independentemente de representação ou assistência.²²

Vale ressaltar que Convenções Internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificadas e internalizadas no Brasil, passam a figurar como norma supralegal, ou seja, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna. Assim, ao passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.²³

19 A Convenção considera crianças como todo ser humano com menos de 18 anos.

20 Art. 5, CDC. Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção.

21 Art. 12, CDC. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança. 2. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

22 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz. A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1-23, 2023.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 06 de maio de 2009.

Apesar disso, o Código Civil de 2002 - posterior à Convenção Internacional dos Direitos da Criança - não incorporou nenhuma das disposições que buscam assegurar os direitos de crianças e adolescentes. O excesso de proteção do regime das incapacidades acaba por suprimir a subjetividade desses sujeitos, já que impossibilita o livre desenvolvimento da sua personalidade.²⁴

2 O ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL: A PERMANÊNCIA DO RETRÓGRADO REGIME DAS INCAPACIDADES

Em 2023, o presidente do Senado nomeou uma comissão de juristas, a fim de revisar e atualizar o Código Civil. Primordialmente, tal proposta possui três justificativas: i) a defasagem do Código em relação ao avanço tecnológico; ii) o descompasso da lei com as novas relações sociais e; iii) a necessidade de, modificando o Código, preservar a segurança jurídica.²⁵ Os relatores, ao entregar o Anteprojeto, afirmaram a tecnicidade do novo texto legislativo, na medida em que contempla a doutrina majoritária, a jurisprudência e os enunciados das Jornadas de Direito Civil.²⁶

No entanto, em desconformidade com essa alegação feita pelos relatores, os dispositivos que versam sobre a incapacidade das crianças e dos adolescentes permaneceram sem alterações. No Relatório Parcial do Anteprojeto constatou-se, até, uma tímida alteração nesse aspecto, permitindo que os absolutamente incapazes realizassem negócios jurídicos de pequena monta.²⁷ A sugestão, por autoria da professora

24 BROCHADO, Ana Carolina. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, [s. v.], n. 3, p. 03-36, 2008.

25 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Belo Horizonte: Dialética, 2024.

26 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Belo Horizonte: Dialética, 2024.

27 Art.3º, § 2º, do parecer nº 1 do Anteprojeto: A criança e o adolescente possuem capacidade para a realização de negócios jurídicos de sua vida corrente, envolvendo despesas ou disposições de bens de pequena monta (MUDROVITSCH, Rodrigo *et al.* **Parecer nº 1**: Subcomissão de Parte Geral da CJCDCIVIL. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://acesse.dev/ZZ9dn>. Acesso em: 20 ago. 2024).

Rosa Maria Nery,²⁸ representa um pequeno avanço na referida temática, pois rompe com a acepção unitária das incapacidades, conferindo indícios de autonomia às crianças e aos adolescentes.²⁹ Todavia, ao limitar-se a aspectos patrimoniais, a principal problemática não é enfrentada: o exercício de atos existenciais.

Nessa esteira, a proposta avançou até o Relatório Geral, englobando todos os atos da vida civil, tanto os existenciais quanto os patrimoniais. Para isso, acrescentaram-se os arts. 4-A e 4-B, que dispõem:

Art. 4-A. É reconhecida a **autonomia progressiva** da criança e do adolescente, devendo ser considerada a sua vontade em todos os assuntos a eles relacionados, de acordo com sua idade e maturidade.

Art. 4-B. A criança e o adolescente possuem capacidade para a realização de negócios jurídicos de sua vida corrente, nos limites de sua capacidade de entendimento, envolvendo despesas ou disposições de bens de pequena monta (grifo nosso).³⁰

A positivação da autonomia progressiva, na reforma do Código Civil, é elogiável - pois atribui maior impacto ao ensino e à prática jurídica. Apesar da Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil, já contemplar tal princípio, os magistrados

28 MUDROVITSCH, Rodrigo *et al.* **Parecer nº 1:** Subcomissão de Parte Geral da CJCDCIVIL. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://acesse.dev/ZZ9dn>. Acesso em: 20 ago. 2024.

29 Vale ressaltar que alguns atos intrínsecos ao cotidiano, denominados relações contratuais de fato, já são praticados por incapazes e aceitos pelo ordenamento. Como exemplo, a compra de um doce na cantina da escola feita por uma criança (BROCHADO, Ana Carolina. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, [s. v.], n. 3, p. 03-36, 2008).

30 SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Geral apresentado em 26/02/2024.** Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://acesse.dev/Hv6pQ>. Acesso em: 21 ago. 2024, p. 02.

não o aplicam na resolução de conflitos envolvendo incapazes.³¹ Na maioria dos casos, recorre-se apenas aos institutos de representação e assistência, subordinando a vontade das crianças e dos adolescentes à dos adultos. Assim, verifica-se um verdadeiro hiato entre a realidade e aquilo preceituado pela Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Uma situação análoga, que destaca a importância de alteração do Código Civil, diz respeito à capacidade das pessoas com deficiência. Embora a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tenha sido ratificada e incorporada com status constitucional desde 2009 e, de sua evidente incompatibilidade com o regime das incapacidades, o debate jurídico só ganhou força após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual efetivamente reformou o Código Civil.³²

A inclusão da autonomia progressiva também coaduna-se com o extenso debate doutrinário e o enunciado nº 138, da III Jornada de Direito Civil.³³ Além de satisfazer as recomendações internacionais de revisão legislativa, acerca da incapacidade das crianças e adolescentes. Como exemplo, o Comentário Geral n. 12/2009, do Comitê dos Direitos da Criança da ONU,³⁴ e a Comissão Interamericana de Direito

31 Em pesquisa feita por Lygia Copi, constatou-se que o princípio da autonomia progressiva não é mencionado em nenhuma decisão do Superior Tribunal de Justiça (busca realizada em 20 de novembro de 2023, pelo site do STJ) (WAQUIM, Bruna Barbieri; SALZER, Fernando; BITTENCOURT, Sávio. A reforma do Código Civil à luz dos Direitos da Criança e do Adolescente. *In*: COPI, Lygia. **Reforma do Código Civil**: uma oportunidade para implementação do princípio da autonomia progressiva de crianças e adolescentes na civilística brasileira. Belo Horizonte: Comissão de Infância e Juventude do IBDFAM, 2023).

32 VIEIRA, Marcelo de Mello. Reforma do Código Civil e o direito das crianças e do adolescente: quando levaremos os direitos de crianças e adolescentes a sério? **Empório do Direito**, Belo Horizonte, 27 set. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/t6cep>. Acesso em: 20 ago. 2024.

33 A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciados aprovados**. Brasília, 2005. Disponível em: <https://encurtador.com.br/WeY9m>. Acesso em: 20 ago. 2024).

34 § 48, do Comentário Geral n. 12/2009: O direito da criança a ser ouvida impõe aos Estados Partes a obrigação de revisar ou alterar sua legislação, a fim de introduzir mecanismos que forneçam às crianças acesso a informações apropriadas, apoio

Humanos.³⁵ Logo, essa mudança seria benéfica ao proporcionar uniformidade ao ordenamento jurídico.

Entretanto, o dispositivo falha (art. 4-A) ao não apresentar diretrizes claras para apreciação da maturidade de crianças e adolescentes no exercício de atos existenciais. A autonomia progressiva não deve ser regulamentada com rígidos critérios, já que sua concretização depende do contexto em que esses sujeitos estão inseridos, da gravidade da decisão a ser tomada e da vivência pessoal.³⁶ Contudo, condicionar a autonomia progressiva à maturidade, sem delimitar parâmetros mínimos de avaliação, confere uma margem excessiva de discricionariedade ao magistrado. É preciso que o legislador estabeleça critérios mínimos para análise do discernimento, os quais serão verificados de forma situacional.

Apesar das tentativas, os artigos (4-A e 4-B) foram suprimidos da versão final do Anteprojeto, optando-se pela inalteração do regime das incapacidades.³⁷ Isso ocorreu sob o argumento de uma suposta falta de amadurecimento acerca do tema e da abstração do conceito de autonomia progressiva.³⁸ Essa justificativa desponta como falaciosa, porque o reconhecimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos capazes de exercer atos existenciais já é objeto de estudo pela vasta

adequado, se necessário, feedback sobre o peso dado a seus pontos de vista e procedimentos para reclamações, remédios ou reparação (RAMOS, André de Carvalho (coord.) *et al.* **Comentários gerais do Comitê de Direitos das Crianças**. São Paulo: Núcleo especializado da infância e juventude, 2023).

35 § 343: A CIDH recomenda que os Estados revisem, em consulta direta com crianças e adolescentes, toda a legislação relativa à capacidade e ao exercício jurídico de direitos autônomos e acesso a serviços no caso das crianças e adolescentes, à luz do princípio da autonomia progressiva e de forma compatível com o direito à proteção e o princípio do superior interesse da criança (**GARANTÍA de derechos Niñas, niños y adolescentes**. Espanha: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/OMa7U>. Acesso em: 03 set. 2024).

36 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children 's Fund (UNICEF), 2005.

37 SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://encr.pw/iziH1>. Acesso em: 18 ago. 2024.

38 SALOMÃO, Luis Felipe. Emendas e destaque ao texto final. *In*: MUDROVITSCH, Rodrigo *et al.* **Emenda n. 6º, de 2024: CJCODCIVIL**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2024, p. 16. Disponível em: <https://encr.pw/HQMwE>. Acesso em: 20 ago. 2024.

doutrina nacional e internacional há décadas. Além disso, a inclusão de estudiosos especializados em Direitos da Criança e do Adolescente, na subcomissão, poderia solucionar tal problemática,³⁹ na medida em que eles contribuiriam para aperfeiçoar os dispositivos.

Mais uma vez, percebe-se que as crianças e os adolescentes foram invisibilizados e silenciados ante uma sistemática criada há quase um século. A carência de esforço legislativo sobre essa temática reflete o insucesso em atualizar o Código Civil, em compatibilidade com o ordenamento jurídico. Logo, a constatação de que o Anteprojeto incorpora a doutrina majoritária e as Jornadas de Direito Civil não se estende ao critério etário do regime das incapacidades.

3 UMA PROPOSTA LEGISLATIVA DE FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME DAS INCAPACIDADES FRENTE A AUTONOMIA PROGRESSIVA

Uma vez fundamentada a necessidade de revisão do instituto das incapacidades aos atos existenciais, resta o esforço normativo em propor tal alteração. Posto isto, sugere-se a inclusão do art. 4-B, no Anteprojeto do Código Civil, de modo a concretizar o princípio da autonomia progressiva e do direito de escuta das crianças e dos adolescentes, embasados nos art. 5º c/c art. 12, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Em princípio, a redação seria:

Art. 4º-B. Confere-se às crianças e aos adolescentes autonomia progressiva para o exercício de atos existenciais, conforme seu discernimento.

§ 1º Na avaliação do discernimento verifica-se a aptidão para:

I - Compreender as informações fornecidas;

³⁹ Não há nenhum especialista em Direito da Criança e do Adolescente na comissão de juristas responsável pela reforma do Código Civil (VIEIRA, Marcelo de Mello. Reforma do Código Civil e o Direito da Criança e do Adolescente: quando levaremos os direitos de criança e adolescente a sério?. **Empório do Direito**, Minas Gerais, 27 set. 2023).

- II - Raciocinar acerca dos riscos;
 - III - Responsabilizar-se pelas decisões tomadas;
 - IV- Manifestar sua vontade.
- §2º Independe do discernimento o direito de escuta das crianças e dos adolescentes em processos judiciais que lhes dizem respeito.

Pretende-se, mediante a referida proposta, um modelo legal que flexibilize o critério etário no que tange às questões existenciais.⁴⁰ Em relação aos atos patrimoniais, defende-se a continuidade da idade como elemento caracterizador da capacidade, a fim de garantir segurança ao trânsito jurídico patrimonial.⁴¹ Todavia, isso diverge dos atos existenciais, devido à natureza personalíssima e à relação com o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos. Assim, cabe ao ordenamento jurídico se adequar às necessidades humanas, não o contrário.

Para isso, a proposta apresentada permite que se demonstre capacidade de fato em idades inferiores do que aquelas previstas pelos arts. 3º e 4º, I, do CC.⁴² A título de ilustração, um adolescente que necessite de tratamento médico pode recusá-lo, se constatado discernimento para isso. Dessa forma, a idade permanece como preceito à incapacidade, mas é previsto uma exceção aos atos existenciais em prol da autonomia progressiva.

A autonomia progressiva assegura a participação ativa desses sujeitos na tomada de decisões à medida que possuem discernimento para tal. O intuito é oportunizar que as crianças e os adolescentes

40 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children 's Fund (UNICEF), 2005.

41 PEREIRA, Caio Mário. **Instituições do Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. 1.

42 Foi utilizado como inspiração, sobretudo, um dos modelos expostos por Gerison Lansdown. A autora ainda apresenta mais três hipóteses, as quais preveem: i) limites de idade fixos e prescritivo para aquisição gradual de direitos; ii) eliminação de todos os limites de idade fixos; iii) modelos mistos em que a idade é determinada a partir do direito analisado (LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children 's Fund (UNICEF), 2005).

tenham um ambiente propício para o desenvolvimento da sua autonomia. Isso não significa atribuir o ônus da decisão a eles, apenas conferir a faculdade de que, caso desejem, sua vontade seja considerada às questões que afetam sua personalidade.⁴³

Consoante, o princípio também não implica em liberdade irrestrita ou desassistência às crianças e aos adolescentes, tendo em vista que a autonomia é atribuída em conformidade com o discernimento. Cabe ao Estado o encargo de aferir se esses indivíduos possuem maturidade necessária para tomar decisões de forma autônoma. Essa avaliação deve ser feita de maneira situacional,⁴⁴ levando em conta fatores individuais como aspectos culturais, sociais, familiares e cognitivos.⁴⁵ Por isso, em questões existenciais, é imprescindível conferir protagonismo aos titulares do direito ora debatido, pois:

A idade não pode ser um aspecto incidente sobre o status personae. A idade, não importa se menor, madura ou senil, não incide de per si, sobre a aptidão à titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva. Deve-se verificar

43 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005.

44 Uma técnica legislativa rígida não consegue dar tratamento adequado às novas situações que emergem das complexas relações sociais, como o exercício de direitos existenciais por incapazes. Por isso, ganham prestígio as cláusulas gerais, que não utilizam termos de conteúdo pré-fixado, mas de conteúdo determinável, que conferem maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato (RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010).

45 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005.

a real capacidade de efetuar e de realizar as escolhas e os comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas.⁴⁶

Ademais, a autonomia progressiva é instrumentalizada pelo direito de escuta, previsto no art. 12, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Este designa a garantia de que todas as crianças e adolescentes possam expressar livremente suas opiniões, além da participação nos processos judiciais que lhes digam respeito.⁴⁷ O propósito é viabilizar, por meio do diálogo acessível, um ambiente seguro para que as crianças e os adolescentes aprendam e desenvolvam sua autonomia, com base em informações acerca de situações, decisões e consequências dos atos da vida civil.⁴⁸

O direito de escuta é utilizado para interpretação e implementação de todos os outros direitos infantojuvenis,⁴⁹ já que ouvir as crianças e os adolescentes é o método mais eficaz para satisfação dos seus interesses. Embora os arts. 5º e 12, da Convenção, sejam aplicados conjuntamente, identifica-se um importante elemento diferenciador: o discernimento.

Nas situações existenciais em que o discernimento do titular do direito é comprovado, é concedida a capacidade de exercício (art. 4-B, caput, da referida proposta). O Estado e os responsáveis legais transferem a tomada de decisão às crianças e aos adolescentes à medida que estes demonstram a competência e a disposição necessária para assumir tal responsabilidade. Entretanto, o direito de escuta (art. 4-B, § 2º, da proposta)⁵⁰ independe de discernimento.

46 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.

47 RAMOS, André de Carvalho (coord.) *et al.* **Comentários gerais do Comitê de Direitos das Crianças**. São Paulo: Núcleo especializado da infância e juventude, 2023.

48 RAMOS, André de Carvalho (coord.) *et al.* **Comentários gerais do Comitê de Direitos das Crianças**. São Paulo: Núcleo especializado da infância e juventude, 2023.

49 RAMOS, André de Carvalho (coord.) *et al.* **Comentários gerais do Comitê de Direitos das Crianças**. São Paulo: Núcleo especializado da infância e juventude, 2023.

50 O direito de escuta foi restringido aos processos judiciais por uma questão processual. Isso porque, em demandas envolvendo incapazes, é necessária a

Todas as crianças e adolescentes possuem o direito de participação em assuntos que afetam sua personalidade, de modo que os adultos mantêm a responsabilidade pelas consequências. Logo,

Participar não significa, necessariamente, decidir. Remete a ter informações sobre a situação que lhe acomete, em linguagem compreensível para a sua idade. Significa não ser considerada como objeto (...). Não significa impor-lhe o encargo de sempre decidir sozinho, ou a responsabilidade pela decisão a ser tomada, especialmente quando isso for incompatível com o seu grau de discernimento e maturidade.⁵¹

Após o exposto, resta a conceituação do discernimento, que é o parâmetro utilizado na proposta para se adquirir a capacidade de fato. Apesar de empregado, majoritariamente, como sinônimo de maturidade,⁵² associou-se o discernimento às qualidades de: i) compreender; ii) raciocinar; iii) responsabilizar e; iv) manifestar.⁵³

intervenção do Ministério Público (art. 178, II, do CPC).

51 KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70 - 93, jan./abr. 2016, p. 83.

52 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

53 Tais características tiveram como referencial: i) o critério de competência, o qual é desenvolvido no âmbito da bioética. Por competência compreende-se a mobilização de recursos cognitivos e emocionais necessários para tomada de decisão autônoma (ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. **Civilistica**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1-22, 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/uFoFb>. Acesso em: 15 ago. 2024; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010).

ii) Definição proposta por Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, e sua respectiva interpretação (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira

A primeira designa o entendimento das informações fornecidas: a criança ou o adolescente precisa demonstrar percepção daquilo que abrange a prática do ato existencial. O raciocínio, segundo, relaciona-se à ponderação de riscos, ou seja, avaliação de benefícios e consequências,⁵⁴ além da apreciação de todas as opções e cenários possíveis.

Terceiro, é imprescindível que a criança ou o adolescente consiga assumir as responsabilidades pelas suas escolhas. A vontade só é considerada se o indivíduo puder suportar os impactos da decisão, tornando-a indissociável da responsabilidade decorrente. Por fim, é preciso que haja uma exteriorização da vontade para que esta seja apreciada. Em suma, o discernimento é um conjunto de habilidades que permite à pessoa compreender os acontecimentos que a cercam, raciocinar os riscos, assumir a responsabilidade consecutiva e manifestar sua decisão.⁵⁵

Diante disso, a capacidade de fato deve constituir instrumento de proteção da pessoa, mas sem impor restrições ao seu desenvolvimento e à sua autodeterminação.⁵⁶ Para isso, inclui-se o direito de escuta e relativiza-se o critério etário em prol da autonomia progressiva. O enfoque é a análise das habilidades desses indivíduos para a tomada de decisões, e não a idade como fator determinante para o exercício pessoal dos direitos existenciais. Com isso, identifica-se como benefícios do modelo adotado: i) a proteção em conjunto com a evolução da autonomia; ii) o reconhecimento da capacidade em atos específicos, conforme a maturidade; iii) a particularização das

Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011).

54 ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. **Civillistica**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1-22, 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/uFoFb>. Acesso em: 15 ago. 2024.

55 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

56 BROCHADO, Ana Carolina. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, [s. v.], n. 3, p. 03-36, 2008.

crianças e dos adolescentes em compatibilidade com suas experiências individuais e; iv) o respeito às opiniões desses sujeitos.⁵⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infere-se que a aceção unitária das incapacidades, adotada pelos arts. 3º e 4º, I, do CC, não abrange a complexidade do contexto fático. O inflexível critério etário, pensado numa ótica patrimonialista, revela-se incompatível com os direitos consagrados pela Convenção sobre os Direitos das Crianças e pelo ECA. Isso porque, em situações existenciais, a capacidade da criança e do adolescente deve ser avaliada de maneira situacional, considerando se o indivíduo possui habilidades necessárias para o exercício de atos que impactam sua personalidade.

Os juristas responsáveis pelo Anteprojeto do Código Civil tiveram a oportunidade de revisar o instituto das incapacidades, a fim de readequa-lo aos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Crianças e do ECA. Todavia, não houve esforço legislativo sobre a temática. Escolheu-se pela inalteração desse regime, mantendo apenas a idade como atributo à capacidade. Mais uma vez, a vontade das crianças e dos adolescentes foi invisibilizada e silenciada ante uma retrógrada sistemática.

A fim de contribuir para a mudança desse cenário, propôs-se a inclusão do art. 4-B, no Anteprojeto do Código Civil, o qual relativiza o critério etário ao exercício de atos existenciais, em prol da autonomia progressiva e do direito de escuta. Com isso, pretende-se: i) proteger as crianças e os adolescentes, mas também garantir uma gradual autonomia; ii) reconhecer a capacidade para certos atos civis, segundo o discernimento; iii) individualizar a criança e o adolescente em compatibilidade com suas vivências e; iv) considerar as opiniões desses sujeitos.

57 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciados aprovados**. Brasília, 2005. Disponível em: <https://encurtador.com.br/WeY9m>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 06 de maio de 2009.

BROCHADO, Ana Carolina. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito**, Rio de Janeiro, [s. v.], n. 3, p. 03-36, 2008.

ELER, Kalline Carvalho. Da incapacidade civil às capacidades evolutivas: tomada de decisão da criança no contexto dos cuidados em saúde. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1-22, 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/uFoFb>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

GARANTÍA de derechos Niñas, niños y adolescentes. Espanha: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/OMa7U>. Acesso em: 03 set. 2024.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 70 - 93, jan./abr. 2016.

LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2005.

MUDROVITSCH, Rodrigo *et al.* **Parecer nº 1**: Subcomissão de Parte Geral da CJCDCIVIL. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://acesse.dev/ZZ9dn>. Acesso em: 20 ag. 2024.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 03, p. 1.545-1.563, 2016.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições do Direito Civil**: Teoria Geral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. 1.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz. A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1-23, 2023.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho (coord.) *et al.* **Comentários gerais do Comitê de Direitos das Crianças**. São Paulo: Núcleo especializado da infância e juventude, 2023.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Teoria Geral do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Belo Horizonte: Dialética, 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe. Emendas e destaque ao texto final. *In*: MUDROVITSCH, Rodrigo *et al.* **Emenda n. 6º, de 2024**: CJCODCIVIL. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2024, p. 16. Disponível em: <https://encr.pw/HQMwE>. Acesso em: 20 ago. 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://encr.pw/iziH1>. Acesso em: 18 ago. 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Geral apresentado em 26/02/2024**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023. Disponível em: <https://acesse.dev/Hv6pQ>. Acesso em: 21 ago. 2024

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. **Autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras**: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* **Problemas da família no direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil**: Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Tratamento de dados de crianças e adolescentes na LGPD e o sistema de incapacidade do Código Civil. *In*: FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2024.

VIEIRA, Marcelo de Mello. Reforma do Código Civil e o direito das crianças e do adolescente: quando levaremos os direitos de crianças e adolescentes a sério? **Empório do Direito**, Belo Horizonte, 27 set. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/t6cep>. Acesso em: 20 ago. 2024.

WAQUIM, Bruna Barbieri; SALZER, Fernando; BITTENCOURT, Sávio. A reforma do Código Civil à luz dos Direitos da Criança e do Adolescente. *In*: COPI, Lygia. **Reforma do Código Civil: uma oportunidade para implementação do princípio da autonomia progressiva de crianças e adolescentes na civilística brasileira**. Belo Horizonte: Comissão de Infância e Juventude do IBDFAM, 2023.

CAPAC(IDADE) PARA CONSENTIR? ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL PARA GARANTIR A LIBERDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM RELAÇÃO À PRÓPRIA SAÚDE

*Isabela Maria Soares Silva*⁵⁸

*Marina Guimarães Rufato*⁵⁹

RESUMO: O Anteprojeto de atualização do Código Civil modificou significativamente vários artigos, incluindo os artigos 15 e 15-A, que garantem o direito ao consentimento informado dos pacientes. No entanto, sua redação mantém “muros” em relação ao exercício dos direitos de crianças e adolescentes sobre sua saúde. Este trabalho analisa esses artigos e propõe modificações com base na doutrina nacional e estrangeira e nas disposições de outros países. Ao final, apresenta-se uma proposta de redação mais abrangente, que visa garantir efetivamente os direitos desses sujeitos vulneráveis, destacando (i) a primazia da vontade da criança e do adolescente; (ii) as exceções a essa regra; (iii) critérios para resolução de conflitos entre a vontade da criança ou adolescente, os responsáveis legais e a equipe médica; e (iv) as circunstâncias para intervenção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente. Anteprojeto. Consentimento informado.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, pais e médicos sempre tomaram as decisões para as crianças e adolescentes no contexto médico. Entretanto, assim

58 Advogada. Pós-graduanda em Advocacia Contenciosa Cível. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Formada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do Laboratório de Bioética e Direito (LABB).

59 Mestranda em Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Membro do Laboratório de Bioética de Direito. Membro do Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades.

como o conceito de consentimento informado se desenvolveu ao longo da história, garantindo ao paciente adulto o poder jurídico de autodeterminação sobre sua saúde⁶⁰ a visão sobre o papel da criança e do adolescente na tomada de decisão médica também evoluiu.

Desse modo, se a criança ou o adolescente possui em nível suficiente todas as habilidades necessárias para o processo decisório, sua vontade deve ser vista como o elemento legitimador da tomada de decisão médica. Com efeito, diferentemente de questões meramente patrimoniais, a avaliação da aptidão para que o paciente seja considerado capaz para consentir deve ser realizada de forma singular, com base na natureza da decisão e das circunstâncias envolvidas.

Essa perspectiva, condizente com o avanço sócio-histórico e legislativo internacional sobre a autonomia da criança e do adolescente, contudo, ainda levanta controvérsias para o Direito Civil. Isso porque ainda prevalece um modelo estático, baseado exclusivamente no critério etário, que desconsidera as nuances e validade da manifestação de vontade dessas pessoas para as questões de cunho existencial. Consequentemente, o paradigma da proteção é exacerbado e acaba por se metamorfosear na violação das prerrogativas desses sujeitos.

Nesse contexto, a comissão de juristas responsáveis pela atualização do Código Civil apresentou anteprojeto que conta com propostas de alterações na redação do artigo 15,⁶¹ garantidor do direito ao consentimento informado à nível infraconstitucional.⁶² As mudanças parecem, por um lado, representar um avanço na matéria, ao distinguir de forma expressa a capacidade para atos existenciais. Por

60 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 830.

61 Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

62 Embora por muito tempo o direito ao consentimento informado tenha sido compreendido como um desdobramento do princípio da dignidade humana, a partir da aprovação da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), realizada por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, conforme o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, o consentimento livre e esclarecido, exigido no artigo 25 da CDPD, passou a ter o status de emenda constitucional.

outro lado, a sua versão final supriu, injustificadamente, importantes critérios para aferição de competência e prevalência do consentimento informado das crianças e adolescentes. Diante do exposto, busca-se demonstrar como as alterações propostas pelo anteprojeto do Código Civil poderiam ter abordado de maneira mais eficaz a questão.

Para tanto, esta pesquisa se caracteriza como uma investigação de natureza jurídico-dogmática, de abordagem compreensiva e propositiva, de raciocínio indutivo-dedutivo e método de revisão bibliográfica.

Na primeira seção, defende-se a insuficiência das disposições do Código Civil em vigência para garantir os direitos de crianças e adolescentes em decisões sobre sua própria saúde, destacando os avanços sociais e legislativos sobre a autonomia progressiva dessas pessoas. Na segunda seção, advoga-se que para que a autonomia progressiva seja observada, não basta a sua mera menção na lei, sendo necessário implementá-la gradualmente a partir de exceções à regra geral. Na terceira seção, busca-se elucidar os avanços e fragilidades na nova redação do artigo 15 proposta pelo anteprojeto, além de sugerir possíveis melhorias. Por fim, é oferecida uma síntese com as principais conclusões obtidas.

1 A INSUFICIÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL PARA ASSEGURAR OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À PRÓPRIA SAÚDE

“KND - A Turma do Bairro” é um famoso desenho dos anos 2000. Na animação, o mundo era originalmente governado por crianças, com liberdade para fazer o que quisessem, até que inventam os adultos para trabalhar por elas. Após um longo dia de trabalho, um adulto lidera uma rebelião, ao se recusar a brincar de “cavalinho” com o filho. Iniciada a guerra entre adultos e crianças, o conflito se encerra com um acordo diplomático: ambos os grupos viveriam de forma harmônica, em um arranjo chamado família. Todavia, pouco

tempo depois, os adultos apagaram a memória das crianças de quando possuíam autonomia e governavam a Terra. É nesse contexto que a organização secreta KND, crianças que se lembram da história, lutam contra a tirania dos adultos⁶³.

Embora a história da animação seja fictícia, o conflito entre autonomia de crianças e adolescentes e a imposição da vontade dos adultos encontra vários paralelos na realidade, sobretudo no contexto médico. Cada vez mais, tem se debatido a possibilidade de crianças e adolescentes protagonizarem decisões que dizem respeito à sua vida e saúde, desde que possuam discernimento e maturidade o suficiente para tanto. A esse respeito, ensina Perlingieri:

As capacidades de entender, de querer, de discernir, são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais a uma progressiva realização.⁶⁴

Uma longa trajetória elevou a criança e o adolescente ao papel de interlocutores na família e na sociedade. Por muito tempo, eram vistos como propriedade e sujeitos às imposições dos pais ou ao poder parental. Progressivamente, esse conceito foi substituído pelo poder-dever⁶⁵ da autoridade parental: o “bem do menor” passou a orientar

63 JARTOON. **The ENTIRE Story of Codename: Kids Next Door** in 27 Minutes. Youtube, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nJ4rdFPlP2Y>. Acesso em: 10 ago. 2024.

64 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1003-1004.

65 Utiliza-se a expressão “poder-dever” em consonância ao entendimento da jurista Ana Carolina Brochado Teixeira, que entender constituir a autoridade parental “um

essas relações, e mesmo as prerrogativas dos responsáveis legais sofrem limitações. Tudo isso, a fim de garantir que aquelas pessoas em desenvolvimento possam alcançar a vida adulta sob as melhores condições possíveis, em respeito a seu gradual desenvolvimento biológico e emocional.⁶⁶

O que Vilela chamava de “bem do menor” encontra fundamento em dois dos principais princípios orientadores do Direito Civil contemporâneo: a proteção integral e o melhor interesse. A doutrina da proteção integral, consolidada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, promulgada no Brasil em 1990, atribui um especial *status* jurídico às crianças, porque “embora estejam em fase de crescimento e de formação, são portadores de projetos de vida próprios”.⁶⁷

O princípio também está esculpido no artigo 227 da Constituição Federal, que descreve como dever coletivo (e não apenas da família ou do Estado) assegurar a proteção de direitos fundamentais da criança com absoluta prioridade. Ademais, determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 6º, que a condição peculiar de desenvolvimento dessas pessoas deve ser sempre levada em consideração para a aplicação da lei.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse, consagrado como corolário da doutrina da proteção integral pelos arts. 3º e 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, objetiva garantir da tutela a criança e do adolescente, de modo a maximizar seu bem-estar, em observância às particularidades de cada etapa de seu desenvolvimento. Isso significa dizer que é necessário viabilizar o exercício dos direitos fundamentais pelas próprias crianças, conforme

veículo propiciador de autonomia ao menor, para que ele tenha condições de fazer suas próprias escolhas e exercer as próprias possibilidades”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

66 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 672-673.

67 MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 2, 2015, p. 507-508.

adquiram progressivamente maturidade para tanto. Trata-se da autonomia progressiva, que na definição de Fábio Pereira; Mariana Lara e Anna Luísa Rodrigues, é:

Reconhecer a autonomia progressiva de crianças e adolescentes, em termos práticos, significa flexibilizar o sistema de capacidades, possibilitando a penetração de ideias como maturidade, desenvolvimento intelectual, compreensão e discernimento, de modo a abandonar o rígido binômio capacidade/incapacidade.⁶⁸

Todavia, o Código Civil de 2002 parece estar em descompasso com todo o avanço doutrinário e regulatório sobre a matéria. É que, segundo o art. 3º do referido diploma legal, os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes para exercerem os atos da vida civil, redação mantida no artigo 3º, inciso I do anteprojeto. Consequentemente, crianças e adolescentes até essa faixa etária são destituídos, por lei, da prerrogativa de tomarem suas próprias decisões, ainda que possuam habilidades decisórias o suficiente para tanto.⁶⁹

Cumprе destacar que o regime das incapacidades foi originalmente criado tendo em vista situações de caráter patrimonial,⁷⁰

68 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz. A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios. **Civilística.com**, v. 12, n. 2, 2023.

69 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. 148 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010, p. 43.

70 Tal inferência é possível porquanto o Código Civil de 1916 é marcado por um caráter fortemente liberal, principalmente devido à influência dos ideais liberais europeus. O projeto de lei de Clóvis Beviláqua foi significativamente influenciado pelo Código Civil alemão, tido pela doutrina como “superdimensionado”, mas que no Brasil foi atravessado, ainda, por questões específicas do país, como a estrutura social agrária, oligárquica e conservadorismo da época. Não por outro motivo, dentre os incapazes não estavam apenas as crianças e adolescentes, mas também mulheres e pessoas surdas. LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo Resende. O Código Civil de 1916: Tão liberal quanto lhe era permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 3, n. 1, p. 16-35, 2018.

distintas do caráter personalíssimo das decisões existenciais. O foco estava em possibilitar o exercício da autonomia privada, facilitar a circulação e preservação de riquezas, e promover a contratação, protegendo os particulares da intervenção estatal.⁷¹

Assim, ainda que no Código Civil vigente as relações existenciais não tenham sido negligenciadas por completo (a exemplo das disposições sobre os direitos de personalidade), a codificação ainda é centrada na liberdade para o exercício da atividade econômica.⁷² Tanto é assim, que autores como Gustavo Ribeiro apontam que o regime de incapacidades não pode ser visto como neutro.⁷³ Pelo contrário, eleger aquele que será ou não capaz implica em uma escolha de valores que reflete uma visão específica sobre quais aspectos da vida – e quais pessoas – podem manifestar sua vontade de maneira válida.

Houve, portanto, uma omissão em não diferir as decisões que estariam sob a alçada de crianças e adolescentes, a prejudicar o exercício de sua autonomia. Embora os atos patrimoniais não tenham, geralmente, caráter personalíssimo, podendo seu exercício ser delegado a terceiros, nem sempre a mesma lógica de substituição da vontade poderá ser aplicada aos atos existenciais. Afinal, essas escolhas são fundamentais para que a pessoa desenvolva sua própria história de vida, de modo que seu responsável legal deve atuar como figura facilitadora, e não como substituto.⁷⁴

A capacidade de decidir sobre quais tratamentos e intervenções médicas uma pessoa deseja ou não se submeter é especialmente relevante, pois essas escolhas envolvem não apenas os direitos

71 TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização**. Aula inaugural. Universidade Federal do Rio de Janeiro. 1992, p. 2.

72 MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito-civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 1, Rio de Janeiro, 1991, p. 4.

73 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. 148 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010, p. 27.

74 SANCHEZ, Miguel Angel. **La patria potestad y la libertad de conciencia del menor**. Madrid: Tecnos, 2006., p. 46.

personalíssimos sobre o próprio corpo e à própria saúde, mas também uma série de valores éticos, religiosos e socioculturais a eles correlatos.

Nesse sentido, se a criança ou adolescente é um paciente capaz para consentir⁷⁵, deve poder usufruir do direito previsto no artigo 15 do Código Civil, em pé de igualdade com os adultos. Assim, a legislação e a doutrina têm evoluído para reconhecer que, embora as crianças e adolescentes sejam inicialmente mais vulneráveis e necessitem de proteção, elas estão em constante desenvolvimento cognitivo e moral. Portanto, é imperativo que também as disposições do Código Civil garantam seu direito à voz ativa nas decisões que afetam diretamente suas vidas, como as feitas no contexto médico.

2 DO MICRO AO MACRO: AS “MAIORIDADES ESPECIAIS” E A INSERÇÃO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA NO CÓDIGO CIVIL

Diante do exposto, resta esclarecido que o regime das incapacidades não é suficiente para a tutela das crianças e adolescentes, especialmente no que consiste nos direitos existenciais. A competência e as habilidades desses sujeitos estão em evolução permanente, de modo que devem ser estimulados a tomar suas próprias decisões - ainda que usando mecanismos de apoio para tanto.⁷⁶ Assim, tal avaliação de competência se torna mais complexa do que aquela suportada pelo regime das incapacidades, que permite apenas três graus de capacidade. Para Giuliana Alves Ferreira Rezende:

75 São quatro as habilidades recomendadas para atestar que um paciente é capaz para consentir com a intervenção médica, quais sejam: (i) a habilidade de expressar uma escolha; (ii) a habilidade de entender informações relevantes à tomada de decisão; (iii) a habilidade de apreciar o significado daquela informação para sua situação específica e as prováveis consequências dos tratamentos disponíveis e; (iv) a habilidade de ponderar [*reason*, no original] sobre a informação de maneira lógica. APPELBAUM, Paul Stuart; GRISSO, Thomas. **Assessing competence to consent to treatment**. New York: Oxford University Press, 1998, p. 31.

76 OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky**: aprendizado e desenvolvimento: um processo sócio-histórico. João Pessoa: Scipione, 1997, p. 60.

[...] um dos problemas enfrentados pelo atual cenário legislativo é justamente o fato de que entre 0 e 16 anos não existe qualquer parâmetro intermediário para fins da prática de atos da vida civil. Essa formatação fica cada vez mais incoerente, especialmente quando, à luz da teoria dinâmica das habilidades, é possível perceber que vários marcos importantes se passam nesse intervalo.⁷⁷

Por esse motivo, é necessária uma nova forma de avaliar a capacidade das crianças e adolescentes, a partir de aspectos de sua competência,⁷⁸ que sofre influência direta de fatores externos e circunstanciais da situação na qual se encontra envolvida.⁷⁹ A autonomia progressiva, nesse sentido, cumpre um importante papel, já que permite uma avaliação casuística e segundo as características da própria pessoa cuja capacidade está sob avaliação⁸⁰.

É importante destacar, em primeiro lugar, que o critério etário, por si só, não é contrário à ideia de autonomia progressiva. Embora seja fundamental garantir a participação e protagonismo da criança nos processos decisórios nos quais ela já se encontra apta a decidir, a proteção é também fator prioritário. Assim, existe razão em estabelecer parâmetros que permitam que os sujeitos ainda não competentes para a tomada de decisão não sejam compelidos a tomá-la. Trata-se de

77 REZENDE, Giuliana Alves Ferreira de. **Crianças, adolescentes e a prática de atos da vida civil**: uma revisão do regime das incapacidades por parâmetro etário à luz da teoria dinâmica das habilidades e do princípio da autonomia progressiva (dissertação) –Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2024, p. 109.

78 Gustavo Ribeiro define competência como a “mobilização de recursos cognitivos e emocionais necessários para o paciente tomar uma decisão autônoma em face de um problema relacionado com o seu estado de saúde”. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. 148 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010, p. 40.

79 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: The UNICEF Innocenti Research Centre, 2005, p. 3.

80 SEDLETZKI, Vanessa. **Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes**: una revisión de la situación en América Latina y el Caribe. UNICEF, 2016, p. 11.

baliza para a tomada de decisão, de modo que qualquer relativização tende a ser promocional, e não mais restritiva.⁸¹ Por esse motivo, não se defende, aqui, a substituição completa de um caminho pelo outro.

Em segundo lugar, embora o princípio da autonomia progressiva seja a melhor forma de avaliar a validade da tomada de decisão por crianças e adolescentes, persiste um problema: parece inviável ao Poder Judiciário proceder a uma análise casuística de todas as ações nas quais a competência da criança ou adolescente deva ser avaliada. Por isso, importa determinar como se dará a aplicação da autonomia progressiva nos processos decisórios, e quando será utilizado o critério etário, já que ambos os regimes podem – e devem – coexistir em um mesmo sistema.

Em virtude do caráter subjetivo da avaliação individual da capacidade, à autonomia progressiva não podem ser estabelecidos critérios fechados de análise, uma vez que depende do contexto no qual a criança ou adolescente está inserido, da gravidade da decisão a ser tomada, bem como de todo o histórico de experiências vividas por esses sujeitos.⁸² Por isso, uma solução é caminhar do micro ao macro, isto é, introduzir possibilidades de flexibilidade na legislação, que permitam uma atuação mais livre e autônoma da criança, à medida que desenvolve suas habilidades de tomada de decisão.

É o que se vê na legislação portuguesa, na qual é possível encontrar o que Guilherme de Oliveira chama de “maioridades especiais”.⁸³ Essa ferramenta permite que o Código Civil português mantenha seus critérios etários como regra geral, mas em casos específicos, o próprio artigo permite flexibilidade. Assim, se a maioria é dezoito anos, a partir dos quatorze, por exemplo, o adolescente já tem acesso livre a consultas, sem restrição condicionada à autorização dos pais.

81 SEDLETZKI, Vanessa. **Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes**: una revisión de la situación en América Latina y el Caribe. UNICEF, 2016, p. 13.

82 LANSDOWN, Gerison. **The evolving capacities of the child**. Florence: The UNICEF Innocenti Research Centre, 2005, p. 3.

83 OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky**: aprendizado e desenvolvimento: um processo sócio-histórico. João Pessoa: Scipione, 1997, p. 17.

O autor ainda, em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico português, entende a necessidade de se garantir a maioria especial no caso do consentimento para tratamentos médicos. Para tanto, ele se utiliza da regra do Código Penal, o qual estipula a idade mínima para decisão acerca de intervenções médicas na faixa de 16 anos.⁸⁴

Ora, se no direito civil não encontramos uma enunciação clara desta fronteira entre a incapacidade e a autonomia para decidir sobre o acesso a consultas de DPN ou para o acesso a outras intervenções clínicas, parece-me que se deve dar um relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com catorze anos e com o discernimento suficiente. De fato, seria muito estranho que o ramo do direito que está mais preocupado com a defesa da liberdade e a autodeterminação ficasse satisfeito com o livre consentimento prestado por um jovem de catorze anos e, simultaneamente, o direito civil entendesse que o mesmo jovem, no mesmo caso, carecia da proteção dos pais, que decidiriam em vez dele.⁸⁵

Em suma, quando se trata de direitos específicos, a maioria não é exigida, mas outras idades mínimas. Trazendo ao contexto brasileiro, o próprio ordenamento jurídico já estabelece ‘maioridades especiais’, ou atos específicos os quais os relativamente incapazes podem exercer de maneira pessoal.⁸⁶ Quando se trata da saúde, no

84 Atualizado pela Lei n. 59/2007, de 4 de setembro.

85 OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky**: aprendizado e desenvolvimento: um processo sócio-histórico. João Pessoa: Scipione, 1997, p. 17.

86 Fala-se, neste caso, da possibilidade de o adolescente maior de 16 anos poder realizar testamentos, ou ainda do maior de 12 anos ter que consentir no seu processo de adoção.

entanto, o que se vê é diferente. Embora pela análise das justificativas⁸⁷ da Comissão, não seja possível concluir pela intenção de criar um novo regime de competência para crianças e adolescentes, a nova redação dada no Anteprojeto configura uma cláusula geral, que direciona o operador do Direito a uma avaliação casuística:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. § 1º É assegurada à pessoa natural a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, indicando o tratamento que deseje ou não realizar, em momento futuro de incapacidade.

§2º. Também é assegurada a indicação de representante para a tomada de decisões a respeito de sua saúde, desde que formalizada em prontuário médico, instrumento público ou particular, datados e assinados, com eficácia de cinco anos.

§3º. A recusa válida a tratamento específico não exime o profissional de saúde da responsabilidade de continuar a prestar a melhor assistência possível ao paciente, nas condições em que ele se encontre ao exercer o direito de recusa.

Art. 15-A. Plenamente informadas por médicos sobre os riscos atuais de morte e de agravamento de seu estado de saúde, **as pessoas capazes para o exercício de atos existenciais da vida civil** podem manifestar recusa terapêutica para não serem constrangidas a se submeter à internação hospitalar, a exame, a tratamento médico, ou à intervenção cirúrgica.

87 Consta do Parecer nº 1 da Subcomissão de Parte Geral: “As alterações propostas objetivam esclarecer que a recusa a um determinado tratamento por parte de um paciente é válida, em harmonia com o raciocínio das escolhas existenciais e das posições provenientes das Jornadas do Conselho de Justiça Federal. Ademais, no artigo 15-A, restaram esclarecidas questões atinentes aos profissionais da saúde, mormente no que tange à migração do regramento da Resolução 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina ao locus normativo adequado.” BRASIL. Subcomissão de Parte Geral. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. ATS nº 11, de 2023. Membros: Rodrigo Mudrovitsch (Subrelator), Ministro João Otávio de Noronha, Rogério Marrone e Estela Aranha. 2023.

Parágrafo único: Nos termos do §1º do art. 10 deste Código, toda pessoa tem o direito de fazer constar do assento de seu nascimento a averbação das declarações mencionadas neste artigo. (grifo nosso).

Há um importante avanço do anteprojeto, que distinguiu de forma evidente a capacidade para atos existenciais da vida civil e para aqueles de cunho patrimonial, especificando em seu texto que a capacidade requerida para consentir e dissentir com tratamento médico e intervenções terapêuticas é apenas a primeira. Assim, parece elogiável a escolha de não estabelecer um parâmetro etário para essas decisões. Mais do que garantir uma idade mínima, é fundamental analisar de maneira contextualizada a capacidade da criança para tais atos existenciais, sob pena de afastá-la do exercício de seus próprios direitos desarrazoadamente.

Em matéria de direitos da personalidade, em especial o direito ao próprio corpo, perde-se o sentido a aplicação do critério etário sem a ponderação com a autonomia progressiva, especialmente tendo em vista a importância de sua aplicação ao contexto do direito à saúde e ao próprio corpo. A avaliação da competência, no entanto, não se inicia no Judiciário, mas, de outro modo, é papel da família e de equipes multidisciplinares, em especial da área da saúde, que devem estar orientadas à concretização dos direitos da criança.

3 NA PRÁTICA: OS REAIS PROBLEMAS DOS ARTIGOS 15 E 15-A E ADEQUAÇÕES POSSÍVEIS

A análise deste dispositivo se dará em quatro diferentes etapas, a fim de cobrir o escopo da matéria. Portanto, (1) questiona-se a necessidade da divisão do dispositivo em art. 15 e 15-A, tendo em vista seu conteúdo, (2) demonstra-se que a norma foi escrita a partir da técnica legislativa de cláusulas gerais; (3) apresenta-se como a matéria é tratada em ordenamentos jurídicos estrangeiros e (4) propõe-se nova redação tendo em vista a necessidade de se estabelecer critérios para

prevalência da vontade da criança ou adolescente sobre seus cuidados médicos, bem como a resguarde em caso de emergência ou conflito que coloque em dúvida o seu melhor interesse.

3.1 OS ARTS. 15 E 15-A: UMA DIVISÃO DESARRAZOADA

Os artigos 15 e 15-A têm como objetivo tratar do direito à liberdade, na forma da possibilidade de o sujeito decidir sobre as interferências no seu próprio corpo.⁸⁸ O artigo 15 proíbe a intervenção médica compulsória, enquanto o artigo 15-A permite a recusa terapêutica, uma vez que seja informado e capaz para o exercício de direitos existenciais.

Embora se utilize de linguagem restritiva no artigo 15 e permissiva no artigo 15-A, o bem jurídico tutelado e a forma de sua tutela parece a mesma: cada indivíduo pode, no limite de sua capacidade e plenamente informado, consentir ou dissentir sobre procedimentos e tratamentos realizados em seu próprio corpo. Não fica claro o motivo da divisão, tampouco sua função, que parece mais confundir o operador do direito.

3.2 A COMPETÊNCIA PARA CONSENTIR COMO CLÁUSULA ABERTA: EQUILÍBRIO ENTE AUTONOMIA E PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Código Civil não pode ser mais ser concebido como um modelo fechado⁸⁹, de modo que diferenciar a capacidade para atos

⁸⁸ A doutrina diverge em relação ao direito de recusa ser abarcado pelo consentimento informado. Isso porque o consentimento informado refere-se ao processo de fornecimento de informações e entendimento pelo paciente. O direito de recusa, por outro lado, trata da capacidade de uma pessoa de dizer não a uma intervenção médica, ainda que escolha não ser informado. DIAS, André Gonçalo. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 72-73; 82 e 313-314.

⁸⁹ LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 165.

existenciais daqueles meramente negociais representa um avanço na singular tentativa de equilíbrio entre autonomia e proteção de crianças e adolescentes. Ao invés de se aplicar uma solução “tamanho único” a interpretação dessa distinção como uma cláusula geral se alinha à recomendação da doutrina pela necessidade de novas formas de se aferir a capacidade, tendo em vista situações nas quais o que está em jogo são os “bens de personalidade ‘por excelência’, isto é, a vida e a saúde humanas.”⁹⁰

O Conselho da Justiça Federal também já se posicionou especificamente sobre o tema no Enunciado n. 138, da III Jornada de Direito Civil: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”⁹¹

Quando o artigo 15-A amplia a possibilidade de manifestar a recusa terapêutica para todas aquelas pessoas “capazes para o exercício de atos existenciais da vida civil”, direciona o operador do Direito a ferramentas de avaliação da competência do sujeito, a partir do uso de uma cláusula geral. Segundo Judith Martins-Costa,

[...] a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, completamente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o **reenvio para elementos**

90 MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 322.

91 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 138. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em 10 jun. 2024.

cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressistematização destes elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.”⁹² (grifo nosso).

Como consequência, ainda que não tenha sido a intenção inicial da Comissão, é criado um novo regime de avaliação de capacidades, a capacidade para consentir, que se baseia na competência do paciente, e não em sua idade. Assim, o texto dirige o aplicador da norma a elementos de concreção que se encontram fora do sistema jurídico, por meio da avaliação do caso. Trata-se de cláusula geral do tipo extensivo, isto é, aquela que amplia uma situação já regulada por outra norma.⁹³

Assim, a capacidade civil é regulada pelos artigos 3º e 4º do Código Civil, mas uma vez que o bem jurídico tutelado pelos artigos 15 e 15-A exige outro tipo de aferição, o dispositivo cria a possibilidade de se aplicar outra norma. É que a construção das cláusulas gerais não se finaliza na redação de seu dispositivo legal, mas sim, fixa seus conceitos por meio da doutrina e da jurisprudência⁹⁴. Essa, por sua vez, estará alinhada a uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico, em especial na concepção de autonomia progressiva encontra fundamento na Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 5 prevê:

92 MARINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 18, 1998, p. 135.

93 MARINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 18, 1998.

94 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 10/11, out./nov. 2008. p. 36-52. p. 41.

Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, **de acordo com sua capacidade em evolução**, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção. (grifo nosso).

Ressalta-se que, muito embora o papel da autoridade julgadora seja essencial nessa análise casuística, seu poder está vinculado à outras normas do sistema, além de em valores e padrões extra sistemáticos, sendo que o cumprimento de seu dever constitucional de fundamentação das decisões garantirá o controle racional da sentença.⁹⁵ No entanto, a redação proposta pela Comissão pode ser aprimorada.

3.3 OLHAR PARA DENTRO É OLHAR PARA FORA: O CONSENTIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS DA EUROPA OCIDENTAL E DOS EUA

A fim de embasar e inspirar uma nova sugestão para a redação do artigo 15, busca-se trazer alguns exemplos da legislação estrangeira, a saber: Estados Unidos da América (EUA), Holanda, Espanha, Alemanha, Bélgica, Suécia, Finlândia e Reino Unido. Em síntese, é possível dividi-los em quatro grupos.

Holanda e Espanha representam o primeiro grupo, países que ainda mantêm dois critérios etários para a tomada de decisões de crianças e adolescentes relativas ao exercício de direitos existenciais: até 12 anos, as decisões de saúde devem ser tomadas pelos

95 LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 164-165.

representantes legais e, a partir dos 16 anos, é admitida sua progressiva participação nas decisões.⁹⁶

O segundo grupo de países inclui Áustria, Alemanha, Austrália, e parte dos estados dos EUA. Estes preferem o marco etário dos 14 anos para a tomada de decisões autônomas, não dispensando, contudo, a análise da competência do adolescente no caso concreto. No terceiro grupo, os países estabelecem uma maioria especial para os cuidados de saúde, aos 16 anos. É o caso do Reino Unido e da Austrália do Sul.⁹⁷

Finalmente, no quarto grupo⁹⁸ não se lança mão sequer de uma idade indicativa, fazendo depender da avaliação concreta da competência da criança ou adolescente: é o caso da Bélgica (*Loi relative aux droits du patient* ou *Wet betreffende de rechten van de patiënt*, 2002), da Suíça (*Zivilgesetzbuch, ZGB*, 1907), da Suécia (*Hälso- och sjukvårdslag, HSL*, 2007) e da Finlândia (*Potilaan oikeudet*, 1992). Ainda que seus ordenamentos jurídicos contem com alguns pontos de divergência,⁹⁹ as semelhanças se sobressaem e podem ser agrupadas da seguinte maneira:

Consentimento informado	Garantia do direito de consentir e dissentir à criança e adolescente	Solução em caso de conflitos	Hipóteses de intervenção judicial
-------------------------	--	------------------------------	-----------------------------------

96 DIAS, André Gonçalves. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 182.

97 DIAS, André Gonçalves. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 182-183.

98 DIAS, André Gonçalves. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 182-183.

99 A legislação sueca, por exemplo, esclarece que a capacidade de consentir deve ser avaliada com base na compreensão do paciente sobre a natureza, os riscos e as consequências do tratamento. Ainda, destaca que a avaliação da competência deve ser feita pelo profissional de saúde, considerando a maturidade da criança e adolescente. Além disso, tanto o regramento da Suécia quanto Finlândia preveem que a informação

<p>Nenhum tratamento médico pode ser iniciado ou continuado sem o consentimento livre e informado do paciente capazes para consentir, exceto em casos de emergência.</p>	<p>Se uma criança ou adolescente for capaz para consentir, terá o direito de exercer seus direitos de paciente de maneira independente, sem o consentimento de seus representantes legais.</p>	<p>Se houver conflito entre a vontade do paciente que ainda não atingiu a maioridade e seus representantes legais, e a criança e adolescente for considerado capaz para consentir, a sua vontade deve prevalecer.</p>	<p>Se o tratamento recusado pela criança ou adolescente é essencial à sua saúde ou sobrevivência, o tribunal decidirá de forma justificada</p>
--	--	---	--

(Tabela 1 – Previsões em comum entre Bélgica, Suíça, Suécia e Finlândia – elaboração própria)

Portanto, é possível fugir da rigidez da idade quando se trata da avaliação da competência para o consentimento. Os regramentos acima fornecem parâmetros importantes para uma nova elaboração, do modo que se sugere adiante.

3.4 PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DOS DISPOSITIVOS DO ANTEPROJETO SOBRE CONSENTIMENTO INFORMADO E AUTONOMIA PROGRESSIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

À vista do exposto, propõe-se a seguinte redação:

Capacidade para consentir

Artigo 15: À pessoa capaz para os atos para o exercício de atos existenciais da vida civil é garantido o direito ao consentimento informado e ao dissentimento, podendo decidir livremente sobre os tratamentos e intervenções médicas aos quais deseja ou não ser submetida.

médica sobre o estado de saúde, tratamento proposto, riscos e alternativas deve ser transmitida de forma compreensível para idade e nível de entendimento do paciente.

§1º. O paciente possui presunção relativa de competência, de modo que a conclusão contrária deverá advir de análise concreta e individualizada, por equipe especializada e multidisciplinar.

§2º. A recusa válida a tratamento específico não exime o profissional de saúde da responsabilidade de prestar a melhor assistência possível ao paciente, nas condições em que ele se encontre ao exercer o direito de recusa.

Crianças e adolescentes

§3º. Toda criança e adolescente tem direito a receber informações acerca de seu quadro clínico, tratamentos propostos, riscos e alternativas, de forma compreensível para sua idade e nível de entendimento. A equipe clínica deverá utilizar vocabulário adequado e ferramentas para que as informações sejam devidamente compreendidas pelo paciente.

§4º. A avaliação da capacidade do paciente será feita de forma individualizada e dialógica, bem como levará em conta o princípio da autonomia progressiva.

§5º. Em caso de discordância entre a criança ou adolescente e seus responsáveis, prevalece a decisão daquele, caso seja apto para consentir; e destes caso contrário. Caso a decisão viole o melhor interesse da criança, o Poder Judiciário poderá ser acionado para decidir, de forma fundamentada.

§6º. Excepcionalmente comprovada a incapacidade da criança ou adolescente, é dever dos responsáveis legais tomar a decisão por este, observando o princípio do melhor interesse da criança. No entanto, a opinião e o desejo do menor devem ser considerados na decisão, conforme sua maturidade e capacidade de entendimento.

§7º. Em situações de emergência, onde o tratamento é necessário para preservar a vida ou a saúde do paciente e não é possível obter consentimento, o tratamento pode ser administrado sem o consentimento da criança ou adolescente ou autorização dos responsáveis legais.

Diretivas antecipadas de vontade¹⁰⁰

§6º. É assegurada à pessoa natural a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, indicando o tratamento que deseje ou não realizar, em momento futuro de incapacidade.

§7º. Também é assegurada a indicação de representante para a tomada de decisões a respeito de sua saúde, desde que formalizada em prontuário médico, instrumento público ou particular, datados e assinados, com eficácia de cinco anos.

§ 5º. “Nos termos do §1º do art. 10 deste Código, toda pessoa tem o direito de fazer constar do assento de seu nascimento a averbação das declarações mencionadas neste artigo” (conforme a redação atual do parágrafo único do anteprojeto).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise conduzida nesta pesquisa evidencia que as alterações propostas na redação do artigo 15 ainda podem ser aprimoradas. Primeiro, porque a divisão entre os artigos 15 e 15-A do Código Civil é desnecessária e pode gerar confusão. Assim, sugere-se uma reformulação que unifique as disposições, destacando o consentimento informado como prerrogativa central, que deve ser garantida também a essas pessoas em desenvolvimento.

Destaca-se que a construção de cláusulas abertas, como a proposta pela Comissão, deve ser complementada por uma sólida interpretação doutrinária e jurisprudencial, garantindo que a autonomia progressiva seja efetivamente aplicada na prática jurídica.

Conseqüentemente, em segundo lugar, conclui-se que a nova redação proposta para o artigo 15-A, embora avance ao incorporar o conceito de autonomia progressiva, não deixa clara a prevalência do consentimento dado pela criança ou adolescente e como se dará sua aferição, tampouco as hipóteses de exceção (em especial emergência

100 Não foi objetivo de análise deste trabalho as disposições relativas ao instituto das diretivas antecipadas de vontade elaboradas pela Comissão, de modo que se limita a reordenar suas disposições para momento subsequente às previsões acima.

e incapacidade) ou critérios para solução de conflitos e eventual intervenção do Judiciário.

Nesse sentido, é sugerida uma nova redação, mais abrangente, e que tem por objetivo solucionar as lacunas deixadas pela Comissão, de modo a garantir uma efetiva observância do direito à liberdade de crianças e adolescentes na esfera da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPELBAUM, Paul Stuart.; GRISSE, Thomas. **Assessing competence to consent to treatment**. New York: Oxford University Press, 1998.

BRASIL. Subcomissão de Parte Geral. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. ATS nº 11, de 2023. Membros: Rodrigo Mudrovitsch (Subrelator), Ministro João Otávio de Noronha, Rogério Marrone e Estela Aranha. 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 138. **III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em 10 jun. 2024.

DIAS, André Gonçalo. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004.

JARTOON. **The ENTIRE Story of Codename**: Kids Next Door in 27 Minutes. Youtube, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nJ4rdFPIP2Y>. Acesso em: 10 ago. 2024.

LANSDOWN, Gersison. **The evolving capacities of the child**. Florence: The UNICEF Innocenti Research Centre, 2005.

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo Resende. O Código Civil de 1916: Tão liberal quanto lhe era permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 3, n. 1, p. 16–35, 2018.

MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas. In: MARTINS-COSTA Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. Cláusulas gerais e princípios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 18, 1998.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 2, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito-civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 1, Rio de Janeiro, 1991.

OLIVEIRA, Guilherme de. O acesso dos menores aos cuidados médicos. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, a. 132, n. 3898, mai. 1999.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; RODRIGUES, Anna Luísa Braz. A autonomia progressiva de crianças e adolescentes e a busca por um sistema de apoios. **Civilística.com**, a. 12, n. 2, 2023.

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

REZENDE, Giuliana Alves Ferreira de. **Crianças, adolescentes e a prática de atos da vida civil**: uma revisão do regime das incapacidades por parâmetro etário à luz da teoria dinâmica das habilidades e do princípio da autonomia progressiva (dissertação) –Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2024.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico**. 2010. 148 f. Tese (Doutorado em Direito Privado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SANCHEZ, Miguel Angel. **La patria potestad y la libertad de conciencia del menor**. Madrid: Tecnos, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SEDLITZKI, Vanessa. **Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes: una revisión de la situación en América Latina y el Caribe**. UNICEF, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização**. Aula inaugural. Universidade Federal do Rio de Janeiro. 1992.

OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky: aprendizado e desenvolvimento: um processo sócio-histórico**. João Pessoa: Scipione, 1997.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

OS ARTS. 3º, 4º E 4-A DO ANTEPROJETO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MAIORES DE IDADE

*Rafaella de Lima Meireles*¹⁰¹

*Renata Lima*¹⁰²

RESUMO: As pessoas com deficiência ainda enfrentam violação de direitos no Brasil, mesmo após a ratificação da CDPD e a posterior promulgação do EPD. Este alterou o regime das incapacidades até então vigente a fim de desvincular a deficiência e a incapacidade civil, mas foi criticado por desproteger as pessoas com deficiência após a mudança. Com a atual reforma do Código Civil, pretende-se restaurar a proteção antes conferida e adequar suas disposições à CDPD e ao EPD. Nesse cenário, o presente trabalho objetiva compreender as principais repercussões jurídicas, para as pessoas adultas com deficiência, do regime das incapacidades proposto para os arts. 3º e 4º do Código Civil, bem como propor alterações aos dispositivos. Para isso, o artigo divide-se em três partes. Na primeira, apresenta-se o percurso do regime das incapacidades e os mecanismos de representação e apoio presentes no ordenamento brasileiro. Em seguida, destacam-se os problemas do Anteprojeto, representados pela falta de delimitação de conceitos e de operacionalização. Destaca-se, em especial, a lacuna deixada quanto ao sistema de apoios e às salvaguardas. Por fim, apresenta-se uma proposta de compatibilização entre o regime das incapacidades proposto no Anteprojeto, a CDPD e o EPD.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade civil. Apoios. Salvaguardas.

101 Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras. Integrante do Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI), e do Laboratório de Bioética e Direito (LABB), ambos sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

102 Mestre em direito civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/UFLA). Ex-bolsista CAPES e CNPq. E-mail: renatalima_br@hotmail.com

INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência representam, aproximadamente, 9% da população brasileira com dois anos de idade ou mais, somando 18,6 milhões de indivíduos.¹⁰³ Infelizmente, o tratamento direcionado a esses sujeitos ainda é permeado de discriminações: nos primeiros nove meses de 2023, o Brasil registrou quase 52 mil denúncias de violação de direitos contra pessoas com deficiência, que englobam os mais variados tipos de desrespeito aos direitos humanos.¹⁰⁴

A definição do que é a deficiência, porém, não é tarefa fácil, sendo adotado pelo Brasil o modelo biopsicossocial para entendê-la. Nesse modelo, considera-se a deficiência como o resultado da interação das particularidades do sujeito com o meio físico e social que o rodeia.¹⁰⁵ A tarefa do Estado e da sociedade passa a ser, então, eliminar barreiras sociais, ambientais e atitudinais.

Nesse contexto, destaca-se a elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que é considerada um marco para os direitos desses indivíduos por ser o primeiro instrumento universal de caráter vinculante que aborda de forma específica os direitos desse grupo.¹⁰⁶ Aprovada sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, conferiu-se força de emenda constitucional às suas disposições.

Porém, a CDPD não recebeu a devida atenção dos juristas à época,¹⁰⁷ o que limitou sua implementação efetiva. Posteriormente,

103 BRASIL tem 18,6 milhões de pessoas com deficiência, indica pesquisa divulgada pelo IBGE e MDHC. **Gov.br**, Brasília, 07 jul. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/g6hc>. Acesso em: 08 set. 2023.

104 BRASIL registra quase 52 mil denúncias de violação de direitos contra pessoas com deficiência nos primeiros nove meses de 2023. **Gov.br**, Brasília, 19 out. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/g6ha>. Acesso em: 08 set. 2023.

105 O uso desse modelo é extraído do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

106 BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014, p. 129.

107 MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; Lins; Ana Paola de Castro. A capacidade da pessoa jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no

com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), procurou-se romper com a associação entre deficiência e incapacidade civil, uma vez que essa relação resultava em discriminação em razão da deficiência. Contudo, surgiram críticas que argumentavam, supostamente, a desproteção desses indivíduos.

Em resposta, o Anteprojeto de reforma do Código Civil propõe novas alterações ao regime das incapacidades. No entanto, essas mudanças também levantam preocupações quanto a possíveis retrocessos nos direitos conquistados pelas pessoas com deficiência, caso não sejam acompanhadas de um sistema robusto de apoio e salvaguardas. Diante disso, este trabalho objetiva compreender as principais repercussões jurídicas do Anteprojeto para as pessoas adultas com deficiência, buscando identificar suas potencialidades e limitações. Além disso, objetiva apresentar propostas de alterações que compatibilizem a reforma com a CDPD e o EPD, garantindo a efetiva proteção e promoção da autonomia desses indivíduos.

1 O REGIME DAS INCAPACIDADES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS A PARTIR DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002

O enquadramento das pessoas com deficiência no regime das incapacidades passou por muitas alterações ao longo do tempo. No Código Civil de 1916, considerava-se como absolutamente incapazes os loucos de todo gênero e os surdos-mudos, que não conseguiam exprimir sua vontade.¹⁰⁸ Percebe-se que o critério adotado era o do

Brasil, em Portugal e no Peru. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 296-322, 2021, p. 305.

108 O rol dos absolutamente incapazes não se restringia, no CC/16, às hipóteses mencionadas, sendo essas as importantes para este artigo. O art. 5º, CC/16, estabelecia, em sua integralidade, que: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.”

status em sua modalidade direta, pelo qual a existência de deficiência por si só bastava para a declaração de incapacidade.¹⁰⁹

Por sua vez, o Código Civil de 2002, previa - originariamente - que os absolutamente incapazes seriam - dentre outros - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Quanto aos relativamente incapazes, seriam os que por deficiência mental tivessem o discernimento reduzido, e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Observa-se, assim, o uso do critério do *status* em sua modalidade indireta, pela qual a mera constatação da deficiência não se mostrava suficiente para a decretação de incapacidade.¹¹⁰

No entanto, a partir do EPD, houve a desvinculação formal da deficiência como um aspecto apto a ensejar a decretação de incapacidade, a fim de compatibilizar o Código com a CDPD.¹¹¹ Para a definição de incapacidade civil absoluta, o critério etário passou a ser o único adotado no art. 3º, CC.¹¹² Para a incapacidade civil relativa do art. 4º, CC, utilizou-se o critério da expressão de vontade para a definição de suas hipóteses, o que antes do EPD era utilizado na redação do art. 3º.¹¹³ De forma associada, o art. 85, EPD, limitou o alcance da curatela,

109 GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019, p. 14.

110 GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. *In*: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 11-40, 2019, p. 15.

111 Art. 4.1, “b”, CDPD. No mesmo sentido: NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 1**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

112 Art. 3º, CC. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

113 Art. 4º, CC. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

restringindo os efeitos desse mecanismo de representação para atingir apenas “os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, mesmo quando diante de uma situação de incapacidade civil absoluta.¹¹⁴

Em função disso, surgiram argumentos a partir dos quais se afirma ter sido retirada das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento jurídico lhes garantia.¹¹⁵ De fato, ao se considerar situações reais, costumeiras ou não, em que não é incomum a constatação de desamparo da pessoa com deficiência nos mais diversos âmbitos de sua vida, ou em que a sua condição se manifesta de forma severa, uma ferramenta de representação pode se mostrar como um caminho legítimo e necessário para fazer com que se cumpra desde direitos mais básicos (como saúde e educação) a direitos mais específicos (como acessibilidade e inclusão).

Contudo, o risco em se manter instrumentos de representação, como a curatela, está em não oferecer salvaguardas destinadas a evitar abusos e influência indevida (artigo 12.4, CDPD),¹¹⁶ bem como

114 Sobre este ponto é necessário destacar uma contradição interna apresentada pelo EPD. Apesar de determinar que a curatela irá operar somente sobre atos patrimoniais e negociais, o Estatuto também autoriza o suprimento do consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela em casos que envolvam intervenção clínica ou cirúrgica, tratamento ou institucionalização forçada (art. 11, parágrafo único, EPD). Ou seja, permite de forma excepcional que, ao menos na prática (uma vez que não menciona o legitimado a representar e que antes da mudança o curador poderia praticar atos existenciais em nome do curatelado), haja a representação para atos existenciais.

115 LIMA, Taisa Maria Macena de; GODINHO, Jéssica Rodrigues. O esvaziamento da teoria das incapacidades pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência: (re)interpretação através do discernimento. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 407-436, jun. 2019, p. 412. Disponível em: <https://shre.ink/g6hH>. Acesso em: 06 set. 2024.

116 12.4, CDPD. 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.

em não se criarem meios alternativos e menos intrusivos aos direitos das pessoas com deficiência. Atentos a esse risco, e visando a atender especialmente ao disposto no artigo 12.3 da CDPD,¹¹⁷ os legisladores do EPD criaram a ferramenta de apoio para o exercício de direitos e obrigações. A chamada Tomada de Decisão Apoiada (TDA) foi responsável por introduzir no Código Civil o art. 1.783-A, sendo este o único mecanismo de apoio formal estruturado e disponibilizado pela legislação pátria.

Apesar do avanço evidente em relação ao regime anterior, com a última alteração feita no Código Civil, perdeu-se a oportunidade de sedimentar o entendimento e de trazer operacionalidade para alguns dos comandos expressos na CDPD e no EPD. Como consequência, tem-se que a TDA é amplamente criticada por juristas,¹¹⁸ não usufrui de adesão social e, na maioria dos casos em que é requerida, acaba sendo relegada pelo judiciário a um papel coadjuvante por ser considerada insuficiente para atender a todas as demandas da pessoa com deficiência, quando, na verdade, o que se percebe é a inadequada compreensão dos contornos e do propósito de um mecanismo de apoio.¹¹⁹

Em contrapartida, a curatela acaba sendo defendida como a solução imediata possível e aplicada de forma preferencial,¹²⁰ mesmo diante de um aparente consenso doutrinário de que não se trata do

117 12.3, CDPD. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

118 Dentre as obras consultadas, indica-se: ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade jurídica e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2021. LARA, Mariana Alves; PAIANO, Daniela Braga; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coords.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: reflexões e Perspectivas. São Paulo: Almedina, 2022.

119 CASTRO, Maria Clara Versiani de. Tomada de Decisão Apoiada: a (in)efetividade do sistema de apoios no ordenamento jurídico brasileiro. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. **Deficiência e Direito Privado**. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 45-72, 2019.

120 CASTRO, Maria Clara Versiani de. **O sistema de apoios ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência**: diretrizes, desafios e proposições. 2021. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021, p. 73-81.

caminho mais apropriado para contribuir com a implementação da CDPD no ordenamento jurídico nacional. Assim, diante das inúmeras críticas que surgiram no cenário jurídico nacional desde a última reforma promovida sobre o regime das incapacidades, o Anteprojeto se apresenta como uma alternativa às disposições vigentes do art. 3º e 4º do Código Civil. Resta, então, entender os aspectos positivos e negativos trazidos pela nova proposta.

2 A REFORMA DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL PRETENDIDA PELO ANTEPROJETO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS A PARTIR DA CDPD

Com o objetivo de atualizar o Código para acomodar e acompanhar a evolução social e jurídica, de preencher lacunas e, com isso, extrair maior segurança jurídica do texto legal,¹²¹ a proposta de reforma do Código Civil em tramitação no Congresso Nacional também abarcou em seu escopo a elaboração de nova redação para os arts. 3º e 4º. Por sua vez, a modificação desses dispositivos se pauta em dois argumentos, que derivam de críticas levantadas por doutrinadores desde a alteração legislativa promovida pela promulgação do EPD.

O primeiro argumento se refere à necessidade de devolver o que acreditam ser a proteção que antes era garantida àqueles que não se encontram em condições de exprimir vontade. O segundo se baseia no esforço que precisa ser feito para harmonizar as disposições do Código com os preceitos do EPD.¹²² Desse modo, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil apresentou a seguinte redação para os dispositivos mencionados:

121 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 15-16.

122 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 15 set. 2024, p. 277. Disponível em: <https://shre.ink/gRQv>. Acesso em: 16 set. 2024.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os que tenham menos de 16 (dezesesseis) anos;
- II - aqueles que por nenhum meio possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou permanente.

Art. 4º

I -

II - aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por redução de discernimento, que não constitua deficiência, enquanto perdurar esse estado;

III - Revogado;

IV -

Parágrafo único. As pessoas com deficiência mental ou intelectual, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, observando-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o pleno exercício dessa capacidade, o disposto nos arts. 1.767 a 1.783 deste Código.

Também, criou-se o art. 4º-A, em que se afirma que “a deficiência física ou psíquica da pessoa, por si só, não afeta sua capacidade civil”. Assim, ao comparar a proposta com a redação atual dos arts. 3º e 4º, percebe-se que, para além da retirada dos ébrios habituais e dos viciados em tóxico das hipóteses de incapacidade legal relativa e da previsão para regulamentação em legislação especial da capacidade jurídica dos indígenas, a impossibilidade de expressão de vontade retornou para o rol de incapacidade absoluta e o discernimento voltou a ser utilizado como baliza da atribuição de capacidade legal.

Logo, é preciso analisar as modificações pretendidas com o Anteprojeto tendo em conta os impactos significativos que serão gerados sobre a vida dos destinatários dessas normas, caso aprovadas.

Será utilizado como ponto de partida o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Observação Geral nº 1, emitida pelo Comitê da ONU encarregado de fiscalizar e auxiliar os Estados Parte no que diz respeito à implementação do tratado. A utilização dessas fontes ganha relevo perante o fato de não haver consenso na doutrina brasileira a respeito do dimensionamento dos efeitos gerados com a promulgação da CDPD sobre a legislação pátria, especialmente a de ordem infraconstitucional.

2.1 A expressão de vontade como critério e a necessidade de limitações: considerações sobre o art. 3º do Anteprojeto

Na redação original do Código Civil, o critério de expressão de vontade relacionava-se à deficiência, presumindo que a deficiência mental comprometia o discernimento do indivíduo a ponto de ser uma causa de incapacidade civil absoluta, além de tratar os excepcionais sem desenvolvimento mental completo como relativamente incapazes. Nesse cenário, considerava-se que existia um sistema de proteção às pessoas com deficiência, uma vez que havia um representante decidindo aspectos patrimoniais e existenciais da vida desses sujeitos.

Após o EPD, a incapacidade civil deixou de se vincular à deficiência, fato positivo aos direitos das pessoas com deficiência, agora autônomas para a tomada de decisões. No entanto, a mudança deixou lacunas, causadas especialmente pela ausência da delimitação de um sistema de apoios diversificado, do estabelecimento de um mecanismo de representação não discriminatório e da indicação de salvaguardas para ambos. Com isso, pessoas com deficiência ainda permanecem vulneráveis a abusos de terceiros. O Anteprojeto, sob o pretexto de proteção, retornou para o art. 3º aqueles que não conseguem exprimir sua vontade, mas comete o mesmo erro de não operacionalizar o dispositivo para que, de fato, tais sujeitos sejam protegidos quando necessário e para que tenham a oportunidade de desenvolver e exercer a autonomia na medida de suas aptidões.

Além do exposto, identifica-se outro problema na proposta de redação feita para o art. 3º, II, Anteprojeto: a não delimitação do sentido e alcance da nova expressão “nenhum meio”, que possibilita

tanto uma interpretação restritiva como “nenhum meio disponível”, quanto uma interpretação mais ampla como “nenhum meio existente”. A depender da interpretação adotada, os envolvidos na tomada de decisão podem ser eximidos da responsabilidade de esgotar - dentro das circunstâncias do caso - a busca por possibilidades, ferramentas e metodologias, que deem a chance da pessoa expressar sua vontade.

Como consequência, a despeito de determinações contidas na CDPD (artigos 4, “f”; 5.3 e 9), o dispositivo pode ser lido e aplicado, de forma restritiva, como estando ausente a obrigação de buscar outras ferramentas ou metodologias que permitam a comunicação, a exemplo da utilização de outros tipos de tecnologias ou consultas a intérpretes especializados. Por outro lado, se a interpretação for entendida como “nenhum meio existente”, os envolvidos na tomada de decisão têm a obrigação de esgotar todas as alternativas possíveis antes de concluir que a pessoa é incapaz de se manifestar.

Tal discussão é relevante na medida em que a CDPD estabelece o dever de disponibilizar ambientes e ferramentas concebidas ou ajustadas a partir do desenho universal,¹²³ da acessibilidade¹²⁴ e das adaptações razoáveis.¹²⁵ Essas medidas são voltadas à eliminação

123 De acordo com o artigo 2 da CDPD, o termo significa: “a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O ‘desenho universal’ não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias”.

124 Apesar de a CDPD não ter delimitado um conceito para acessibilidade, é possível encontrar elementos que permitem compreender o termo. Assim, a partir do art. 9, tem-se que a acessibilidade abarca “medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural”. Ademais, considerando o item “v” do preâmbulo, percebe-se que tais medidas devem ser aplicadas de forma ampla, compreendendo, mas não se limitando “aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação”.

125 O artigo 2 da CDPD define “adaptação razoável” como: “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

de barreiras ambientais e à promoção da vida independente, da participação comunitária e da igualdade de oportunidades. Além disso, são complementares e graduais, de modo que deve ser priorizada a concepção de algo baseando-se na diretriz do desenho universal, para que possa ser utilizado por todos, a fim de evitar medidas corretivas, como as de acessibilidade ou adaptações razoáveis. No entanto, essas obrigações recaem de formas e com intensidades distintas sobre a sociedade e sobre o Estado.¹²⁶

Desse modo, a introdução dessas duas palavras (“nenhum meio”) possui grande impacto prático na tomada de decisões, e pode ser utilizada - como ocorria durante a redação original do Código Civil - para a declaração da incapacidade de pessoas com deficiência baseada apenas na mera existência de deficiência. Tal fato configura discriminação, nos termos do Artigo 2, CDPD,¹²⁷ haja vista a escusa de buscar adaptações razoáveis para que as pessoas com deficiência expressem sua vontade. Consequentemente, configura-se violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano, conforme o item “h” do preâmbulo da CDPD.

126 Para compreensão desses limites, recomenda-se a leitura de: ASÍS ROIG, Rafael de. El eje de la accesibilidad y sus límites. *In*: RAMÍREZ, Gloria Álvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016, p. 52-59. BACH, Michael; KERZNER, Lana. **A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity: advancing substantive equality for persons with disabilities through law, policy and practice**. Toronto: Law Commission of Ontario, 2010, p. 38-43, 100-114. GUIMARÃES, Luíza Resende. **O novo conceito de pessoa com deficiência e suas repercussões sobre o combate à discriminação no marco da CDPD**. 2018. Trabalho de conclusão de curso [Graduação em Direito] – Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2018.

127 Artigo 2 - Para os propósitos da presente Convenção: [...] “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável [...].

2.2 DISCERNIMENTO, APOIOS E SALVAGUARDAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 4º E 4º-A DO ANTEPROJETO

A redação original do Código Civil previa dentre as hipóteses de incapacidade civil absoluta e relativa o termo “discernimento”, cuja avaliação relacionava-se à existência de uma deficiência mental. Em razão dessa associação, considerada discriminatória e estigmatizante, a menção aos termos “discernimento” e “deficiência mental” foram retirados do Código após as mudanças promovidas pelo EPD. Na atual proposta para o art. 4º trazida com o Anteprojeto, ao reintroduzir o “discernimento” no inciso II, volta-se a ter a aptidão individual de discernir como critério a ser avaliado para a decretação de incapacidade civil relativa. No entanto, o que deverá desencadear a necessidade dessa avaliação não é a manifestação de alguma deficiência mental, mas sim a demonstração de prejuízo no exercício da autonomia.

Ao cotejar a redação proposta do Anteprojeto com as críticas feitas à época das alterações promovidas pelo EPD, é possível identificar alguns problemas que poderão ter impacto direto sobre a vida das pessoas com deficiência, que parecem ser o alvo de maior preocupação dos juristas. O primeiro deles tem relação com a ausência de indicação de parâmetros que sirvam à delimitação do alcance do critério do discernimento. Essa delimitação é importante para que o intérprete e o destinatário do comando legal tenham condição de aplicar a norma com mais objetividade.

Contudo, para que atendam à obrigação da não discriminação (artigo 4, CDPD), os parâmetros precisam ser extensíveis a todas as pessoas e considerar, além de habilidades individuais relativas à tomada de decisão (compreensão, raciocínio, autorreferenciação e expressão da escolha)¹²⁸, outros fatores contextuais, tanto de ordem geral (nível

128 Existem testes criados para aferir o nível dessas habilidades. Há um específico, o MacCAT-T, que demonstrou bons resultados em relação à identificação da capacidade de pacientes para consentir sobre intervenções médicas. Para conhecer os resultados de pesquisas que aplicaram o MacCAT-T, confira: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). **Direito das pessoas com deficiência**

de acesso a apoios e a presença ou não de influência indevida¹²⁹), quanto de ordem específica, ou seja, que tenham relevância para o tipo de decisão que precisa ser tomada.

Isso porque a CDPD considera que a incapacidade não se relaciona apenas à condição individual de alguém, mas também às barreiras sociais, ambientais (às quais se pode acrescentar as barreiras atitudinais)¹³⁰ que a rodeiam. Ilustrativamente, no contexto de uma decisão que envolva cuidados de saúde, o paciente pode estar sob efeito de estresse causado pelo ambiente clínico, medo derivado de um diagnóstico, ou mesmo sofrer alterações derivadas da medicação administrada.¹³¹ Assim, se não há a oferta de apoios adequados, pessoas com deficiência podem ser consideradas incapazes por falta de acessibilidade, e não em razão de suas próprias limitações.

O outro problema identificado sobre o art. 4º, II, do Anteprojeto, também provém da ausência de especificação de outros critérios a serem considerados em eventual avaliação da capacidade civil relativa, além de ter vinculação com o estigma colocado sobre o discernimento. Tal estigma decorre em grande medida da associação

psíquica e intelectual nas relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, p. 827-859, 2020.

129 O Comitê define que a influência indevida está presente quando “a interação entre a pessoa que presta o apoio e a que o recebe apresenta sinais de medo, agressão, ameaça, enganação ou manipulação”. NACIONES UNIDAS. Comitê sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 1.** Nueva York: Naciones Unidas, 2014, p. 6.

130 Nas palavras de Ana Carolina Brochado e Gustavo Ribeiro: “Entendem-se por barreiras atitudinais aqueles comportamentos que limitam ou impedem a participação social da pessoa com deficiência, assim como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos fundamentais, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas. De modo geral, as barreiras atitudinais subtraem da pessoa com deficiência o poder de conduzir sua vida e explorar suas potencialidades”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial e a questão das barreiras atitudinais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, p. 83-110, 2021, p. 100. Disponível em: <https://shre.ink/gRBS>. Acesso em: 20 set. 2024.

131 GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul. **Assessing competence to treatment: a guide for physicians and other health professionals.** New York: Oxford University Press, 1998, p. 38-40.

legal que era feita entre o termo e as deficiências mentais, intelectuais e psicossociais. Como consequência, a ressalva proposta com o intuito de dissociar a redução do discernimento da referência à deficiência, apesar de adequada aos ditames da CDPD, não será suficiente para impedir a aplicação equivocada da norma.

A reforma promovida pelo EPD, que também desvinculou a deficiência das hipóteses de incapacidade civil, não alcançou sucesso em evitar que a deficiência fosse utilizada como justificativa direta para decretá-la.¹³² Como já levantado, o problema não está na indicação da deficiência, tendo em vista que as características apresentadas pela pessoa em decorrência dela podem limitar o exercício de direitos e obrigações de maneira autônoma. Nesse sentido, para que seja possível operacionalizar a CDPD, o Código Civil precisa transparecer que a deficiência não constitui causa única e primária para se constatar a presença ou ausência de incapacidade civil. Antes, é necessário considerar a existência de outros fatores e barreiras que impedem a pessoa de acessar e desenvolver as condições e habilidades exigidas para realizar determinada escolha.

Desse modo, é válida a ressalva trazida pelo art. 4º-A do Anteprojeto, pois, apesar de também não trazer critérios alternativos e de não diferenciar a capacidade civil da capacidade de tomada de decisão, deixa claro que a deficiência não deve ser a única causa a afetar o entendimento sobre a capacidade civil. Com isso, o dispositivo corrobora a preocupação estampada nos artigos 2, 4.1 e 5.2 da CDPD, qual seja, a de que devem ser adotadas todas as medidas necessárias para que se proíba e afaste qualquer discriminação baseada na deficiência.

Seguindo a leitura completa do art. 4º do Anteprojeto, em seu parágrafo único, há a reiteração de que deve ser assegurada às pessoas com deficiência a igualdade de condições com as demais

132 Cf. BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)**. Orientador: Gustavo Pereira Leite Ribeiro. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2020.

para o exercício da capacidade legal e há a indicação da necessidade de se prover os apoios e as salvaguardas necessárias para isso. Assim, a legislação infraconstitucional é aproximada do texto convencional, em especial do disposto nos artigos 12.2, 12.3 e 12.4, todos da CDPD. Porém, para que a disposição consiga concretizar a igualdade material, é preciso lê-la tendo em mente que a igualdade de condições pressupõe o direito das pessoas com deficiência de cometer erros.

Quanto aos apoios, a obrigatoriedade de sua oferta está prevista no artigo 12.3, CDPD, estando a cargo dos Estados Parte a delimitação de suas características e modo de implementação. Nesse sentido, o Anteprojeto deu o primeiro passo nessa direção ao estabelecer que, nos casos da pessoa com deficiência ter seu discernimento reduzido - por quaisquer motivos -, deve-se recorrer a tais mecanismos. O erro nesta parte, porém, é a remissão feita para o instituto da curatela, disciplinado pelos arts. 1.767 a 1.783 do Anteprojeto, uma vez que este não se trata verdadeiramente de apoio, mas de um instrumento de representação legal.

Quanto às salvaguardas, o termo também não apresenta qualquer delimitação de sentido, características e modo de operacionalização. Essa falta, já existente no Código, mostra-se perigosa, uma vez que a sua previsão no ordenamento jurídico pátrio, exigida pelo artigo 12.4, CDPD, consiste em medida essencial direcionada ao apoiador e ao representante a fim de que estes não atuem de modo a limitar os direitos e os planos de vida da pessoa.¹³³ Além disso, a restrição do âmbito das salvaguardas apenas aos apoios também se mostra incorreta, haja vista que medidas de representação também precisam ser acompanhadas dessas medidas que previnam abusos.

Ressalta-se, por fim, que o parágrafo único do art. 4º, Anteprojeto, se mostra tecnicamente incorreto na localização em que se encontra, uma vez que o dispositivo tem como foco o estabelecimento das hipóteses de incapacidade civil. Este parágrafo, de sua vez, complementa disposições específicas sobre a capacidade civil das

¹³³ ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade jurídica e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2021, p. 92.

pessoas com deficiência ao mencionar os apoios e salvaguardas. Nesse cenário, é mais coerente sua inserção no art. 4º-A, Anteprojeto, que se refere à capacidade civil desses sujeitos.

3 UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO

Estabelecidos esses pressupostos, é preciso compreender como a proposta apresentada pelo Anteprojeto precisa ser modificada para que atenda aos ditames da CDPD. A partir de então, acredita-se também ser possível complementar o entendimento sobre as principais repercussões jurídicas que podem derivar do texto elaborado para os arts. 3º e 4º do Código Civil. Nesse sentido, para o art. 3º, Anteprojeto, entende-se ser necessária a exclusão da expressão “nenhum meio”, substituindo-a por uma delimitação do que deve ser observado antes da decretação da incapacidade. Por isso, propõe-se a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os que tenham menos de 16 (dezesesseis) anos;

II - aqueles que não possam expressar sua vontade, em caráter temporário ou duradouro, mesmo depois de utilizados todos os meios possíveis para prestar o apoio adequado às necessidades da pessoa e para conhecer suas vontades e preferências manifestadas.

Para o art. 4º, Anteprojeto, sugere-se que o termo “discernimento”, em razão do estigma, seja substituído por “capacidade de tomada de decisão”. Quanto ao art. 4º-A, sugere-se a diferenciação de capacidade civil e capacidade de tomada de decisão trazida na Observação Geral nº 1 feita pelo Comitê da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como a inclusão do parágrafo único que antes se encontrava no art. 4º, Anteprojeto. Assim, sugere-se:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - aqueles cuja autonomia necessária à prática de determinado ato estiver prejudicada por redução da capacidade de tomada de decisão, enquanto perdurar esse estado.

III - Revogado;

IV - os pródigos.

Art. 4º-A. A deficiência, por si só, não afeta a capacidade civil ou a capacidade de tomada de decisão e não pode ser usada como principal justificativa para restringir a titularidade ou o exercício de direitos.

§ 1º As pessoas com deficiência têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, garantindo-se os apoios e as salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade.

§ 2º A capacidade de tomada de decisão de qualquer pessoa adulta deverá ser avaliada nas hipóteses de incapacidade civil com base, mas não se limitando, nos seguintes critérios:

I - As barreiras ambientais, sociais e atitudinais enfrentadas pela pessoa;

II - O nível de acesso da pessoa ao longo da vida a ferramentas voltadas ao desenvolvimento de sua autonomia;

III - As habilidades exigidas para o tipo de escolha a ser feita, sendo preciso examinar as aptidões individuais da pessoa e associar esse exame à disponibilidade e ao acesso dos apoios e das salvaguardas necessários às particularidades do avaliado;

IV - As vontades e preferências manifestadas;

V - A complexidade dos fatores que envolvem a escolha a ser feita.

§ 3º Havendo condição de identificar as vontades e preferências da pessoa, a avaliação da capacidade de tomada de decisão não poderá ter como consequência

a recusa do direito de escolha baseado no resultado negativo da decisão sobre a vida ou a integridade psicofísica do avaliado.

Além disso, mostra-se necessário o estabelecimento de diretrizes para a construção de um sistema de apoios. Isso implica o desenvolvimento e o reconhecimento de uma ampla gama de mecanismos, os quais não interferem na capacidade legal, podem ser formais ou informais, e devem ser respeitados em qualquer âmbito, não comprometendo o acesso a direitos. Ademais, deve-se priorizar a criação e oferta de apoios gratuitos ou, não sendo possível, garanti-los a um valor acessível. Ainda, tem-se que o instrumento de apoio deve ser escolhido pela pessoa que identifique a necessidade de utilizá-lo, não podendo ser imposto por outrem.¹³⁴

Por fim, para que contemple diferentes momentos do processo de tomada de decisão, entende-se que os apoios precisam abarcar as três etapas desse processo: antes, durante e depois da realização da escolha. Antes, para que a pessoa compreenda os aspectos que envolvem a escolha, suas opções e as consequências derivadas de cada caminho disponível. No momento da decisão, para garantir que as diferentes maneiras de manifestação de vontade sejam compreendidas. Após a realização da escolha, para que o apoiado possa agir a partir da escolha feita e possa lidar com as consequências de sua escolha.¹³⁵ Nesse sentido, propõe-se a inclusão dos seguintes dispositivos:

Art. X. O sistema de apoio compreende um conjunto de instrumentos formais e informais e deve

134 NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 1**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: <https://shre.ink/g6u0>. Acesso em: 07 set. 2024.

135 BACH, Michael; KERZNER, Lana. **A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity**: advancing substantive equality for persons with disabilities through law, policy and practice. Toronto: Law Commission of Ontario, 2010.

contemplar todo o processo de tomada de decisão, inclusive quando este for direcionado para escolher sobre a adesão a um mecanismo de apoio.

§ 1º O apoio utilizado no período anterior à realização da escolha deve ser destinado, mas não se limitar, a auxiliar a pessoa a:

I - Compreender e autorreferenciar as informações sobre as opções disponíveis, que deverão ser transmitidas considerando a complexidade da escolha.

II - Compreender e autorreferenciar as informações sobre as possíveis consequências da escolha ou de eventual recusa.

III - Encontrar, compreender e autorreferenciar eventuais informações adicionais que se mostrem necessárias para o entendimento das alternativas disponíveis.

IV - Conhecer, entender e utilizar ferramentas que facilitem o processo de compreensão e apreciação das informações apresentadas.

V - Conhecer, entender e utilizar as salvaguardas que envolvem o mecanismo de apoio.

§ 2º O apoio utilizado no momento da tomada de decisão deve ser destinado, mas não se limitar, a auxiliar a pessoa a:

I - Ter a sua forma de manifestar vontades e preferências compreendidas.

II - Conhecer e utilizar ferramentas que facilitem o processo de comunicação da decisão.

§ 3º O apoio utilizado após a tomada de decisão deve ser destinado, mas não se limitar, a auxiliar a pessoa a:

I - Agir a partir da escolha feita.

II - Revisar a decisão, caso deseje ou caso as condições originais da tomada de decisão se modifiquem.

III - Compreender e atuar durante procedimentos de monitoramento da relação de apoio.

Art. X. Os apoios são garantidos a todas as pessoas e visam a oportunizar o exercício da capacidade civil, sem comprometê-la.

§ 1º O apoiador deve respeitar os direitos, a vontade e as preferências do apoiado.

§ 2º O tipo e a intensidade do apoio irão variar de acordo com as necessidades do apoiado.

§ 3º A pessoa tem o direito de usufruir de tantos apoios quanto forem necessários para atender às suas particularidades, podendo recusar o apoio oferecido, interrompê-lo ou alterá-lo a qualquer momento.

§ 4º Os apoios devem ser concebidos com base no desenho universal e, quando se mostrarem insuficientes, devem ser complementados com a disponibilização de ambientes e ferramentas ajustadas a partir de medidas de acessibilidade e de adaptações razoáveis.

§ 5º Os apoios devem ser gratuitos ou, não sendo possível, deve-se garanti-los a um valor acessível.

Ainda, entende-se ser necessário indicar diretrizes para a criação de salvaguardas, que são essenciais para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer sua capacidade jurídica em igualdade de condições com os demais. Elas se destinam tanto aos representantes e apoiadores quanto a todos os envolvidos no processo de tomada de decisão, incluindo o próprio Estado, com o objetivo de prevenir conflitos de interesses, coação, interferências indevidas, abusos e negligências. As salvaguardas são indispensáveis na construção de mecanismos de apoio ou de representação, pois garantem que seja preservado o respeito pelos direitos, autonomia, vontade e preferências da pessoa que utiliza desses mecanismos.

Além disso, devem ser diversificadas e personalizadas para prevenir ou responder adequadamente às diversas formas de violação de direitos que a pessoa vulnerável pode enfrentar em contextos de apoio ou representação. Dessa forma, as salvaguardas promovem a proteção contra possíveis condutas inadequadas de seus apoiadores ou representantes, garantindo que o apoio seja proporcionado de maneira apropriada, sempre com o objetivo de fortalecer a autonomia

e a dignidade da pessoa assistida e não de protegê-la de suas próprias decisões. Nesse sentido, propõe-se a inclusão do seguinte dispositivo:

Art. X. As salvaguardas são destinadas aos representantes, apoiadores e aos demais envolvidos no processo de tomada de decisão, incluindo o Estado.

§1º As salvaguardas são indispensáveis em mecanismos de apoio ou de representação.

§2º As salvaguardas têm como objetivo principal garantir o respeito aos direitos, à vontade e às preferências do apoiado ou representado, incluindo o direito a assumir e cometer erros.

§3º As salvaguardas incluem medidas diversificadas, que buscam, mas não se restringem a:

I - Garantir a integridade do processo de tomada de decisão;

II - Garantir a integridade do apoiado ou do representado;

III - Garantir o acesso ao mecanismo de apoio ou de representação que melhor atenda às demandas e à vontade da pessoa.

IV - Prevenir ou responder a negligência, abuso, influência indevida, conflito de interesses e coação.

a) Entende-se por influência indevida a presença de sinais de medo, agressão ou ameaça, engano ou manipulação na relação entre a pessoa que presta o apoio e o indivíduo que o recebe.

Acredita-se que com a sugestões apresentadas será possível aprimorar a legislação, de modo a sanar lacunas que têm sido evidenciadas desde a reforma do Código Civil pelo EPD e a contribuir para aproximá-lo do objetivo de efetivação da CDPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a proposta de reforma do regime das incapacidades nos arts. 3º e 4º do Código Civil, conforme o Anteprojeto, busca preencher as lacunas deixadas pela reforma anterior, mas ainda apresenta desafios que precisam ser superados para a efetivação plena dos direitos das pessoas com deficiência, conforme a CDPD e o EPD. A harmonização entre proteção e respeito à autonomia é essencial, exigindo a construção de um sistema de apoios e salvaguardas que seja diverso, eficaz e alinhado aos princípios da não discriminação e da promoção da capacidade jurídica em igualdade de condições.

Ademais, é imprescindível que as pessoas com deficiência sejam ativamente envolvidas nos debates legislativos travados durante a tramitação do Anteprojeto. A ausência de suas vozes nesse processo pode levar à perda da riqueza de perspectivas de quem vivencia as situações abordadas e derivadas dos dispositivos legais, comprometendo, assim, a criação de soluções inclusivas e eficazes. Dessa forma, espera-se que as alterações sugeridas neste trabalho possam contribuir para um regime legal que, ao mesmo tempo, proteja e fortaleça a dignidade das pessoas com deficiência. Porém, isso só será possível de fato se elas forem ouvidas, dando-lhes oportunidade de incorporar suas experiências e visões na formulação das políticas que as afetam diretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade jurídica e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2021.

ASÍS ROIG, Rafael de. El eje de la accesibilidad y sus límites. *In*: RAMÍREZ, Gloria Álvarez (coord.). **Anales de derechos y discapacidad**. Madrid: Cinca, 2016.

BACH, Michael; KERZNER, Lana. **A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity**: advancing substantive equality for persons with disabilities through law, policy and practice. Toronto: Law Commission of Ontario, 2010.

BARBOSA, Letícia Mendes. **A curatela na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)**. Orientador: Gustavo Pereira Leite Ribeiro. 2020. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2020.

BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014.

BRASIL registra quase 52 mil denúncias de violação de direitos contra pessoas com deficiência nos primeiros nove meses de 2023. **Gov.br**, Brasília, 19 out. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/g6ha>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL tem 18,6 milhões de pessoas com deficiência, indica pesquisa divulgada pelo IBGE e MDHC. **Gov.br**, Brasília, 07 jul. 2023. Disponível em: <https://shre.ink/g6hc>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da**

Comissão. Brasília, DF: 15 set. 2024. Disponível em: <https://shre.ink/gRQv>. Acesso em: 16 set. 2024.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CASTRO, Maria Clara Versiani de. **O sistema de apoios ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência**: diretrizes, desafios e proposições. 2021. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

CASTRO, Maria Clara Versiani de. Tomada de Decisão Apoiada: a (in)efetividade do sistema de apoios no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. **Deficiência e Direito Privado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GRISSE, Thomas; APPELBAUM, Paul. **Assessing competence to treatment**: a guide for physicians and other health professionals. New York: Oxford University Press, 1998.

GUIMARÃES, Luíza Resende. **O novo conceito de pessoa com deficiência e suas repercussões sobre o combate à discriminação no marco da CDPD**. 2018. Trabalho de conclusão de curso [Graduação em Direito] - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2018.

GUIMARÃES, Luíza Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontades. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (orgs.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

HOSNI, David Salim Santos. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. *In*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LARA, Mariana Alves; PAIANO, Daniela Braga; TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo (coords.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões e Perspectivas**. São Paulo: Almedina, 2022.

LIMA, Taisa Maria Macena de; GODINHO, Jéssica Rodrigues. O esvaziamento da teoria das incapacidades pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência: (re)interpretação através do discernimento. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 407-436, jun. 2019. Disponível em: <https://shre.ink/g6hH>. Acesso em: 06 set. 2024.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; Lins; Ana Paula de Castro. A capacidade da pessoa jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 296-322, 2021.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General nº 1**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. Disponível em: <https://shre.ink/g6u0>. Acesso em: 07 set. 2024.

NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad**. 34º período de sesiones. Naciones Unidas, 2016. Disponível em: <https://shre.ink/g6uJ>. Acesso em: 07 set. 2024.

PETASIS, Andreas. Discrepancies of the medical, social and biopsychosocial models of disability; a comprehensive theoretical framework. **The International Journal of Business Management and Technology**, v. 3, n. 4, p. 42-54, 2019.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial e a questão das barreiras atitudinais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, p. 83-110, 2021. Disponível em: <https://shre.ink/gRBS>. Acesso em: 20 set. 2024.

A SIMULAÇÃO INOCENTE NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Igor Piedade de Araújo*¹³⁶

*Isabela Cunha da Silva*¹³⁷

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo realizar uma análise crítica dos fundamentos e impactos da decisão de incluir, no Anteprojeto de Reforma do Código Civil Brasileiro, a simulação inocente como defeito do negócio jurídico. Para tal, foram analisadas as origens da simulação inocente no ordenamento jurídico brasileiro, desde o *Esboço* de Teixeira de Freitas ao Código Civil de 2002, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática, bem como a abordagem do tema na Subcomissão de Parte Geral e nas reuniões de aprovação do anteprojeto. Ademais, por meio do referencial teórico da Legística e das críticas já realizadas ao projeto, buscou-se compreender se a proposta passou por um método adequado de deliberação e se a mudança é capaz de cumprir os objetivos da Reforma, quais sejam: garantir segurança jurídica e adequar o direito civil brasileiro às novas tecnologias e às mudanças sociais. Desse modo, este trabalho busca realizar um estudo analítico sobre o embasamento doutrinário e jurisprudencial da alteração e sobre os possíveis impactos da aprovação de um novo texto normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Simulação Inocente. Reforma do Código Civil. Defeitos do Negócio Jurídico.

INTRODUÇÃO

A simulação de um negócio jurídico consiste em realizar um negócio de aparência normal, mas que encobre uma perseguição de

136 Graduando em Direito pela UFMG, estudante do 4º período. Estagiário jurídico no Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Monitor de Teoria Geral do Direito.

137 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais Monitora da disciplina de Teoria Geral do Estado Membro da Solucione Consultoria Jurídica

efeitos diferentes daqueles que deveriam ser produzidos juridicamente, havendo assim “uma declaração enganosa da verdade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”¹³⁸. O Código Civil de 2002 determina que o negócio jurídico simulado é passível de nulidade, contudo, não realiza distinção expressa entre simulação inocente, aquela que não prejudica terceiros, e simulação maliciosa, na qual há intenção de violar disposição legal ou trazer prejuízos a terceiros. Como será abordado a seguir, há um debate jurídico sobre qual seria a melhor interpretação ao artigo 167 do Código Civil. Por um lado, parte da jurisprudência e da doutrina entende que a simulação inocente não vicia o negócio jurídico. Por outro lado, alguns entendem que, por não haver mais distinção explícita, como havia no código anterior, a simulação inocente, na vigência do Código de 2002, passou a invalidar o negócio jurídico.

O anteprojeto de Reforma do Código Civil, elaborado pela Comissão de Juristas Responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), sugere uma alteração ao instituto da simulação, com a inclusão de um §3º ao art. 167: “Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”. O presente trabalho se propõe a analisar a proposta da CJCODCIVIL. A hipótese central é que, devido à maneira como foi conduzida a reforma, às pressas e sem método, supõe-se que a modificação proposta no instituto da simulação não esteja ancorada em consenso doutrinário ou jurisprudencial e que não seja adequada ao sistema jurídico brasileiro. A análise da simulação na Reforma do Código Civil Brasileiro é extremamente relevante para compreender os impactos das modificações tanto no âmbito teórico do estudo do Direito Civil quanto na aplicação prática desse conceito em casos concretos. Apontar possíveis erros e deslizamentos do anteprojeto é fundamental para fomentar o debate público em torno do tema e evitar que uma legislação inadequada seja aprovada.

Por meio da análise das origens próximas (como foi abordada no Código Civil de 2002), das origens remotas (como foi tratada

138 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

pelo Código Civil de 1916 e pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas), dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais atuais, de enunciados das Jornadas de Direito Civil, e de dissertações sobre o tema, será construída uma base sólida para compreensão ampla do tópico. Por meio do relatório preliminar da Subcomissão de Parte Geral, dos relatórios geral e final da CJCODCIVIL e de suas reuniões, será visualizado o processo pelo qual houve inclusão da referida mudança ao anteprojeto. Por fim, utilizando do arcabouço teórico da Legística e da teoria sobre discricionariedade legislativa, além da consulta às críticas já realizadas ao anteprojeto, será argumentado em que medida a mudança merece ou não ser aprovada.

1 ORIGENS REMOTAS: O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Esboço de Teixeira de Freitas, em seu artigo 147, II definia como anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. O Código de 1916 se inspira nesse arcabouço e explicita os casos nos quais haveria simulação:

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I - quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem;

II - quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira;

III - quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.¹³⁹

Entretanto, o Código de 1916 traz uma novidade não contida no *Esboço* de Teixeira de Freitas. O instrumento normativo diferencia a simulação inocente da simulação maliciosa, dissertando

¹³⁹ BRASIL. **Código Civil de 1916**. Decreto n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Coleção de Leis do Brasil de 1916.

especificamente acerca do tema no artigo 103, no qual lê-se “a simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar terceiros, ou de violar disposição de lei”¹⁴⁰.

Desse modo, para Clóvis Bevilacqua,¹⁴¹ autor do projeto de tal código, na redação do texto estava claro que a simulação inocente não se configurava como um vício do ato jurídico, que deveria, portanto, subsistir nos termos do artigo 103, uma vez que esse era o entendimento tradicional da instituição da simulação. Porém o autor apresentava uma opinião particular contrária, de que essa não seria a melhor solução, mas sim uma ideia “perigosa, apesar de tradicional, a doutrina de que a simulação, que não prejudica terceiros nem fraudava a lei, é inocente, e como tal permitida. Melhor seria condenar a simulação em todos os casos”¹⁴².

Alguns autores, em contrapartida, acreditavam que era possível pleitear a anulação do negócio jurídico simulado inocente, como San Tiago Dantas¹⁴³, que defendia que todo ato jurídico simulado era anulável, o que podia ser realizado tanto pelas partes quanto por terceiros, uma vez que a declaração de vontade se dirige para um resultado, mas a vontade diversa persegue outro.

140 BRASIL. **Código Civil de 1916**. Decreto n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Coleção de Leis do Brasil de 1916.

141 BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, v. 1, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, p. 381.

142 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 425.

143 DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil – Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito**, Rio de Janeiro, 1979

2 ORIGEM PRÓXIMA: A SIMULAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Segundo obra de Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁴, em oposição à tradicional corrente adotada pelo Código de 1916, o Código Civil de 2002 inclinou-se para a adoção da corrente adotada pelo direito alemão no BGB. Com base na doutrina alemã, o instituto da simulação passou a ter o seguinte tratamento:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I- aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II- contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III- os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.¹⁴⁵

Temos, então, duas mudanças essenciais na abordagem da simulação de 1916 para 2002: primeiramente, a simulação deixa de ser causa de anulabilidade para tornar-se causa de nulidade; em segundo lugar, não realiza uma distinção explícita entre a simulação inocente e a simulação maliciosa.

Cabe aqui analisar o instituto da simulação inocente e a sua abordagem a partir de 2002. A redação deste artigo, devido à sua falta de especificidade quanto aos diferentes tipos de simulação, suas causas e

144 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE LTDA, 2017.

145 BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União.

efeitos, gerou uma ampla margem para um debate doutrinário acerca da simulação inocente, gerando divergências entre os juristas. De um lado, temos os pensadores do direito que defendem que, assim como tradicionalmente explicitado pelo Código Civil de 1916, a simulação inocente não produz danos a terceiros e deve ser tolerada pelo direito e, desse modo, não se configura defeito do negócio jurídico. Por outro lado, há aqueles que acreditam que, na vigência do Código de 2002, a simulação inocente é causa de nulidade do negócio jurídico.

3 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A SIMULAÇÃO INOCENTE

O Enunciado 152 da III Jornada de Direito Civil tentou consolidar entendimento segundo o qual: “toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”. Entretanto, o enunciado aprovado é tido como “indicativo para a interpretação” e demonstra o entendimento majoritário da Comissão de Parte Geral do evento. Assim, o debate não se encerrou com a aprovação do enunciado e os juristas brasileiros continuam apresentando diferentes proposições jurídicas quanto ao instituto da simulação.

Na visão de Andrade Júnior¹⁴⁶, o negócio simulado é sempre nulo, independentemente do tipo de simulação envolvida. Segundo ele, abrir uma exceção à simulação inocente seria uma tentativa de extrair normas a partir de abstrações dogmáticas, que enfraquece a importância da legislação, que rejeita o conceito de “animus nocendi”. O novo código considera o negócio simulado existente como uma manifestação jurídica relevante, sem exigir a intenção de causar prejuízo, regulando, assim, a simulação como um ato completo em si mesmo.

146 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A Simulação no Código Civil**. Orientador: Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. 2014. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 219-220.

O relator geral da CJCODCIVIL, Flávio Tartuce¹⁴⁷, em sua obra, segue o entendimento do enunciado 152 da III Jornada de Direito Civil. Para ele, a partir da vigência do Código de 2002, não há mais implicação prática na distinção entre a simulação inocente e a maliciosa, pois a Lei não é expressa, como no Código de 1916. Segundo o autor, “em havendo simulação de qualquer espécie, o ato é nulo de pleno direito, por atentar contra a ordem pública, como vício social”.

Mesmo defendendo a posição de que a simulação inocente invalida o negócio jurídico, segundo Tartuce, “[a]pesar de esse entendimento ter prevalecido na III Jornada de Direito Civil, também está longe de ser pacífico”¹⁴⁸. Assim, a Relatoria Geral não pode justificar sua proposta com a defesa de um suposto consenso doutrinário, ideia rejeitada pelo próprio relator.

Dentre os pensadores que excluem a simulação inocente como causa de nulidade, Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁹ afirma que, mesmo à luz da redação do artigo 167 do Código Civil de 2002, a simulação inocente, quando o for, não leva à nulidade do negócio, uma vez que “faz-se uma declaração que não traz prejuízo a quem quer que seja” e, portanto, é tolerada pelo ordenamento jurídico. Para o autor, somente a simulação maliciosa, na qual, diferente da simulação inocente, há uma violação da lei ou prejuízos à terceiros, pode levar à nulidade do negócio, o que por sua vez não ocorre forçosamente. Desse modo, o autor acredita que a mudança realizada no código de 2002, apesar de não realizar uma referência à distinção entre a simulação inocente e a simulação maliciosa, não altera a disciplina da matéria, sendo incorreto acreditar que essa mudança engloba a simulação inocente como causa de nulidade do negócio jurídico.

147 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6^a. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. Único, p. 270-277.

148 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6^a. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. Único, p. 271.

149 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30^a. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE LTDA, 2017.

Uma visão similar é compartilhada por Marcos Bernardes de Mello¹⁵⁰, que defende a ideia de que compreender todas as espécies de negócio jurídico simulado a partir de uma mesma perspectiva seria errônea. O jurista defende, através do princípio da conservação dos negócios jurídicos, que na simulação relativa inocente o negócio jurídico deve ser considerado válido, nesse caso, haveria desconsideração do negócio simulado para considerar a validade do dissimulado.

Maria Helena Diniz¹⁵¹ sustenta que a simulação inocente deveria ser tolerada, devido a ausência de “animus de violação legal ou de prejudicar alguém”. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵², a simulação inocente não deve anular o negócio jurídico, pois, na ausência de intenção de prejudicar terceiros ou violar a lei, invalidar o ato jurídico não parece ser uma medida eficaz. Para Humberto Theodoro Júnior¹⁵³, fora as partes, ninguém possui interesse na declaração de nulidade de uma simulação relativa inocente, por isso não haveria nulidade. Sílvio de Salvo Venosa¹⁵⁴ compartilha dessa visão, afirmando que a simulação inocente não resulta na anulabilidade do ato, já que não causa dano a terceiros e, portanto, não é considerada um defeito pelo ordenamento jurídico.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A SIMULAÇÃO INOCENTE

Como vimos, a posição de que o direito vigente considera válida a simulação inocente é contestada. Outra parte dos doutrinadores

150 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** - Plano da Validade. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 56.

151 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. Teoria Geral do Direito Civil, p. 533.

152 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil. Teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 427.

153 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. III, t. I (arts. 138 a 184), 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 485-487.

154 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 190.

entende que a simulação inocente também é invalidante, por não haver menção explícita a ela como havia no Código de 1916 e dela decorre o enunciado 152 do Conselho da Justiça Federal. Porém, a jurisprudência brasileira caminha em sentido contrário, ao reconhecer que a simulação inocente não invalida o negócio jurídico.

Vejamos, por exemplo, um caso trazido por Slerca e Zagarodny¹⁵⁵ que envolve uma execução por título extrajudicial baseada em confissões de dívida e compra de insumos agrícolas. Na ocasião, uma empresa moveu uma execução de título extrajudicial referente a um empréstimo para insumos agrícolas. A execução foi contestada, a parte alegou que o contrato era simulado, fruto de um acordo entre o preposto da empresa e seu cunhado, o verdadeiro beneficiário do negócio, que precisava de crédito, mas tinha o nome em cadastro negativo. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)¹⁵⁶ reconheceu que houve simulação inocente, pois, mesmo que a parte não fosse destinatária do objeto do negócio, “a assunção de responsabilidade no lugar de seu cunhado não prejudica terceiros”, sendo o negócio válido.

Caso fosse considerada a nulidade, como desejariam os reformadores, o credor teria perdido o direito de cobrar a dívida com base em um título válido, já que o negócio seria anulado apenas pela simulação inocente. Isso incentivaria devedores a utilizarem o argumento da simulação para escapar de responsabilidades legítimas, mesmo em situações onde não há fraude ou prejuízo concreto, desestabilizando o mercado e minando a confiança nas relações comerciais e contratuais.

Um caso semelhante foi também julgado pelo TJSP. Na ação, os requerentes pretendiam declarar a nulidade de um negócio jurídico, a

155 SLERCA, Alessandra Light; ZAGARODNY, Naomi Fizon. Simulação inocente e conservação do negócio jurídico na jurisprudência brasileira. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1-21, 2023

156 TJSP, 11^a CD Priv., **Apelação Cível nº 3003023-56.2013.8.26.0030**, Relator Desembargador Gil Coelho, julgado em 20.11.2018.

compra e venda de um imóvel que encobria uma doação com reserva de usufruto, que afirmavam ser um negócio simulado.

Contudo, o Tribunal paulista declarou que a “simulação é inocente, uma vez que não houve a intenção de fraudar a lei e nem prejudicar terceiros, devendo subsistir o ato em razão do princípio da conservação dos contratos e da segurança jurídica”¹⁵⁷.

Com uma possível aprovação do anteprojeto como está hoje, casos como os supracitados, nos quais houve prevalência do ato jurídico, teriam resoluções completamente diferentes, com anulações indiscriminadas. A estabilidade nas relações jurídicas, a sanidade do mercado, a segurança jurídica e o princípio da conservação dos contratos seriam comprometidos

Quanto aos tribunais superiores, o entendimento também não parece consolidado. O STJ abordou subsidiariamente a simulação inocente, em voto da Ministra Nancy Andrighi, sobre a legitimidade dos contratantes para invocar a nulidade do ato simulado. Segundo a Ministra: “o Novo Código Civil não mais contém a distinção entre a simulação inocente e a fraudulenta”¹⁵⁸. Já no Supremo Tribunal Federal, o último julgado encontrado que tratou da simulação inocente data de 1984¹⁵⁹, ou seja, momento anterior à aprovação do Código vigente.

5 RELATÓRIO DA SUBCOMISSÃO DE PARTE GERAL

A Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL foi composta pelos juristas: Rodrigo Mudrovitsch (Subrelator), João Otávio de Noronha (Ministro do STJ), Rogério Marrone e Estela Aranha. Em seu primeiro parecer, foi recomendada a implementação de alterações legislativas acompanhadas de suas respectivas justificativas. Analisando o parecer,

157 TJSP, 4ª CD Priv., **Apelação Cível nº 9082967-37.2009.8.26.0000**, Relator Desembargador Teixeira Leite, julgado em 12.04.2012.

158 STJ, **Recurso Especial nº 441.903** - SP (2002/0076708-0). Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 10/02/2004, p.5.

159 STF, **RE 90960**, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 13-11-1984, DJ 11-10-1985 PP-17861 EMENT VOL-01395-02 PP-00375

é possível perceber que tais justificativas se limitam a afirmar que a alteração harmoniza o texto da lei com o entendimento jurisprudencial e/ou com a posição das Jornadas do Conselho da Justiça Federal e, em alguns casos, a citar seus efeitos jurídicos¹⁶⁰.

Na introdução do documento, é argumentado que as sugestões de mudança são fruto das pesquisas realizadas pelos integrantes da CJCODCIVIL, que se basearam em consultas à sociedade civil, à comunidade jurídica, na análise da jurisprudência, nos enunciados das Jornadas do Conselho da Justiça Federal e nas experiências legislativas internacionais. O objetivo principal foi adequar o Código Civil brasileiro às recentes mudanças sociais¹⁶¹.

Quanto ao negócio jurídico simulado, a Subcomissão apresentou uma modificação pontual ao caput do art. 167, incluindo, nos requisitos para manutenção do negócio jurídico dissimulado, a condição de não causar prejuízo a terceiros. A proposta seria, portanto, manter a redação original dos parágrafos do artigo, sem adicionar ou retirar qualquer deles, e fazer uma complementação ao final do texto do caput¹⁶². Vejamos:

Redação atual do caput do artigo 167	Redação pretendida pela Subcomissão
É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.	É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância, forma, perante a lei e não causar danos a terceiros.

São citados Enunciados das Jornadas de Direito Civil, entre eles, destacam-se:

160 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p.109-111.

161 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p.109-111.

162 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p.109-111.

III Jornada de Direito Civil - Enunciado 153 Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros. (...)

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 293 Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão-somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele¹⁶³.

Os demais enunciados citados se relacionam ao instituto jurídico da simulação, mas não se relacionam diretamente ao objeto da mudança proposta pela Subcomissão:

III Jornada de Direito Civil - Enunciado 152 Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 294 Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.

VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 578 Sendo a simulação causa de nulidade do negócio jurídico, sua alegação prescinde de ação própria¹⁶⁴.

Fica evidente que nenhum dos três enunciados guarda qualquer relação com a inclusão do termo “perante a lei e não causar danos a terceiros”. Ainda assim, eles são estranhamente incluídos como justificativas para a proposta. Isso demonstra, mais uma vez, uma despreocupação com o método pelo qual a reforma legislativa está sendo conduzida.

Dessa forma, o único dispositivo que justifica a mudança é o Enunciado 153 da III Jornada de Direito Civil, o qual consolidou a

163 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p.110-111.

164 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral da CJCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p.110-111.

defesa da doutrina segundo a qual o negócio jurídico dissimulado, para manter sua validade, não pode causar prejuízo a terceiros. Na apresentação do relatório parcial realizada pelo Subrelator Rodrigo Mudrovitsch, é feita uma breve explicação: “prever que o negócio jurídico simulado não poderá, dentre os demais requisitos, ofender a lei ou causar prejuízos a terceiros para que possa vir a ser considerado válido”¹⁶⁵.

Vale ressaltar também a irrelevância da adição da expressão “perante a lei” já que um ato válido na substância e na forma é sempre “válido perante a lei”. Isso revela a falta de cuidado da Subcomissão em relação à técnica legislativa, principalmente no que se refere à Legística formal¹⁶⁶.

Conforme tabela comparativa¹⁶⁷, a mudança apresentada pela Subcomissão foi rejeitada no Relatório Geral, logo, a redação original do caput do art. 167 foi mantida com a aprovação da Emenda 132/2023¹⁶⁸. Portanto, o dispositivo objeto deste artigo, que torna a simulação inocente invalidante, apesar de já constar na menção ao Enunciado 152 da III Jornada de Direito Civil, não foi apresentado no texto sugerido pela Subcomissão de Parte Geral. A alteração referida foi incluída somente no Relatório Geral¹⁶⁹ apresentado no dia 26/02/2024.

Ainda é interessante perceber que a Subcomissão parece apresentar ideia contrária àquela trazida posteriormente no Relatório Geral. Entende-se que a inclusão da expressão “não causar danos a

165 TV Senado. **6ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Apresentação dos Relatórios Parciais das Subcomissões. Brasília, DF, 2023. 15º vídeo (16:25).

166 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de uma Melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. 2007.

167 BRASIL. Senado Federal. **Relatório geral apresentado pelos relatores gerais no dia 26/02/2024**: Tabela Comparativa, conforme art. 10, §2º do regulamento da comissão. Brasília, DF: Senado Federal, 2024, p. 66-67.

168 BRASIL. Senado Federal. **Emenda Nº 132, de 2023 – CJDCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

169 BRASIL. Senado Federal. **Relatório geral apresentado pelos relatores gerais no dia 26/02/2024**: Tabela Comparativa, conforme art. 10, §2º do regulamento da comissão. Brasília, DF: Senado Federal, 2024, p. 66-67.

terceiros” ao final do caput do art. 167 poderia fortalecer a tese segundo a qual a simulação inocente não é invalidante. Isso porque, nessa redação, para que o ato dissimulado subsista ele não pode prejudicar terceiros, ou seja, a simulação deveria ser, por definição, inocente. Então, podemos observar uma descontinuidade entre o trabalho da Subcomissão e dos relatores gerais, demonstrando, mais uma vez, a falta de rigor metodológico da CJCODCIVIL.

6 RELATÓRIOS GERAL E FINAL DA CJCODCIVIL

Foram incluídos, na redação da relatoria geral, três dispositivos ao art. 167: §3º, §4º e §5º, são eles:

§3º. Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante;

§4º. Sendo a simulação causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra;

§5º. O reconhecimento da simulação prescinde de ação judicial própria, mas a decisão incidental que a reconhecer fará coisa julgada.

Percebe-se que os parágrafos incluídos na redação do relator geral nada mais são do que a adaptação dos enunciados trazidos pela Subcomissão que não se referiam à mudança inicialmente sugerida. O §3º é uma transcrição literal do Enunciado 152 da III Jornada de Direito Civil, o mesmo vale para o §4º em relação ao Enunciado 294 da IV Jornada de Direito Civil. O §5º, apesar de algumas alterações, tem sua ideia principal contida no Enunciado 578 da VII Jornada de Direito Civil.

No Relatório Final, essa modificação foi mantida, e uma curta descrição foi apresentada na seção “Justificação”: “Quanto à ‘Invalidade do Negócio Jurídico’, foi proposta, no art. 167 – que trata do negócio jurídico simulado –, previsão de que até mesmo a simulação inocente

é invalidante”¹⁷⁰. A dita justificação não passa de uma descrição do que foi alterado. Desse modo, temos que as propostas para o instituto da simulação no anteprojeto de Reforma do Código Civil estão ancoradas exclusivamente nos enunciados das Jornadas de Direito Civil citados pela Subcomissão no Relatório Parcial, o qual não sugeria as mudanças aprovadas.

7 REUNIÃO DE APROVAÇÃO DO ANTEPROJETO

Visando entender os debates em torno da proposta e o andamento metodológico da conclusão pela consideração da simulação inocente enquanto invalidante, passamos à avaliação do tema nas reuniões da CJCODCIVIL. Após a construção dos relatórios parciais por parte das subcomissões, houve 4 reuniões da CJCODCIVIL, foram elas: a 6^a reunião, a qual teve como finalidade a apresentação dos relatórios parciais; a 7^a reunião, na qual os relatores gerais apresentaram o relatório final; a 8^a reunião, para discussão e votação do relatório final; e a 9^a reunião, na qual houve discussão e votação das disposições transitórias, das alterações da legislação correlata, da exposição de motivos e da redação final.

Conforme já exposto, na 6^a reunião, houve apenas uma rápida descrição da proposta feita pela Subcomissão, que ainda não contava com a inclusão dos parágrafos 3^o, 4^o e 5^o no art. 167¹⁷¹. Na 7^a reunião, houve apresentação do relatório geral pelos relatores gerais Flavio Tartuce e Rosa Nery. Na ocasião, a relatora Rosa Nery passou pela parte geral apresentando alguns pontos que foram alterados em relação às propostas da CJCODCIVIL. Entretanto, para dar mais agilidade ao andamento da reunião, em certo momento, foi optado por apresentar apenas os artigos em que havia divergência entre os dois relatores,

170 BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024, p. 282.

171 TV Senado. **6^a Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Apresentação dos Relatórios Parciais das Subcomissões. Brasília, DF, 2023. 15^o vídeo (16:25).

deixando de lado, inclusive, a apresentação das mudanças feitas pelos relatores gerais no art. 167¹⁷². Desse modo, a questão da simulação não foi tratada na 7ª reunião.

A 8ª Reunião da CJCODCIVIL ocorreu do dia 01/04/2024 até o dia 05/04/2024. Nos dias 2, 3 e 4 de abril as reuniões focaram seus trabalhos na discussão de temas da parte especial do código civil, não deliberando sobre a mudança no artigo 167. Na ocasião do dia 05/04/2024, os trabalhos foram iniciados com a discussão da parte geral debatida na ordem numérica dos artigos. Quando estavam se aproximando do art. 167, a mesa sequer citou o artigo, considerando as discussões dos arts. 156 e 178 como superadas¹⁷³.

Conforme já exposto, a 9ª reunião não tinha a parte geral ou o tema deste trabalho como pauta¹⁷⁴. Portanto, as alterações incluídas pelos relatores gerais no art. 167, apesar de sua importância e da sua divergência quanto ao Relatório Parcial da Subcomissão, não tiveram discussão pública no âmbito das reuniões da CJCODCIVIL. Sabe-se que havia outros meios de comunicação pelos quais podem ter sido realizadas considerações¹⁷⁵, entretanto a ausência de uma discussão pública sobre as mudanças relativas à simulação na reforma do Código Civil é prejudicial porque compromete a transparência e a legitimidade do processo legislativo.

8 CRÍTICAS JÁ DIRIGIDAS AO ANTEPROJETO APÓS SUA APROVAÇÃO

172 TV Senado. **7ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Apresentação do relatório final pelos relatores gerais da Comissão. Brasília, DF: TV Senado, 2024.

173 TV Senado. **8ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Discussão e votação do relatório final. Brasília, DF, 2024.

174 TV Senado. **9ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Discussão e votação do relatório final. Brasília, DF: TV Senado, 2024.

175 BRASIL. Senado Federal. **Plano de Trabalho da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023, p. 2.

Melo, Junior e Chinelatto¹⁷⁶ apresentaram uma crítica à parte geral do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. A Parte Geral do Código Civil centraliza os princípios e regras comuns a todo o Direito Privado, assegurando a coerência interna e a unidade conceitual do sistema, ao mesmo tempo em que se baseia nos valores fundamentais de segurança jurídica e adequação, funcionando como o “centro intelectual” do Direito Privado. Segundo eles, existem imprecisões, atecnias e contradições na Parte Geral do Anteprojeto, o que fez com que as características essenciais não tenham sido observadas.

Apesar de não apresentarem uma análise específica das propostas para o instituto da simulação, os autores realizaram críticas à disciplina das nulidades realizada pelo Anteprojeto. É afirmado que a nulidade surte efeito radical no negócio jurídico, por isso, para a implantação de seus requisitos, a lei deve dispor da maneira mais segura e precisa possível. Ocorre que eles acreditam que essa cautela não foi seguida pelo Anteprojeto, exemplificando nos artigos 104, IV e 166, VI, que as regras possuem atecnias e geram insegurança jurídica.

Giordano Bruno Roberto criticou diretamente a norma sugerida pela inclusão do §3º ao artigo 167 no Anteprojeto.

O terceiro [exemplo de mudança que indica aumento de insegurança jurídica] é considerar gravemente defeituoso o negócio que contenha simulação inocente. No Direito Civil brasileiro, só é causa de nulidade a simulação maliciosa, ou seja, a que tem potencial de produzir danos. O anteprojeto, no entanto, afirma que “toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”. Assim, por exemplo, se um instrumento contratual receber data anterior ou posterior ao da conclusão do negócio, mesmo que isso

176 MELO, Diogo Leonardo Machado de; JUNIOR, Hamid Charaf Bdine; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. 1.1 Direito Civil Extrapatrimonial. **Revista do IASP**, São Paulo, ano 27, ed. 38.I, p. 21-28, 2024.

a ninguém prejudique, terá defeito grave e poderá ser declarado nulo¹⁷⁷.

9 AVALIAÇÃO DA PROPOSTA COM BASE NA LEGÍSTICA

O método adotado pela Subcomissão na sugestão de alterações legislativas na Reforma do Código Civil foi inadequado porque não seguiu princípios fundamentais de Legística, que visam garantir a qualidade e a efetividade da legislação. A Legística enfatiza a necessidade de um planejamento legislativo rigoroso, que inclui a avaliação de impacto, a análise detalhada das fontes normativas existentes, e a consideração de possíveis consequências sociais e jurídicas das mudanças propostas^{178 179}.

A inclusão de uma regra que invalida a simulação inocente, sem uma discussão mais ampla e transparente nas reuniões da CJCODCIVIL, compromete a legitimidade do processo legislativo. A Legística ensina que a elaboração de normas jurídicas deve ser acompanhada de um diálogo profundo entre as diversas fontes do direito e deve incluir a participação ativa dos diferentes atores sociais. No entanto, essa alteração foi feita sem um debate público adequado, ignorando as melhores práticas de transparência e participação na produção normativa.

Ao descrever o princípio da transparência no processo legislativo, Almeida¹⁸⁰ sugere que o procedimento de preparação da norma deve

177 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 29-30.

178 DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, 2004.

179 KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng. Bases Teóricas da Legística: a Legisprudência. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng. **Estudos em Legística**. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, p. 58-92.

180 ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO

permitir o acompanhamento pelos cidadãos. Mesmo o cidadão mais atento que acompanhou todas as reuniões da CJCODCIVIL e leu na íntegra todos os relatórios não teve acesso à discussão que levou à inclusão do §3º no art. 167 e recebeu como justificativa uma simples menção a um Enunciado da Jornada de Direito Civil.

Do ponto de vista técnico, a invalidação da simulação inocente também contradiz princípios fundamentais da Legística material, apontados pela OCDE, que preconiza que as normas devem ser necessárias e proporcionais. A simulação inocente, por definição, não causa dano a terceiros nem viola a ordem pública, o que torna sua invalidade uma medida desproporcional. Tal abordagem pode gerar insegurança jurídica, afetando a estabilidade das relações jurídicas¹⁸¹.

Além disso, a simples adoção de enunciados das Jornadas de Direito Civil como fundamento não substitui uma avaliação legislativa robusta, que deveria considerar o efeito prático da nova regra sobre o sistema jurídico e sobre as relações sociais reguladas por esse instituto. A falta de análise de impacto legislativo, que poderia incluir consultas mais amplas e a utilização de técnicas de avaliação formal e material, resultou em propostas que não foram suficientemente fundamentadas¹⁸².

Esse descuido com a avaliação dos impactos fez com que o Projeto não cumprisse o objetivo para o qual se propunha, gerar segurança jurídica¹⁸³. Aqui, é importante destacar a diferença entre o trabalho interpretativo da Dogmática (que adota o critério da conformidade) e a ação legiferante da Legística (que adota o critério da eficácia)¹⁸⁴.

ESTADO DE MINAS GERAIS. **Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: 2009, p. 83-98.

181 ALMEIDA. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. cit., p. 83-98.

182 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de uma Melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142.

183 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 17.

184 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de uma Melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da**

Como destaca Trivisonno¹⁸⁵, leis, precedentes ordinários e dogmática jurídica ordinária não vinculam juridicamente o legislador, apenas em virtude de suas razões morais, ético-políticas e pragmáticas. Isso significa que não é necessário reconhecer que, no Código vigente, a simulação inocente não gera nulidade, para defender que, em sua Reforma, visando manter a segurança jurídica, ela não deveria levar à invalidação.

Ocorre que, pelo que se pode inferir do processo para inclusão da sugestão criticada, o foco do debate se manteve na conformidade e não houve discussão quanto à eficácia da mudança. Uma vez que não houve debates públicos em relação à sugestão, não é possível apontar as razões morais, ético-políticas e pragmáticas que a sustentam, havendo apenas menção ao Enunciado 152, que, por sua natureza, realiza um juízo de conformidade com o Código atual.

Defende-se que, se o objetivo era preservar a segurança jurídica, a alteração proposta ao instituto da simulação não é adequada. Assim, o ideal seria não considerar a simulação inocente como invalidante, já que isso efetiva a segurança jurídica na medida em que evita a declaração de nulidade de um negócio em que não haja potencial de produzir danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, portanto, que a Reforma do Código Civil não exprimiu uma ideia consensual acerca da temática da simulação inocente no âmbito jurídico civil brasileiro. Foi, contudo, utilizada como um momento oportuno para fixar uma tese amplamente contradita no debate doutrinário e jurisprudencial, na contramão das origens históricas do instituto da simulação no direito brasileiro.

O que torna tal mudança ainda mais contestável foi a sua produção distante de um amplo debate público, até mesmo no âmbito da própria

UFMG, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142.

185 TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 394.

CJCODCIVIL, que pouco abordou o assunto nas reuniões de aprovação do anteprojeto. Apesar da importância do tema e dos impactos jurídicos que podem ser ocasionados pela modificação, como justificativa, foi inserida uma mera transcrição de um enunciado da Jornada de Direito Civil, que ainda não tem aderência da jurisprudência majoritária.

Esses elementos evidenciam a pressa, a falta de rigor metodológico e a desatenção ao objetivo principal pelos quais a reforma foi conduzida, não seguindo os fundamentos da Legística. Assim, a Reforma do Código Civil Brasileiro apresenta modificações significativas desproporcionais e juridicamente pouco fundamentadas, que acarretam diversas repercussões no direito brasileiro e sua aplicação nos tribunais.

Desse modo, cabe aqui retomar os casos nos quais os tribunais brasileiros consideraram que a simulação inocente não invalidaria o negócio jurídico. Após a aprovação das modificações, casos similares teriam decisões completamente distintas do que é hoje visto na jurisprudência brasileira, afetando não apenas o princípio da conservação do negócio jurídico como também sendo uma ameaça à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. **A Simulação no Código Civil**. Orientador: Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. 2014. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/9eT5y0>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Decreto n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Coleção de Leis do Brasil de 1916. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda Nº 132, de 2023 – CJDCODCIVIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023a. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/4VKdHP>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Parte Geral, integrante da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023b. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/Kk3Rn2>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Plano de Trabalho da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2630&tp=3>. Acesso em: 21 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024a. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/MbeUOl>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório geral apresentado pelos relatores gerais no dia 26/02/2024 (7ª reunião da CJCODCIVIL): Tabela Comparativa**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024b. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/P9AmIH>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 441.903 - SP (2002/0076708-0)**. Relator(a): MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 10/02/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 90960, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 13-11-1984, DJ 11-10-1985 PP-17861 EMENT VOL-01395-02 PP-00375

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil – Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito**, Rio de Janeiro, Rio, 1979

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 533 v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil. Teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KAITEL, C. S.; PRETE, E. K. E. . Bases Teóricas da Legística: a Legisprudência. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng. **Estudos em Legística**. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019. p. 58-92.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Validade**, 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MELO, D. L. M. de; JUNIOR, H. C. B.; CHINELATTO, S. J. de A. 1.1 Direito Civil Extrapatrimonial. **Revista do IASP**, São Paulo, ano 27, ed. 38.I, p. 21-28, 2024. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/FsQ3CN>. Acesso em: 21 ago. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 30^a. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE LTDA, 2017.

ROBERTO, Giordano Bruno S. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

SLERCA, Alessandra Light; ZAGARODNY, Naomi Fizon. Simulação inocente e conservação do negócio jurídico na jurisprudência brasileira. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 1-21, 2023. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/d9Lsuv>. Acesso em: 22 ago. 2024.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de uma Melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6^a. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. Único.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. III, t. I (arts. 138 a 184), 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 485-487.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

TV Senado. **6ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Apresentação dos Relatórios Parciais das Subcomissões. Brasília, DF: 2023. 15º vídeo (16:25). Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/XBouDD>. Acesso: 20 ago. 2024.

TV Senado. **7ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Apresentação do relatório final pelos relatores gerais da Comissão. Brasília, DF: 2024. (Minuto 25:00 a 45:33). Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/MOhVyN>. Acesso: 21 ago. 2024.

TV Senado. **8ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Discussão e votação do relatório final. Brasília, DF: 2024. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/1w8r8p>. Acesso: 21 ago. 2024.

TV Senado. **9ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**: Discussão e votação do relatório final. Brasília, DF: 2024. Disponível em: <http://li.cnm.org.br/r/8OM9RC>. Acesso: 21 ago. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

PARTE II:

**A REFORMA E O DIREITO
DOS CONTRATOS**

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO HIPÓTESE DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL: ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL

*Christiane Souza Lima Alves*¹⁸⁶

*Letícia Mendes Barbosa*¹⁸⁷

*Maria Clara Versiani de Castro*¹⁸⁸

RESUMO: O Anteprojeto de Reforma do Código Civil prevê a modificação do art. 421, com inclusão de um parágrafo segundo, por meio do qual se determina que aquelas cláusulas contratuais que violarem a função social do contrato devem ser reputadas nulas. Ocorre que a função social do contrato, apesar de já ter previsão no Código Civil de 2002, é um conceito aberto e impreciso desde a sua positivação, suscitando inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, ao ponto de praticamente relegar o instituto à inutilidade prática. Utilizá-lo, dessa forma, como uma hipótese de nulidade do negócio jurídico, para além de ser uma imprecisão técnica, poderá gerar uma situação de banalização e completa insegurança jurídica. O objetivo deste trabalho, portanto, é avaliar criticamente a proposta de inclusão da função social, enquanto cláusula geral de conteúdo impreciso e indefinido, como uma hipótese de nulidade do negócio jurídico. A pesquisa teve natureza dogmática, revestindo-se de caráter bibliográfico, incluindo revisão de literatura. A conclusão é pela

186 Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Integrante e pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB). Pesquisadora no Núcleo de Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR).

187 Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Integrante e pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB).

188 Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Empresarial pelo IBMEC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Integrante e pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB).

necessária remoção do parágrafo segundo do art. 421 do Código Civil, ante toda incerteza e insegurança que sua inclusão pode ocasionar.

PALAVRAS-CHAVE: Função social do contrato. Nulidade. Art. 421 do Código Civil.

INTRODUÇÃO

Em 2023, foi formada Comissão para apresentar, em 180 dias, anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil brasileiro. Após poucos meses de trabalho, em 17 de abril de 2024 essa Comissão apresentou ao Senado brasileiro o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, cujas propostas englobam diversas alterações no art. 421.

Dentre essas alterações se encontra a inclusão de um parágrafo segundo ao art. 421, que prevê a aplicação de sanção de nulidade a cláusulas de negócios jurídicos que violarem a função social do contrato. Ocorre que a função social do contrato, apesar de já ter previsão no Código Civil de 2002, é um conceito aberto e impreciso desde a sua positivação, suscitando inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, ao ponto de praticamente relegar o instituto à inutilidade prática. Utilizá-lo, dessa forma, como uma hipótese de nulidade do negócio jurídico, para além de ser uma imprecisão técnica, poderá gerar uma situação de banalização e completa insegurança jurídica.

Logo, o objetivo deste trabalho é avaliar criticamente a proposta de inclusão da função social, enquanto cláusula geral de conteúdo impreciso e indefinido, como uma hipótese de nulidade do negócio jurídico. Adianta-se que a conclusão obtida é de que o caminho mais adequado é extirpar o parágrafo segundo do artigo 421 da proposta contida no Anteprojeto de Reforma do Código Civil, de modo a preservar o equilíbrio entre a liberdade contratual e os interesses coletivos, privilegiando a intervenção mínima, sem sacrificar a previsibilidade e estabilidade nas relações contratuais.

Para alcançar esse objetivo, adotou-se uma abordagem metodológica fundamentada na vertente jurídico-dogmática, utilizando o raciocínio dedutivo para esclarecer as premissas abordadas. Optou-se pela metodologia de revisão bibliográfica, dado que os dados analisados foram extraídos de documentos e não gerados diretamente pelas pesquisadoras. A investigação concentrou-se predominantemente em dados secundários¹⁸⁹, obtidos por meio da consulta a referências teórico-doutrinárias e legislativas em português. A pesquisa adotou uma abordagem descritiva e exploratória¹⁹⁰, possibilitando uma análise aprofundada dos conceitos centrais, como função social do contrato e a teoria das nulidades.

Por fim, para consecução do objetivo geral, ao longo das próximas páginas foi apresentada a proposta de alteração do art. 421 do Código Civil; discutidos os contornos da função social do contrato, na tentativa de definir seu conceito de forma precisa; e apresentados os contornos da teoria das nulidades, de modo a pontuar os motivos pelos quais a função social do contrato não pode estar associada ao plano de validade do negócio jurídico.

1 O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E A PROPOSTA DE INCLUSÃO DE UM PARÁGRAFO SEGUNDO AO ARTIGO 421

No dia 24 de agosto de 2023, a comunidade jurídica foi surpreendida pelo Ato do Presidente do Senado Federal de nº 11, que instituiu uma Comissão de Juristas “com a finalidade de apresentar no prazo de 180 (cento e oitenta dias), anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002”, o Código Civil brasileiro.

189 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 75.

190 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 21-27.

A alteração, que até aquele momento não era pedida, nem tampouco discutida na imprensa, nas universidades, nas associações ou no Parlamento, apareceu e rapidamente se impôs¹⁹¹, com uma urgência até o momento injustificada e verdadeiramente incompreensível. Procedidos os trabalhos, já no dia 26 de fevereiro de 2023, a Comissão Especial apresentou o seu Relatório Final ao Senado Federal. A matéria de Direito Contratual ficou à cargo da chamada Subcomissão de Contratos, composta por Angélica Carlini, Cláudia Lima Marques, Carlos Eduardo Elias e Carlos Eduardo Pianovski, sob relatoria geral de Rosa Nery e Flávio Tartuce.

Na proposta de alteração, a subcomissão diz ter observado quatro vetores fundamentais, sendo eles: (a) aprofundamento da autonomia privada e da força obrigatória em contratos paritários, de modo coerente com as alterações operadas pela Lei da Liberdade Econômica, da qual derivam a excepcionalidade da revisão contratual e o respeito à alocação de riscos definida pelas partes; (b) aperfeiçoamento da disciplina da dimensão funcional dos contratos, não apenas no que tange à sua função social, mas, também, à função econômica derivada das escolhas das partes, em reforço à *ratio* da obrigação como processo; (c) incremento da confiança legítima por meio da boa-fé, seja na positivação de sua aplicação as diversas fases do processo obrigacional, seja pela afirmação de seu caráter de ordem pública; (d) modernização e aperfeiçoamento das regras gerais sobre direito contratual e dos contratos em espécie, em linha com as premissas assentadas nos vetores antes enunciados¹⁹².

Algumas das alterações mais extensas foram propostas no art. 421¹⁹³ do Código Civil, que recebeu não só um novo parágrafo, mas

191 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 15.

192 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **O Direito Contratual no anteprojeto de revisão do Código Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/409484/o-direito-contratual-no-anteprojeto-de-Atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 de set. 2024.

193 Redação atual: Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

toda uma gama de novos artigos que lhe seguem, desde o artigo 421-B até o artigo 421-F, cada qual com disposições específicas, que cuidam desde as circunstâncias da contratação até os princípios aplicáveis aos contratos empresariais. Para fins deste trabalho, volta-se para a proposta de inclusão do parágrafo segundo no art. 421, que prevê nova hipótese de nulidade de cláusula contratual celebrada entre as partes, quando ela violar a função social do contrato, a partir da 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.

§ 2º A cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito.

A seu respeito, a Comissão justificou tão somente que restou reconhecido, a partir da proposta de alteração, que “a autonomia privada não pode ser exercida em agressão à função social, sob pena de censura ao ordenamento, inclusive, quando for o caso, por meio da nulidade”¹⁹⁴.

Em trabalho próprio, Carlos Eduardo Pianovski complementou a justificativa da Comissão, argumentando que a proposta preserva a função social do contrato como limitadora da liberdade contratual, afastando assim “a previsão original de que a liberdade de contratar seria exercida ‘em função’ da função social do contrato”¹⁹⁵. A nova

194 SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023, P. p. 286. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/mna/relatorios>. Acesso em: 15 set. 2024.

195 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **O Direito Contratual no anteprojeto de revisão do Código Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/409484/o-direito-contratual-no-anteprojeto-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 set. 2024.

redação, que não possui correspondência no texto atualmente vigente, calca a nulidade em um conceito amplo e indefinido de função social do contrato, “cuja dificuldade de traçar contornos é amplamente reconhecida pela doutrina desde sua introdução no Código Civil de 2002”¹⁹⁶.

Além disso, o pretense parágrafo segundo inverte a lógica de tratamento do instituto e vai de encontro à doutrina e à jurisprudência produzidas nos últimos vinte anos, que consolidaram a função social do contrato como instituto capaz de, excepcionalmente, restringir ou ampliar determinados efeitos do negócio jurídico sem, contudo, atingir a sua validade¹⁹⁷.

Nesse cenário, o objetivo deste trabalho é avaliar criticamente a proposta de inclusão da função social do contrato, enquanto cláusula geral de conteúdo indeterminado, como uma hipótese de nulidade de negócio jurídico. Para tanto, necessário perquirir o que significa a função social do contrato no nosso ordenamento jurídico.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 inaugurou, legislativamente¹⁹⁸, a função social do contrato, com previsão expressa nos artigos 421 e 2.035. Primeiro, nas disposições gerais sobre contratos, como limite à liberdade contratual – ressalvada a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual¹⁹⁹. Segundo, no livro

196 MARTINS-COSTA, Judith; MELO, Diogo Leonardo Machado de; ARAUJO, Paulo Doron R. de. Introdução. **Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 38, ano 27, p. 14-19, 2024, p. 17.

197 MARTINS-COSTA, Judith; MELO, Diogo Leonardo Machado de; ARAUJO, Paulo Doron R. de. Introdução. **Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 38, ano 27, p. 14-19, 2024, p. 18.

198 Embora, a partir da Constituição Federal de 1988, muitos autores tenham passado a defender a função social do Contrato com base no art. 170.

199 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

complementar das disposições finais e transitórias, como condição para validade dos negócios e atos jurídicos constituídos antes da atual codificação²⁰⁰.

Porém, mesmo durante a tramitação do projeto de lei que resultou no Código Civil de 2002, a previsão da função social já ensejava discussões, especialmente o contido no art. 421. Tanto que se propôs diversas alterações a sua redação, uma delas para que dispusesse: “ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social”²⁰¹. Naquele tempo, o autor da proposta, o então deputado Tancredo Neves, assinalou a imprecisão do conceito de “função social” e alertou para os perigos da insegurança jurídica. Mas a sugestão terminou rejeitada, uma vez que não solucionava a indeterminação da apontada pelo proponente.

Na sua exposição de motivos, o supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil, Miguel Reale, também não trouxe maiores contribuições para interpretação do dispositivo, limitando-se a indicar a necessidade de atender “exigências de socialidade e concreção”, em observância imperativo da função social do contrato, tal como se procedeu com o direito de propriedade²⁰².

Tão logo promulgado o Código Civil, a doutrina civilista se dividiu, então, entre os defensores da potencialidade do art. 421 e os críticos ao dispositivo legal²⁰³. Em atenção ao escopo do presente trabalho,

200 Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. 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.

201 IMPRENSA NACIONAL. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, seção 1, Supl., 4 set. 1983. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>. Acesso em: 07 set. 2024.

202 BRASIL. **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 07 set. 2024.

203 Dentre eles, o Professor Antonio Junqueira de Azevedo, que apontou falhas da redação do dispositivo, pois parecia indicar que “a liberdade será exercida não em razão dos interesses do contratante”, o que transformaria essa liberdade em uma

que busca, antes de tudo, compreender o conceito e o tratamento conferido, atualmente, à função social do contrato, limitaremos a análise ao primeiro grupo, investigando os esforços doutrinários voltados para a aplicação do art. 421. Espera-se, assim, avaliar a viabilidade da inclusão da função social como hipótese de nulidade do negócio jurídico, como pretende o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

Em pesquisa publicada em 2005, Rodrigo Xavier Leonardo analisou o tratamento conferido à função social do contrato no primeiro biênio de vigência do Código Civil. Para o autor, a função social prevista no art. 421 atuaria como cláusula geral, com abertura normativa que “se estabelece para fora do sistema jurídico, mas também para dentro dele, sofrendo a influência das regras e princípios da Constituição Federal e dos microssistemas legislativos”²⁰⁴. A função social do contrato poderia ser traduzida como o condicionamento da eficácia do contrato não apenas a manifestação das partes, mas também aos valores superiores a vontade exclusiva daquelas partes.

Como efeito, Rodrigo Xavier Leonardo pontua que a cláusula poderia ensejar a revisão contratual, o dever de indenizar (nos termos do art. 927²⁰⁵), e até mesmo a nulidade de cláusulas contratuais, na medida em que o art. 421 não define uma sanção específica para violação da função social do contrato, e a nulidade (prevista no art. 166, VII²⁰⁶) poderia ser uma delas.

espécie de “dever de funcionário” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/462>. Acesso em: 07 set. 2024).

204 LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005.

205 “(...) aquele que viola a função social do contrato comete um ato ilícito (contrário ao direito) e, na medida que desse ato resulta um dano, submete-se ao dever de indenizar conforme previstos pelo art. 927, caput” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005).

206 Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Porém, a análise dos precedentes judiciais da época, não parece corroborar com esses possíveis efeitos. Nesse sentido, observa-se que o autor cita diversos julgados provenientes dos Tribunais de Justiça São Paulo, do Paraná, do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que, embora façam menção a função social do contrato, se ancoram em outras categorias jurídicas, mais bem delimitadas no Código Civil, como, por exemplo, o enriquecimento sem causa, a onerosidade excessiva, o adimplemento substancial e a boa-fé objetiva.

Em artigo publicado no mesmo ano, Judith Martins-Costa anui com tal constatação. Para autora, fosse a função social do contrato apenas um limite para a liberdade de contratar, resultaria em conceito inútil, uma vez que as situações já estariam abarcadas por outros institutos do direito²⁰⁷. Com o intuito de contornar tal inutilidade, Judith sugere que a função social do contrato é também fundamento da liberdade contratual, e possui, além da eficácia intersubjetiva (inserta entre os contratantes), a eficácia transobjetiva (para com terceiros).

No primeiro grupo estaria a possibilidade da imposição de deveres positivos aos contratantes, que, salvo melhor juízo, já estaria abarcada pelo princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo por legislações específicas – como o Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, o segundo grupo englobaria a imposição de deveres a terceiros, determinados ou não, que se entende, independentemente da função social do contrato, poderiam ser responsabilizados pelas vias do art. 927, ou pela legislação especial dedicada à proteção do meio ambiente e à livre concorrência – exemplos citados pela autora. Não se vislumbra, assim, a inovadora potencialidade atribuída a função social do contrato. E preocupa também o risco da insegurança jurídica quando

207 Pondera a autora: “o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses já estão apanhadas pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social, mas hipóteses de interpretação favorável ao aderente, integração segundo a boa-fé, ou casos já regulados em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra” (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 07 set. 2024).

se afirma que “liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum”²⁰⁸. Afinal, o bem comum comporta uma séria de possibilidades e a definição não poderia depender exclusivamente do arbítrio judicial, ainda que se ancorasse em valores previsto de forma igualmente ampla na Constituição

Em 2009, Carlos Pianovski Ruzyc dedicou parte de sua tese de doutoramento a análise do art. 421 do Código Civil. Para o autor, a polêmica que cerca o dispositivo legal não diz respeito ao viés limitativo da função social (enquanto baliza para o exercício da liberdade contratual), mas sim à “viabilidade ou não, à luz da Constituição, de se afirmar que a liberdade de contratar é exercida ‘em razão’ da função social do contrato”²⁰⁹.

Advogando pela sua constitucionalidade, Pianovski sustenta que a liberdade contratual (enquanto expressão do perfil abstrato da liberdade, que não esgota os seus perfis possíveis) não existe em razão da função social, como leva a crer a literalidade do art. 421. Porém, o exercício dessa liberdade deveria ser levado a efeito, ainda que não exclusivamente, em razão da função social do contrato.

Nesse seguimento, propõe que a função social seria um direcionamento para a liberdade assegurada formalmente, no sentido de “incremento ou, ao menos, manutenção de liberdade(s) na relação intersubjetiva entre os contratantes – sem descartar interesses de terceiros, ainda que difusos, desde que objetivamente identificáveis como prestações imediatas advindas do contrato”²¹⁰.

208 MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 07 set. 2024

209 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/19174>. Acesso em: 07 set. 2024.

210 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/19174>. Acesso em: 07 set. 2024.

Seriam esses os caminhos sugeridos por Pianovski para repensar a função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil, que, no seu entendimento, pode ser consentânea com a ordem constitucional, desde que “articule em concreto juízos de prevalência sobre perfis da própria liberdade”. No entanto, para o autor, a definição conceitual da categoria jurídica permanece em aberto.

Mais tarde, Carlos Nelson Konder também se debruçou sobre o tema, refletindo que a resistência à função social do contrato ensejou uma tendência de esvaziamento do seu conceito autônomo nos anos vigência do Código Civil de 2002²¹¹. No relato do autor, passados 15 anos desde a aprovação do código, a doutrina ainda perquiriria qual seria o ponto de equilíbrio entre a eficácia jurídica do ato de vontade manifestado pelo contratante (própria das normas do ordenamento) e a intervenção estatal sobre essa eficácia em negócios particulares²¹².

Em oposição a esse esvaziamento, Konder identifica um movimento de “principalização” da função social, na tentativa resgatar suas potencialidades. Nesse sentido, certas situações autorizariam a tutela do contrato além dos contratantes, o que foi denominado eficácia externa (ultra partes) da função social do contrato. Cita, como exemplo, decisões que autorizam a desistência do participante do contrato de consórcio quando o seu afastamento não prejudica

211 O autor, inclusive, cita diversos julgados que mencionaram a função social do contrato, mas reconhece que as hipóteses em apreço já seriam resolvidas por outros institutos do direito civil, como a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas. “É curioso observar, por rápida consulta no sítio do STJ, que dos 100 acórdãos que fazem menção à função social do contrato desde que o Código de 2002 entrou em vigor, em 62 ela é citada junto com o princípio da boa-fé, em 3 junto com um “princípio de eticidade” e em 10 junto com a vedação ao enriquecimento sem causa. Isso sem contar as diversas vezes em que a função social do contrato é invocada apenas como fundamento axiológico de um outro instituto, que é o que se aplica diretamente ao caso, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017).

212 KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 07 set. 2024.

os demais integrantes, ou a proposição de ação jurídica pela vítima diretamente em face da seguradora, independentemente da opção do segurado em não utilizar o seguro. Mas o espaço reservado a função social ainda seria limitado, pondera Konder, e não prevaleceria em disputa com outros princípios.

Para superar essa limitação, o autor recorre à funcionalização dos institutos de direito civil, que, segundo afirma, conduz ao entendimento de que a liberdade de contratar do art. 421 não é um valor em si, e apenas será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento. Konder propõe, assim, que a tutela da liberdade de contratar seja condicionada aos interesses da coletividade “positivados pelo direito como merecedores de tutela” - tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das microempresas etc. A função social atuaria como “postulado metodológico-hermenêutico”, que conduz o intérprete ao atendimento de interesses coletivos ao tutelar o direito individual.

No entanto, o preenchimento do conteúdo da função social com outras categorias jurídicas amplas inseridas na constituição não parece suficiente para lhe conceder a tão anunciada autonomia. Não supera também o risco à segurança jurídica proclamado desde o projeto do Código.

Percebe-se, assim, que passados vinte e dois anos de vigência da atual redação do Código Civil, o percurso doutrinário e jurisprudencial²¹³ sobre a função social do contrato não tem sido uníssono, e a expressão vem sendo interpretada das mais diversas

213 Outra análise de julgados do STJ indica que a função social do contrato também não encontra definição uníssona na jurisprudência. Nesse sentido, recomenda-se a leitura: BELLOIR, A. M. P., & POSSIGNOLO, A. T. C. (2017). Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017.

formas²¹⁴. A falta de um conceito claro não foi suprida pela proposta de alteração legislativa que, ao revés, privilegiou a generalidade da disposição, criando um enorme desafio ao intérprete que certamente gerará insegurança jurídica.

Isto porque, a partir da redação proposta, qualquer cláusula contratual poderá ser declarada nula pelo Poder Judiciário, a partir de uma interpretação mais ou menos ampla do conceito de função social, ao qual poderão ser atribuídos inúmeros sentidos, que poderão variar desde a ideologia do intérprete até a corrente econômica, política ou filosófica que considera mais adequada²¹⁵, sem um parâmetro objetivo.

Temos no horizonte, então, uma alteração legislativa que poderá atribuir, a um conceito verdadeiramente indeterminado, o defeito mais grave que pode atingir um negócio jurídico. Se a questão, antes restrita ao plano da eficácia – como enunciado pela doutrina majoritária, exposto de forma exemplificativa nos parágrafos acima, já tem gerado controvérsias, a proposta de alteração do Código Civil, se aprovada nos termos atuais, tende a intensificar o dissenso.

3 A TEORIA DAS NULIDADES

Como visto, a função social do contrato é conceito por deveras incerto, ainda não pacificado doutrinária e jurisprudencialmente, mesmo após ter transcorrido mais de vinte anos de vigência do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, e antes de prescrutar soluções possíveis à proposta feita no que concerne ao art. 421, é necessário tecer considerações

214 FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil:** uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

215 FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil:** uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

acerca dos planos que compõem o negócio jurídico para, por fim, tratar acerca da nulidade - sanção proposta no Anteprojeto de Reforma do Código Civil, que se diferencia da anulabilidade.

Via de regra, o negócio jurídico é composto por três planos, quais sejam o da existência, o da validade e o da eficácia. Do plano da existência participam os elementos que constituem o negócio jurídico em si, sendo eles o agente, o objeto e a forma de negociação/contratação²¹⁶. O plano da validade, por sua vez, é composto por elementos que adjetivam aqueles contidos no plano da existência. Assim, para formalizar um negócio jurídico o agente precisa ser capaz; o objeto sobre o qual se negocia deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma escolhida para a negociação deve ser prevista ou não defesa em lei. Tratam-se dos elementos dispostos no atual art. 104 do Código Civil.

O terceiro e último plano que compõe o negócio jurídico é o da eficácia. Em suma, conferem eficácia a um negócio jurídico elementos que são externos a ele. Como pontuou Antônio Junqueira de Azevedo, há fatores gerais de atribuição de eficácia a negócios jurídicos, sem os quais esse negócio não produz quaisquer efeitos; fatores atrelados à eficácia diretamente visada pelas partes negociantes; e fatores que conferem eficácia mais extensa ao negócio jurídico, publicizando-o para terceiros²¹⁷.

Por assim sendo, um negócio jurídico é existente, válido e eficaz caso contenha todos os requisitos anteriormente elencados, de modo que atinge o objetivo pretendido pelas partes, ligando-as, e se torna do conhecimento de terceiros, via publicidade. Ocorre que o direito há

216 FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil**: uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

217 FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil**: uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

muito prevê sanções para atos e negócios jurídicos que não contêm os requisitos que os tornem existentes, válidos e eficazes.

Neste texto, em específico, o foco será no plano da validade, haja vista que a proposta de reforma do Código Civil prevê a sanção de nulidade a cláusulas contratuais consideradas descumpridoras da chamada função social do contrato.

Como cediço, no que concerne ao plano da validade, um ato e/ou negócio jurídico pode ser nulo ou anulável, bipartição que foi expressamente adotada pelo legislador brasileiro. Nulo é o ato que viola interesses socialmente relevantes, os chamados interesses de “ordem pública” e/ou interesses indisponíveis²¹⁸. Há que se reputar nulo, também, aquele ato que desrespeita normas jurídicas cogentes²¹⁹. Sobre a nulidade, especificamente, discorreu Clóvis Beviláqua que “quando o ato ofende princípios básicos da ordem jurídica, princípios garantidores dos mais elevados interesses da coletividade, é bem de ver que a reação deve ser mais enérgica, a nulidade deve ser de pleno direito, o ato é nulo”²²⁰.

Em termos práticos, se reputado nulo, considera-se que o ato jamais produziu efeitos, e que “será absolutamente desfeito, verdadeiramente arrancado pelas raízes da esfera jurídica, para que se considere jamais realizado”²²¹. Isto porque, conforme Beviláqua, o ato nulo está inquinado por vício de tamanha essencialidade que não pode vir a ter eficácia jurídica²²².

218 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo, Almedina, 2017, p. 194-195.

219 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 530.

220 BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 345.

221 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo, Almedina, 2017, p. 204.

222 BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 352.

Não obstante a isso, não se deve tomar a nulidade como forma de punição aos agentes negociantes, mesmo, como se verá adiante, sendo suas consequências mais severas do que aquelas atribuídas à anulabilidade²²³; mas sim, como um “controle de legitimidade dos efeitos produzidos pela autonomia privada”, conforme Eduardo Nunes de Souza,²²⁴. Isto porque a autonomia privada não é ampla e irrestrita, estando adstrita e limitada por interesses superiores a meros interesses particulares e pelos ditames de normas cogentes e impositivas.

Outras implicações práticas da nulidade são a imprescritibilidade, ou seja, nulidades não convalidam com o tempo, tal qual posto no atual art. 169 do Código Civil, o que também impede a confirmação de atos nulos pelas partes²²⁵. No sentido de “suprir” a nulidade, tão somente compete às partes celebrarem novo ato jurídico, desde que afastados os vícios essenciais, de modo que o ato produza os efeitos desejados²²⁶.

Ainda, não cabe ao juiz suprir eventual nulidade, nem mesmo a pedido das partes, devendo meramente reconhecê-la, conforme previsão do art. 168 do Código Civil. Este dispositivo também preceitua que a legitimidade para arguir a nulidade de um ato é ampla, abarcando não só as partes negociantes, mas também terceiros interessados e o Ministério Público, nos limites das prerrogativas conferidas a esse órgão pelo Código de Processo Civil. Além disso, a arguição de nulidade independe de prova de qualquer prejuízo²²⁷, e os atos nulos

²²³ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 205.

²²⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 199.

²²⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico**: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 226.

²²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 353.

²²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 353.

não podem ser objeto de novação, nos exatos termos do art. 367 da Codificação Civil²²⁸.

A anulabilidade, por sua vez, tutela interesses particulares das partes negociantes²²⁹, de modo que a legitimidade para a arguir é das próprias partes, conforme o art. 177 do Código Civil²³⁰. Nos termos de Clóvis Beviláqua,

Quando os preceitos que o ato contraria são destinados mais particularmente a proteger os interesses das pessoas e estas se acham aparelhadas para se dirigirem nas relações da vida pessoal, ou porque tenham capacidade plena ou porque já disponham de certo discernimento, que pesa no comércio jurídico, ou porque se acharam, no momento, assistidas pelos recursos que o direito subministra aos incapazes, a reação é atenuada pela vontade individual que se interpõe. O ato, neste caso, é apenas anulável²³¹.

Diferentemente da nulidade, as causas de anulabilidade, notadamente atreladas à higidez da manifestação de vontade pelas partes²³², admitem o convalidamento com o decurso do tempo, segundo previsões dos atuais artigos 178 e 179 do Código Civil. E, a princípio, as anulabilidades estão destinadas ao convalidamento, sempre que a parte legitimada não as alegue tempestivamente, sendo

228 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico:** nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 229.

229 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico:** nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 195

230 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico:** nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 234.

231 BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** Campinas: Red Livros, 2001, p. 345.

232 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico:** nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo, Almedina, 2017, p. 200-201.

decadencial o prazo para tanto²³³. Para além, os atos anuláveis podem ser ratificados pelas partes, o que retroage à data de celebração do negócio²³⁴.

Do exposto, denota-se que a nulidade, sanção prevista na proposta de alteração do art. 421 do Código Civil, é por deveras gravosa e está atrelada aos requisitos de validade de um negócio jurídico. Ocorre que esses requisitos estão há muito tempo postos no ordenamento jurídico, e dentre eles não está elencada a chamada função social do contrato que, como dito, vem sendo associada a profundas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Em verdade, o que se parece invocar ao mencionar a função social do contrato no art. 421 do Código Civil, é o plano da eficácia do negócio jurídico: os efeitos pretendidos pelas partes, os quais podem não ser alcançados em razão de alguns obstáculos, que não previstos em normas cogentes. Isto porque a função social do contrato não encerra requisito essencial do negócio jurídico, mas mera recomendação. Tomando as palavras de San Tiago Dantas:

A lei, quando estabelece às exigências, os requisitos intrínsecos para a prática de um determinado ato, muitas vezes, ao lado dos requisitos essenciais, consagra meras recomendações, meras precauções admonitórias, visando à regularidade, ao interesse das partes, à própria economia do ato jurídico. Mas não faz desses requisitos condições essenciais; não os eleva à categoria de elementos sem os quais o ato jurídico estará fulminado de nulidade. São irregularidades secundárias, que não prejudicam a validade do ato jurídico, por isso mesmo que não perturbam aquilo que se tem como essencial na formação do efeito visado pelo ato. Uma das grandes habilidades,

233 SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo, Almedina, 2017, p. 222-225.

234 BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001, p. 354.

um dos trabalhos em que se revela a precisão e a sutileza do raciocínio jurídico, é a distinção entre os requisitos essenciais, cuja falta importe em nulidade e os requisitos não essenciais, acidentais, cuja falta apenas induz a irregularidade do ato²³⁵.

Daí porque associar eventual desrespeito à função social do contrato a causa de nulidade de uma cláusula contratual é medida por deveras gravosa, já que, como adiantado por José Ferreira Gomes, das invalidades dos negócios jurídicos, a nulidade é a mais grave delas²³⁶. O desrespeito a requisitos voluntários, ao invés da nulidade, deve ser associado a uma irregularidade.

Nesse sentido, filia-se à posição defendida pelos ilustres doutrinadores Vera Fradera e Giordano Bruno, qual seja de retirada do parágrafo segundo do art. 421 do Anteprojeto de Código Civil. Nos termos de Giordano Bruno, a sanção de nulidade é estipulação grave para conteúdo tão difícil de avaliar – o da função social do contrato - o que coloca em risco a força vinculante dos contratos²³⁷.

Já Vera Fradera vai além e indica que, ao incluir o parágrafo segundo ao art. 421, o Anteprojeto de Código Civil incorre em verdadeira antinomia, haja vista que, após o advento da Lei n. 13.874/19, que incluiu um parágrafo ao mencionado art. 421, adotou-se uma posição liberalista, pela afirmação da prevalência do princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual. Em sentido inverso, com a possível introdução do parágrafo segundo ao art. 421, pretende-se verdadeiro controle sobre a liberdade contratual, limitando-a a partir da incidência de conceito sobre o qual sequer

235 DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 330.

236 GOMES, José Ferreira. A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294º e 280º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, n. 2, p. 323-349, 2018, p. 327.

237 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024, p. 30.

há consenso. Como apontado pela doutrinadora, a proposta, feita no tocante ao art. 421, é logicamente defeituosa²³⁸.

Como visto, negócios jurídicos nulos são aqueles que violam interesses socialmente relevantes e/ou disposições de normas jurídicas cogentes. À nulidade se associam a imprescritibilidade e a impossibilidade de suprimento, nem mesmo por juízes, os quais devem apenas reconhecê-la. Feito isso, é como se aquele negócio jurídico jamais tivesse existido. Ou seja, o Anteprojeto sugere consequência desastrosa e ferrenha para o desrespeito a um princípio cujo significado sequer é bem delineado: a função social do contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar criticamente a proposta de inclusão do parágrafo segundo no artigo 421 do Código Civil, que prevê a nulidade de cláusulas contratuais que violem a função social do contrato. Ao longo do exposto, evidenciou-se que o conceito de função social é amplamente debatido há mais duas décadas e, até o momento, indefinido na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Dessa imprecisão se vislumbra interpretações múltiplas e, eventualmente, até mesmo contraditórias e arbitrárias, causando insegurança jurídica aos contratantes.

Além disso, observou-se um indevido deslocamento da tratativa da função social do contrato do plano da eficácia para o plano da validade dos negócios jurídicos, entendendo-se que a sua melhor aplicação é mesmo como um limite à autonomia privada – de incidência excepcional, na medida em que se trata de uma restrição de direito – sem, assim, comprometer a validade do contrato celebrado entre as partes.

238 FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil**: uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

Conclui-se, por tudo isso, que o caminho mais adequado é extirpar o parágrafo segundo do artigo 421 da proposta contida no Anteprojeto de Reforma do Código Civil, de modo a preservar o equilíbrio entre a liberdade contratual e os interesses coletivos, privilegiando a intervenção mínima, sem sacrificar a previsibilidade e estabilidade nas relações contratuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/7>. Acesso em: 07 set. 2024.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 07 set. 2024.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FRADERA, Vera Jacob de. **A sanção de nulidade da cláusula violadora da função social do contrato no projeto de Código Civil**: uma redação a ser revista. Uma redação a ser revista. 2024. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-das-civilistas/408894/a-sancao-de-nulidade-da-clausula-violadora-do-contrato-no-codigo-civil>. Acesso em: 10 set. 2024.

GOMES, José Ferreira. A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294º e 280º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade. **Revista de Direito Civil**, Lisboa, n. 2, p. 323-349, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IMPrensa Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, seção 1, Supl., 4 set. 1983. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver>. Acesso em: 07 set. 2024.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 07 set. 2024.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; MELO, Diogo Leonardo Machado de; ARAUJO, Paulo Doron R. de. Introdução. **Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 38, ano 27, p. 14-19, 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 07 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **O Direito Contratual no anteprojeto de revisão do Código Civil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/409484/o-direito-contratual-no-anteprojeto-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 set. 2024.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional

do Direito Civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/19174>. Acesso em: 07 set. 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: Comissão Interna do Senado, 2023, p. 286. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/mna/relatorios>. Acesso em: 15 set. 2024.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo**. São Paulo, Almedina, 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/462>. Acesso em: 07 set. 2024.

ENTRE ADESÃO E PARIDADE: A CONFUSÃO CONCEITUAL DO ART. 421-D NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Flávia Silveira Siqueira*²³⁹

*Thaminy Helena Teixeira da Silva*²⁴⁰

RESUMO: Os contratos de adesão são amplamente utilizados nas mais diversas espécies de contratação, de consumo a empresariais. Contudo, o artigo 421-D nos termos propostos para a Reforma do Código Civil impõe severas restrições a esses contratos. Diante disso, o presente trabalho busca demonstrar o equívoco das premissas que levaram à proposta do artigo, bem como as graves consequências de sua aprovação. A pesquisa é de cunho jurídico-dogmático, realizada a partir da busca de dados na doutrina, jurisprudência e legislação. Conclui-se que o art. 421-D, fundado na equivocada premissa de contraposição entre contratos paritários e contratos de adesão, cria graves limitações às contratações por adesão submetidas ao Código Civil, a ponto de inviabilizar a utilização da técnica contratual fora das relações de consumo, em especial no contexto empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos paritários. Contratos de adesão. Reforma do Código Civil.

INTRODUÇÃO

A Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), instituída em 28/08/2023, por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 11/2023, propôs, dentre outros temas, diversas alterações nos livros de Obrigações e Contratos. No Relatório

239 Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq).

240 Advogada. Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq).

Final das propostas, enviado ao Senado Federal no dia 17/04/2024 para a tramitação enquanto Projeto de Lei nas casas legislativas, está o acréscimo do art. 421-D²⁴¹, objeto de análise do presente trabalho.

No texto proposto, chama atenção o seu início, o qual estabelece regras contratuais, “salvo nos contratos de adesão”, dando a entender que essa espécie contratual não poderia dispor sobre os temas discriminados nos incisos da proposta. Entretanto, sabe-se que a adesão, enquanto técnica contratual, tem sua utilidade acentuada em um contexto de massificação das relações contratuais, e, por isso, é utilizada em um amplo espectro de contratações, desde consumeristas até empresariais.

Por isso, o primeiro tópico do trabalho se dedica a traçar um panorama das classificações contratuais no que diz respeito à adesão e à paridade, a fim de demonstrar o equívoco da contraposição das duas classificações. Ou seja, no atual contexto do ordenamento brasileiro, não é possível compreender que o contrato paritário se define em contraposição ao contrato de adesão, mas, ao contrário, existem contratos de adesão paritários e contratos negociados não paritários.

Contudo, como se pretende demonstrar no segundo tópico, a Comissão de Juristas responsável pela reforma do Código Civil se pauta nessa confusão conceitual para propor o art. 421-D, perpetuando esse antagonismo inadequado. Assim, adota a premissa de que todo contrato de adesão possui parte vulnerável, o aderente, e por isso a liberdade de contratação deve ser limitada nessas relações. A premissa em si tem mérito, afinal, o aderente de fato tem uma grande restrição na sua própria liberdade contratual em relação ao estipulante. No entanto, a gravidade das restrições impostas pelo artigo proposto e

241 Art. 421-D. Salvo nos contratos de adesão ou por cláusulas predispostas em formulários, as partes podem, para a garantia da paridade contratual, sem prejuízo dos princípios e das normas de ordem pública, prever, fixar e dispor a respeito de: I - parâmetros objetivos para a interpretação e para a revisão de cláusulas negociais; II - hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual; III- alocação de riscos e seus critérios, definida pelas partes, que deve ser observada e respeitada; IV - glossário com o significado de termos e de expressões utilizados pelas partes na redação do contrato; V - interpretação de texto normativo.

a ausência de qualquer parâmetro de discriminação entre diferentes relações contratuais que utilizam da adesão, desperta preocupação.

1 CONTRATOS DE ADESÃO E CONTRATOS PARITÁRIOS: UM ANTAGONISMO INADEQUADO

O cerne da concepção de paridade nos contratos civis remonta ao liberalismo clássico que pautou a consolidação do direito privado nos séculos XVIII e XIX sobre os pilares da autonomia privada, da força obrigatória dos contratos e da relatividade de seus efeitos. A partir disso, o Direito dos Contratos se construiu sobre a mais ampla liberdade contratual, pautada na igualdade formal e na presunção de simetria dos contratantes, os quais podem livremente negociar e celebrar contratos como melhor lhes aproveite, preservando um amplo espaço de não interferência²⁴².

Ao longo do século XX, todavia, com a identificação das injustiças criadas pela quase absoluta presunção de igualdade entre os contratantes, emergiram no ordenamento brasileiro diversas legislações especiais voltadas a regulamentar inteiros setores das relações privadas. Essa separação adveio do reconhecimento de que determinadas relações jurídicas são marcadas por tamanho desequilíbrio de forças entre os contratantes, que a submissão a um Código Civil que os considera iguais cria distorções que submetem o mais fraco à vontade do mais forte, sendo a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) o maior exemplo desse movimento.

Um dos principais motivadores desse processo foi a massificação das relações contratuais, que tem como símbolo maior

242 “Com efeito, a ideia de que o contrato deve ser lei entre as partes e ter força obrigatória (*pacta sunt servanda*) está diretamente associada à premissa de que os contratantes, exatamente porque estão em posição de simetria, apenas contratam se quiserem, quando quiserem, com quem quiserem e nos termos que quiserem” (FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João. (Org.) **20 anos de vigência do código civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 551).

o contrato de adesão. Se a teoria contratual clássica pressupõe uma fase pré-contratual de negociações posteriormente formalizadas em documento que retrata o encontro de vontade de ambas as partes, a contratação por adesão se caracteriza pela ausência de debate prévio sobre as cláusulas contratuais, cabendo ao predisponente ou estipulante redigi-las e ao aderente apenas anuir com o conteúdo pré-disposto²⁴³.

Antônio Pinto Monteiro diz que os contratos de adesão são decorrentes da “produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série”, em virtude da necessidade de “racionalização, planejamento, celeridade e eficácia”.²⁴⁴ Ou seja, seu objetivo é facilitar a dinâmica de contratação de massa, sem a necessidade de as partes debaterem individualmente cada cláusula. Por isso, segundo o autor, os requisitos para o contrato ser caracterizado como de adesão são: (i) pré-disposição, uma vez que as cláusulas são redigidas antes da fase de negociação; (ii) unilateralidade, pois a redação é realizada apenas pelo estipulante; e (iii) rigidez, por não ser possível alterar substancialmente a redação, sendo ela imposta ao aderente.²⁴⁵ Resumidamente, para Orlando Gomes, “uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos.”²⁴⁶

O contraste da adesão com a teoria contratual até então desenvolvida é tamanho que se chegou até mesmo a considerar que

243 Nos termos da definição posta pelo Código de Defesa do Consumidor, prevê o art. 54 que “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

244 PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, jul./set. 2001, p. 5.

245 PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, jul./set. 2001, p. 6-7.

246 GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 139.

adesão não é contrato²⁴⁷, mas a perplexidade que essa modalidade de contratação gerou na doutrina não impediu que fosse amplamente adotada nas mais diversas relações. O CDC é o primeiro diploma legislativo a tratar do tema²⁴⁸, mas, em que pese os exemplos mais comuns de sua utilização sejam relacionados a consumo (telefonía, internet, energia elétrica e outros), a adesão também é amplamente utilizada em relações contratuais civis e empresariais, mesmo nas entendidas como “paritárias”.

Assim, embora a associação entre a massificação dos contratos seja ligada à ascensão do consumo, entender que o contrato de adesão é aplicável apenas nas relações consumeristas seria ignorar um amplo espectro de negócios em que é utilizado²⁴⁹. Frente a essa realidade, o Código Civil de 2002 prevê os artigos 423 e 424, os quais dispõem que cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do aderente, além da nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Nesses termos, a adesão nada mais é do que uma forma de contratação, mais célere, de modo que sua definição não tem relação com os sujeitos que formam o pacto contratual. Nesse sentido, inclusive, relembrem-se as características elencadas por Antônio Pinto Monteiro para caracterização do contrato de adesão: predeterminação, unilateralidade e rigidez. O autor não faz qualquer

247 Questionamento a que José de Oliveira Ascensão responde argumentando que, ainda que não haja liberdade de estipulação por parte do aderente, há liberdade *jurídica* de celebração. (ASCENSÃO, José de Oliveira, Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 39, 2003, p. 6).

248 Cabe destacar que a proposta de reforma do Código Civil altera o art. 423 para acrescentar sua própria definição de contrato de adesão: “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.”

249 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 41.

menção sobre o contratante ser necessariamente um consumidor, sendo a modalidade, portanto, plenamente aplicável às demais relações civis. E não apenas aplicável, a adesão, enquanto instrumento de contratação, é amplamente utilizada nas relações empresariais. No contexto de massificação das relações contratuais, revela-se enquanto uma técnica essencial para reduzir os custos de transação e permitir a constituição de redes contratuais²⁵⁰, em razão de vantagens como a certeza da contratação, a agilidade, a procura rápida por parceiros econômicos e a alocação de tempo e dinheiro em outras demandas mais complexas²⁵¹⁻²⁵².

Contudo, no contexto da consolidação do Direito do Consumidor e com o uso do contrato de adesão nessa seara, passou-se a contrapor as relações de consumo àquelas regidas pelo Código Civil, presumidamente paritárias. Assim, nas relações civis e empresariais, “a presunção de simetria não apenas deveria ser mantida, como inclusive deveria ser o elemento diferenciador de tais contratos em relação aos contratos trabalhistas e consumeristas.”²⁵³ Por consequência, essa dicotomia entre relações de consumo e relações paritárias levou a uma contraposição entre contratos de adesão e contratos paritários. Sobre o tema, cabe ressaltar o Enunciado n° 171 da III Jornada de Direito Civil, que já abordava a problemática: “o contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

250 FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 66.

251 CASTRO, Diana Loureiro Paiva de; OLIVA, Milena Donato. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, mai./jun. 2020, p. 230.

252 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 52.

253 FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João. (Org.) **20 anos de vigência do código civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 552.

Todavia, se por vezes se intenciona classificar “paritário” como o contrato em que há espaço para negociação, em contraposição à adesão, essa definição se torna um problema especialmente a partir da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Com o objetivo de instituir um “princípio da intervenção mínima” nos contratos, a lei acrescenta ao Código Civil o art. 421-A²⁵⁴, sendo esta a primeira vez que o termo “contrato paritário” é utilizado no diploma legal. Ainda assim, a legislação não contribui para a compreensão do significado do que seria o “contrato paritário, pois não estabelece uma definição, quais elementos concretos afastam essa presunção e, tampouco, quais as consequências do seu afastamento para a interpretação do contrato.

Enquanto a própria positivação da noção de uma presunção de paridade merece críticas²⁵⁵, a ausência de maiores definições contribui para a confusão conceitual, de modo que “paridade” acaba sendo utilizada com sentidos diversos e pouco delimitados. Por vezes, se aborda a paridade enquanto relação concreta de forças, em que as partes possuem um equilíbrio real em termos de poder econômico, informação e capacidade de negociação. Enquanto esse parece ter sido o sentido adotado pela Lei de Liberdade Econômica, o pouco desenvolvimento da classificação desde então fez com que a paridade se tornasse regra para todas as relações reguladas pelo Código Civil²⁵⁶.

254 Art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantindo também que: [...].

255 Nesse sentido, Ana Frazão chama atenção para o fato de que, “diante de uma sociedade tão desigual como a brasileira, é no mínimo questionável presumir que, em relações civis e comerciais, prevalece a simetria, ainda mais distante dos princípios da ordem econômica constitucional, muitos dos quais estruturam o Direito Civil-Constitucional e todas as abordagens que procuram interpretar e aplicar o Direito Privado a partir da Constituição” (FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João. (Org.) **20 anos de vigência do código civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 552).

256 MARANO, Pablo. **Relativização da presunção de paridade nos contratos civis**. 2023. 130 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023, p. 24-25.

Por outro lado, também se define paridade por exclusão: qualquer relação que não seja regida pelo Direito do Consumidor seria, em princípio, paritária, por não possuir nenhuma vulnerabilidade reconhecida pelo ordenamento²⁵⁷. Nessa perspectiva, que parece reforçada pelas propostas da Comissão, se contrapõe paridade e adesão, assumindo que um contrato de adesão é, por definição, não paritário, enquanto o contrato paritário seria aquele que não se realiza por adesão.

Essa visão, no entanto, não merece prosperar. Isso porque, como visto, o contrato de adesão é uma técnica contratual utilizada inclusive por contratantes em relações civis nas quais o elemento da vulnerabilidade não aparece. De fato, o estipulante assume uma posição de vantagem, já que é ele quem molda o contrato, porém, o aderente nem sempre está em situação de disparidade, tal qual nas relações de consumo²⁵⁸. Nesse viés, Deborah Pereira Pinto dos Santos expõe que a desigualdade até pode existir, mas que “as situações jurídicas devem ser separadas, não se podendo considerar que sempre haverá predisponente com superioridade econômica e aderente débil.”²⁵⁹

Por outro lado, em diversos contratos que, sob essa ótica, são considerados “paritários”, em negociações nas quais teoricamente haveria liberdade para ajustar os termos, existem desequilíbrios de poder, informação e capacidade de negociação. Em especial, naqueles em que há dependência econômica entre os contratantes, entendida enquanto a possibilidade de que o sujeito imponha suas condições

257 MARANO, Pablo. **Relativização da presunção de paridade nos contratos civis**. 2023. 130 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023, p. 34.

258 CASTRO, Diana Loureiro Paiva de; OLIVA, Milena Donato. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, mai./jun. 2020, p. 230.

259 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos *business to business* contracts**. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 51.

contratuais ao outro²⁶⁰. Ainda, mesmo que a partir de características pessoais das partes haja equilíbrio, é possível haver limitação do poder de negociação causado por diversos fatores, como tempo de relação entre as partes, a urgência de conclusão do acordo ou a falta de alternativas no mercado²⁶¹.

O antagonismo entre contrato paritário e contrato de adesão também é verificado na jurisprudência brasileira. Como exemplo, cita-se o REsp 1.988.894/SP, julgado em 2023, quando a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), retomando o acórdão do tribunal de origem, entendeu que o contrato de seguro de transporte em discussão não era de adesão, mas sim paritário, “em razão do significativo porte econômico da contratante do transporte internacional e do elevado valor do bem transportado”.²⁶² No mesmo sentido, a Apelação nº 5003054-96.2020.8.13.0470, julgada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em 2021, determinou que, sendo possível verificar negociação das partes sobre elementos essenciais do contrato, ele teria condição de paritário e não de adesão²⁶³. Outras decisões no mesmo sentido podem ser encontradas nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)²⁶⁴ e Goiás (TJGO)²⁶⁵.

Contudo, em sentido diverso, também são encontrados acórdãos recentes nos quais os tribunais são expressos ao afirmar que

260 Paula Forgioni contrapõe contratos paritários a contratos em que há dependência econômica, ressaltando que se trata de um espectro, e não de uma classificação estática entre um e outro. (FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67).

261 FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João. (Org.) **20 anos de vigência do código civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 565.

262 BRASIL. STJ. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.988.894/SP**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. j. 09/05/2023. DJe. 15/05/2023.

263 MINAS GERAIS. TJMG. 9ª Câmara Cível. **Apelação nº 5003054-96.2020.8.13.0470**. Relator.: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda. j. 04/08/2021. DJe. 11/08/2021.

264 RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 11ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 5065958-37.2020.8.21.7000**. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. j. 08/02/2021. DJe. 12/02/2021.

265 GOIÁS. TJGO. 4ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 5786175-17.2022.8.09.0051**. Relator: Des. Carlos Escher. j. 27/03/2023. DJe. 28/03/2023.

o contrato é paritário e de adesão simultaneamente. Exemplifica-se, nesse sentido, o Agravo de Instrumento nº 2076954-19.2024.8.26.0000, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) validou a cláusula de eleição de foro contida em um contrato de empréstimo, alertando que se tratava de uma relação jurídica paritária e, portanto, inaplicável as disposições do CDC, em que pese fosse um contrato de adesão²⁶⁶. O TJGO, no mesmo sentido, afastou a incidência do CDC em um contrato de compra e venda de lotes condominiais, reputando ser um contrato paritário sem vulnerabilidade de qualquer das partes²⁶⁷.

Pode-se concluir, diante disso, que a adoção da adesão enquanto técnica contratual não implica, necessariamente, em disparidade na relação negocial propriamente dita. Isso porque a contratação por adesão decorre da sociedade massificada, sendo utilizada em contratos *business to business*, ou seja, naqueles firmados entre empresas, que, a priori, são relações jurídicas paritárias²⁶⁸. Nesse sentido, pode-se citar a contratação de seguros que, embora sejam contratos com as condições padronizadas, nem sempre são decorrentes de relações desiguais²⁶⁹. Aqueles denominados como de grandes riscos, por exemplo, são contratados por empresas que possuem um amplo conhecimento, além de funcionários como engenheiros, advogados e consultores devidamente capacitados para auxiliar na fase da contratação²⁷⁰. O STJ, inclusive, já se posicionou, no Informativo nº

266 SÃO PAULO. TJSP. 13ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2076954-19.2024.8.26.0000**. Relator: Des. Nelson Jorge Júnior. j. 30/08/2024. DJe. 30/08/2024.

267 GOIÁS. TJGO. 4ª Câmara Cível. **Apelação nº 5148771-44.2023.8.09.0051**. Relator: Des. Sebastião José de Assis Neto. j. 06/05/2024. DJe. 06/05/2024.

268 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 51.

269 Outros exemplos são os contratos firmados com a administração pública por meio de licitações, nas quais o modelo de contrato, inclusive, já é divulgado durante o processo licitatório, além de contratos de franquia.

270 Nesse sentido, cf. GOLDBERG, Ilan. Há vulnerabilidade nos contratos de seguro D&O? *In*: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Orgs.). **Direito dos seguros em movimento**. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 270-271.; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco (Orgs.). **Fundamentos do direito civil**: contratos. v.

761, de 2022, no sentido de que não há relação de consumo nos seguros de responsabilidade civil de administradores, conselheiros e diretores (RC D&O), uma vez que ele beneficia a própria sociedade empresária. Desse modo, entende-se, que embora seja um contrato de adesão, o CDC não é aplicado aos seguros de maneira indiscriminada.

Nesse cenário de indefinição conceitual, aprofundando o movimento inaugurado pela Lei de Liberdade Econômica, a atual proposta de reforma do Código Civil traz outras 21 (vinte e uma) novas menções a contratos paritários, por vezes como um importante critério diferenciador da norma²⁷¹. Diante disso, definição tão simplista quanto a contraposição ao contrato de adesão, associando este à necessária vulnerabilidade do aderente, cria graves distorções na legislação contratual, a exemplo do art. 421-D proposto pela CJCODCIVIL, como se pretende debater no tópico a seguir.

2 O PROBLEMA DA PROPOSTA DO ART. 421-D DO CÓDIGO CIVIL

Conforme visto no tópico anterior, parte da doutrina e da jurisprudência utilizam o contrato de adesão e o contrato paritário como instrumentos antagônicos quando, na realidade, essa visão não se sustenta, uma vez que o contrato paritário tem como foco a qualidade dos contratantes, e a adesão é técnica por meio da qual a contratação é efetivada mais rapidamente. O modo usual de tratá-los como contrapostos é, portanto, equivocado.

Ocorre que a CJCODCIVIL, ao invés de colocar fim a essa inadequada visão, acabou por reforçá-la com a sugestão de inclusão do

3. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 465; BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Comentários ao art. 423 do Código Civil. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Orgs.). **Direito dos seguros**: comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 117.

271 É exemplo disso as previsões relativas ao contrato de seguro, que trazem diversas referências a contratos paritários. Dentre elas, prevê a nulidade do contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado ou do beneficiário, sendo que, para esses fins, “nos contratos simétricos e paritários, a culpa grave se equipara ao dolo.” (art. 762 do Relatório Final da proposta de reforma do Código Civil enviada ao Senado Federal).

art. 421-D ao texto do Código. Carlos Eduardo Pianovski, que integrou o grupo de trabalho responsável pelo livro de Contratos, ao enumerar algumas propostas, declarou expressamente que os incisos do referido artigo são destinados para “contratos que não sejam de adesão (ou seja, paritários)”²⁷², perpetuando essa insustentável contrariedade. Leia-se a íntegra da proposta para o dispositivo:

Art. 421-D. **Salvo nos contratos de adesão** ou por cláusulas predispostas em formulários, as partes podem, **para a garantia da paridade contratual**, sem prejuízo dos princípios e das normas de ordem pública, prever, fixar e dispor a respeito de:

I - parâmetros objetivos para a interpretação e para a revisão de cláusulas negociais;

II - hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual;

III- alocação de riscos e seus critérios, definida pelas partes, que deve ser observada e respeitada;

IV - glossário com o significado de termos e de expressões utilizados pelas partes na redação do contrato;

V - interpretação de texto normativo [grifo nosso].

O artigo elenca exemplos de cláusulas que podem ser previstas em contratos “para a garantia da paridade contratual”, bem como veda que tais disposições sejam inseridas em contratos de adesão. Ou seja, esses últimos, por presumidamente não serem paritários, na visão da Comissão da Reforma, estão excluídos da previsão do dispositivo. O equívoco se coloca tanto pela perspectiva dos contratos “paritários”, para os quais a previsão do artigo é desnecessária, mas, principalmente, na grave e injustificada limitação da liberdade dos contratantes que se utilizam da técnica da adesão.

272 PIANOVSKI, Carlos Eduardo. O direito contratual no anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil. **Migalhas**, 18 jun. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/409484/o-direito-contratual-no-anteprojeto-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 30 jul. 2024.

A proposta de reforma do Código Civil parece buscar ampliar o espaço de liberdade dos contratantes, fazendo frente ao movimento de maior intervenção nos contratos presente na Constituição de 1988²⁷³ e no Código Civil de 2002. Todavia, o art. 421-D, paradoxalmente, produz um efeito contrário. Como já defendido no presente trabalho, contratos de adesão, quando firmados no âmbito civil ou empresarial, e sem vinculação à seara consumerista, são fundamentais para a vasta rede de relações contratuais interligadas que compõem o que se entende pelo mercado globalizado. A técnica é amplamente utilizada por empresas em diferentes setores, como o de tecnologia, logística, telecomunicações, finanças, e em operações de larga escala, em que a agilidade e a previsibilidade são fundamentais. Ao impor limitações rígidas ao contrato de adesão, a reforma compromete sua utilidade, retirando a flexibilidade dessas relações.

Em primeiro lugar, o inciso I da proposta do art. 421-D veda a pactuação de “parâmetros objetivos para a interpretação e para a revisão de cláusulas negociais” em contratos de adesão. A proposta em muito se assemelha ao que está previsto no art. 113, §2º do Código Civil²⁷⁴ (acrescentado pela Lei de Liberdade Econômica), sendo a novidade apenas a exclusão dos contratos de adesão dessa dinâmica. Enquanto a própria necessidade dessa previsão para os contratos em geral é questionável, dado que a liberdade contratual assegura às partes a pactuação de tudo aquilo que é disponível, o mesmo art. 113,

273 Com o acréscimo de novos princípios, é natural que se perceba um processo de fragmentação e relativização da teoria contratual. Afinal, à sombra da “mística da vontade”, fomos acostumados a conhecer nos manuais e a reconhecer no Código Civil princípios capazes de nos revelar o substrato do contrato. Nos tempos atuais, contudo, isto que antes se apresentava como essencial torna-se conjuntural, e o contrato fundado na autonomia da vontade e em seus princípios correlatos é considerado “um modelo de contrato”: o modelo clássico. Opõe-se-lhe o modelo contemporâneo, cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação da vontade individual, passando a exigir o recurso aos chamados “novos Princípios” – boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 106-107).

274 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] §2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

em seu inciso IV, determina que a interpretação do contrato deverá ser aquela mais benéfica para quem não redigiu o contrato, o que se aplica à técnica da adesão em benefício do aderente, tal como previsto no atual art. 423.

No que se refere aos incisos II e III, coloca-se como ainda mais problemática a previsão de que os contratos de adesão não poderão dispor sobre “hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual”, nem sobre “alocação de riscos e seus critérios”. As previsões, genéricas, afastam a possibilidade de uso de mecanismos como alocação de riscos quanto a caso fortuito e força maior, cláusula resolutiva expressa, alterações no regime legal de vícios redibitórios e evicção, dentre outros. Sem maiores especificações, a disposição parece abrir caminho para uma interpretação que afasta, inclusive, a possibilidade de pactuações em benefício do aderente, de modo que nenhuma alteração poderia ser feita na alocação legal de riscos. Além disso, não se pode esquecer que o risco é inerente a qualquer relação contratual, seja ele pactuado da forma como for. No caso do contrato de adesão, é o estipulante quem define os riscos que irá assumir, e isso deve ser levado em consideração em um controle de abusividade das suas cláusulas. Porém, os riscos ainda existem e, não sendo identificada qualquer abusividade na sua alocação, a pactuação dos contratantes deve ser respeitada²⁷⁵ e não impedida, como quer a reforma.

Ainda, no inciso IV do art. 421-D, veda-se que, nos contratos de adesão, haja glossário contendo a definição de termos e expressões. Mais uma vez, essa restrição não se sustenta, visto que esse tipo de previsão no contrato, especialmente naqueles de maior complexidade ou especificidade, pode auxiliar na compreensão do negócio pelo aderente²⁷⁶. É inerente à liberdade as partes poderem estipular e

275 OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. Gestão de riscos no contrato de adesão. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Orgs.). **Riscos no Direito Privado e na Arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 628.

276 Em contratos de seguro, por exemplo, esta é uma técnica recomendada pela Superintendência de Seguros Privados (Susep). Em seu “Guia de Orientações ao

definir conceitos e expressões utilizados na avença, e, mesmo nos contratos de adesão, essa técnica pode ser utilizada sem que se impute prejuízos ao aderente, uma vez que, além dos artigos específicos, o art. 112 do Código Civil dispõe que a intenção das cláusulas (e aqui, por extensão, das definições) importa mais do que o sentido literal previsto no contrato.

Por fim, a proposta prevê, no art. 421-D, inciso V, a possibilidade de disposição contratual a respeito de “interpretação de texto normativo”, exceto para os contratos de adesão. Diante da ausência de justificativa publicada para a inserção do inciso, ainda não há clareza sobre como essa disposição se enquadraria no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito à sua validade e aos potenciais impactos que poderia ter sobre a interpretação do contrato.

Nesses termos, entende-se, a princípio, que uma cláusula contratual que preveja o modo pelo qual os contratantes entendem uma disposição legal pode não ter qualquer valor jurídico além de servir como orientação para a interpretação das obrigações assumidas pelas próprias partes. E diz-se isso considerando que as normas legais são de ordem pública e não podem ser alteradas ou interpretadas livremente pelas partes em um contrato. Seu conteúdo, portanto, não é de nenhum modo vinculante para o intérprete, independentemente de o contrato ser de adesão ou não, paritário ou não. Trata-se de disposição que dificilmente seria aplicada no âmbito judicial, sem nem se chegar à discussão de implicar em qualquer abusividade para o aderente.

O que se nota, diante disso, é que a proposta em análise demonstra uma confusão conceitual ao tratar de forma indistinta categorias que devem pertencer a campos classificatórios diferentes, como os contratos de adesão e os de paridade. Nessa perspectiva de

Segurado”, a Susep elenca algumas informações importantes que constam nas condições gerais da apólice, dentre elas, o glossário contendo as principais definições dos termos utilizados nos seguros. Disponível em: https://www2.susep.gov.br/download/cartilha/cartilha_susep2e.pdf.

organização sistemática, Cristiano Zanetti²⁷⁷ compreende a liberdade contratual em três grupos, a partir de sua intensidade: primeiro, os contratos clássicos, negociados, submetidos ao regime geral do Código Civil. Segundo, os contratos de consumo, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor e, por isso, submetidos a uma série de restrições na liberdade de pactuação²⁷⁸. Por fim, no terceiro grupo, estão os contratos de adesão submetidos ao Código Civil. Estes, segue o autor, são um grupo intermediário no que se refere à intensidade das limitações postas à liberdade do contratante pela legislação, estando estas no art. 423 e 424 do Código Civil.

No entanto, a proposta de acréscimo do art. 421-D desestrutura essa lógica ao submeter os contratos de adesão não consumeristas a restrições mais graves do que as que se submetem os contratos consumeristas de adesão. A classificação de Cristiano Zanetti tem a vantagem de ser suficientemente genérica para permitir uma compreensão clara da organização dos contratos sob a perspectiva do contrato de adesão. Em contraste, o problema central da proposta de acréscimo do art. 421-D reside em seu caráter excessivamente gravoso, ao mesmo tempo em que se aplicaria de maneira indistinta a uma imensa diversidade de contratos, apenas em razão da utilização da adesão enquanto instrumento de contratação.

Por consequência, se aplicado em sua literalidade, o art. 421-D condena o contrato de adesão à inutilidade fora das relações de consumo, uma vez que a gravidade das limitações impostas elimina qualquer flexibilidade em sua utilização. Isso é particularmente prejudicial nas relações empresariais, nas quais a criatividade e a adaptabilidade são essenciais para que os termos das contratações sejam ajustados às realidades dinâmicas do mercado. Pode-se dizer, portanto, que a reforma inviabiliza a aplicação desse modelo contratual em cenários que demandam soluções ágeis e personalizadas.

277 ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Contratual Contemporâneo**: a liberdade contratual e a sua fragmentação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 231-237.

278 Em que o exemplo mais evidente é o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que elenca uma série de cláusulas consideradas abusivas nessas relações.

É importante, no entanto, que se considere legítima a intenção de tutelar a posição do aderente, que tem uma efetiva diminuição do seu espaço de autonomia privada em razão da impossibilidade de negociação. Essa redução exige uma proteção adequada no sentido de evitar que o aderente seja prejudicado pela imposição de cláusulas excessivamente onerosas²⁷⁹. No entanto, o atual Código Civil já prevê mecanismos de proteção que buscam assegurar maior equilíbrio entre as partes, notadamente os artigos 423 e 424 do diploma.

Se ambas as disposições ainda são cercadas de debates quanto ao seu sentido e interpretação²⁸⁰, elas possuem o mérito de atuar como um controle de abusividade das cláusulas contratuais sem impor um genérico e injustificado controle prévio do conteúdo dos contratos de adesão²⁸¹, tal como pretende a Reforma. O que se argumenta aqui é que não é possível dizer que, por ser paritário, não haverá proteção jurídica ao contrato de adesão, mas apenas que ela deve se dar de modo diferente das relações consumeristas. Nesse sentido, explica Sílvia Dias da Costa Machado que a redução da autonomia do aderente das relações civis não se compara à redução da autonomia do

279 “É preciso ter cuidado: o sistema protetivo, no caso, será o constante da legislação civil e não aquele do Código de Defesa do Consumidor. Mesmo com uma reconhecida assimetria não se pode dizer que a proteção aqui deva ser equivalente àquela concedida ao consumidor nos contratos de adesão em que é parte. O aderente-empresário supõe-se esclarecido e que tenha condições de discernir e assimilar todo o conteúdo contratual, é um profissional, tem conhecimento técnico. Diferentemente ocorre nas relações de consumo em que o aderente é um leigo, e o outro é profissional.” (MACHADO, Sílvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 51-52). No mesmo sentido, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controle do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, n. 0, p. 5-34, 2005, p. 15).

280 As discussões se dão especialmente em torno do art. 424 e da abrangência de sua aplicação (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 171).

281 SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 47.

consumidor, pois embora haja um déficit informativo, o empresário não é hipossuficiente e se beneficia daquela contratação em uma situação de equivalência com o estipulante²⁸².

Ainda em paralelo com as relações consumeristas, não é unicamente à utilização do contrato de adesão que se deve a vulnerabilidade do consumidor. Na verdade, sua vulnerabilidade é oriunda do desequilíbrio informacional e econômico presumido entre consumidor e fornecedor²⁸³, de modo que o contrato de adesão agrava esse cenário, mas não é sua fonte. Logo, novamente, mostra-se equivocado assumir que toda relação pautada em contrato de adesão deve atrair grandes restrições à liberdade contratual em nome da proteção do aderente²⁸⁴.

Esclarece-se, sobre isso, que o que se defende não é uma liberdade irrestrita em razão da qualificação das partes (empresárias ou não), de modo que a autonomia privada e a liberdade contratual se sobreponham sobre qualquer outro interesse nas relações contratuais. O ponto central é que a necessária análise das vulnerabilidades envolvidas deve ser feita diante das circunstâncias concretas de contratação, e não com base em previsões legais tão gravosas e genéricas como as sugeridas.

Assim, se a proposta de acréscimo é problemática para os contratos de adesão, em relação aos demais ela se mostra completamente desnecessária, na medida em que os contratantes

282 MACHADO, Sílvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo Código Civil**. 2007. 131 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 45-46.

283 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

284 “A relevância da contratação por adesão, assim, se insere em um contexto de delimitação da autonomia privada mais severo que aquele incidente nos contratos negociados, mas não tão rígido quanto aquele dos contratos de consumo. Assim, nos contratos por adesão a limitação à autonomia privada visa à tutela do aderente, mesmo que não se trate de consumidor.” (NERY, Déborah Cristina dos Santos. **Limitações à autonomia privada nos contratos de prestação de serviços firmados por adesão: uma análise sob a ótica do Código Civil**. 2020, 170 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 26.)

podem pactuar tudo aquilo que não é proibido por lei - o que inclui os limites impostos pela boa-fé, função social e equilíbrio contratual. Portanto, a disposição nada acrescenta além da injustificada limitação imposta aos contratos de adesão, de modo que o melhor caminho é a sua supressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de reforma do Código Civil brasileiro, em especial o art. 421-D, traz à tona a necessidade de um debate mais aprofundado sobre a paridade nos contratos. Como exposto, a problemática se inicia com a falta de consenso sobre o que significa paridade no contrato, ou seja, se paritário significa apenas não ser de adesão, ou se implica em uma análise do efetivo equilíbrio de poder informacional e econômico entre os contratantes, especialmente na fase pré-contratual.

Em paralelo ao desenvolvimento da proteção do contratante vulnerável no Direito do Consumidor, pouco se falou sobre o tratamento das relações não paritárias submetidas ao Código Civil. Ao mesmo tempo, em razão da ampla utilização do contrato de adesão nas relações de consumo, este passou a ser associado à necessária vulnerabilidade do aderente. O resultado é uma confusão conceitual que contrapõe paridade e adesão como classificações de uma mesma categoria.

Entendeu-se, no decorrer da investigação, que, ao menos desde a inserção do art. 421-A no Código Civil, pela Lei de Liberdade Econômica, não é mais possível tratar o contrato paritário como mera contraposição ao contrato de adesão, tendo em vista que o referido artigo positivou a presunção de paridade nos contratos civis, a ser afastada em determinados casos. No entanto, a norma não especificou o que se entende por “contrato paritário”, tampouco indicou quais elementos concretos devem ser analisados para justificar o afastamento dessa presunção e, principalmente, quais são as consequências práticas de um contrato ser ou não considerado paritário.

Com base nessa confusão conceitual, a CJCODCIVIL propôs a inserção do art. 421-D no diploma civilista, o qual prevê que os contratos, exceto aqueles de adesão, podem pactuar sobre parâmetros para interpretação e revisão de cláusulas negociais, hipóteses e pressupostos para a revisão ou resolução contratual, alocação de riscos e seus critérios, glossário com o significado de termos e de expressões utilizados no contrato e interpretação do texto normativo.

O que mais chama atenção na disposição, e que foi objeto de investigação do presente trabalho, é a proibição de que o contrato de adesão disponha sobre os temas elencados, sob a aparente premissa, visto que não há justificativa publicada para a inserção do dispositivo, de proteção do aderente, entendido genericamente como vulnerável. Todavia, como exposto, a adesão nada mais é do que uma técnica de contratação, que não se limita apenas às relações de consumo, mas é amplamente utilizada em relações contratuais empresariais. Embora essas relações não possam ser reduzidas a uma necessária paridade entre os contratantes, é fundamental que não sofram restrições severas à liberdade contratual, especialmente quando essas restrições podem ser, no caso do art. 421-D, ainda mais rigorosas do que as impostas nas relações de consumo.

A proposta da CJCODCIVIL, ao estabelecer uma limitação tão grave quanto genérica no seu âmbito de aplicação, qual seja, qualquer relação que se utilize do contrato de adesão, compromete a flexibilidade e a autonomia necessárias nas relações empresariais. Mais do que isso, a implementação da disposição significaria condenar o contrato de adesão à completa inutilidade fora das relações de consumo, ao impor restrições que inviabilizam sua utilização em contextos empresariais. É preciso lembrar que os contratos de adesão representam uma parcela cada vez maior das contratações realizadas, de modo que a proposta do art. 421-D é contraditória com a própria intenção que transparece pela Comissão de Reforma do Código Civil: enquanto busca delimitar um espaço de maior liberdade aos contratos “paritários”, o artigo submete uma ampla gama dessas

relações contratuais a limitações excessivamente rigorosas, baseadas unicamente na técnica contratual adotada.

Nesses termos, se pela perspectiva dos contratos de adesão a proposta é problemática, a partir do olhar dos demais contratos ela é desnecessária, tendo em vista ser dispensável que a legislação elenque temáticas sobre as quais as partes podem pactuar em um contrato. Por isso, conclui-se pela necessária supressão do art. 421-D da reforma do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira, Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo código civil, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 39, 2003.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Comentários ao art. 423 do Código Civil. *In*: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (Orgs.). **Direito dos seguros**: comentários ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 109-118.

BRASIL. STJ. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.988.894/SP**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. j. 09/05/2023. DJe. 15/05/2023.

CASTRO, Diana Loureiro Paiva de; OLIVA, Milena Donato. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, mai./jun. 2020.

FORGIONI, Paula. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. A presunção de simetria nos contratos civis e empresariais à luz da legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia; QUINELATO, João. (Org.) **20 anos de vigência do código civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2023.

GOIÁS. TJGO. 4ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 5786175-17.2022.8.09.0051**. Relator: Des. Carlos Escher. j. 27/03/2023. DJe. 28/03/2023.

GOIÁS. TJGO. 4ª Câmara Cível. **Apelação nº 5148771-44.2023.8.09.0051**. Relator: Des. Sebastião José de Assis Neto. j. 06/05/2024. DJe. 06/05/2024.

GOLDBERG, Ilan. Há vulnerabilidade nos contratos de seguro D&O? *In*: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. (Orgs.) **Direito dos seguros em movimento**. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 269-272.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo Código Civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MARANO, Pablo. **Relativização da presunção de paridade nos contratos civis**. 2023. 130 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINAS GERAIS. TJMG. 9ª Câmara Cível. **Apelação nº 5003054-96.2020.8.13.0470**. Relator.: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda. j. 04/08/2021. DJe. 11/08/2021.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NERY, Déborah Cristina dos Santos. **Limitações à autonomia privada nos contratos de prestação de serviços firmados por adesão**:

uma análise sob a ótica do Código Civil. 2020, 170 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. Gestão de riscos no contrato de adesão. *In*: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Orgs.). **Riscos no Direito Privado e na Arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2023, p. 613-628.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. O direito contratual no anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil. **Migalhas**, 18 jun. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/409484/o-direito-contratual-no-anteprojeto-de-atualizacao-do-codigo-civil>. Acesso em: 30 jul. 2024.

PINTO MONTEIRO, Antônio. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, jul./set. 2001, p. 3-31.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, n. 0, p. 5-34, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 11ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 5065958-37.2020.8.21.7000**. Relator: Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. j. 08/02/2021. DJe. 12/02/2021.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais**: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. 2015. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SÃO PAULO. TJSP. 13ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2076954-19.2024.8.26.0000**. Relator: Des. Nelson Jorge Júnior. j. 30/08/2024. DJe. 30/08/2024.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco (Orgs.). **Fundamentos do direito civil: contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. 3.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco (Orgs.). **Fundamentos do direito civil: contratos**. v. 3. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Contratual Contemporâneo: a liberdade contratual e a sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁGUAS PASSADAS MOVEM MOINHOS: A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E DECISÕES DO STJ COMO FUNDAMENTO DAS PROPOSTAS SOBRE CONTRATOS EMPRESARIAIS

*Leila Bitencourt Reis da Silva*²⁸⁵

*Roberto Henrique Pôrto Nogueira*²⁸⁶

RESUMO: O Anteprojeto de Reforma do Código Civil propõe normas sobre contratos empresariais, no bojo de um processo de elaboração legislativa que recorre ao suposto amparo de jurisprudência atualizada do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O artigo visa a investigar o eventual protagonismo desse fundamento no campo dos argumentos apresentados e a sumarizar outras justificativas paralelas. A hipótese é que, se a jurisprudência atualizada desponta como regente desse concerto, os documentos apresentados pela Comissão hão de permitir a sua conferência. Essa análise é crucial para, diante do volume significativo de informação, contribuir para a acurácia com a qual a comunidade jurídica é levada a perceber a coerência entre o pressuposto e o resultado do anteprojeto. Serve, ainda, como ferramenta para mapear orientações argumentativas prevalentes e para organizar os julgados e os conhecimentos identificados no percurso. Adota-se investigação jurídico-dogmática para o delineamento teórico dos contratos empresariais, bem como a pesquisa jurídico-diagnóstica, para o exame da documentação produzida. O estudo se orienta pela ideia de que a justificação é requisito essencial ao devido processo legislativo, vale dizer, as motivações específicas devem guardar coerência com as das sugestões normativas correlatas, sobretudo no

285 Advogada da equipe de contratos. Doutora em Direito Empresarial pela UFMG. Mestre em Direito pela UFOP.

286 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP-UFOP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Mestrado Acadêmico em Direito – Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto. Associado da Ampdic - Associação Mineira de Professores de Direito Civil e do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Advogado.

campo do Direito Empresarial, que se erige preponderantemente por meio de método indutivo, a partir de casos concretos e fatos. Os resultados indicam que, a despeito de inexistir referência precisa a julgados específicos, outros fundamentos são apresentados, como a desburocratização, o estímulo ao empreendedorismo, a consagração da liberdade de iniciativa constitucional e a adaptação de institutos à lógica do Direito Empresarial.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma. Código Civil. Contratos Empresariais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 24 de agosto de 2023, a Presidência do Senado Federal nomeou juristas para a elaboração de proposta para reforma da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil²⁸⁷. Formou-se a chamada “Comissão de Juristas”, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão. Foi concedido o prazo de 180 dias para a apresentação de Anteprojeto de Reforma do Código Civil²⁸⁸.

A Comissão de Juristas foi dividida em subcomissões organizadas conforme os seguintes temas: Parte Geral; Obrigações; Responsabilidade Civil; Contratos; Direito da Empresa; Direito das Coisas; Direito de Família; Direito das Sucessões; e Direito Digital.²⁸⁹

A Comissão de Juristas foi instalada em 4 de setembro de 2023. A partir disso, aconteceram 8 reuniões, incluindo 4 audiências públicas

287 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 jun. 2024.

288 SENADO FEDERAL. Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023. **Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1717413021486&disposition=inline>. Acesso em: 11 ago. 2024.

289 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Composição Final das Comissões e Subcomissões**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

e, no dia 18 de dezembro de 2023, foram entregues os relatórios parciais das subcomissões. Em 26 de fevereiro de 2024, o relatório geral foi concluído pela Comissão de Juristas, com as proposições para discussão final entre seus membros. Após 45 emendas²⁹⁰ para alterar partes do relatório final e 26 destaques de temas para serem discutidos em separado, na primeira semana de abril de 2024 a Comissão de Juristas fez o esforço concentrado para consolidar a versão final do anteprojeto²⁹¹. O anteprojeto foi entregue em 17 de abril de 2024²⁹².

Em relação às alterações propostas sobre contratos empresariais, destacam-se, para o escopo deste artigo, os trabalhos realizados pela subcomissão de Direito Empresarial (“Subcomissão”). Apesar de ter havido debates pelas outras frentes da tarefa, este texto irá investigar o eventual protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como fundamento no campo dos argumentos apresentados pela seção dos contratos empresariais, bem como sumarizar outras justificativas paralelas.

A hipótese a ser testada é aquela segundo a qual jurisprudência atualizada do STJ é estabelecida como orientadora da atualização legislativa, o que justifica a opção pela análise detida dos documentos e dos argumentos expostos. Prova dessa centralidade é a reunião 1º de abril de 2024, que inaugurou a semana de esforços concentrados da Comissão de Juristas, na qual membros manifestaram expressamente tal aspecto: “Nós tivemos uma preocupação muito grande também

290 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. Emendas e Destaques - **Emendas**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 28 jul. 2024.

291 SENADO FEDERAL. Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023. “**Tramitação**”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721>. Acesso em: 1º ago. 2024.

292 SENADO FEDERAL. Novo Código Civil: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. 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: 2 set. 2024.

com a segurança jurídica, observando fielmente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação aos temas tratados”²⁹³.

No mesmo sentido, as seguintes manifestações sugerem: “ (...) em se tratando de empresários, ao longo de 20 anos, o STJ vem construindo uma jurisprudência no sentido de dizer que esses contratos são, por definição, paritários”²⁹⁴; e: “Quanto a esses contratos empresariais, a jurisprudência do STJ, nas últimas duas décadas, tem conhecido e reconhecido a validade, a importância, a especificidade de suas cláusulas”²⁹⁵. Destaca-se, por fim, a fala da sub-relatora, que sintetiza a importância dos precedentes do STJ para as alterações propostas em Direito Empresarial:

Qual foi a nossa intenção? Seguir exatamente - missão dada é missão cumprida - a jurisprudência do STJ, que nos últimos 20 anos colocou muito bem as balizas de interpretação e de aplicação do direito empresarial no Brasil. Se não fosse o trabalho do STJ, nós teríamos realmente enfrentado problemas muito mais graves. Foram 20 anos de trabalho, que a comissão de direito empresarial pretende não ver jogados ao lixo. Nós precisamos trabalhar e nós precisamos nos orientar por esse trabalho, por uma jurisprudência que toda comissão segue quase que diariamente. É por isso que nós falamos com tanta veemência, porque nós falamos ancorados nessa jurisprudência²⁹⁶.

293 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Reuniões”. **Notas Taquigráficas da reunião de 1º de abril de 2024**, p. 14. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

294 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Reuniões”. **Notas Taquigráficas da reunião de 1º de abril de 2024**, p. 19. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em 1º ago. 2024.

295 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Reuniões”. **Notas Taquigráficas da reunião de 1º de abril de 2024**, p. 38. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em 1º ago. 2024.

296 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Reuniões”. **Notas Taquigráficas da reunião de 1º de**

O trabalho é útil para mapear orientações argumentativas prevalentes e para organizar os julgados e os conhecimentos identificados no percurso. Se é verdade que muito se noticiou e se produziu nesse período de operação da Comissão de Juristas, este ensaio é importante porque contribui para uma compreensão o fundamento pressuposto e o resultado do Anteprojeto.

Cabe destacar a adoção de metodologia jurídico-dogmática para definir contratos empresariais, com ênfase à pesquisa jurídica-diagnóstica no exame dos relatórios que registram as manifestações da Subcomissão de Direito Empresarial – o relatório parcial, os relatórios dos destaques e as emendas.

O marco teórico que guia esta investigação é a ideia de que a justificação é requisito impreterível ao devido processo legislativo, de maneira que as motivações específicas devem prezar pela congruência com as das sugestões normativas correlatas. Essa concepção, aqui, é complementada pela visão de que o Direito Empresarial adere, em sua elaboração, ao método indutivo, ou seja, amolda-se conforme os delineamentos da realidade vivida pelos(as) empresários(as). Logo, torna-se premente a apuração dos julgados do STJ que assumem a qualidade de alicerce da reforma²⁹⁷.

Para tanto, o trabalho elenca os pontos nucleares da definição do objeto central de investigação – os contratos empresariais – para, depois, expor as atualizações propostas para o regime jurídico dos contratos empresariais no anteprojeto e, por fim, esclarecer a existência de alusão a julgados específicos, assim como o recurso a outros fundamentos paralelos empregados para lastrear as construções normativas.

abril de 2024, p. 34. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em 1º ago. 2024.

297 FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2023, p. 89.

1 CONTRATOS EMPRESARIAIS

O contrato é instrumento essencial para exercício da empresa, tanto que várias relações contratuais são firmadas até mesmo antes de a empresa ser exercida. Exemplos disso são o contrato de prestação de serviço que deve ser firmado com o contador; o contrato de locação ou compra e venda de imóvel para a sede; os contratos de trabalho com empregados e as contratações relativas à compra de móveis, utensílios, ferramentas de trabalho, estoque etc.²⁹⁸.

Bulgarelli²⁹⁹ considera que a expressão ‘contrato interempresarial’ corresponde a acordo firmado necessariamente entre empresários, como seria o caso da franquia. Por outro lado, no contrato empresarial, somente uma das partes é empresária, como no contrato de *leasing*. André Santa Cruz³⁰⁰, a seu turno, entende que os contratos mercantis equivalem aos estritamente empresariais e se caracterizam por não possuir contratante como destinatário(a) final do produto ou serviço negociado, isto é, não se enquadra nas relações regidas no Código do Consumidor.

Yamashita³⁰¹ explica que a diferenciação dos contratos empresariais tem como base o aspecto subjetivo, ou seja, para conceituá-los, deve-se excluir as relações contratuais que contém trabalhadores e consumidores em um dos polos. O autor destaca, ainda, que a definição perpassa, por fator objetivo, ou seja, o uso desse instrumento para a prática da empresa.

298 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: contratos, falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16-17.

299 BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

300 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 524.

301 YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 40.

Forgioni³⁰² sugere a equivalência entre ‘contratos interempresariais’ e ‘contratos empresariais’, de maneira a entender que o critério definidor dessa categoria é a existência de empresários como partes da relação contratual. Como fator diferencial quanto a outros vínculos contratuais, a autora destaca que a natureza empresarial do negócio se caracteriza pelo objetivo de lucro de ambas as partes. A onerosidade, como repercussão da busca pelo lucro, é outro importante atributo dos contratos empresariais³⁰³.

Dentre as várias classificações dos contratos empresariais, parece recorrente a divisão entre contratos de intercâmbio, de sociedades e híbridos (colaboração). Essa categorização auxilia na definição do objeto desta pesquisa.

Os contratos de intercâmbio (*spot*) são executados instantaneamente. Caracterizam-se, assim, por gerar menor grau de dependência entre contratantes empresários³⁰⁴. Nesses contratos podem existir prestações em apenas um momento, seja ele imediatamente após a conclusão do acordo ou a termo acertado entre as partes. O contrato de compra e venda é um exemplo dessa modalidade³⁰⁵.

Por sua vez, as sociedades podem ser compreendidas conforme a lógica econômica delineada por Coase³⁰⁶ na Teoria da Firma. Decorre da concepção de que o(a) empresário(a) pode exercer a empresa de forma individual ou juntando-se com outros sujeitos, para o compartilhamento de esforços, de riscos e de resultados. O autor pontifica que uma das justificativas econômicas para a opção

302 FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

303 FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110-111.

304 FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

305 MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 82 e 89.

306 COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2024.

do exercício da empresa em sociedade guarda conexão com a busca por eficiência. Isso porque, nesse formato, a atividade empresarial pode ficar menos sujeita às variações do mercado, ao criar meios alternativos para não ter somente a opção de realizar as contratações fora da empresa. Isso possibilita, assim, que o(a) empresário possa formar ou coordenar uma rede capaz de internalizar processos em uma atuação articulada, conforme sua aptidão para a redução de custos e a conseqüente maximização de lucros.

Por fim, a colaboração se caracteriza pela cooperação entre empresários(as) que atuam de forma autônoma, mas, ao mesmo tempo, exercem suas atividades em conjunto com outros atores que somam para o alcance de seu objetivo. O que geralmente caracteriza a modalidade colaborativa é o fato de envolverem expedientes para a otimização e o escoamento de produção da atividade empresária de uma das partes³⁰⁷.

Vale discorrer, ainda, acerca da dessemelhança entre contratos civis e empresariais. Aproximam-se quanto à estrutura subjetiva (credor e devedor), objetiva (objeto e prestação); e o vínculo jurídico. Afastam-se, contudo, pela caracterização do vínculo e pelo contexto de seu acontecimento. No que toca aos contratos empresariais³⁰⁸, desequilíbrios são menos esperados, de modo que a busca pelo lucro e a assunção do risco da atividade acarretam a não aplicação das previsões destinadas aos contratos civis. Além disso, cabe aclarar que os contratos empresariais, sujeitos ao regime específico de Direito Comercial, são firmados em um contexto marcado pela simplicidade; informalidade; agilidade; dinamicidade, atipicidade, percebendo-se, portanto, influência decisiva dos usos, dos costumes e da habilidade profissional das partes envolvidas. Com efeito, apesar de o Código Civil tratar de forma unificada a regulamentação civil e a comercial, esses

307 MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 81.

308 BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36-40.

ramos do Direito permanecem autônomos, com princípios, métodos e finalidades próprias³⁰⁹.

Por fim, ressalta-se que o conceito de contratos empresariais decorre do artigo 966 do Código Civil, que, ao definir o que é a empresa, viabiliza a compreensão da figura jurídica do empresário como o sujeito que a exerce.

Portanto, para o propósito deste trabalho, adota-se a perspectiva segundo a qual contratos empresariais correspondem a acordos realizados entre empresários, sejam eles de intercâmbio ou híbridos (colaboração), de modo que o recorte da investigação exclui os chamados contratos empresariais societários. A reserva é necessária tendo em vista que as propostas de atualização legislativa atinentes às sociedades empresárias não foram objeto deste estudo porque as menções ao STJ pela Subcomissão foram mais frisadas quando se referiam aos contratos empresariais, conforme trechos replicados no introito acima.

2 CONTRATOS EMPRESARIAIS E PROPOSTAS DA SUBCOMISSÃO

A etapa de análise de congruência das sugestões para a atualização do Código Civil com suas respectivas motivações depende da prévia exposição das proposições de mudanças apresentadas primeiramente pela Subcomissão e, depois, das alterações que foram acatadas e incorporadas ao Anteprojeto.

A análise do relatório parcial da Subcomissão³¹⁰ revela que houve proposta a abertura do Título V, denominado “Contratos Empresariais”, com a adição de 19 artigos numerados, do 1.195-

309 FORGIONI, Paula. Interpretação de Negócios Empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (org.). **Contratos Empresariais: fundamentos e princípios**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95-166, p. 103.

310 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. Relatórios Parciais. Subcomissões. “**Direito Empresarial**”, p. 204-212. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

A ao 1.195-T. Dessa forma, as alterações encerrariam o Livro II do Código Civil, denominado “Direito de Empresa”. Os artigos com os dispositivos legais submetidos pela Subcomissão ao colégio reformista são retratados seguir, em ordem subvertida para servir à composição da descrição em consonância com a matriz analítica cuja execução é almejada.

O artigo 1.195-B determina que as normas de obrigações e de contratos do Código em geral são aplicadas somente de forma subsidiária, isto é, quando aquelas específicas da seção não se aplicarem ou se demonstrarem insuficientes. Neste tocante, remonta-se às discussões atinentes à própria existência de uma categoria específica relativa aos contratos empresariais e à unificação do Direito Privado com destaques para as falas de Teixeira de Freitas e do jurista italiano Cesare Vivante.³¹¹ Pela adição proposta, a Subcomissão reconhece a teoria unificada para obrigações e contratos, e, ao mesmo tempo, que normas específicas do Direito Empresarial devem prevalecer.

O artigo 1.195-A estabelece a adoção da expressão “contratos empresariais”, definindo-os como a celebração de contratos entre partes empresárias ou de agentes que atuam no mercado, mesmo que não possuam registro empresarial. Destaque-se que nesse ponto houve entendimento, expresso e condizente com a posição amplamente aceita pela literatura, de que não é preciso registro para ser considerado(a) empresário(a), bastando estarem presentes os aspectos caracterizadores elencados, especialmente, na norma do art. 966 do Código Civil.

O *caput* artigo 1.195-C fixa que os agentes econômicos devem observar as normas cogentes, cumprir a função social e contribuir para o fluxo de relações econômicas. Curioso notar que, aqui, prefere-se aludir a agente econômico e não à figura do empresário (mesmo sob o escopo de regência dos contratos empresariais). Sobre a função

311 SILVA, Luiz Antonio Guerra da. Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002: grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 78, p. 01-10, 2006, p. 1-2.

social, se a normativa geral dos contratos possui aplicação subsidiária, cabe a incidência do artigo 421 do Código Civil, sendo questionável a necessidade da inserção do princípio no dispositivo. O parágrafo único do artigo 1.195-C prevê a prática de atos de concorrência desleal, delimitando-a, de maneira não exaustiva e ainda que apenas potencialmente, como desvio fraudulento de clientela; criação de confusão entre empresas ou entre seus produtos ou serviços; prejuízo a reputações ou aos negócios alheios. Esse tema é tratado na Lei 9.279/96, que disciplina a direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e trata da concorrência desleal. Assim, a proposta não inova, mas replica previsão legal existente.

Ainda sobre o mesmo assunto, o artigo 1.195-L define que as cláusulas de não concorrência são, em regra, lícitas, desde que não ultrapassem 5 anos e sejam delimitadas no tempo e no território, podendo o contrato prever remuneração, consoante parágrafo único.

O artigo 1.195-D preconiza, em seus parágrafos primeiro e segundo, que o contrato aceito pelas partes é o “melhor indício da vontade” e que as cláusulas contratuais são o instrumento de alocação de riscos ajustadas entre as partes. No mesmo sentido, o artigo 1.195-H veda ao julgador a possibilidade de substituir a vontade dos contratantes, sendo que seus parágrafos aprofundam tal concepção e permitem que as partes coloquem previsão no contrato de que o acordado somente pode ser extinto por acordo. Prescreve, também, que agentes envolvidos no contrato podem afastar, em cláusula, as possibilidades de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e de admissão de adimplemento parcial. Acrescenta-se que o dispositivo traz norma que firma a concepção de que em caso de entraves à validade, à eficácia ou à exequibilidade, assim como em circunstância de e abusividade de cláusulas, as demais previsões contratuais não são afetadas.

Nessa mesma linha, o artigo 1.195-J, parágrafos primeiro e segundo, impõem que o julgador não pode alterar a cláusula penal indenizatória, cabendo-lhe tão somente reduzir a pena contratual sancionatória, de forma excepcional. Isso cria exceção para aplicação

do artigo 413 do Código Civil, o qual permite que o juiz reduza a cláusula penal se a obrigação for cumprida em parte, sem discriminar se é indenizatória ou sancionatória. Essas previsões são semelhantes ao artigo 421-A do Código Civil, que preceitua que a alocação de riscos definida pelas partes no contrato empresarial deve ser respeitada e observada.

Adicionalmente, o parágrafo terceiro do artigo 1.195-D estipula que as palavras dos contratos empresariais devem ser entendidas de forma simples e adequada ao que é praticado pelos agentes no mercado. O artigo 1.195-N vincula a boa-fé empresarial às legítimas expectativas de que a outra parte contratante atue conforme os demais agentes do setor econômico daquele segmento de mercado; bem como à coibição do comportamento desleal. Essa proposta prevê, ainda, e que a boa-fé não poderá invocada para liberar o agente da obrigação e que se adota a premissa de que as partes se sujeitaram aos usos do mercado em caso de omissão e cláusula no contrato. Há, aqui, aproximação ao disposto no artigo 113, §1º, II do Código Civil, que ordena que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme os usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

O artigo 1.195-E assegura prerrogativa do sigilo empresarial e o artigo 1.195-F propõe regras dos contratos empresariais, como a obrigatoriedade do pacto e a não vinculação das partes a documentos pré-contratuais. Consequentemente, afasta a obrigação de ressarcimento pelos gastos na fase pré-contratual, salvo acordo em sentido contrário. Assim, como regra, as tratativas iniciais não geram direito de indenização. Essas duas situações poderiam ser solucionadas com a interpretação segundo a da boa-fé, sobretudo quanto ao comportamento das partes na dinâmica do negócio jurídico, à luz do artigo 113 do Código Civil.

Na linha da ênfase dada à autonomia privada, a proposta do artigo 1.195-G reafirma a relatividade dos efeitos, dispondo que o agente econômico não é vinculado ou tem seu comportamento limitado por obrigações assumidas por terceiros, a menos que tenha aceito expressamente essas obrigações. Aqui, portanto, há a mitigação da

possibilidade da transcendência de efeitos a gentes não contratantes, ainda que com base na boa-fé³¹².

O artigo 1.195-I pretende que a exclusividade e a limitação territorial não possam ser presumidas, o que também não parece inovar, haja vista que o artigo 114 do Código Civil já orienta que a renúncia se interpreta restritivamente.

Os parágrafos quarto e quinto do artigo 1.195-D definem que as cláusulas devem ser entendidas levando-se em conta o conjunto de estipulações contratuais. No mesmo sentido, estabelece que rasuras ou emendas substanciais têm sua eficácia subordinada à aceitação expressa das partes, com assinatura da ressalva, a menos que se demonstre que terem sido realizadas pela parte interessada na invalidade da disposição ou do negócio.

O artigo 1.195-T apregoa que a indenização pelo inadimplemento das obrigações empresariais pode seguir critérios do contrato e, se nada tiver sido acordado, as perdas e danos são calculadas da linha das normas gerais de responsabilidade contratual do Código Civil.

O artigo 1.195-P fixa que o contrato de prazo determinado reiteradamente renovado será considerado indeterminado para fins de cálculo de indenização por rescisão imotivada. Complementando essa previsão, o artigo 1.195-Q propõe que o prazo de aviso prévio para denúncia do contrato sem justa causa seja de 1 mês por ano de vigência do contrato. Essa proposta específica, assim, a indeterminação do artigo 473, parágrafo único do Código Civil, que somente estabelece prazo razoável em caso de investimentos vultosos. A aplicação da lesão nos contratos empresariais é eliminada conforma a proposta de artigo 1.195-S.

Portanto, conclui-se que a proposta da Subcomissão não inovou em todos os temas, pois alguns deles já estavam disciplinados pelo Código Civil. Pode-se resumir a proposta da Subcomissão nas seguintes frentes: definição do regime subsidiário da parte geral do Código

312 Para maiores informações sobre o tema, vide: KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, v. 23, n. 1, p. 81-100, 2019.

Civil que tratou sobre obrigações e contratos, o estabelecimento da expressão “contrato empresarial” e de sua definição, a formatação do substrato da boa-fé empresarial em diferentes situações (concorrência desleal, aplicação dos usos e costumes, comportamento, omissão do contrato, tutela externa do crédito), o reforço do *pacta sunt servanda* enquanto regra e a mitigação de possibilidade de intervenção do julgador.

Entendidos os pontos propostos pela Subcomissão para alteração no Código Civil no que diz respeito aos contratos empresariais, é viável abordar e aferir a coerência entre as normas sugeridas pelo Anteprojeto e suas eventuais motivações jurisprudenciais de base.

3 AS ALTERAÇÕES INCORPORADAS NO ANTEPROJETO

No Anteprojeto, as alterações de contratos empresariais foram movidas para o Livro I da Parte Especial “Do Direito das Obrigações”, no artigo 421-C, e não mais dentro do livro destinado ao Direito de Empresa como proposto pela Subcomissão.

Interessante notar que esse deslocamento pode ser entendido como tentativa de reforço do caráter unificado e geral do regime jurídico das obrigações e dos contratos no Direito Privado. Isso é confirmado pelo texto do *caput* do artigo 421-C, que assevera a presunção de simetria e de paridade dos contratos civis e empresariais, com interpretação conforme as regras do Código Civil, ressalvadas as leis especiais e as circunstâncias fáticas que justifiquem o afastamento da referida presunção. O parágrafo primeiro desse artigo também torna expressa a centralidade do Código Civil para reger os contratos empresariais, pois elenca parâmetros adicionais específicos de interpretação.

Essas orientações estão listadas nos incisos I ao VI do artigo 421-C do Anteprojeto, sendo que o primeiro deles, determina que os contratos empresariais assimétricos devem ter tratamento por lei especial. O comando é reafirmado pelo parágrafo segundo, que, do mesmo modo, preconiza que em caso de flagrante disparidade

econômica entre as partes, não se aplicam as normas do Código Civil. Trata-se de previsão normativa ostentada no Anteprojeto, mesmo sem que tenha constado na proposta da Subcomissão.

O inciso II do referido dispositivo contempla uma adjetivação da boa-fé empresarial mais ampliada, vale dizer, mesmo com alusão direta a legítimas expectativas conforme a natureza do negócio, o princípio não fica restrito a esse aspecto. Nesse tocante, também há afastamento daquilo que se idealizou na proposta da Subcomissão, no art. 1.195-N.

O inciso III pode valer-se dos usos e dos costumes do lugar de sua celebração e do modo comum adotado pelos(as) empresários(as) para a celebração e para a execução daquele específico tipo contratual. Novamente, o Anteprojeto destoa da proposta da Subcomissão, que apresentava maior rigor na vedação das hipóteses de intervenção judicial nas relações contratuais empresariais, nos artigos 1.195-H e 1.195-J.

O inciso IV do artigo 421-C acolhe a licitude de cláusula que discipline a concorrência pós contratual, desde que estejam limitadas a espaço e tempo definidos, respeitando-se a ordem econômica. Nesse ponto, o Anteprojeto também rejeita a proposta da Subcomissão de limitação temporal de cláusula de não concorrência a 5 anos, assim como de mencionar a possibilidade de o contrato dispor sobre eventual remuneração para a exigibilidade da obrigação de não concorrer, como previsto no artigo 1.195-L.

Quanto ao sigilo empresarial, o inciso VI guarda sintonia com o que foi previsto para o texto do artigo 1.195-E.

Inovando em relação à proposta da Subcomissão, o inciso V do artigo 421-C do Anteprojeto reconhece a atipicidade natural dos contratos empresariais, algo que não é novo do ponto de vista do atual Código Civil, que estabelece no artigo 425 a possibilidade de as partes estipularem contratos atípicos.

O artigo 421-F do Anteprojeto prediz que os contratos empresariais devem observar os princípios previstos no artigo 966-A, que, por sua vez, pontua de modo sumarizado princípios antes

dispersos no texto. Para exemplificar, cabe aludir à da força obrigatória das convenções não violadoras de normas de ordem pública, similar ao que foi proposto pela Subcomissão no artigo 1.195-F.

Ademais, o artigo 966-A, de modo mais genérico, acolheu a função social prevista no 1.195-C proposto pela Subcomissão, porém, em termos mais abertos e mencionado, também, a preservação da empresa e o estímulo à atividade econômica. O Anteprojeto trás, ainda, o princípio da simplicidade e instrumentalidade das formas (artigo 966-A, X), questão que era tangenciada muito tímida e limitadamente pelo parágrafo terceiro do art. 1.195-D da proposta da Subcomissão.

O Anteprojeto inovou, ainda, no artigo 421 – D, o qual asseverou a liberdade de conteúdo contratual quanto à interpretação, à revisão, à resolução, à definição de termos e à alocação de riscos. A proposta da Subcomissão contemplava a liberdade de alocação de riscos, no parágrafo terceiro do art. 1.195-H.

Em relação ao parágrafo quarto do art. 1.195-D da proposta da Subcomissão, o Artigo 421-E do Anteprojeto ampliou sobremaneira as diretrizes de orientação de interpretação conjunta, contextualizada e teleológica de cláusulas contratuais, endereçando atenção à complexidade dos negócios empresariais coligados; firmados com unidade de interesses; celebrados pelas partes de forma a torná-los estrutural e funcionalmente reunidos; cujos efeitos pretendidos pelas partes dependam da celebração de mais de um tipo contratual; que se voltem ao fomento de vários negócios comuns às mesmas partes.

Portanto, nem toda proposta da Subcomissão foi aceita pela Comissão de Juristas, não tendo constado no Anteprojeto a definição de “contrato empresarial” ou seção que, com exclusividade, tenha reunido a normativa de enfoque específico a tal categoria. As disposições legais oriundas da Subcomissão enfatizaram a limitação mais robusta ao intervencionismo do julgador, ao passo que o Anteprojeto, ao recorrer a princípios gerais mais abstratos, assumiu uma postura mais branda quanto à preeminência da autonomia privada. Afinal, foram descartados os preceitos sugeridos para viabilizar a disposição contratual para o cálculo da indenização na responsabilidade

por inadimplemento, bem como para autorizar o acordo sobre o afastamento da possibilidade de busca pelo reequilíbrio econômico-financeiro e sobre a inadmissão de adimplemento parcial. Ainda a este mister, veja-se que a Subcomissão propôs, por via do art. 1.195-S, a inaplicabilidade do instituto da lesão aos contratos empresariais, o que não foi acatado pela Comissão de Juristas. O Anteprojeto desprezou as proposições que versavam acerca das sucessivas renovações de contratos com prazo determinado e sua consequente indeterminação; do aviso prévio de denúncia imotivada e a correspondente lógica de um mês para cada ano de vigência contratual.

A dinâmica de realização de propostas pela Subcomissão e de sua rejeição ou inclusão no anteprojeto contaram com a centralidade dos posicionamentos jurisprudenciais do STJ?

4 INVESTIGAÇÃO SOBRE OS JULGADOS DO STJ COMO FUNDAMENTOS DAS PROPOSTAS SOBRE CONTRATOS EMPREARIAIS

Após análise do relatório parcial da Subcomissão, não foram encontradas menções específicas às decisões do STJ que fundamentaram as atualizações propostas³¹³.

Na exposição de motivos do Anteprojeto, afirmou-se que “princípios específicos do Direito Empresarial, consolidados pela jurisprudência brasileiras e que norteiam a aplicação de suas disposições, estão elencados no art. 966-A”, sem indicação pontual precedentes decisórios³¹⁴.

313 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. Relatórios Parciais. Subcomissões. arquivo “**Direito Empresarial**”, p. 212. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

314 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Relatório Final**, p. 293. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

Nas emendas e nos destaques das propostas apresentadas pela Subcomissão, essas decisões do STJ também não foram citadas expressamente, não tendo sido possível identificar os julgados. Encontrou-se menção expressa à Corte Superior em mais de um ponto desses relatórios:

O STJ, nos últimos 20 anos, assentou muitas dessas particularidades, que serviram e servem de sinalização para os agentes de mercado: todo empresário tem consciência de que, em condições normais, vai ser compelido a honrar a palavra empenhada. Essa certeza quanto ao que se pode esperar ao se firmar um negócio é essencial para o ambiente de negócios, garantindo segurança e previsibilidade, diminuindo custos de transação, aumentando o fluxo de transações e, consequentemente, a geração de renda e de riqueza³¹⁵.

Diante a falta de indicação de julgados, evidenciam-se outros fundamentos que foram empregados. A partir da exposição de motivos, pode-se listar os seguintes: impulsionar o fluxo de negócios no País; atrair investimentos; fomentar o empreendedorismo, a concorrência, a segurança e a previsibilidade; estabelecer regras mais claras; desburocratizar, fortalecer e facilitar o fluxo de relações econômicas.

Também foram mencionados como balizadores das mudanças sugeridas a intenção de refletir as liberdades econômicas constitucionais e fundamentos da ordem econômica delineada pelo art. 170 da Constituição da República, marcada pela liberdade de iniciativa e de organização da atividade empresarial, liberdade de

315 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Emendas**, p. 2; 171. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Destaques**, p. 12; 21; 25; 29; 31; 34. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

concorrer, intervenção mínima pelo Poder Judiciário em situações paritárias. Houve alusão à necessidade de marcar as peculiaridades dos contratos empresariais e de parâmetros interpretativos próprios, também como aspectos de motivação da reforma³¹⁶.

Foi identificado, ainda, outro fundamento no relatório de emendas, qual seja, o de aglutinar as normas atinentes ao Direito Empresarial para facilitar as aplicações por parte do Poder Judiciário:

Ademais, ao concentrar os dispositivos sobre o Direito Empresarial em um único Livro, os juízes não serão obrigados a consultar mais de 2.000 artigos para encontrar aqueles que regem a matéria. O mundo mudou e a disciplina comercial é muito mais extensa do que antigamente; o número e a complexidade dos negócios empresariais aumentaram. O Código possui um livro de “Direito de Empresa” exatamente para lá concentrar a matéria empresarial, facilitando sua sistematização e aplicação. Não é demais lembrar que a Constituição Federal rende homenagem a esse ramo específico do ordenamento privado, em seu art. 22, inciso I, reconhecendo a autonomia do Direito Comercial em relação aos Direitos Civil, Penal, Processual, Eleitoral, Aeronáutico, Espacial, Trabalho etc.³¹⁷.

Assim, as justificativas utilizadas na motivação do Anteprojeto podem ser resumidas em: consolidação as bases específicas do Direito Empresarial para facilitar a aplicação da lei pelo julgador, consagração da liberdade que rege constitucionalmente a ordem econômica, e

316 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Relatório Final**, p. 293-295. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

317 SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Emendas**, p.171. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

construção de uma sistemática em linha com o que foi apontado consolidado na jurisprudência brasileira e do STJ.

Portanto, analisando-se os documentos escritos, não foi encontrada listagem de precedentes decisórios sedimentados do STJ que fundamentaram as alterações propostas pela Subcomissão. Apesar de terem sido encontrados outros fundamentos para as atualizações sugeridas à reforma do Código Civil, como exibidas acima, a omissão de indicação de julgados impediu a análise de coerência entre pressupostos e resultados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho parte de um pressuposto bem definido: o de que a justificção é requisito impreterível ao devido processo legislativo. Com efeito, espera-se que a motivação encontre respaldo no discurso de atualização e reforma do Código Civil, segundo o qual a jurisprudência do STJ desempenha um papel central para a elaboração das propostas por parte da Subcomissão e por sua consolidação no bojo do trabalho da Comissão de Juristas.

Assim, o escopo é a análise das propostas da Subcomissão e do Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código Civil no regime dos contratos empresariais, para, então, aferir a sua congruência com os fundamentos jurisprudenciais do STJ.

Como resultado, foi possível aferir que a proposta da Subcomissão não inovou em todo o apanágio dos contratos empresariais, haja vista que algumas normas correlatas já são presentes Código Civil. A proposta cuida de definir, para os contratos empresariais, o regime subsidiário da parte geral do Código Civil que tratou sobre obrigações e contratos; estabelece e define a expressão “contrato empresarial”; emoldura o substrato da boa-fé empresarial; robustece o *pacta sunt servanda* que é própria da racionalidade do Direito Empresarial, além da correlata mitigação de possibilidade de intervenção do julgador nas relações negociais dessa sorte.

A Comissão de Juristas, entretanto, não acatou toda a proposta da Subcomissão. Do que foi rejeitado pelo Anteprojeto, merece destaque a definição de “contrato empresarial”, a reserva de seção exclusiva ao tema, a limitação firme ao intervencionismo do julgador, além da adoção de diretrizes de evidente reforço da autonomia privada, tais como os preceitos autorizativos de disposição contratual para o cálculo da indenização na responsabilidade por inadimplemento, de acordo entre as partes para o afastamento da possibilidade de busca pelo reequilíbrio econômico-financeiro, de inadmissão de adimplemento parcial. O Anteprojeto também deixou de incorporar a previsão de inaplicabilidade do instituto da lesão aos contratos empresariais, as proposições de indeterminação de contratos com prazo determinado com sucessivas renovações, a fixação de critério ampliativo para o prazo necessário ao aviso prévio em denúncia imotivada conforme o tempo vigência contratual. Essas propostas ficaram à margem do relatório final.

Com esse levantamento, coube averiguar a identificação da centralidade dos posicionamentos jurisprudenciais do STJ para a realização ou acatamento de propostas de atualização do Código Civil quanto aos contratos empresariais.

Em análise dos documentos escritos, não foi encontrada listagem de precedentes decisórios do STJ que serviram de fundamentação para a motivação das propostas da Subcomissão. No Anteprojeto, as justificativas utilizadas na motivação foram a consolidação as bases específicas do Direito Empresarial para facilitar a aplicação da lei pelo julgador, a consagração da liberdade que rege constitucionalmente a ordem econômica, e a construção de uma sistemática em linha com o que foi apontado consolidado na jurisprudência brasileira e do STJ. A omissão de indicação de julgados impediu a análise de coerência entre pressupostos e resultados.

Por certo, a não indicação de julgados que compuseram o substrato das motivações das propostas reformistas não implica desalinhamento dos posicionamentos do STJ. Isso porque a ausência

de evidência não significa a evidência de ausência³¹⁸ desse lastro. Muito pelo contrário, o não resultado e a negativa da hipótese na pesquisa científica é importante pois abre novas frentes de investigação. Neste caso, como horizonte revelado pelo estudo, é conveniente investigar, posteriormente, esses precedentes para avaliar mais a fundo as propostas.

318 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 257.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 jun. 2024.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: contratos, falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2023.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula. Interpretação de Negócios Empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (org.). **Contratos Empresariais: fundamentos e princípios**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95-166.

KONDER, Carlos Nelson. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. **Scientia Iuris**, v. 23, n. 1, p. 81-100, 2019.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. Bahia: JusPODIVM, 2010.

SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SENADO FEDERAL. Ato do Presidente do Senado Federal nº 11, de 2023. **Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1717413021486&disposition=inline>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Reuniões”. **Notas Taquigráficas da reunião de 1º de abril de 2024**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em 1º ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Composição Final das Comissões e Subcomissões**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Destaques**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. Emendas e Destaques - **Emendas**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>>. Acesso em: 28 jul. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. Relatórios Parciais. Subcomissões. **“Direito Empresarial”**, p. 204-212. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

SENADO FEDERAL. CJCODCIVIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. “Documentos”. **Relatório Final**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 1º ago. 2024.

SENADO FEDERAL. Novo Código Civil: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. 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: 2 set. 2024.

SILVA, Luiz Antonio Guerra da. Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002: grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 78, p. 01-10, 2006.

YAMASHITA, Hugo Tubone. **Contratos interempresariais**: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual. Curitiba: Juruá, 2015.

A CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

*Ian Proencio Justo*³¹⁹

RESUMO: Este trabalho possui como foco a análise da previsão da cessão de posição contratual pelo Anteprojeto de Reforma e Atualização do Código Civil. Partindo da perspectiva de obrigação como processo, do professor Clóvis do Couto e Silva, compreende-se a transmissão das obrigações sob aspecto funcional, enquanto instrumento de viabilização para a circulação patrimonial. A metodologia baseia-se na compreensão conceitual acerca da cessão de crédito e da assunção de dívida – figuras já constantes no Código Civil – bem como da cessão de posição contratual, já amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, enquanto modalidade autônoma de alteração do elemento subjetivo obrigacional. Como resultado, pretende-se apontar a pertinência da inclusão da cessão contratual ao Código Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código Civil. Transmissão das obrigações. Cessão de posição contratual.

INTRODUÇÃO

O Direito das Obrigações, “obra-prima da legislação romana”,³²⁰ ao longo dos séculos, foi objeto de constante análise, abandonando, gradativamente, os limites que impossibilitavam seu efetivo desenvolvimento. Nesse sentido, a transmissibilidade das obrigações, atualmente considerada como regra geral, representa uma importante

319 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Associado ao IBRADIM e Coordenador da Revista IBRADIM de Direito Imobiliário. Estagiário em Nacur Advogados.

320 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 4.

evolução histórica no campo obrigacional, que passa a ser observado sob caráter dinâmico. Em um cenário de reforma do Código Civil, a discussão quanto à transmissão das obrigações ganha novos contornos, em especial com a proposta de previsão normativa acerca da cessão de posição contratual, o que aponta para a constante mutabilidade do Direito Obrigacional, ensejando importantes discussões, sobretudo quanto aos seus efeitos e a às suas distinções com relação à cessão de crédito e à assunção de dívida.³²¹

Diante disso, objetiva-se, com o presente artigo, traçar um panorama do que compreende a teoria obrigacional contemporânea, ancorada na noção de obrigação como processo, proposta pelo professor Clóvis do Couto e Silva,³²² analisando a transmissão das obrigações, com a cessão de crédito, a assunção de dívida e, principalmente, a cessão de posição contratual. Compreendendo as obrigações sob perspectiva dinâmica, o presente trabalho tem como fito expor - bem como defender - a relevância da inclusão da cessão de contrato no Código Civil, enquanto elemento imprescindível para a aplicação da teoria das obrigações como processo na contemporaneidade.

1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMO PROCESSO

O termo “obrigação” é daqueles elementos linguísticos de múltiplos significados,³²³ abrangendo desde concepções oriundas de deveres cívicos, morais ou religiosos, ainda que abstratos, abarcando certa adstrição ao seu cumprimento, até o conceito estrito e técnico do termo, ora analisado.

321 Integram a Subcomissão de Direito das Obrigações os eminentes professores José Fernando Simão, na condição de subrelator e Edvaldo Pereira de Brito. Ademais, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil é presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e conta com a condução de Flávio Tartuce e Rosa Maria Nery como relatores gerais.

322 SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

323 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 3.

Nesse sentido, a obrigação, em sua acepção jurídica, pode ser definida como a relação transitória de direito, pautada na prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, revestida de exigibilidade por parte do credor,³²⁴ que tem como garantia ao adimplemento o patrimônio do devedor.³²⁵

Assim, para que se compreenda o estágio atual do direito obrigacional, com o fito de discutir os institutos de transmissão das obrigações, é necessário, *a priori*, que se proceda à análise de sua evolução ao longo dos séculos. A correta compreensão do percurso histórico é de suma valia para que, em tempos de reforma e de atualização, o jurista exerça juízo de valor crítico e apto a fazer frente aos novos desafios da realidade contemporânea.

Ao longo do desenvolvimento do conceito obrigacional, é possível separar três momentos fundamentais, quais sejam: a fase pré-romana, a romana e a moderna.³²⁶

Inicialmente, no período pré-romano, inexistia a noção de direito obrigacional, haja vista a hostilidade e a insegurança que permeavam as relações entre os diferentes grupos. Nesse sentido, dada a ausência de direitos individuais, bem como a negativa de consideração de um indivíduo como sujeito específico e isolado, a noção de vínculo obrigacional era pautada, primitivamente, na sanção coletiva pelo descumprimento de certa convenção. Havia, portanto, uma compreensão das obrigações como relações despersonalizadas. As infrações às convenções eram tratadas de forma conjunta, com a convocação, inclusive, de elementos válidos à guerra.

Posteriormente, na fase romana, a individualização das obrigações, em detrimento do comprometimento coletivo de outrora, representou significativo avanço. Em seu período clássico, apesar de individualizada, a obrigação ainda conservava fortemente seu

324 BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, pp. 5-6.

325 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 4**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8.

326 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 20.

elemento punitivo e de coação, vez que os efeitos do inadimplemento ainda que não afligissem a coletividade, recaiam sobre a pessoa do devedor, que respondia corporalmente pelo não cumprimento da prestação, com sanções físicas e restrições à sua liberdade. A obrigação representava, destarte, um vínculo de sujeição, inclusive corpórea, do devedor perante o credor, com viés nitidamente antagônico, formalista e punitivista.

Acerca dos efeitos pessoais decorrentes do inadimplemento obrigacional, esclarecedora a lição do professor Caio Mário da Silva Pereira, nos seguintes termos:

No princípio, em razão da pessoalidade do vínculo, o devedor se achava comprometido e respondia com o próprio corpo pelo seu cumprimento., estabelecendo-se o poder do credor sobre ele (*nexum*), compatível com a redução do obrigado à escravidão (*manus iniectio*), se faltava o resgate da dívida. Estas ideias eram tão naturalmente recebidas que não repugnava impor sobre o devedor insolvente um macabro concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida e dividia-se o seu corpo pelos credores, o que, aliás, está na Tábula III: “ *Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto.*”³²⁷

Quanto à sanção corpórea do devedor pelo inadimplemento, somente a partir da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., houve sua abolição. Assim, em fundamental evolução, os efeitos do inadimplemento não mais recaiam sobre a pessoa do devedor, de forma física, mas sim sobre o seu patrimônio.

Ademais, faz-se necessário ressaltar a natureza demasiadamente personalista das relações obrigacionais. A noção obrigacional era tão fortemente ancorada no vínculo de sujeição do devedor perante o

327 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 10.

credor, que se inadmitia a alteração dos sujeitos obrigacionais. Desse modo, vigorava a intransmissibilidade das relações obrigacionais, que a despeito de tímidas exceções, não comportavam modificações nas pessoas que integravam as posições nos seus polos ativo e passivo.

Analisando a impossibilidade de alteração subjetiva, aponta Caio Mário da Silva Pereira que “o devedor o era para com o credor; guardava a identidade física de um e de outro, por tal arte que não se dava alteridade na execução, e o devedor não se podia fazer substituir por outrem a prestar, nem o credor podia passar a alguém o direito criado pelo vínculo obrigacional”.³²⁸

Gradativamente, a partir de relevantes entraves doutrinários, a obrigação alcança sua fase moderna. Dissociando-se da concepção tradicional, com o binômio direito subjetivo ao crédito e dever jurídico à prestação, compreende-se, modernamente, a relação obrigacional com uma interação entre centros de interesses autônomos, com os polos ativo e passivo, cujo objetivo é o cumprimento da prestação. Assim, é inconcebível a perspectiva antagônica da obrigação, com a sujeição do devedor perante o credor, com a posição superior deste, vez que a relação obrigacional passa a ser pautada em uma relação de cooperação, em conformidade com os princípios constitucionais de solidariedade e de proteção à dignidade humana.³²⁹

Nesse sentido, de enorme relevância para a definição contemporânea das obrigações é o pensamento do professor Clóvis do Couto e Silva, em sua obra pioneira quanto ao tema, “A obrigação como processo”, apresentada, inicialmente, como tese de concurso à cátedra de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 1964.

Em posição de vanguarda, ainda na década de sessenta, sustentava Clóvis do Couto e Silva o abandono à compreensão estática

328 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 13.

329 No que concerne à primazia do princípio de promoção à dignidade da pessoa humana, aponta-se o trabalho da professora Maria Celina Bodin de Moraes. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

e atomística das obrigações, em prol de uma perspectiva fluida, dinâmica e pulsante do conceito. As obrigações afastam-se de uma análise parcial e superficial, posto que devem corresponder a uma relação dinâmica e mutável, em sua totalidade, com nascimento, desenvolvimento e conclusão, cujo objetivo mútuo das partes é o adimplemento, através do comportamento cooperativo entre credor e devedor, ancorado na solidariedade e na boa-fé objetiva, como criadora de deveres anexos, ou laterais, à prestação principal.

Nas palavras do autor supracitado:

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não mais ocupam posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.³³⁰

Assim, a compreensão da obrigação como processo, cujo fim e eixo de atração é o adimplemento, guarda direta relação com uma importante característica moderna das obrigações: sua transmissibilidade, ora objeto de maior análise.

330 SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.

2 A TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES NA REDAÇÃO ATUAL DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Conforme aludido, para o Direito Romano vigorava a intransmissibilidade, por atos *inter vivos*, das obrigações, haja vista o indissociável aspecto personalista, que vinculava devedor e credor. Assim, para que se alterasse os sujeitos obrigacionais, fazia-se necessária a novação, com a extinção da obrigação inicial e a formação de uma nova relação obrigacional para a sucessão de partes, o que gerava severos inconvenientes, razão pela qual tentava-se contornar sua utilização, por meios indiretos, a fim de alcançar os efeitos da transmissão, com a concessão das ações úteis (*actione utiles*) e a outorga de procuração em causa própria.³³¹

Nesse sentido, a possibilidade de transmissão das obrigações, no Direito Moderno, representa relevante evolução dogmática com relação ao Direito Romano.

Assim, tem-se um enfraquecimento da noção personalista da obrigação, com a possibilidade de transmissão das obrigações, que possibilita a alteração dos sujeitos que figuram nos polos ativo e passivo dessa relação, sem que haja sua extinção.

O elemento subjetivo, imprescindível para a constituição das obrigações, passa a ser mutável. O foco da obrigação é centrado na prestação e no seu adimplemento, independentemente dos sujeitos que a ela estejam vinculados. O elemento essencial é, portanto, a prestação, em detrimento dos ocupantes da relação obrigacional.³³²

Desse modo, a transmissão das obrigações é atualmente prevista no Código Civil, no Título II, do Livro “Do Direito das Obrigações”, em seus arts. 286 a 303, sob duas modalidades: a cessão de crédito e a assunção de dívida, a seguir expostas.

331 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. **Fundamentos de direito civil: obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 171.

332 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. **Fundamentos de direito civil: obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 169.

2.1. CESSÃO DE CRÉDITO

A cessão de crédito pode ser definida como o negócio jurídico bilateral, de caráter gratuito ou oneroso, mediante o qual o credor de uma obrigação, transfere, de forma total ou parcial, a outrem sua posição na relação obrigacional, abarcando, salvo estipulação diversa, todos os acessórios e garantias, com a manutenção do vínculo obrigacional.³³³

Assim, a cessão de crédito corresponde ao negócio jurídico mediante o qual o credor primitivo, cedente, transfere a um terceiro, cessionário, seu direito de crédito, com todas as suas vantagens e vícios.³³⁴ Nesses termos, opera-se a transmissão das obrigações, com alteração nos sujeitos que ocupam a posição ativa da relação pactuada. Ressalta-se, ademais, que por se tratar de alteração somente quanto ao destinatário da prestação, nada alterando em seu objeto, faz-se desnecessário o consentimento do devedor.

Importante ressaltar que, em que pese a prevalência do princípio da livre transmissão dos créditos, há hipóteses excepcionais de intransmissibilidade das obrigações, quando em virtude da própria natureza da obrigação, a exemplo das obrigações personalíssimas, por vedação legal ou por *pacto de non cedendo*, ensejando a invalidade do negócio jurídico celebrado pelas partes.

No que tange ao plano de sua existência, por se tratar de negócio jurídico bilateral de transmissão, a cessão de crédito, entre cedente e cessionário, independe de formalidade específica, bastando a simples declaração de vontade das partes para sua consolidação. Todavia, se entre cedente e cessionário, prescinde-se de solenidade especial, para que a cessão possua eficácia perante terceiros, alheios à relação obrigacional, imprescindível é sua celebração por instrumento público

333 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 39 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 163.

334 HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

ou particular, com sua inscrição em registro próprio, nos moldes do art. 288, do Código Civil.³³⁵

Com relação ao devedor, a cessão de crédito só lhe é oponível a partir do momento em que este é notificado da transmissão da obrigação. Por notificação, entende-se a confirmação de ciência inequívoca pelo devedor, ainda que através de meios não formais. Além de vincular o devedor ao pagamento face ao cessionário, a notificação se mostra relevante para que o cedido apresente suas exceções, quando cientificado.

Por fim, deve ser analisada a responsabilidade do cedente pelo crédito transferido, com as modalidades de cessão *pro soluto* e *pro solvendo*.

Na cessão *pro soluto*, correspondente à regra geral, o cedente responde somente pela existência do crédito à época do negócio de disposição, isso é, pela sua realidade, *veritas nominis*, liberando-se, imediatamente, do vínculo obrigacional, sem que haja responsabilidade pela solvência do devedor, *bonitas nominis*.³³⁶

Em sentido oposto, na cessão *pro solvendo*, incumbe ao cedente não somente o ônus de garantir a realidade do crédito, mas também o de assegurar a solvência, ao tempo da cessão, do devedor, mantendo seu vínculo até que haja o adimplemento da prestação pelo cedido. Caso demonstrada a insolvência do devedor, cabe ao cedente resguardar o cessionário, garantindo a restituição, com os respectivos juros, do preço recebido pela cessão, bem como a indenização, acrescida dos acessórios, pelo despendido com a cessão e a cobrança frustrada por parte do cessionário.³³⁷

335 Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

336 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 372.

337 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. **Fundamentos de direito civil: obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 192.

Portanto, resta caracterizada a cessão de crédito, enquanto modalidade de transmissão das obrigações, mediante alteração no sujeito ativo da relação.

2.2. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Denomina-se assunção, ou cessão de dívida, o negócio jurídico mediante o qual um terceiro, assuntor, assume, com o consentimento inequívoco do credor, o polo passivo de uma relação obrigacional, conservando suas características originais. Em suma, é a alteração no sujeito passivo da obrigação, com o ingresso de um terceiro que passa a ser responsável pela dívida.³³⁸

Distancia-se, assim, a concepção moderna da visão tradicional das obrigações, enraizada no Direito romano, no qual vigorava o vínculo demasiadamente personalista de sujeição do devedor ao credor, com a responsabilidade pessoal e corpórea daquele pelo inadimplemento. Indo além, no que concerne aos primórdios da teoria obrigacional, demonstrava-se inconcebível e ilógica a substituição da pessoa do devedor por outrem, haja vista as cruéis sanções decorrentes do não cumprimento da prestação.

Acerca da impossibilidade da assunção de dívida no período romano, leciona o professor Caio Mário da Silva Pereira que “o Direito romano jamais admitiu a figura da cessão de débito, e nem podia mesmo conceber-se, naquele direito, dado o caráter estritamente pessoal da obrigação. que o sujeito passivo transferisse a outrem o dever de prestar.”³³⁹

Fruto de inovação do legislador no Código Civil de 2002, elencada em capítulo próprio em seus arts. 299 a 303, a assunção de dívida, enquanto forma de transmissão das obrigações, afasta-se da cessão de

338 WALD, Arnaldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 23 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 172.

339 PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 380.

crédito em um ponto essencial para o seu deslinde: o consentimento do credor.

Se para a cessão de crédito, é irrelevante o consentimento do devedor, bastando, assim, sua ciência, na assunção de dívida é imprescindível e fundamental o expresso consentimento do credor. Afinal, a figura do devedor, atrelada às suas condições patrimoniais para adimplir com a prestação, é elemento essencial para a satisfação do interesse útil do credor. Por essa razão, há de se obter o seu consentimento expresso quanto à assunção da dívida, conforme previsão do art. 299, do Código Civil.³⁴⁰

Em caráter excepcional à obrigatoriedade de consentimento expresso do credor, contudo, tem-se a aplicação da assunção de dívida hipotecária, na qual o silêncio do credor é tido como concordância, haja vista a garantia real existente.³⁴¹

Quanto ao direito potestativo do credor em assentir ou não com a cessão de dívida, o mesmo deve ser analisado em conformidade com a cláusula geral de boa-fé objetiva. Assim, a manifestação de vontade do credor em relação à assunção de dívida, fruto de sua discricionariedade e autonomia de vontade, deve realizar-se com o fito de assegurar seus legítimos interesses quanto ao cumprimento da prestação, considerando as condições mais adequadas para o recebimento de seu crédito. A recusa deve ser motivada, analisando-se as circunstâncias particulares de cada caso concreto, sendo vedada a persecução de fins alheios ao cumprimento da prestação e à satisfação do crédito.

Uma vez obtido o consentimento do credor, o principal efeito da assunção de dívida é a liberação do devedor primitivo, que, via de

340 Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

341 Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento.

regra, se exonera do vínculo obrigacional, não mais respondendo pelo débito. Destarte, com a liberação do devedor primitivo, resta para o assuntor a responsabilidade pelo cumprimento da prestação, conservando-se a relação obrigacional, a despeito da alteração no sujeito passivo.

Ressalva importante à liberação do devedor primitivo, contudo, é a exceção prevista na segunda parte do art. 299, hipótese na qual, constatada a insolvência do assuntor, à época da cessão da dívida, bem como a ignorância por parte do credor quanto à insolvência, persiste a responsabilidade para o devedor primitivo.

Quanto à sua forma, a assunção de débito pode ser realizada de modo bifigurativo - também chamado de delegatório - mediante acordo entre o devedor e o assuntor, com o assentimento do credor, ou unifigurativo - denominado de expromissório - no qual o ajuste se dá entre o credor e o terceiro assuntor, sem a interação do devedor primitivo.

Desse modo, a assunção de dívida consiste em modalidade de transmissão das obrigações com alteração no polo passivo, tendo, como regra geral, a necessidade de consentimento expresso do credor, bem como a liberação do devedor primitivo da relação jurídica.

3 A CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Uma vez expostas as particularidades da cessão de crédito e da assunção de dívida, faz-se fundamental a análise de uma terceira modalidade de transmissão das obrigações: a cessão de posição contratual, também denominada de cessão contratual.

Nesse particular, há de se ressaltar que, em que pese a ampla aceitação e aplicação da cessão de contrato pela doutrina e pela jurisprudência pátria, o legislador do Código Civil não faz qualquer menção expressa, tampouco prevê esse instituto, ao contrário

de ordenamentos, como o *Codice Civile* italiano e o Código Civil Português.³⁴²

A ausência de expressa previsão normativa, contudo, nunca foi óbice para a utilização da cessão de contrato,³⁴³ que possuía como fundamento o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual, nos moldes dos arts. 421³⁴⁴ e 425,³⁴⁵ do Código Civil.

A cessão de posição contratual corresponde ao negócio jurídico através do qual transfere-se a “inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída”.³⁴⁶ Sob esse viés, a cessão contratual distingue-se da cessão de crédito e da assunção de dívida justamente pelo fato de que todo o feixe de créditos e de débitos contratuais é transferido ao cessionário, operando-se a inteira sucessão na relação jurídica, não apenas em um dos polos.

Ademais, há de se ressaltar o sentido dúplice da cessão contratual, enquanto ato e efeito. O primeiro sentido, de ato, corresponde ao contrato através do qual o cedente transfere ao cessionário os direitos e deveres decorrentes de sua posição contratual, com a substituição da relação obrigacional. Em segundo momento, enquanto efeito, a cessão de contrato enseja a transmissão da posição contratual, com a

342 SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão de posição contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 395.

343 Interessante exemplo de aplicação da cessão de posição contratual é a cessão de locação, prevista no art. 13, da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91).

344 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

345 Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

346 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, v. 2. Parte geral das obrigações. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 309.

liberação do cedente e o ingresso do cessionário, no exato estágio em que a relação obrigacional se encontre.³⁴⁷

Paralelamente, deve ser superada a perspectiva de que a cessão contratual corresponderia à mera fusão entre cessão de crédito e assunção de dívida, corrente essa definida doutrinariamente como “atomística”. A cessão de contrato constitui instituto autônomo e dissociado de outras figuras semelhantes, sobretudo no que tange à extensão de seus efeitos, com a transmissão de todo um feixe de créditos e de débitos, bem como dos deveres laterais derivados da boa-fé objetiva incidentes sobre a relação jurídica. A corrente “unitária” acerca da cessão de contrato, enquanto figura autônoma e independente, demonstra-se, assim, mais coerente com a lógica de obrigação como processo.³⁴⁸

No que tange ao propósito da cessão de contrato, Luis Renato Ferreira da Silva aponta que “se a finalidade contratual é circular riquezas, a cessão do contrato traduz uma circulação ao quadrado. Circula-se a riqueza pela cessão do instrumento que circula a mesma.”³⁴⁹

Atenta à instrumentalidade da cessão contratual, com o intuito de conferir segurança jurídica e de reforçar a importância desse instituto, a Comissão de Juristas responsável pela reforma e atualização do Código Civil aprovou, em seu relatório final a inclusão expressa da cessão de contrato, em capítulo próprio, com a proposta de inclusão dos arts. 303-A a 303-E.

A proposta se dá sob os seguintes termos:

347 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. **Fundamentos de direito civil: obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 201.

348 SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Cessão de posição contratual*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 397

349 SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Cessão de posição contratual*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 396.

Art. 303-A. Qualquer uma das partes pode ceder sua posição contratual, desde que haja concordância do outro contraente.

Parágrafo único. Se o outro contraente houver concordado previamente com a cessão, esta somente lhe será oponível quando dela for notificado ou, por outra forma, tomar ciência expressa.

Art. 303-B. A cessão da posição contratual transfere ao cessionário todos os direitos e deveres, objetos da relação contratual, inclusive os acessórios da dívida e os anexos de conduta, salvo expressa disposição em sentido contrário.

Art. 303-C. O cedente garante ao cessionário a existência e a validade do contrato, mas não o cumprimento dos seus deveres e obrigações.

Art. 303-D. Com a cessão da posição contratual, o cedente libera-se de seus deveres e de suas obrigações e extinguem-se as garantias por ele prestadas.

Parágrafo único. Com relação às garantias prestadas por terceiros, extinguem-se aquelas as dadas³⁵⁰ para garantir prestações do cedente, mas não aquelas que garantem prestações do cedido.

Art. 303-E. Uma vez cientificado da cessão da posição contratual, o cedido pode opor ao cessionário as exceções que, em razão do contrato cedido, contra ele dispuser.³⁵¹

Nesse particular, urge apontar que a inclusão da figura da cessão contratual de forma expressa no Código Civil é de suma importância

350 A sugestão de redação publicada conta com evidente erro gramatical na expressão “aquelas as”, o que pode ser interpretado como um indício da insuficiência de tempo para a discussão da reforma do Código Civil. Quanto a críticas sobre a condução “a toque de caixa” da reforma: SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. A vocação do nosso tempo para a codificação civil. **Migalhas**, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/405352/a-vocacao-do-nosso-tempo-para-a-codificacao-civil>. Acesso em: 20 set. 2024.

351 A íntegra do Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil pode ser acessada através da plataforma digital do Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 20 set. 2024.

para a regulação do modo e dos efeitos decorrentes desse negócio jurídico, trazendo sistematicidade e coerência para sua aplicação.³⁵²

Concomitantemente, à luz da compreensão dos institutos jurídicos para além de seus aspectos estruturais, analisando-os sob perspectiva funcional,³⁵³ a previsão normativa quanto à cessão de posição contratual é dotada de função promocional, a fim de facilitar e de propiciar a circulação patrimonial, conferindo segurança jurídica e possibilitando a liberdade econômica e o desenvolvimento dos negócios no Brasil.

Quanto à sua função promocional, a cessão de contrato é instrumento de suma importância para a operação da função econômica dos contratos, enquanto veste jurídico-formal de operações econômicas,³⁵⁴ consoante defendido por Enzo Roppo:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente - para a ideia de operação económica.³⁵⁵

Fundamentado na função econômica do instituto, atrelada à simplificação dos procedimentos jurídicos para a persecução dos interesses dos contratantes, versa Sílvia Rodrigues:

O crescente desenvolvimento da circulação econômica e a imprescindível celeridade demandada pelo comércio engendraram a figura da cessão de contrato,

352 COELHO, Ivana Pedreiro. **Cessão de posição contratual: estrutura e função.** In: Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, vol. 5, jul-set./2015, p. 31. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/89/85> Acesso em: 21 set. 2024.

353 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007, p. 13

354 ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina. 2021, p. 11.

355 ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina. 2021, p. 8.

capaz de atender aos reclamos de rapidez e segurança, necessários à vida dos negócios. Isso é alcançado pela simplificação dos procedimentos, pois, quando se quer transferir a outrem a posição contratual, não há mister de desfazer uma determinada relação jurídica para construir outra.³⁵⁶

No que diz respeito aos seus requisitos formais, é imprescindível a concordância expressa do cedido, ainda que de forma prévia à cessão, a exemplo do que ocorre usualmente em cessão de contratos de promessa de compra e venda. Indo além, é imprescindível a notificação, por qualquer meio, do contratante cedido, a fim de que lhe seja oponível a cessão.

Já no que tange ao objeto da cessão, é necessário que se trate de contrato bilateral em execução, o que, novamente, reforça o caráter autônomo desse instituto, visto que “a parte que ingressa deve assumir deveres e titular direitos de modo que se bilateralize uma posição jurídica global”.³⁵⁷

Em arremate, no que concerne aos seus efeitos, tem-se a liberação do cedente da relação contratual inicialmente ocupada, respondendo este somente pela existência e pela validade do contrato, mas não pelo seu cumprimento. Paralelamente, ocorre a extinção das garantias prestadas pelo cedente, ou por terceiro juridicamente vinculado a ele, para com o cedido.

Portanto, resta evidente a importância da cessão de posição contratual, enquanto modalidade autônoma de transmissão das obrigações, em seus aspectos estruturais e, sobretudo, funcionais, com vistas à circulação patrimonial e à viabilização de operações econômicas, objetivo basilar dos contratos. A inclusão da figura no anteprojeto de reforma do Código Civil é de suma importância e, caso

356 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, v. 2. Parte geral das obrigações. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 314.

357 SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão de posição contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 403.

aprovada, demonstra-se profícua para a consolidação da cessão de contrato no Brasil, conferindo segurança jurídica e previsibilidade à sua aplicação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, evidencia-se a necessidade de uma compreensão do regime obrigacional como um processo dinâmico e fluido, com vistas ao adimplemento da prestação pactuada e à satisfação dos interesses úteis das partes envolvidas. A transmissão das obrigações, outrora impensável, é hoje de grande valia para a consolidação da teoria moderna das obrigações, haja vista a possibilidade de alteração dos sujeitos que integram esse negócio jurídico, de modo a dar continuidade à obrigação já iniciada.

Destarte, a cessão de posição contratual deve ser analisada como modalidade autônoma de transmissão das obrigações, haja vista suas importantes distinções com relação à cessão de crédito e à assunção de dívida, figuras afins, porém distintas.

A possibilidade de transferência, total ou parcial, dos feixes de direitos e de deveres decorrentes de um contrato vai ao encontro da melhor definição do regime das obrigações e dos contratos, vez que possibilita a ampla circulação patrimonial e viabiliza a operação econômica que norteia esses institutos.

Assim, apesar de já presente do direito pátrio, através de construções doutrinárias e jurisprudenciais, a inclusão da figura da cessão contratual no Código Civil brasileiro é fundamental para que sua aplicação se dê de forma coesa e com segurança jurídica.

À luz disso, a proposta de inclusão dos artigos 303-A a 303-E a esse *Codex* representa um dos maiores acertos dos trabalhos elaborados pela comissão de juristas responsável pela reforma e atualização do Código Civil.

Portanto, a cessão de posição contratual é instituto em ampla consonância com as necessidades de um sistema econômico cada

vez mais dinâmico e intenso. Ancorada na noção de obrigação como processo e de contrato como veste jurídico-formal para a viabilização de operações econômicas, a recepção da cessão de contrato pelo Código Civil, em tempos de reforma e de atualização, revela-se profícua, sendo, assim, muito bem-vinda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Emendas e Destaques ao Texto Final da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/8032>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Quadro Comparativo entre o Código Vigente e o Anteprojeto - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 19 set. 2024.

COELHO, Ivana Pedreiro. Cessão de posição contratual: estrutura e função. In: **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, vol. 5, jul-set./2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/89/85>. Acesso em: 21 set. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 39 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, v. 2. Parte geral das obrigações. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2021.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. A vocação do nosso tempo para a codificação civil. **Migalhas**, 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/405352/a-vocacao-do-nosso-tempo-para-a-codificacao-civil>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo - reimpressão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão de posição contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER Anderson. **Fundamentos de direito civil: obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WALD, Arnaldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W.; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 23 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

A EXTENSÃO DO EFEITO INDENIZATÓRIO DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL A PARTIR DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO: UM DIÁLOGO COM O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Caio Flavio Fernandes Santos*³⁵⁸

*Thalles Ricardo Alciati Valim*³⁵⁹

RESUMO: A resolução contratual por inadimplemento pode ser quantificada levando em consideração o interesse contratual negativo e o positivo. O interesse negativo refere-se aos prejuízos anteriores à formação do contrato, como gastos baseados na expectativa da execução do contrato. Já o interesse positivo considera os benefícios que o credor teria obtido se o contrato tivesse sido cumprido. Há debates sobre a compatibilidade do interesse contratual positivo com a resolução. O presente artigo busca entender os fundamentos apresentados por cada corrente doutrinária. Parte-se da premissa de que a solução deve ser construída a partir da noção de “obrigação como processo” e, por conseguinte, do interesse do credor na prestação. Ao fim, verifica-se que o interesse contratual positivo pode servir de critério quantitativo apenas na medida em que ainda houver utilidade, para o credor, na execução do contrato. Ainda, verifica-se que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil não propôs qualquer solução para o problema e, se aprovado sem alterações, permitirá que a discussão continue.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código Civil. Resolução contratual. Interesse contratual.

INTRODUÇÃO

358 Pós-graduando em Direito Empresarial (FGV); Graduado na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

359 Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG); Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

Sabe-se que uma das qualidades do Código Civil de 2002 foi pôr fim à discussão acerca das causas de extinção dos contratos. No Código Civil de 1916, não havia capítulo que aglutinasse as diversas disposições acerca da extinção dos contratos. Ao invés disso, encontrava-se uma dispersão das normas pertinentes³⁶⁰. Aquela sobre a cláusula resolutiva estava na Parte Geral (Código Civil de 1916, art. 119, parágrafo único). O distrato e a resolução eram contidos em capítulo sobre os contratos bilaterais (Código Civil de 1916, arts. 1.092 e 1.093), na Parte Especial. Em lugar nenhum havia dispositivo semelhante ao atual art. 473, sobre a rescisão unilateral. O fenômeno da alteração das circunstâncias, atualmente previsto nos arts. 478 a 480, também não era enfrentado pelo Código revogado, algo natural para uma legislação que começou a ser gestada ainda no século XIX. Havia, ainda, uma vacilação terminológica, ora se falando em “rescisão”, ora em “resolução”.

Em grande medida, o capítulo II, do Título V, do Livro I, da Parte Especial, do Código Civil de 2002, intitulado “Da Extinção do Contrato”, foi inspirado diretamente pelo Anteprojeto de Código de Obrigações, formulado por Caio Mário da Silva Pereira. Nesse documento, já se encontrava, no título dos “Contratos em Geral”, um capítulo dedicado ao que se chamou “Cessação da relação contratual”³⁶¹. Embora significativamente maior e mais audaciosa do que o Código Civil de 2002, as linhas gerais da sistematização das causas de extinção do contrato foram dali extraídas e importadas para o diploma civil hoje em vigor. Assim, esse parece ser um exemplo do que indicou Miguel

360 A necessidade de uma sistematização acerca das causas de extinção dos contratos é afirmada em: GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 202.

361 A sistematização empreendida pelo Anteprojeto já era presente na obra *Instituições de Direito Civil*, de mesmo autor. No Capítulo XLIV, intitulado “Extinção dos Contratos”, Caio Mário da Silva Pereira relata que, desde 1952, vinha tratando conjuntamente das causas de extinção dos contratos, a despeito de vozes contrárias que acusavam o tratamento de “aglomeração desencontrada”, ao que o autor da obra retorquia não haver razão para as críticas, pois, “[n]ão obstante a causação variegada, está sempre presente a ideia de extinção do contrato”, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 16. ed. Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 127.

Reale, ao apresentar o Livro de Direito das Obrigações do Anteprojeto de Código Civil, em 1972: “Observo que, em mais de um passo, o Anteprojeto final integra em seu contexto algumas proposições normativas constantes dos Anteprojeto do Código das Obrigações, de 1941 e 1965, às vezes sem lhe alterar a redação (...)”³⁶².

Todavia, o Código Civil de 2002 não resolveu todas as questões ao redor da extinção contratual. Se, de um lado, há diversos dispositivos que regulamentam as causas de extinção; de outro, pouco é dito sobre o efeito indenizatório eventualmente decorrente da extinção contratual. O art. 475 afirma, apenas, que, em havendo inadimplemento, a parte inocente poderá alternativamente exigir o cumprimento pelo equivalente da obrigação ou a resolução do contrato³⁶³. Qualquer que seja a escolha feita, caberá “indenização por perdas e danos”, desde que, é claro, o inadimplemento possa ser imputável a uma das partes. Embora esse requisito não fique explícito na redação do art. 475, é o que logicamente se conclui e pode ser inferido da referência a uma “parte lesada pelo inadimplemento”³⁶⁴.

Seja como for, uma coisa é certa: ao se referir apenas a “perdas e danos”, o legislador não se preocupou em indicar se deve haver alguma diferença nos critérios de quantificação da indenização por cumprimento por equivalente ou resolução contratual.

Sem dúvida, a depender da alternativa escolhida pela parte inocente, ela se encontrará em situação bastante diversa. Com o cumprimento por equivalente da obrigação, obtém-se, ainda que compulsoriamente, situação patrimonial semelhante a que se desejava

362 BRASIL. **Anteprojeto de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 1972, p. 17.

363 Cabe o alerta de que o art. 475, do Código Civil, ao reconhecer que a parte lesada “pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento” não apresenta uma escolha entre a resolução e o cumprimento específico da obrigação. Se ainda houver possibilidade de cumprimento específico, não há inadimplemento absoluto e, portanto, o art. 475 sequer incide. O cumprimento a que se faz referência é aquele pelo equivalente, cf. TEPELINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 3, p. 155.

364 ROSENVALD, Nelson. Comentários ao art. 475. In: PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018, p. 512.

com o contrato desde o início. Caso ocorra a resolução, haverá a frustração da finalidade contratual.

Se diversas são as situações conforme o caminho seguido, também é razoável supor que as consequências prejudiciais suportadas pela parte inocente serão distintas.

Silente o legislador, cabe à doutrina cunhar modelos dogmáticos que permitam ao julgador fazer uso de critérios para a quantificação da indenização em uma ou outra hipótese, tendo sempre em mente a diversidade das situações decorrentes de cumprimento por equivalente da obrigação e de resolução contratual.

Por isso mesmo, o presente estudo busca resposta à questão de saber como quantificar a indenização quando há resolução contratual por incumprimento ou por impossibilidade culposa do devedor. Para esse propósito, parte-se da premissa de que há utilidade no binômio conceitual composto pelos interesses contratuais negativo e positivo, originalmente estabelecido por Rudolph von Jhering.

Se se partir do pressuposto de que o efeito da resolução ocorre, a princípio, retroativamente, será necessário tomar como referência o interesse contratual negativo.

Entretanto, diante do silêncio do Código quanto ao efeito indenizatório da resolução, há autores que defendem uma segunda via, pela qual seria possível cumular a resolução tanto com a indenização pelo interesse positivo quanto pelo interesse negativo.

Dada a complexidade e as polêmicas que cercam essa temática, existe ainda uma última vertente, que defende a inutilidade do binômio para a quantificação da indenização nas situações em que presente a resolução do contrato.

Destarte, são três os entendimentos possíveis quando da aplicação do binômio conceitual à resolução contratual por inadimplemento imputável a uma das partes: (i) resolução contratual com indenização pelo interesse contratual negativo; (ii) resolução contratual com indenização tanto pelo interesse contratual positivo quanto pelo interesse contratual negativo; e, uma última vertente, (iii) a defender

a inutilidade do binômio ou a ignorá-lo enquanto alternativa para auxiliar na quantificação das indenizações.

1 O INTERESSE CONTRATUAL

Antes de qualquer coisa, é preciso dizer que o *id quod inertes*, isto é, o interesse jurídico, diz respeito à relação de utilidade estabelecida entre um sujeito de direito e um bem. A conduta antijurídica que viola direito subjetivo alheio (dano-evento) pode vir a impedir total ou parcialmente que o seu titular extraia as utilidades esperadas (o interesse jurídico propriamente dito). A proximidade entre direito subjetivo e interesse jurídico seria tão grande que, para autores tais como Jhering, não haveria distinção entre as noções. O direito subjetivo poderia, sob essa visão, ser definido como interesse juridicamente protegido. Para Jhering, o interesse subjetivo seria uma “noção de condição de vida” relativa, ou seja, caracterizada a partir do que cada sujeito considere como constituinte da “vida em sua plenitude”³⁶⁵.

Seja como for, fato é que a relação de utilidade estabelecida entre um sujeito e um bem ou conjunto de bens pode vir a ser prejudicada pela conduta antijurídica alheia. O prejuízo ao interesse juridicamente tutelado é propriamente o dano-prejuízo. Consiste, portanto, nas indesejadas consequências nas esferas jurídicas patrimonial e/ou extrapatrimonial do titular de um determinado direito subjetivo que tenha sido violado.

O credor tem interesse na prestação, pois ela se liga a alguma utilidade que espera obter. Violada essa expectativa sua, mediante a inexecução do contrato, “o interesse seria a via para restabelecer a situação jurídica do lesado, isto é, a relação entre o lesado e a situação em que ele deveria estar se o dano não tivesse ocorrido”³⁶⁶.

365 JHERING, Rudolf von. **Tres estudios jurídicos**. Traduzido por Adolfo González Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 68.

366 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Atualizado por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 150.

1.1 A DUALIDADE DO INTERESSE CONTRATUAL

Tendo em mente o conceito de interesse contratual, surge, então, a sua classificação bipartite. Há, de um lado, o interesse contratual *negativo*. De outro, o interesse contratual *positivo*. Trata-se de classificação que remonta à obra de Jhering intitulada “*Culpa in contrahendo* ou indenização por contratos nulos ou não chegados a perfeição”, publicada em meados do século XIX.

António Menezes Cordeiro³⁶⁷ defende que, ao enfrentar os estudos acerca da *culpa in contrahendo*, Rudolf von Jhering fez uma verdadeira descoberta. No desenvolvimento de seu trabalho, Jhering faz uso de um conceito dicotômico, qual seja, o do interesse contratual positivo e do interesse contratual negativo. O interesse contratual positivo tem como fundamento a validade; o negativo, a invalidade do contrato. Só na medida em que o contrato é válido, o comprador pode exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento³⁶⁸.

Em última medida, tanto o interesse contratual negativo quanto o positivo apresentam situações hipotéticas que negam o que de fato veio a ocorrer. Por isso, ao fim e ao cabo, mesmo o interesse contratual positivo é, de algum modo, negativo. Enquanto o interesse contratual positivo nega o inadimplemento contratual, imaginando as utilidades que a parte inocente poderia ter extraído do cumprimento do contrato; o interesse contratual negativo nega a própria existência do contrato, concebendo a situação em que a parte inocente se encontraria se não houvesse sido concluído o contrato inadimplido. Em resumo, o interesse contratual positivo nega o inadimplemento; o interesse contratual negativo, o contrato.

367 CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 527-529.

368 JHERING, Rudolf von. **Tres estudios juridicos**. Tradução: Adolfo González Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 12.

Logo, o interesse negativo geralmente está associado aos *eventos lesivos anteriores* à formação do contrato³⁶⁹, incluindo, dentre outros, gastos baseados na expectativa da execução do contrato, como aqueles com serviços de consultoria advocatícia, taxas registras e emolumentos; desvalorização e danos eventualmente infligidos à coisa entregue pela parte inocente e devolvida pela parte culpada.

Em contraste, o interesse positivo é conhecido como “interesse de cumprimento”, pois toma em consideração os *eventos lesivos posteriores* à formação do contrato. Como indica Ruy Rosado de Aguiar Junior, “(...) corresponde ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido”.³⁷⁰

1.2 O EFEITO REPARATÓRIO DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A resolução contratual pode apresentar três efeitos: (i) o efeito liberatório, que dissolve as relações obrigacionais contratuais outrora existentes; (ii) o efeito restitutivo, do qual exsurge uma nova relação obrigacional, cujo objeto é a devolução de todas as atribuições patrimoniais recebidas em decorrência do contrato; (iii) o efeito indenizatório, do qual também são advindas novas relações obrigacionais, cujo objeto é a reparação dos prejuízos sofridos pela parte inocente.

O efeito liberatório é necessário. Os efeitos restitutivo e indenizatório são eventuais. Só haverá restituição se tiver havido atribuição patrimonial decorrente do contrato. Caso não haja, não há obrigação de restituir nada. De sua parte, o efeito indenizatório depende de (i) o inadimplemento ser imputável a uma das partes; e (ii) ter havido prejuízo efetivo suportado pela parte inocente.

369 STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 173-174.

370 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 267.

Em se havendo inadimplemento imputável a uma das partes e prejuízo suportado pela outra, o efeito indenizatório exige que a parte responsável pelo inadimplemento indenize a outra, isto é, coloque-a, atualmente, na posição em que não teria sofrido qualquer prejuízo, estivesse indemne, sem danos. Não se trata de um retorno ao *statu quo ante*, isto é, à posição pretérita em que a vítima estava antes da contratação. O *statu quo ante* é referencial para o efeito restitutivo; não para o indenizatório³⁷¹. A indenização visa apagar todos os danos suportados, no passado e no futuro, em decorrência do inadimplemento imputável.

O problema é que há duas linhas temporais hipotéticas nas quais a parte inocente não teria suportado danos. Na primeira, o contrato sequer teria sido concluído. Sem contrato, não teria havido inadimplemento; sem inadimplemento, não teria havido prejuízo. O referencial para a indenização, nessa primeira hipótese, seria, então, o interesse contratual negativo. Na segunda, o contrato teria sido concluído, mas o inadimplemento não teria ocorrido. Com contrato, mas sem inadimplemento, a vítima também não teria sofrido danos. Nessa hipótese, parte-se do interesse contratual positivo como referencial para a quantificação da indenização.

1.3 RESOLUÇÃO COM INDENIZAÇÃO PELO INTERESSE NEGATIVO

Em uma análise do artigo 475, do Código Civil, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes argumentam que apenas o interesse contratual negativo interessa quando da rescisão ou da resolução, pois as perdas e danos de que trata o referido artigo são aquelas advindas da resolução ou rescisão, não sendo, por

371 Por isso, discorda-se de quem afirma que o efeito indenizatório siga “o mesmo caminho” do efeito restitutivo, cf. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Inexecução das obrigações**: pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 401.

consequente, as decorrentes do próprio inadimplemento. Assim, asseveram, “a dívida de perdas e danos, a que alude o art. 475 do Código Civil, é a dívida concernente ao interesse negativo do credor”³⁷².

A lógica que subjaz à tese acima é simples: se a resolução põe fim à relação contratual, em regra retroativamente (*ex tunc*), tal como se nunca tivesse havido contrato entre as partes, com o objetivo de se atingir o *status quo*³⁷³, não se poderia estabelecer outro referencial para o arbitramento que o do interesse contratual negativo, em que há a negação da própria existência do contrato. Mediante pergunta retórica, Araken de Assis resume o raciocínio: “Realmente, como situar o credor em posição equivalente à que resultaria do cumprimento, se o contrato foi destruído retroativamente?”³⁷⁴.

Se, de um lado, o direito positivo brasileiro não defina com clareza o critério adotado; de outro, a opção pelo interesse contratual negativo parece ter sido a preferida pelo Código das Obrigações suíço, conforme atesta Andreas von Tuhr: “*Así, el Código de obligaciones suizo reconoce al acreedor que desista del contrato por incurrir el deudor en mora el derecho a reclamar la indemnización de su interés negativo*”³⁷⁵. Isso porque o art. 109, alínea 2, daquele diploma legal, indica que o credor pode demandar, além da resolução e restituição do que houver pagado, “a reparação do dano resultante da caducidade do contrato” (tradução livre).

Essa é a vertente doutrinária tradicional no mundo lusófono.

372 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios**. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 402.

373 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, p. 334.

374 ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

375 TUHR, Andreas von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução: W. Roces. Granada: Comares, 2007, p. 49.

Em Portugal, era defendida por Antunes Varela, para quem, com base no art. 908.º, do Código Civil português³⁷⁶, se o credor optasse pela resolução, “(...) não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio”³⁷⁷. Também Fernando Pessoa Jorge considerava que o interesse contratual negativo devesse ser o parâmetro de quantificação de indenização nos casos de “*culpa in contrahendo* e da rescisão dos contratos sinalagmáticos por incumprimento da outra parte, quando essa rescisão tenha efeito retroactivo”³⁷⁸.

No Brasil, em comento ao art. 475 do Código Civil brasileiro, Cristiano de Sousa Zanetti³⁷⁹ reafirmou esse entendimento, embora tenha ressalvado que ele vem se submetendo a “forte crítica”. Ainda assim, tendo havido a resolução, “(...) a indenização é medida pelo interesse negativo. Nesse caso, o credor deverá ser ressarcido por tudo o que perdeu ou deixou de ganhar por acreditar na execução do contrato”. Por isso mesmo, o interesse contratual negativo também é conhecido como “interesse de confiança”, opondo-se ao “interesse de cumprimento”, que seria o interesse contratual positivo.

1.4 RESOLUÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO PELO INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO

Embora seja tradicional a posição que sustente o direito a indenização por interesse contratual negativo, quando ocorrida a resolução, vem ganhando campo posição oposta, que defende a

376 Código Civil português, art. 908.º (Indemnização em caso de dolo). Em caso de dolo, o vendedor, anulado o contrato, deve indemnizar o comprador do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada.

377 VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 109.

378 JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972, p. 380.

379 ZANETTI, Cristiano de Souza. Comentários ao art. 475. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 770.

possibilidade de se pleitear indenização pelo interesse contratual positivo. Ruy Rosado de Aguiar Junior³⁸⁰ trilha essa via, ao afirmar ter sido essa a orientação consagrada pelo art. 475, do Código Civil, com o emprego da expressão “perdas e danos”.

A parcela da doutrina defensora dessa via frequentemente cita uma passagem de Pontes de Miranda. Esse autor, conquanto indicasse que, a princípio, a indenização seria estabelecida com base no interesse negativo, considerava possível a indenização por interesse positivo. Segundo ele, “(...) à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o interesse negativo e o positivo”^{381_382}.

No Direito português, a despeito da tradicional posição de Antunes Varela, António Menezes Cordeiro levanta-se contra a limitação da indenização ao interesse contratual negativo, quando houver resolução do contrato. Para ele, a solução deve, antes de tudo, considerar os efeitos próprios da resolução. Menezes Cordeiro entende ser imprópria a visão pela qual a resolução aniquila o contrato, semelhantemente ao que sucede com a nulidade e anulação. Em linhas gerais, o autor citado parece dirigir seus ataques também à noção de que a resolução opera retroativamente “*ex tunc*”, em grande medida fundamentando a sua posição na permanência de deveres anexos, laterais, secundários ou acessórios. Então, para que haja indenização integral, todos os danos devem ser reparados, os “(...) danos negativos ou de confiança e danos positivos ou do cumprimento, cabendo,

380 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 269.

381 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, p. 340.

382 Todavia, não se pode afirmar com certeza que Pontes de Miranda defendia a possibilidade de indenização pelo interesse contratual positivo quando resolvido o contrato. Isso porque há outras passagens que contradizem à citada no corpo do texto. Ao que parece, Pontes de Miranda por vezes faz uso de sentidos próximos, ainda que equívocos. Assim, em certos momentos, o autor parece empregar “interesse negativo” como sinônimo de “dano emergente”; e “interesse positivo”, como “lucro cessante”; em outros, a expressão “interesse positivo” parece indicar, na verdade, o efeito restitutivo da resolução contratual, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 25, p. 348.

caso a caso, verificar até onde vão uns e outros, sem duplicação e descontando a contraprestação de que a parte fiel fique liberta”³⁸³.

No Brasil, Renata Steiner se serviu do mesmo argumento antes apresentado por Menezes Cordeiro, acerca da eficácia da resolução contratual, para sustentar a possibilidade de indenização pelo interesse contratual positivo:

Isso permite afirmar que a resolução dissolve o vínculo, mas não o contrato. Da mesma forma, atua exclusivamente sobre os deveres primários de prestação mantendo, especialmente, aquele secundário de indenização pela falta de cumprimento – e, não menos importante, mantendo vigentes cláusulas contratuais referentes tanto à forma de solução de controvérsias, como ao próprio montante indenizatório (cláusula penal).³⁸⁴

1.5 A SUPOSTA INUTILIDADE DO BINÔMIO CONCEITUAL PARA A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Pode-se verificar a existência de uma terceira via, que fica silente acerca da importância do binômio conceitual ou expressamente afirma não ver utilidade para ele, quando da análise do *quantum* indenizatório decorrente de resolução contratual.

A negativa de utilidade parte da premissa pela qual, na análise da indenização, é necessário que se observe cada caso dentro de suas peculiaridades. Por isso mesmo, seria tarefa de difícil consecução

383 CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, v. 9, p. 949.

384 STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 284.

a de se encontrar uma fórmula que resolveria todas as hipóteses de resolução contratual. Nesse sentido, exigir-se-ia uma quantificação casuística da indenização.

Embora não seja uma posição comumente defendida na doutrina brasileira, é a majoritariamente adotada em França, país em que o binômio conceitual não foi recepcionado. Conforme reconhece Philippe Rémy³⁸⁵, trata-se de um “assunto esquecido” (*une question oubliée*). Desde o século XIX, pelo menos, a doutrina francesa se preocupou muito com os principais aspectos da resolução (fundamento, natureza, retroatividade, natureza judicial etc.), mas sem se interessar pela cumulação da resolução com perdas e danos³⁸⁶. Talvez, o desinteresse da doutrina francesa possa ser explicado por um outro debate bastante caloroso. Por lá, discute-se se há, de fato, uma responsabilidade contratual ou, ao contrário, se não se trata de um “conceito falso” (*faux concept*) e o que se diz ser indenização por incumprimento nada mais seria do que o cumprimento pelo equivalente³⁸⁷⁻³⁸⁸.

Seja como for, mesmo no Brasil, é possível encontrar quem defenda a flexibilização do binômio conceitual, a partir do princípio da reparação integral. Assim, Giovanni Ettore Nanni, conquanto entenda que a reparação pelo interesse negativo seja incompatível com

385 RÉMY, Phillipe. Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat. In: **MÉLANGES offerts à Pierre Couvrat**: la sanction du droit. Paris: P.U.F., 2001, p. 122.

386 Phillippe Rémy, especificamente, considera o interesse contratual positivo compatível com a resolução, pois essa última, embora venha a influenciar na quantificação das perdas e danos, não teria função reparatória, mas apenas de “proteção do interesse positivo do contrato”, cf. RÉMY, Phillipe. Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat. In: **MÉLANGES offerts à Pierre Couvrat**: la sanction du droit. Paris: P.U.F., 2001, p. 129. Todavia, o raciocínio parece circular: parte-se do que se quer provar, ao adotar, como premissa, a tese de que a função da resolução é a preservação do interesse positivo do contrato.

387 CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. **La réforme du droit des obligations**: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Paris: Dalloz, 2016, p. 590.

388 TOURNEAU, Philippe le (dir.). **Droit de la responsabilité et des contrats**: régimes d'indemnisation. 12. ed. Paris: Dalloz, 2020, p. 1437.

a finalidade da resolução contratual, acredita ser melhor abandonar critérios que, a seu ver, acabariam por enrijecer a sistemática da responsabilidade contratual³⁸⁹.

2 UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS EFEITOS DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Os defensores da indenização pelo interesse contratual positivo têm razão em pelo menos um ponto: a resolução contratual tem efeitos que variam muito a depender da natureza do contrato, de seus fins e dos interesses das partes.

Muito embora, em regra, a resolução contratual apresente efeitos liberatório e restitutivo retroativos à celebração do contrato (*ex tunc*), nem sempre é assim, visto haver, notadamente em contratos de duração, a impossibilidade de restituição integral da prestação recebida.

Por isso mesmo, parcela considerável da doutrina apresenta as eficácias liberatória e restitutória como, a princípio, retroativas (*ex tunc*), mas excepcionalmente não-retroativas (*ex nunc*). Não se trata de conclusão recente. Orlando Gomes já apontava para isso: “O efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*”³⁹⁰.

Todavia, ao invés de se propor uma clivagem na extensão dos efeitos resolutorios a partir de o contrato ser de duração ou não, parece mais adequado interpretar a questão com base na possibilidade ou não de persecução dos fins contratuais e, em última medida, na preservação dos interesses do credor.

O interesse do credor é o referencial para o desenvolvimento da relação obrigacional. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva já alertava sobre

389 NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 682.

390 GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Atualização: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 210.

a necessidade de se interpretar as vicissitudes da relação obrigacional a partir da manutenção do interesse do credor, em perspectiva que denominou “obrigação como processo”: “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”³⁹¹.

A contínua possibilidade de persecução do interesse do credor, diante de inadimplemento, é o traço distintivo entre mora e adimplemento absoluto, como se depreende inclusive da leitura do art. 395, parágrafo único³⁹². Enquanto houver utilidade da prestação para o credor – isto é, seus interesses consubstanciados no programa contratual ainda puderem ser atingidos –, a solução será mediante purgação da mora, com o cumprimento específico da prestação, ainda que a essa se possam acrescentar perdas e danos, juros e outros valores (art. 395, *caput*). Por outro lado, não sendo mais possível o atingimento dos interesses do credor, haverá inutilidade da prestação e, portanto, inadimplemento absoluto.

O inadimplemento absoluto poderá gerar situações diversas, a depender de ser ou não imputável ao devedor. Quando não for, haverá apenas a resolução contratual. Caso contrário, o credor poderá então optar entre a resolução contratual e o cumprimento pelo equivalente – não se trata mais de cumprimento específico, pois esse último não tem utilidade para o credor. Em qualquer dos caminhos, caberá pretensão reparatória por perdas e danos, se presentes os pressupostos e elementos da obrigação de indenizar (art. 475).

Mas a realidade se apresenta mais complexa do que a mera divisão entre frustração ou atingimento dos interesses do credor. Pode haver casos em que o interesse foi parcialmente atingido, como

391 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

392 Mas a aferição da perda de interesse do credor não depende de seu arbítrio: “O credor não é, assim, titular de um direito potestativo de recusar a ulterior execução da prestação inadimplida”, cf. ZANETTI, Cristiano de Souza. A perda de interesse do credor. *In*: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (org.). **Direito, cultura, método**: leituras da obra de Judith Martins-Costa. São Paulo: GZ, 2019, p. 767.

frequentemente ocorre, mas não somente, nos contratos de duração. Reside aí, portanto, a justificativa para a preservação dos efeitos pretéritos de um contrato a ser resolvido: as eficácias liberatória e restitutória da resolução contratual retroagirão apenas na exata medida em que o interesse do credor tiver sido prejudicado pelo inadimplemento. Essa é fórmula cuja inspiração se pode atribuir ao art. 1.229, alínea 3^a, do Código Civil francês, na redação dada pela reforma de 2016 (tradução livre)³⁹³:

Caso as prestações trocadas só pudessem ter utilidade pela execução completa do contrato resolvido, as partes deverão restituir a integralidade do que buscaram uma face a outra. Caso as prestações trocadas tenham encontrado sua utilidade na medida da execução recíproca do contrato, não haverá restituição referente ao período anterior à última prestação cuja contrapartida não tenha sido recebida.

Com isso, supera-se a clivagem entre contratos instantâneos e de duração³⁹⁴, levando-se em consideração a própria noção de obrigação como um processo pautado pelo interesse do credor, o qual pode ter sido prejudicado em sua inteireza, mas também pode ter sido preenchido parcialmente. Abandona-se uma solução do “tudo ou nada”, em favor de outra, que prioriza o “mais ou menos”, isto é, a gradação em que o interesse do credor pode vir a ser conquistado.

Assim, é preciso entender que, prejudicado o interesse do credor na totalidade do programa contratual, a resolução será retroativa, *ex*

393 Código Civil francês, art. 1.229, alínea 3^a: *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.*

394 CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. **La réforme du droit des obligations**: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Paris: Dalloz, 2016, p. 584.

tunc, desfazendo-se todos os efeitos, tal como se o contrato nunca tivesse existido (ao menos, em relação às obrigações principais). Claro é que sempre haverá alguma eficácia residual do contrato, como ocorre sobretudo com deveres secundários e acessórios, como os de cuidado e sigilo, e ainda com eventuais cláusulas compromissória e penal. Algo que resta, aliás, expresso em documentos tais como a Convenção de Compra e Venda Internacional de Mercadorias das Nações Unidas (CISG)³⁹⁵ e os Princípios do Direito Contratual Europeu³⁹⁶.

A existência dessa eficácia residual não implica negar a própria desconstituição dos principais efeitos contratuais retroativamente, como os defensores do interesse contratual positivo costumam alegar. No caso da cláusula compromissória, a sua autonomia lhe garante eficácia independente até mesmo da higidez do contrato em que se insere (Lei n. 9.307/1996, art. 8º). Quanto aos deveres secundários ou acessórios, são eles em grande medida oriundos da incidência da boa-fé objetiva sobre o contrato, o que justifica a sua eficácia não apenas quando houver resolução; mas também após o exaurimento da eficácia principal por adimplemento das obrigações principais, quando a sua violação pode vir a ensejar a responsabilidade civil pós-contratual (*culpa post factum finitum*).

Tomada a via resolutória, não se fará um retorno ao passado (*statu quo ante*). Mas os efeitos liberatório e restitutivo, quando retroativos (*ex tunc*), implicarão na redução da eficácia contratual ao mínimo possível.

Essa via também repercute no efeito indenizatório. Se a resolução for retroativa, é porque já não há mais qualquer utilidade do contrato para o credor. A resolução que se opera *ex nunc* é aquela em

395 Decreto n. 8.327/2014, art. 81 (1). (1) A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão.

396 *Principes de Droit Européen des Contrats*, art. 9:305 (2). *La résolution n'a point d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends, non plus que sur toutes autres clauses appelées à produire effet même en cas de résolution.*

que ainda se vê o preenchimento parcial do interesse do credor. Mas, na resolução *ex tunc*, esse interesse resta completamente prejudicado. Por isso mesmo é que os defensores do interesse contratual negativo apontam para uma “incontornável incongruência lógica”³⁹⁷ na indenização pelo interesse positivo quando a resolução for retroativa. A incongruência não está em querer se retornar ao passado; mas sim em se alegar, a um só tempo, a frustração de interesse no contrato, mediante resolução com efeitos *ex tunc*, e, prejuízos que decorram logicamente da viabilidade de atingimento daquele mesmo interesse.

Até porque, em nenhuma ocasião, a função reparatória consiste em um retorno ao passado, ao *statu quo ante*. Seja na responsabilidade contratual, seja na extracontratual, o que se busca é posicionar a vítima, tanto quanto possível, na situação em que se encontraria atualmente, caso não tivesse havido o evento lesivo. Tanto o interesse contratual positivo quanto o interesse contratual negativo servem a esse propósito. O primeiro busca situá-la em *situação atual* próxima à que estaria se o contrato tivesse sido plenamente executado. O segundo busca situá-la em *situação atual* próxima à que estaria se o contrato não tivesse sido concluído. O primeiro caminho deverá ser observado quando ainda possível estabelecer, em termos pecuniários, situação análoga à que interessava ao credor. O segundo, quando essa situação já não se puder alcançar nem mesmo analogamente e pelo equivalente em dinheiro. Entre um e outro extremo, pode haver um caminho intermediário, em que o escopo contratual é parcialmente alcançado. Nessa hipótese, a resolução não terá eficácia retroativa e a indenização será pautada pelo interesse contratual positivo, para o que se preservou da eficácia contratual, e pelo interesse contratual negativo, para o que foi anatematizado.

397 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 490.

3 A RESOLUÇÃO CONTRATUAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Com toda a discussão doutrinária acima, era de se esperar que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil fosse apresentar alguma solução específica para a extensão do efeito indenizatório da resolução contratual. Reformas relativamente recentes, como a alemã e a francesa, cada uma a seu modo, cumpriram com esse propósito; isso sem falar da Convenção para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que também apresenta regramento minucioso acerca do tema.

Em descompasso com a experiência estrangeira, o Anteprojeto propõe uma ligeira mudança redacional no art. 475, do Código Civil, substituindo a expressão “pedir a resolução do contrato” por “pode resolver o contrato”, apenas para indicar a mudança a respeito da implementação da cláusula resolutiva tácita, que poderá ser implementada mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Quanto ao efeito indenizatório da resolução contratual, o Anteprojeto repete a passagem tradicional e lacunosa, hoje em vigor: em qualquer dos casos, seja pela resolução, seja pelo cumprimento pelo equivalente, caberá indenização por “perdas e danos”.

Diferentemente do que se viu quando da reforma alemã, não se prefere qualquer uma das parcelas do binômio conceitual, ainda que se pudesse permitir que o credor o optasse pela outra.

Também não se quis seguir o exemplo francês, que indicou a exata extensão dos efeitos liberatório e restitutivo da resolução; solução essa que poderia partir da distinção entre contratos instantâneos e duradouros, ou, como parece ser mais adequado, a partir do interesse do credor e, por conseguinte, da utilidade da prestação.

Ainda assim, pode haver uma pequena brecha para se construir a proposta acima apresentada, que pretende compreender a extensão dos efeitos resolutórios a partir da compreensão de obrigação como processo. Isso porque o proposto art. 475-A, que pretende consagrar a teoria do adimplemento substancial no direito positivo brasileiro,

apresenta, como um dos critérios para que se obste a resolução do contrato, “o interesse útil do credor na efetivação da prestação”. Por esse caminho, ainda que estreito, talvez seja possível construir dogmaticamente a tese acima defendida, garantindo que a resolução ocorra retroativamente (*ex tunc*) quando totalmente frustrado o interesse do credor e, apenas para o futuro (*ex nunc*), quando parte de seu interesse ainda puder ser preservado.

CONCLUSÕES

A análise evidencia que, embora o Código Civil de 2002 tenha avançado na sistematização das causas de extinção dos contratos, persistem lacunas significativas na quantificação dos danos da resolução contratual. Três abordagens doutrinárias emergem em relação ao binômio dos interesses contratuais: a primeira limita a indenização ao interesse negativo; a segunda permite a cumulação dos interesses positivo e negativo; e a terceira questiona a aplicabilidade do binômio.

Após revisão bibliográfica, percebeu-se que as soluções mais recentes, inclusive no Direito estrangeiro, apontam para uma superação da clivagem em contratos instantâneos e de duração, em favor de uma análise que se pauta pela permanência do interesse do credor no adimplemento da obrigação. Ou seja, enquanto houver utilidade para o credor, e na medida dessa utilidade, os efeitos contratuais deverão ser preservados. Inversamente, a resolução contratual deverá retroagir na extensão do que não tiver mais qualquer utilidade. Na primeira hipótese, o interesse contratual positivo será o critério determinante para a quantificação da indenização. Na segunda, a tarefa caberá ao interesse contratual negativo.

A despeito de toda a discussão doutrinária, o Anteprojeto que propõe uma ampla reforma no Código Civil brasileiro não apresentou inovações relevantes no tema. Caso seja aprovado sem restrições, a polêmica permanecerá, cabendo aos intérpretes e, em especial, a

doutrina, buscar caminhos hermenêuticos para a quantificação da indenização decorrente de resolução contratual imputável a uma das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Anteprojeto de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. **La réforme du droit des obligations**: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Paris: Dalloz, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JHERING, Rudolf von. **Tres estudios juridicos**. Tradução: Adolfo González Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 25.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Atualizado por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RÉMY, Phillipe. Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat. In: **MÉLANGES offerts à Pierre Couvrat**: la sanction du droit. Paris: P.U.F., 2001, p. 121-129.

ROSENVALD, Nelson. Comentários ao art. 475. In: PELUSO, Cezar (org.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 12. ed. Barueri: Manole, 2018, p. 510-513.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Inexecução das obrigações**: pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1, p. 391-415.

TOURNEAU, Philippe le (dir.). **Droit de la responsabilité et des contrats: régimes d'indemnisation**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2020.

TUHR, Andreas von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução: W. Roces. Granada: Comares, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Comentários ao art. 475. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A perda de interesse do credor. *In*: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (org.). **Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa**. São Paulo: GZ, 2019, p. 765-787.

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: DELIMITANDO O DIREITO POTESTATIVO DO CREDOR NA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

*Bruna Lyra Duque*³⁹⁸

*Kassia Ellen Alves Pereira*³⁹⁹

*Yasmin Miranda Mayerhofer*⁴⁰⁰

RESUMO: Em uma sociedade marcada pela circulação de bens e riquezas, os contratos se instrumentalizam como forma externalizar a vontade daqueles que celebram um negócio jurídico, designando deveres e direitos vinculativos àquela relação obrigacional. Esse vínculo jurídico tem no cumprimento do que foi avençado, o meio esperado de extinção e nos princípios gerais que regem as relações contratuais o seu embasamento. Contudo, não havendo o adimplemento esperado, ao credor é atribuído o direito potestativo de resolver o contrato. No esforço de não tornar abusivo esse direito, bem como de resguardar os princípios que fundamentam o contrato, criou-se, pela doutrina e jurisprudência, a teoria do adimplemento substancial frente ao descumprimento ínfimo da obrigação firmada. Por não haver previsão no Código Civil de 2002, a aplicação da teoria fundamenta-se nos princípios da boa-fé objetiva, função social e conservação dos contratos. O Anteprojeto de Reforma do Código Civil institucionalizará o adimplemento substancial e, com isso, o presente artigo traz a análise dos critérios propostos para a aplicação do

398 Doutora e Mestre do programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do curso de especialização em Direito de Família e das Sucessões da FDV. Professora de Direito Civil da graduação e especialização da FDV. Sócia fundadora do escritório Lyra Duque Advogados. Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Direito Contratual.

399 Integrante do Laboratório de Design e Inovação Jurídica – LINOJUS. Monitora na disciplina de Direito Civil I – Parte Geral. Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Vitória.

400 Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Vitória. Monitora de “Sentença e Recursos Cíveis”.

instituto, de modo a verificar se houve a consolidação do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, que busca conservar a relação contratual delimitando o exercício do direito potestativo do credor de resolver a obrigação.

PALAVRAS-CHAVE: Adimplemento substancial. Direito potestativo de resolução contratual. Conservação dos contratos.

INTRODUÇÃO

No âmbito das relações privadas, fala-se no contrato não somente como instrumento físico para reger um vínculo jurídico, mas em relações travadas a todo momento na sociedade que incute às partes direitos e obediência aos deveres dispostos. As relações contratuais são regidas por princípios que as partes que a celebram devem observar, a saber a autonomia privada da vontade, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a conservação desses vínculos que, em linhas gerais, preconizam que os contratantes, utilizando-se de sua liberdade de disposição da vontade, celebram um negócio jurídico com repercussão particular e socialmente em que o pactuado deve ser preservado sempre que possível.

As obrigações se instrumentalizam por meio do contrato. Quando não satisfeitas, surgem consequências jurídicas, como acontece na resolução contratual. A não satisfação das prestações avençadas pode ser parcial ou integral. No tocante ao descumprimento parcial, a doutrina e a jurisprudência estabelecem tratamento diferenciado, em uma espécie de balizamento ao direito de uma das partes resolver o contrato, resguardando a relação obrigacional firmada quando presentes determinados requisitos objetivos e subjetivos.

Fala-se, então, do adimplemento substancial, que, todavia, o Código Civil de 2002 não traz a previsão dessa figura, utilizando-se a jurisprudência dos princípios regentes das relações contratuais e da conceituação trazida pela doutrina. O Anteprojeto de Reforma do Código Civil, elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela

revisão e atualização do diploma, inova ao abarcar a figura no artigo 475-A

Observa-se que ao trazer a teoria do adimplemento substancial para o direito contratual no artigo 475-A, busca-se consolidar a construção feita pela doutrina e pela jurisprudência externalizando o instituto do *substancial performance* como delimitação ao exercício do direito potestativo do credor de finalizar a relação contratual.

1 OS PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES JURÍDICOS CONTRATUAIS

A presença dos contratos no cotidiano tornou-se algo intrínseco à preservação da ordem social harmoniosa, sobretudo para garantir o equilíbrio de interesses das partes nas relações patrimoniais. De modo breve, os contratos podem ser compreendidos como negócios jurídicos capazes de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, correlatas a direitos e deveres⁴⁰¹.

Nesse sentido, é preciso explorar os principais princípios da teoria dos contratos, por serem pilares sólidos que devem atuar como guias interpretativos para a compreensão das recentes mudanças propostas pelo Anteprojeto da Reforma do Código Civil, sendo o enfoque do presente estudo a análise do art. 475-A, que traz pela primeira vez a consolidação normativa da teoria do adimplemento substancial.

Em primeiro plano, o princípio da boa-fé objetiva se apresenta como “guarda-chuva” dos demais, retomando a ideia de contratos como forma de manutenção da harmonia social. Não há que se falar na ideia de boa-fé subjetiva, que corresponde à esfera psicológica do agente, mas sim de um conceito jurídico, revestido de valores éticos exteriorizados na lealdade e respeito esperados do homem médio,

401 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo, Atlas, 2002. p. 21.

capaz de ditar uma regra de comportamento nas relações contratuais que deve ser ponderada desde as negociações preliminares.

Na visão de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

O contrato deve necessariamente revelar uma conduta de cooperação, de que decorre o dever de (a) assistência, por exemplo aconselhando ou advertindo e, mais, executando o contrato de modo a dar o maior proveito à contraparte, e de (b) ingerência na esfera alheia, por exemplo advertindo a contraparte sobre algum erro na execução, ou agindo, se está inadimplente, de sorte a evitar prejuízo maior⁴⁰².

Dessa forma, prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva gera exigibilidade e deveres anexos, como assistência, confidencialidade etc., delimitando o exercício de direitos subjetivos. A partir desse princípio maior, destacam-se também os princípios da autonomia privada; da função social do contrato; e da força obrigatória do contrato.

O primeiro — também chamado mais amplamente de autonomia privada — ainda que caro às relações contratuais, não deve ser absoluto de modo a remontar um contexto histórico passado, no qual ainda não existia o dirigismo contratual. Luiz Alberto da Silva⁴⁰³ conceitua:

Entendemos como dirigismo toda e qualquer forma de intervenção estatal na vida dos contratos, quer sob a forma de intervenção legislativa, quer sob a de intervenção jurisprudencial, que vise a reformular os princípios tradicionais da doutrina contratual, tornando-os mais acordes com a socialização do

402 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 75

403 SILVA, Luiz Alberto da. **Dirigismo contratual**. Revista da Faculdade de Direito/UFMG, n.5, out. 1965, p. 11.

direito moderno, que é seu aspecto mais marcante nos nossos dias.

Assim, parece mais adequado renovar a nomenclatura do princípio, utilizando os termos “liberdade em contratar” ou “liberdade contratual”, a fim de evidenciar que a liberdade é relativa e se destina principalmente à escolha das partes de quem e como contratar.

O princípio da função social do contrato, por sua vez, atuará como cláusula geral juntamente com a boa-fé. Humberto Theodoro Júnior⁴⁰⁴ aponta dois aspectos da função social: o intrínseco, em que evidencia a equivalência material entre as partes, e o extrínseco, aquele inserido no âmbito coletivo, que busca a manutenção do desenvolvimento social. Isto é, a função social busca balizar a desproporção entre a liberdade contratual e os interesses sociais, de modo que coexistam em equilíbrio.

Por fim, o princípio da força obrigatória dos contratos — do latim “*pacta sunt servanda*”, é o que afirma a força jurídica do que antes era mero encontro de intencionalidades das partes. Trata-se de uma garantia de cumprimento do direito fundamental à segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal⁴⁰⁵).

Justamente por essa pretensão de segurança jurídica, é imprescindível reconhecer quando a relação entre as partes não é paritária, impedindo a verdadeira livre negociação dos termos do contrato, de modo que a força obrigatória possa contribuir, ao contrário, para insegurança jurídica da parte vulnerável. Portanto, a principal limitação desse princípio é a busca pelo equilíbrio contratual, tendo como exemplo clássico a não aplicação em contratos de adesão.

Essa tendência de mitigação é oriunda do início de um processo de superação dos valores liberais clássicos que alimentavam o ideal de imutabilidade da lei advinda da vontade das partes, que eram

404 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e Sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

405 Art. 5º, inciso XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

sempre consideradas equilibradas, quando, em verdade, havia o risco de gerar opressão econômica para parte mais vulnerável da relação. Nesse prisma, reconhecendo essa tendência distante de qualquer protecionismo exagerado do Ordenamento Jurídico brasileiro, afirma Paulo Roberto Ribeiro Nalim⁴⁰⁶:

Em verdade, a mitigação do princípio da força obrigatória não é uma novidade, nem mesmo para os operadores do Direito Empresarial, afetos que estão a institutos de revisão negocial como a cláusula *hardship*. Ou seja, a mitigação Brasileira da força obrigatória dos contratos não coloca o país numa condição, por assim dizer, exótica, no cenário dos contratos internacionais e nacionais, em que pese a originalidade da função social do contrato.

Observando e fundamentando-se nos princípios regentes das relações contratuais, a conservação dos contratos busca sempre que possível a preservação do avençado entre as partes, não resolvendo o negócio jurídico firmado.

2 A CONSTRUÇÃO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL (*SUBSTANCIAL PERFORMANCE*) NO DIREITO BRASILEIRO

Ao celebrar um negócio jurídico, instrumentalizado por meio do contrato autônomo entre os indivíduos, busca-se a satisfação bilateral dos interesses das partes, seja pelo adimplemento da obrigação devida e conseqüente liberação do vínculo obrigacional, seja pelo

406 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **A força obrigatória dos contratos no Brasil: Uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos.** Revista Brasileira de Direito Civil. v. 1, n. 01, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/133>. Acesso em: 2 set. 2024.

cumprimento da prestação querida e o bem da vida buscado por meio dessa relação.

Para resolver um contrato pela via tradicional, faz-se necessário que o adimplemento seja integral, ou seja, que todas as prestações sejam cumpridas nos termos pactuados, salvo admissões de cumprimentos indiretos, diversificando as formas de pagamento da prestação devida.

A partir da configuração de uma relação jurídica obrigacional, impõe-se ao devedor o dever de cumprir a obrigação e, ao credor, o direito de exigir em face do devedor o cumprimento das prestações. O não atendimento aos deveres obrigacionais confere a possibilidade de resolução contratual. Isso porque “se o contrato é feito para ser cumprido, a não realização da prestação como pactuada pode ensejar, *a priori*, a critério da parte lesada, por sua provocação, o desfazimento da relação obrigacional”⁴⁰⁷.

Com a celebração de um contrato vê-se livre a possibilidade de se estabelecer a resolução do contrato em caso de descumprimento. Por outro lado, ainda que não haja cláusula expressa, por força do artigo 474⁴⁰⁸ e 475⁴⁰⁹ do Código Civil de 2002, o não cumprimento voluntário ou involuntário da obrigação, ainda que parcial, pode suscitar àquela parte carente da prestação almejada o direito de pedir a resolução do contrato. Abre-se espaço, portanto, para o exercício do direito potestativo do credor de, nesse contexto, extinguir a relação jurídica firmada⁴¹⁰.

É fato que a resolução de um contrato pode acarretar sacrifícios desproporcionais às partes, haja vista que o inadimplemento pode ser alheio à vontade do devedor, podendo advir de situações imprevisíveis

407 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. 4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

408 Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

409 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

410 TEPEDINO, Gustavo. Abuso do direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 25, n. 03. p. 13-15, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/650>. Acesso em: 2 set. 2024. p.13.

que tornaram excessivamente onerosa a prestação devida. Por essa razão, principalmente, resolver um contrato, por meio do exercício do direito potestativo do credor para tal, pode constituir abuso de direito em face do devedor. Além disso, ao estabelecer um vínculo obrigacional, busca-se, com o pagamento dos atos constitutivos da obrigação, o bem da vida, denotando que o cumprimento da avença se torna querido pelo credor e, quando possível, deve ser mantido.

Resvalando no esforço de não tornar abusivo o direito de resolução contratual, que tem fulcro no artigo 475⁴¹¹ do Código Civil de 2002, e de satisfazer, quando possível, o interesse primário do credor ao firmar a avença, se firmou, por meio da doutrina e da jurisprudência, a figura do adimplemento substancial. Para a teoria do *substancial performance*, considera-se adimplida substancialmente a obrigação cujo descumprimento foi ínfimo, evitando-se a resolução contratual⁴¹².

O Código Civil de 2002 não prevê expressamente o instituto do adimplemento substancial em casos de descumprimento parcial da obrigação. Fundamenta-se, quando aceita a aplicação da teoria pela jurisprudência, nos princípios regentes das relações contratuais, observando a função social do contrato e a boa-fé objetiva, delimitando o exercício do direito potestativo do credor de resolver a obrigação⁴¹³ quando a prestação foi descumprida no tempo, lugar e forma como foi estipulada.

O entendimento pela ocorrência do adimplemento substancial em determinada relação contratual parte da compreensão da relação obrigacional como uma relação complexa, destinada não só a execução

411 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

412 SILVA, Abrahan Lincoln Dorea. O adimplemento substancial no Direito Brasileiro: comentário ao REsp n. 1.581.505/SC. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 31. p. 431-457. São Paulo: Ed. RT, 2022. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1122>. Acesso em: 2 set. 2024

413 BRASIL. **Enunciado n. 631 da IV Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 2 set. 2024.

da prestação principal, mas considerando todos os comportamentos, como os deveres anexos de conduta⁴¹⁴, como o de cooperação. Corrobora-se, portanto, além de ser uma das bases à aplicação da teoria, a obrigação como um processo, em que:

As relações se estabelecem entre situações jurídicas subjetivas. Dentro de um processo ou de um todo se particularizam vários atos; alguns mais significativos, outro menos, porém todos essencialmente relevantes para a satisfação abrangente dos interesses de ambas as partes⁴¹⁵.

Essa concepção pode ser percebida quando o descumprimento de alguma prestação devida — ou mais de uma — decorreu de fato imprevisível que tornou a sua execução onerosa, constituindo mora⁴¹⁶ durante a ocorrência da situação imprevista, contudo, o devedor manteve comportamentos de boa-fé e cooperativos dentro da relação jurídica obrigacional e as prestações a serem executadas são de interesse do credor. Há, portanto, uma “flexibilização das consequências do cumprimento inexato da obrigação”⁴¹⁷.

A teoria do *substantial performance* nasceu do direito inglês, quando se reconheceu que parte substancial da obrigação de transporte

414 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 11. p. 95-113. jan./mar. 2017. p. 100. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 2 set. 2024.

415 SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento substancial e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

416 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 11. p. 95-113. jan./mar. 2017. p. 100. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 2 set. 2024.

417 DAL FABRO, João Guilherme. Teoria do Adimplemento Substancial: da boa-fé aos requisitos para sua aplicação. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. v. 6, n. 1, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i1.320. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/320>. Acesso em: 11 set. 2024. p. 9.

havia sido cumprido pela parte contratada, tendo sido ínfimo a parte inadimplida e por fato não previsível ou evitável ao contratado. No caso em tela, a entrega do bem foi feita por pessoa distinta da contratada em razão do falecimento do devedor principal durante o transporte do bem, fazendo com que o credor queira resolver o contrato⁴¹⁸.

A teoria inglesa foi importada às cortes brasileiras e aplicada pela primeira vez, em 1995, pelo, à época, desembargador Ruy Rosado, em julgamento que reconheceu incidir o instituto em causa que versava pelo pedido de resolução da relação contratual entre companhia de seguro e segurada, em razão do não pagamento da última prestação do prêmio⁴¹⁹. Criou-se, assim, abertura ao reconhecimento do adimplemento substancial, repercutindo pelas cortes jurídicas.

3 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL COMO MECANISMO DE MITIGAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO DO CREDOR DE RESOLVER O CONTRATO

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil propôs elucidações e normatização desta figura fundamental à, quando possível, manutenção das relações jurídicas obrigacionais. O documento revisional e de atualização do diploma civil atual adiciona, ao capítulo de disposições gerais sobre contratos, o artigo 475-A, *in verbis*:

Art. 475-A. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução, observando-se especialmente: I - a

418 DAL FABRO, João Guilherme. Teoria do Adimplemento Substancial: da boa-fé aos requisitos para sua aplicação. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. v. 6, n. 1, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i1.320. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/320>. Acesso em: 11 set. 2024. p. 12.

419 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 76362/MT**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em: 11/12/1995. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500506351&dt_publicacao=01/04/1996. Acesso em: 2 set. 2024.

proporção da prestação satisfeita em relação à parcela inadimplida; II - o interesse útil do credor na efetivação da prestação; III - a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes; IV - a possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta eventual pretensão do credor pela reparação por perdas e danos⁴²⁰.

Da redação proposta, vê-se, no *caput*, a intenção em regulamentar o instituto do adimplemento substancial como forma de balizar o direito potestativo do credor de resolver o contrato quando há a possibilidade de mantê-lo, observados os critérios dispostos pelo artigo.

Como critério ao reconhecimento do adimplemento substancial de determinado contrato, tem-se que, pela proposta de redação do Anteprojeto, prescinde a análise da proporção entre a prestação satisfeita e a parte inadimplida e o interesse do credor para com a prestação. O exame a ser feito, portanto, não considera somente o aspecto quantitativo, isto é, o número de parcelas e o valor inadimplido em relação às prestações cumpridas, mas averigua também — e ousa-se afirmar em maior importância que o critério quantitativo — o aspecto qualitativo, ou seja, o grau de satisfação do polo ativo da relação quanto à prestação que deveria ser efetiva, bem como quanto à possibilidade de manutenção da relação obrigacional.

Consoante ao ministro Antonio Carlos Ferreira, em recurso especial em que entendeu não incidir a teoria do adimplemento substancial, em se tratando sobre a ponderação desses dois critérios, a análise “não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a

420 BRASIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Jurista responsável pela revisão e atualização do Código Civil.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 3 set. 2024. p. 48.

contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual”⁴²¹.

A análise quantitativa importa para a incidência da tese e a continuidade da relação jurídica já que as prestações ainda devem ter alguma utilidade ao credor, pois, do contrário, havendo perda total do interesse do credor, incide o disposto pelo artigo 395 do Código Civil vigente, dando-lhe a possibilidade de exigir em face do devedor a indenização por perdas e danos e as consequências jurídicas advindas da resolução da relação contratual.

O grau de satisfação do credor como pressuposto para manter a relação obrigacional derruba, ao menos em parte, a ideia de que o adimplemento substancial protege apenas o devedor, do contrário, a teoria foi construída com o fito de atender ao interesse de ambos sujeitos da relação, na medida em que não submete, de maneira gravosa, o devedor aos efeitos jurídicos da resolução contratual pelo descumprimento, bem como mantém a relação que busca corresponder ao fim ao qual buscou o credor àquela obrigação, como o bem da vida querido.

Há, de fato, a necessidade de analisar o critério quantitativo, pois não há razão em manter um contrato, a pretexto das consequências jurídicas, se há um maior inadimplemento da prestação devida em relação às prestadas e à relação obrigacional como um todo, haja vista que para o instituto o descumprimento deve ser, quantitativamente, ínfimo em relação ao valor já prestado e ao todo.

A proposta não contemplou um valor pré-fixado, haja vista a impossibilidade de determinar quantia a partir da qual deva ser considerada adimplida ou não uma obrigação, sendo analisado de acordo com o caso concreto, em vista a gama de possibilidades de configuração de uma relação obrigacional quando se tratar de fixação de prestação.

421 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.581.505/SC**. Quarta Turma. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 18/08/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF. Acesso em: 4 set. 2024.

A jurisprudência, em se tratando de critério quantitativo, é diversa: há julgado, no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de aplicar a teoria quando inadimplida cinco parcela, que significa 14% do contrato⁴²², bem como quando o descumprimento foi de três parcelas⁴²³.

Destaca-se o intuito da prescrição vislumbrar a boa-fé nas relações contratuais. A tutela da confiança legítima gerada pelas partes pressupõe a análise não só dos deveres principais, relativos às prestações pactuadas, mas dos deveres anexos, que concorrem para a manutenção harmônica da relação obrigacional. Isto é, “a boa-fé objetiva representa que os agentes se comportem durante o programa contratual com lealdade, afastando qualquer possibilidade de malícia ou de indução a vícios de consentimento”⁴²⁴, de modo que uma — ou mais de uma — parcela descumprida decorra de uma impossibilidade da referida prestação, como alheio à vontade do devedor.

A externalização, pela proposta legislativa, do princípio da conservação dos contratos, em vista à função social e econômica desse instrumento privado, como objetivo a ser perseguido para a invocação do instituto do *substantial performance*, que também coaduna com o posicionamento jurisprudencial. Fato é que a circulação de riquezas pressupõe o estabelecimento de relações contratuais⁴²⁵, sendo o aspecto social e econômico a função do contrato, em termos

422 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.051.270/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 04/08/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&num_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF. Acesso em: 5 set. 2024.

423 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 155.885/MS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Julgado em: 27/06/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=23134774&num_registro=201200503665&data=20120629. Acesso em: 5 set. 2024.

424 DAL FABRO, João Guilherme. Teoria do Adimplemento Substancial: da boa-fé aos requisitos para sua aplicação. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. v. 6, n. 1, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i1.320. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/320>. Acesso em: 11 set. 2024. p. 7.

425 DAL FABRO, João Guilherme. Teoria do Adimplemento Substancial: da boa-fé aos requisitos para sua aplicação. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. v. 6, n. 1, 2023. DOI:

princípios. Nesse sentido, a não dissolução da relação contratual, pelo reconhecimento de que foi substancialmente adimplida, não favorece somente a satisfação dos interesses privados intrapartes contratuais, mas também dos que aproveitam, de alguma maneira, da relação contratual⁴²⁶.

Pela redação do artigo 475-A proposto no Anteprojeto, tem-se o adimplemento substancial como forma de evitar que ao contrato seja resolvido, a despeito do interesse do credor unilateralmente, todavia, não o deixa desprotegido quando em face do descumprimento da prestação. Isso porque prevê a possibilidade, pelo parágrafo único relacionado, do devedor ser responsabilizado em perdas e danos ao credor pelo inadimplemento.

O que se analisa pela aplicação da teoria do adimplemento substancial é a possibilidade de manter a relação jurídica, não imputando sacrifícios desproporcionais ao devedor relativos às consequências jurídicas de uma resolução contratual, mas não desconsidera as prestações descumpridas, ou seja, “não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece”⁴²⁷, posto que “o adimplemento substancial só limita uma das consequências do inadimplemento, que é o poder de resolver o contrato. [...] o devedor continuará devendo o remanescente e o credor terá que conseguir demandar a quantia devida pelos meios ordinários”⁴²⁸.

10.46818/pge.v6i1.320. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/320>. Acesso em: 11 set. 2024. p. 11.

426 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 11. p. 95-113. jan./mar. 2017. p. 100. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 2 set. 2024. p. 13.

427 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.051.270/SC**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 03/09/2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&numero_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF. Acesso em: 3 set. 2024. p. 1.

428 SILVA, Abraham Lincoln Dorea. O adimplemento substancial no Direito Brasileiro: comentário ao REsp n. 1.581.505/SC. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 31. ano 9. p. 431-457. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.ojs>

Essa previsibilidade coaduna com a jurisprudência que invoca a teoria do adimplemento substancial, ao preconizar, conforme julgado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, que não deve haver prejuízo ao credor de requerer a quantia devida, quando mantida a relação contratual⁴²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta, com o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, em trazer segurança jurídica às relações contratuais ao reconhecer, pela inclusão do artigo 475-A, que propõe regulamentar o instituto do adimplemento substancial e cuja teoria, aplicada pelas cortes desde 1995, deixa de ser somente construção doutrinária e jurisprudencial, e se consolida no ordenamento jurídico privado.

A redação coaduna com o criado pela doutrina e jurisprudência ao versar a figura do adimplemento substancial como oposta ao direito potestativo do credor de resolver o contrato quando o descumprimento for ínfimo em comparação ao efetivado e à obrigação como um todo, sem, contudo, abrir margem a sua aplicação desenfreada ao resguardar critérios para a invocação do instituto dentro do caso concreto.

A normatização proposta rompe, ainda, com a possibilidade de a aplicação pressupor somente atender aos interesses do devedor, ao que estabelece como um dos critérios a ser observado o interesse útil para o credor para com a prestação, bem como garante a pretensão à reparação por perdas e danos.

A análise do interesse do credor na manutenção do contrato denota que a teoria do adimplemento substancial, com a disposição no diploma civil, considera não somente o aspecto quantitativo,

direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1122/935. Acesso em: 2 set. 2024. p. 441.

429 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.581.505/SC**. Quarta Turma. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 18/08/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF. Acesso em: 4 set. 2024.

mas também o qualitativo pressupondo a satisfação do polo ativo da relação e a boa-fé objetiva, externalizando a tutela da confiança, ao examinar a obrigação como um processo, em que se pondera todos os atos realizados pelas partes na perseguição da prestação principal.

Defende-se que o adimplemento da prestação deve atender à função socioeconômica, isto é, à causa do contrato. Por meio do alcance dessa função concreta do negócio, e não somente no cumprimento de cada prestação acordada isoladamente, que o adimplemento se fará diferente e pautado na solidariedade⁴³⁰.

A proposta segue a jurisprudência do tema ao reconhecer a função social e econômica do contrato, possibilitando sua manutenção como instrumento de circulação de riqueza e bens e satisfação de interesses das partes, materializando a valorização da autonomia privada, ao que um descumprimento prestacional pode advir de uma impossibilidade de prestar o ato e a relação firmada ser de interesse do credor para garantir o bem da vida querido.

430 DUQUE, Bruna Lyra. **Causa do contrato: entre direitos e deveres. Belo Horizonte: Conhecimento**, 2018. p. 205.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo, Atlas, 2002.

BECKER, A. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 9, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.68813. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68813>. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Enunciado n. 631 da IV Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. **Relatório Final do trabalho da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 3 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 76362/MT**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Flavia Mesquita Gonçalves e outro. Recorrido: Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros. Julgado em: 11/12/1995. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500506351&dt_publicacao=01/04/1996. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.051.270/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Julgado em 04/08/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/>

mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&num_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.581.505/SC**. Quarta Turma. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Recorrente: Cristhiane de Freitas Faoro. Recorrido: Adibens Administradora de Bens LTDA. Julgado em 18/08/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531880&num_registro=201502887137&data=20160928&formato=PDF. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 155.885/MS**. Relator Ministro Massami Uyeda. Agravante: Ângelo Gonçalves da Rosa. Agravado: Láersio Arruda. Julgado em: 27/06/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=23134774&num_registro=201200503665&data=20120629. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2024.

DAL FABBRO, João Guilherme. Teoria do Adimplemento Substancial: da boa-fé aos requisitos para sua aplicação. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**. v. 6, n. 1, 2023. DOI: 10.46818/pge.v6i1.320. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/320>. Acesso em: 11 set. 2024.

DUQUE, Bruna Lyra. **Causa do contrato**: entre direitos e deveres. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. 4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A força obrigatória dos contratos no Brasil: Uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 1, n. 01, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/133>. Acesso em: 12 set. 2024.

SILVA, Abrahan Lincoln Dorea. O adimplemento substancial no Direito Brasileiro: comentário ao REsp n. 1.581.505/SC. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 31. p. 431-457. São Paulo: Ed. RT, 2022. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1122>. Acesso em: 2 set. 2024

SILVA, Luiz Alberto da. **Dirigismo contratual**. Revista da Faculdade de Direito/UFMG, n.5, out. 1965.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. **Adimplemento substancial e co-operação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil**. vol. 11. p. 95-113. jan./mar. 2017. p. 100. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/10>. Acesso em: 2 set. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Abuso do direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 25, n. 03. p. 13-15, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/650>. Acesso em: 2 set. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **O Contrato e Sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PARTE III:

**A REFORMA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL**

VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL E A PROPOSTA DO NOVO ART. 946-A DO CÓDIGO CIVIL

*Flávia da Terra Costa Marques*⁴³¹

*Marcelo Matos Amaro da Silveira*⁴³²

RESUMO: A cláusula de limitação de responsabilidade é uma convenção bastante usual na prática contratual. Por se tratar de uma estipulação que excepciona o regime legal da responsabilidade civil, suscita o debate a respeito da sua validade e eficácia, em especial os contornos e limites a serem observados pelas partes. A ausência de dispositivo sobre a matéria no Código Civil gera insegurança jurídica e decisões judiciais destoantes, o que se pretende superar com a inserção do artigo 946-A, previsto no anteprojeto de reforma do código civil entregue à presidência do Senado Federal. O novo dispositivo, idealizado pela comissão de juristas encarregada de modernizar o diploma civil que preparou o anteprojeto, prevê critérios para a aferição da validade dessa estipulação, refletindo discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da paridade entre as partes e consolidando requisitos a serem observados pelas partes contratantes. Fomentando uma maior objetividade e segurança jurídica, a inserção é relevante para que as partes possam exercer sua autonomia contratual em conformidade com o ordenamento jurídico. Interessante notar que a proposta tem forte influência da atual posição da doutrina sobre

431 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pós-graduanda lato sensu em Linguagem Jurídica, também pela UFMG. Advogada associada no Freitas Ferraz, Capuruço, Braichi e Riccio Advogados.

432 Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP (FDUSP). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos/MG. Professor de graduação e pós-graduação da Faculdade CEDIN. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Membro Titular do Instituto de Estudos em Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado associado no Freitas Ferraz, Capuruço, Braichi e Riccio Advogados.

o assunto, razão pela qual, após conceituar a categoria jurídica em análise, o presente artigo irá trazer uma breve análise da atual posição da doutrina e jurisprudência. Isso porque acredita-se que, a partir dos requisitos trazidos pelo anteprojeto, ainda permanecerá o desafio de se compatibilizar, diante do caso concreto, a autonomia privada com as balizas legais, tema que seguirá objeto de análise doutrinária e jurisprudencial. Por fim, ao partir do legado de extrema importância de Pontes de Miranda, será realizada a análise da cláusula de limitação de responsabilidade nos planos do negócio jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Responsabilidade Civil. Cláusulas Contratuais.

INTRODUÇÃO

A cláusula de limitação de responsabilidade, amplamente utilizada em contratos, é um tema de grande relevância no Direito Civil e na prática contratual. Ao passo que pode ser indicativo de eventual conduta abusiva entre as partes, a sua adoção também cumpre relevante papel econômico para os contratantes, representando uma relevante técnica de alocação de riscos. Em razão da sua relevância prática, a recente proposta de atualização legislativa pela comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil se revela precisa e oportuna. Verifica-se que o anteprojeto de reforma do código civil reservou expressa previsão sobre a matéria, fortemente baseado na posição mais contemporânea da doutrina e da jurisprudência sobre essa categoria jurídica.

Neste artigo, serão esmiuçados o tratamento doutrinário e jurisprudencial dado à adoção da cláusula de limitação de responsabilidade, a fim de se levantar um panorama geral a respeito do arcabouço legal a matéria. Para fins de maior rigor técnico e como marco teórico, as posições doutrinárias e jurisprudenciais serão analisadas sob a ótica dos planos do negócio jurídico, pela técnica que usualmente é denominada de escada ponteana, de Pontes de Miranda.

Esse esforço se justifica para, por um lado melhor sistematizar a posição doutrinária e jurisprudencial atual sobre a figura, e de outro lado, perspectiva a proposta de revisão em curso.

Nesse sentido, em um segundo momento, será analisada a proposta de inserção do artigo 946-A no Código Civil, que se extrai do atual anteprojeto de reforma do código civil, o qual seria introduzido na seção do diploma civil que trata de indenização. Para tanto, esse artigo propõe a discussão sobre a solução apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Por fim, será apresentada conclusão a respeito da (in)congruência do artigo proposto e o arcabouço legal pré-existente, incluindo a sua repercussão dentro da moldura legal do direito brasileiro.

1 A CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A cláusula objeto desse artigo recebe nomes variados, incluindo cláusula de exoneração de responsabilidade, cláusula de limitação de responsabilidade, cláusula de não indenizar ou cláusula de não responsabilidade. Importante ressaltar que os mecanismos podem, por vezes, representar forma diversas de alterar o regime geral de responsabilidade contratual. Por vezes, a cláusula serve para excluir o dever de indenizar de uma parte, total ou parcialmente. Pode também ser uma cláusula que limita a abrangência da responsabilidade civil em uma dada relação contratual, excluindo por exemplo o dever de indenizar os lucros cessantes. Em outras situações, busca uma verdadeira limitação pecuniária do dever e indenizar, estabelecendo um teto de responsabilidade que decorreria dos danos causados em razão da relação contratual.⁴³³ Ainda assim, em consonância com outros trabalhos a respeito da matéria e para fins de uniformização,

433 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112-113.

este artigo trabalhará com o nome “cláusula de limitação de responsabilidade”.⁴³⁴

Muito comum na prática contratual, a cláusula de limitação de responsabilidade nada mais é do que uma convenção que excepciona o regime de responsabilidade civil.⁴³⁵ Para tanto, institui-se disposição, tipicamente inserida na seção contratual relacionada à responsabilidade, cuja previsão estipula que, ainda que uma das partes descumpra uma obrigação e gere dano à parte contrária, a parte inadimplente não será responsável pela reparação do dano correspondente, seja total ou parcialmente.

A título exemplificativo, em um contrato de prestação de serviços, em que as partes tipicamente são contratada e contratante, pode ser inserida disposição no seguinte sentido:

A contratada não será responsável por quaisquer danos indiretos, danos morais, perdas de produção, de receita e/ou lucros cessantes, perante a contratante ou quaisquer terceiros, decorrentes da execução deste Contrato, somente se responsabilizando perante a contratante por prejuízos diretos comprovadamente causados em decorrência dos serviços executados.

Além dessa limitação, que decorre de uma restrição no campo conceitual, da qualidade, daquilo que poderá ensejar a reparação, as partes podem convencionar teto pecuniário, quantitativo, do valor da reparação: “a responsabilidade da contratada será sempre limitada aos valores pagos pela contratante nos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência de algum fato que tenha comprovadamente gerado dano à contratante.” Pode-se ainda limitar percentualmente a responsabilidade das partes em um contrato, estabelecendo um teto

434 PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 207-236, jan./mar. 2018, p. 208.

435 Conforme preceitua o art. 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano.

de indenização relacionado com valor total do contrato celebrado, nos seguintes termos: “a responsabilidade total das partes, incluindo perdas, penalidades e indenizações, está limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração.”

Essas formas de estipular essa limitação, qualitativa ou quantitativamente, são decorrentes da autonomia das partes e, nesse sentido, podem ser estipuladas em conjunto ou isoladamente, a depender da negociação entre elas. Fato é que, ao excepcionar o regime legal que impõe a reparação conforme a extensão do dano, a adoção dessa cláusula serve às partes tanto para alocar riscos e viabilizar a execução contratual, quanto para assegurar maior previsibilidade, o que permite uma racionalização da atividade econômica.⁴³⁶ Em que pese serem interesses legítimos, a adoção dessa cláusula também gera certa desconfiança por não seguir o regime legalmente previsto, podendo indicar abusividade negocial por alguma das partes.⁴³⁷

Nessa esteira, a legislação brasileira contém expressa previsão, na seção de cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor.⁴³⁸ A norma consumerista prevê, como regra, a nulidade de cláusula que estipule a exoneração ou limitação de responsabilidade. No entanto, ressalva que essa proibição não é aplicável às relações de consumo firmada entre pessoas jurídicas, nas quais poderá ser avençada “em situações justificáveis”. Fica clara a proteção atribuída pelo

436 PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14/2018, p. 207 - 236, Jan - Mar. 2018. DTR\2018\10354, p. 209-210.

437 Sobre o tema, António Pinto Monteiro esclarece que “(...)cláusulas exoneratórias, constituindo estas, por outro lado, o exemplo típico de cláusulas que, abusiva e subrepticamente, o predisponente impõe através de suas condições gerais, integrando, por isso, o elenco das cláusulas submetidas a especiais medidas de controlo, de acordo com várias intervenções legislativas já realizadas neste domínio.” (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 335).

438 BRASIL. CDC (Lei 8.078/1990). Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

legislador às relações consumeristas contratadas por pessoa física, em que se pressupõe um desequilíbrio mais acentuado e, a partir disso, a abusividade da cláusula. De outro lado, essa proteção não é absoluta, admitindo exceções que, segundo a justificção do projeto de lei do Código de Defesa do Consumidor, devem ser analisadas casuisticamente.⁴³⁹

Por sua vez, o atual Código Civil não traz nenhuma previsão a respeito, o que implica menor clareza a respeito da validade dessa estipulação nas demais relações.⁴⁴⁰ É na ausência de norma expressa que surgem posições e soluções diversas a respeito da legalidade dessa convenção. Essa situação acaba trazendo certa insegurança (ou pelo menos uma dúvida) jurídica, pois é exatamente no âmbito das relações cíveis, em contratos paritários e predominantemente empresariais, que a cláusula de limitação de responsabilidade encontra seu *locus natural*. Esse tipo de cláusula é bastante comum em contratos de construção (como os EPCs), contratos de fornecimento de máquinas e materiais, nos contratos celebrados no âmbito de operações de *M&A*, entre outros.

Ainda assim, pairam certas dúvidas sobre a validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade, o que justifica a preocupação da Comissão de Juristas encarregada de atualizar o Código Civil com a inserção do novo art. 946-A. O mencionado artigo será discutido adiante, mas antes disso serão apresentados os aportes doutrinários e construção jurisprudencial sobre a cláusula.

439 Conforme justificção para a inserção deste inciso, pelos Deputados José Lins e Gerson Peres “O inciso visa fundamentalmente proteger, coletiva ou individualmente, o consumidor pessoa física. Não se pode, todavia, generalizar a regra para todo o comércio jurídico. Neste sentido, a emenda permite ao juiz, em situações justificáveis, atenuar o rigor da lei.” BRASIL. **Diário Do Congresso Nacional**. Seção I, junho de 1990, p. 7426.

440 Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, como o italiano e o português que possuem disposições expressas em seus respectivos códigos civis. GOMIDE, Alexandre Junqueira. Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limites e questões controversas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 6 (2020), n. 2, p. 28.

2 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Em linhas gerais, há certo consenso doutrinário em torno da validade da cláusula de limitação de responsabilidade, desde que observados requisitos tidos como próprios e essenciais para que surta seus efeitos regularmente. Nesse sentido, a sua adoção demanda a análise casuística da aplicação da cláusula diante do caso concreto, de modo a verificar o atendimento a esses requisitos.⁴⁴¹

Ao tratar sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira descreve essa disposição como consectária da autonomia das partes, princípio norteador de todo o direito contratual, entendendo que “legítimo será que um contrato, regulador de interesses pecuniários entre particulares, desobrigue o devedor das consequências de sua responsabilidade, sem lesão à ordem pública.”⁴⁴² Nas palavras do autor, vê-se que, mesmo que orientado pela autonomia das partes, o contrato é limitado pela “ordem pública”. Ainda que sem detalhar, neste trecho, o que seria o limite imposto pela ordem pública, é evidente que, para Caio Mário da Silva Pereira, a autonomia das partes não é o único e exclusivo critério para se verificar a “legitimidade” dessa contratação.

De sua vez, Antônio Junqueira de Azevedo elenca outros requisitos, para a validade desta disposição, os quais são corroborados por José de Aguiar Dias⁴⁴³. Para os autores, a adoção de cláusula de limitação de responsabilidade não pode: i) violar norma de ordem pública; ii) representar isenção de responsabilidade por conduta dolosa; iii) isentar de indenização a obrigação principal; iv) ofender a vida ou integridade física das pessoas.⁴⁴⁴ Em uma outra obra tratando

441 PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 207-236, jan./mar. 2018, p. 209.

442 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. II. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 224.

443 AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 671-672.

444 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não-indenizar (cross waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: **Estudos e pareceres de Direito Privado**, p. 202.

especificamente sobre o assunto, José de Aguiar Dias⁴⁴⁵ tem uma posição ainda mais liberal ao defender que no direito brasileiro a cláusula de limitação de responsabilidade deve ser considerada como válida sempre que não represente uma ofensa a ordem pública.

Em linha similar, Arnold Wald elenca como requisitos para a validade da cláusula i) bilateralidade de consentimento; ii) igualdade de posição das partes; iii) inexistência de exoneração do agente em caso de dolo ou culpa grave; e iv) ausência de isenção quanto à obrigação principal.⁴⁴⁶ Mas, recentemente, autores vêm reiterando essa posição, defendendo a validade da cláusula de limitação de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, como se extrai das posições de Nelson Rosenvald⁴⁴⁷, Alexandre Gomide⁴⁴⁸, Ricardo Dal Pizol⁴⁴⁹, entre outros.

Por sua vez, surgem algumas discussões sobre a eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade, em especial quanto à eventual abusividade do seu exercício caso a parte beneficiada pela limitação tenha agido com dolo ou culpa grave.⁴⁵⁰ Esse tipo de situação, no entendimento de Nelson Rosenvald⁴⁵¹, representaria exatamente a hipótese de ofensa à ordem pública que deve permear o controle

445 AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 43.

446 WARD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, jul./set. 2015, p. 137.

447 ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. 2. ed. Inadaiatuba: Editora Foco, 2020, 146-151. O autor, contudo, questiona a validade das cláusulas que tenham por objeto a exoneração total da responsabilidade das partes.

448 GOMIDE, Alexandre Junqueira. Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limites e questões controversas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 6 (2020), n. 2.

449 PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 14/2018, p. 207- 236, jan.-mar. 2018.

450 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não-indenizar (cross waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: **Estudos e pareceres de Direito Privado**, p. 202.

451 ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. 2. ed. Inadaiatuba: Editora Foco, 2020, 149.

desse tipo de cláusula. Sendo certo que existe um entendimento sobre a ineficácia da limitação quando tal comportamento venha a ser realizado pela parte inadimplente, pergunta-se quando é preciso analisar o momento do comportamento doloso ou com culpa grave.

Para Gustavo Tepedino⁴⁵², o momento de aferição do comportamento da parte deve se dar quando da constituição do negócio. Nesse sentido, é preciso apurar se a parte que se beneficiará da limitação de responsabilidade agiu com dolo ou culpa grave quando da contratação, momento no qual a cláusula é inserida. Essa, contudo, não parece ser a posição predominante encontrada na doutrina. Em sua tese de doutorado destinada a analisar a categoria jurídica, Wanderley Fernandes⁴⁵³, após trazer argumentos tanto da doutrina brasileira, quanto estrangeira, afirma que aquele que se beneficiaria da limitação de responsabilidade não pode agir com vontade de inadimplir, atuando voluntariamente para violar as disposições contratuais. O autor chega a questionar se faz sentido em qualquer caso equiparar o dolo à culpa grave, argumentando que, em qualquer situação, deve se analisar a questão do ponto de vista do comportamento que levou ao inadimplemento, e não do ponto de vista da formação do contrato.

Aguiar Dias⁴⁵⁴ também defende que o momento de aferição do comportamento doloso é o do inadimplemento, ao afirmar que “não admite que alguém se exonere das conseqüências de sua malícia” no cumprimento da obrigação. No mesmo sentido aponta Giuliana Schunk⁴⁵⁵, para quem admitir que o beneficiado atue com dolo “levaria o causador do dano a ter uma postura inconsequente, que não evitaria o dano, simplesmente o levaria a agir sem a cautela necessária”.

452 TEPEDINO, Gustavo. Editorial: autonomia privada e cláusulas limitativas de responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 23, p. 11-13, jan./mar. 2020, p. 12.

453 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. p. 146-161.

454 AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 48.

455 SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro. **Revista jurídica luso-brasileira**. Ano 2 (2016) n. 4, p. 818.

2.1 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NA ESCADA PONTEANA

Diante dos diversos critérios propostos pela doutrina, pode-se recorrer aos planos do negócio jurídico, na técnica usualmente denominada de escada ponteana para organizá-los e sistematizar a análise de legalidade. É que, enquanto negócio jurídico, para que seja legal, ou seja, admitido no ordenamento jurídico, qualquer avença deve existir, valer e ser eficaz.⁴⁵⁶ Cada verbo compreende um plano com seus próprios requisitos, de modo que, tal qual degraus de uma escada, só se passa ao plano seguinte quando atendidos os requisitos do anterior.⁴⁵⁷ Como bem esclarece Marcos Bernardes de Mello⁴⁵⁸, existe uma enorme utilidade em pensar o fenômeno jurídico de acordo com os ensinamentos de Pontes de Miranda sobre os planos de negócio jurídico. Para tanto, é fundamental reconhecer que a existência, a validade e a eficácia do negócios jurídicos são situações que ao mesmo tempo se mostram particulares e complementares.

O plano da existência é o plano inicial e comporta requisitos básicos, cuja ausência implica um negócio lacunoso, que não chega a ser incorporado pelo Direito. Por assim ser, inexistente juridicamente. Bulhões Carvalho e Serpa Lopes entendem se tratar dos requisitos i) da vontade ii) do objeto; e iii) da forma.⁴⁵⁹

No que diz respeito a existir, a cláusula de limitação de responsabilidade não gera maiores debates, porém, a discussão ganha maior densidade no plano da validade. É neste plano que os requisitos de existência são adjetivados e ampliados. Remete-se, essencialmente, à previsão do art. 104 do Código Civil, em que são

456 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo IV.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

457 VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

458 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 157-162,

459 BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil.** Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001.

descritos os requisitos de i) agente capaz; ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Há, ainda, elementos adicionais, conforme arts. 123 e 166 que, em linhas gerais, aprofundam esses requisitos.⁴⁶⁰ É no plano da validade, que a cláusula de limitação de responsabilidade deve atender ao requisito de se adequar à ordem pública, com objeto lícito, sob pena de ser considerada inválida.

O requisito citado por doutrinadores relativo à ausência de isenção à obrigação principal também encontra guarida no plano da validade. É que, para uma condição ser válida, ela não pode privar de efeito todo o negócio jurídico, conforme preceitua o art. 122 do Código Civil.⁴⁶¹ Em outras palavras, a limitação de responsabilidade não deve frustrar o próprio objeto do contrato, sob pena de representar flagrante desequilíbrio das prestações.⁴⁶²

Ao tratar da condição, o plano da validade já está em um ponto de transição para o plano de eficácia. É neste plano que o negócio existente e válido tem seus efeitos subordinado a eventuais avenças acessórias, como as próprias condições, os encargos e os termos. Há de se dizer que é da natureza da cláusula de não indenização estar submetida a uma condição suspensiva: ela só surtirá efeitos se ocorrer ilícito que enseje responsabilização. Isto é, faz-se necessário que haja responsabilidade para que a cláusula surta efeitos, restringindo a reparação dela decorrente. Pode-se dizer, assim, que a cláusula pode

460 O art. 123 dispõe que invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas; II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; III - as condições incompreensíveis ou contraditórias. De sua vez, o art. 166 prevê que é nulo o negócio jurídico: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

461 O art. 122 dispõe que são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

462 FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade.** p. 14

ser existente e válida, porém, será ineficaz caso não ocorra ilícito que gere responsabilização.

Nesse sentido, Ricardo Dal Pizzol aponta que eventual convenção pós responsabilização no sentido de limitar a responsabilidade da parte infratora não constitui cláusula dessa natureza. Para o autor, tratar-se-ia de uma transação, contrato, por meio do qual as partes previnem ou terminam litígios, mediante concessões mútuas, não se confundindo com a cláusula objeto do presente trabalho.⁴⁶³

Feitas essas digressões, que não pretendem exaurir o extenso e intrincado debate relacionado aos planos do negócio jurídico, tem-se que a cláusula de não responsabilidade tem, em sua maior parte, implicações no plano da validade. Nesse sentido, eventual descumprimento aos requisitos preceituados no plano da validade implica a invalidade da disposição o que, na escada ponteano, gera sua nulidade ou anulabilidade. Este, que também é um tema bastante complexo, trata da gravidade do(s) requisito(s) que tenha(m) sido violado(s), sendo que a nulidade diz respeito a um vício insanável, ao passo que a anulabilidade, um vício sanável.

Desse modo, o art. 51, I, do CDC prevê expressamente a nulidade da cláusula de não indenização em contratações de caráter consumerista, fazendo, portando, expressa referência à sua invalidade e impossibilidade de saneamento. De outro lado, o CDC admite esta contratação entre pessoas jurídicas que firmem relação consumerista, o que implica dizer que a cláusula de não indenização tem o condão de ser válida até mesmo em relações que guardam certa assimetria. Reforça-se, portanto, a ideia de que contratos que não sejam consumeristas e que não apresentem tipicamente essa assimetria comportam a adoção dessa cláusula.

Por fim, ao avançar para o plano da eficácia, há ainda as dúvidas relevantes sobre a cláusula de limitação de responsabilidade. Como se apontou acima, existe uma celeuma doutrinária sobre o controle

463 PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 207-236, jan./mar. 2018, p. 208.

do exercício desse tipo de cláusula. Sendo certo que a doutrina pátria reconhece que o exercício do direito de limitação da responsabilidade é abusivo quando o beneficiário age com culpa grave ou dolo⁴⁶⁴, o momento de aferir esse comportamento gera controvérsias. Seja como for, esse é o parâmetro a se observar em relação ao plano da eficácia da cláusula e limitação de responsabilidade.

3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Ao tratar da matéria relacionada à adoção da cláusula de limitação de responsabilidade, discussão relevante nos tribunais brasileiros diz respeito da possibilidade de se convencionar essa limitação em contratos de transporte marítimo. Conforme ensina José Aguiar Dias, contratos dessa natureza têm extensas implicações no campo da responsabilidade contratual.⁴⁶⁵

Nessas contratações, firmadas precipuamente entre embarcadora e transportadora, é prática usual a limitação de responsabilidade da transportadora para a hipótese em que o embarcador optar por não declarar o valor da mercadoria e pagar frete reduzido. Sobre a instituição de limitação de responsabilidade, o Ministro Marco Buzzi, reiterando outras decisões do STJ, assim decidiu em 2013:

(...) Considera-se válida a cláusula do contrato de transporte marítimo que estipula limite máximo indenizatório em caso de avaria na carga transportada, quando manifesta a igualdade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, cuja liberdade contratual revelar-se amplamente assegurada. (...) No caso concreto, (...) não há que se falar em cláusula estabelecida unilateralmente pelo fornecedor do serviço, na medida em que como de costume, é oferecida ao embarcador

464 Verdadeiro truísmo nas palavras de FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. p. 146.

465 AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II, p. 183.

a opção de pagar o frete correspondente ao valor declarado da mercadoria ou um frete reduzido, sem menção ao valor da carga a ser transportada, sendo certo que, na última hipótese, fica a parte vinculada à disposição limitativa da obrigação de indenizar, cuja razoabilidade e proporcionalidade deverá ser aferida pelo órgão julgador. (grifo nosso)⁴⁶⁶

Evidente a preocupação do magistrado com a simetria da relação e com a bilateralidade da negociação havida, entendimento que coaduna com a doutrina a respeito da matéria. Apesar da posição do STJ ser corroborada pela doutrina, a matéria ainda rende julgamentos em sentidos diversos, destacando-se decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que tem julgados posteriores ao Recurso Especial citado acima no seguinte sentido:

É verdade que Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que não há ilegalidade na cláusula limitativa, conforme REsp 267.550-RJ, dentre outros, mas sob a ótica da boa fé que deve imperar nos contratos, se o transportador quer receber menos não é porque está zelando pelos direitos do contratante, mas sim porque quer fazer verdadeira “reserva de dano”, limitando sua responsabilidade a valores inaceitáveis frente ao dano experimentado pelo contratante.⁴⁶⁷

O referido acórdão do TJSP afastou a cláusula, apontando a sua “ineficácia”, o que pode ser questionado do ponto de vista técnico, observando-se a escada ponteana. De todo modo, é latente a

466 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.076.465/SP**, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 25.11.2013

467 BRASIL. Tribunal do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0026305-48.2004.8.26.0562**; Relator (a): Miguel Petroni Neto; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2013; Data de Registro: 05/07/2013.

divergência jurisprudencial havida sobre a matéria, gerando decisões destoantes a respeito da legalidade dessa disposição.

É nesse sentido que merece destaque recente decisão proferida pelo STJ⁴⁶⁸, em novembro de 2023, que instituiu relevante precedente sobre a matéria. Diante de disputa empresarial decorrente de um contrato de distribuição, o STJ julgou a validade da cláusula que limitava a responsabilização da fornecedora ao valor total de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), montante inferior a prejuízos que teriam sido sofridos pela distribuidora.

Inicialmente, o Ministro Relator Marco Buzzi, que tem precedente pela validade da cláusula de limitação de responsabilidade, conforme demonstrado acima, entendeu pela invalidade da convenção neste caso concreto. Para o Ministro, teria havido razão de “quebra de equilíbrio contratual” decorrente da relação de dependência econômica acentuada, o que culminaria na invalidade da cláusula, entendimento que foi acompanhado pelo Ministro Humberto Martins.

O Ministro Moura Ribeiro, no entanto, inaugurou divergência pela validade da cláusula, alegando que o simples poderio econômico e técnico do fornecedor e a suposta debilidade da distribuidora não são suficientes para tornar nula a cláusula de não indenização. Em sua análise, entendeu que a distribuidora, na verdade, figurava como *player* importante no mercado, inexistindo hipossuficiência ou vulnerabilidade de sua parte. Nessa esteira, Moura Ribeiro trouxe à tona requisitos de validade doutrinariamente discutidos, vislumbrando a simetria da relação, de modo que, sem incorrer em nenhuma causa de invalidade, não haveria razão para deixar de aplicar a invalidade. Ainda, o Ministro aditou o voto para reiterar que reconhecia as sucessivas alterações unilaterais impostas pela fornecedora, contudo, entendeu que a distribuidora havia se submetido às condições contratuais que outorgavam essas prerrogativas à parte fornecedora.

468 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.989.291-SP**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, por maioria, julgado em 7/11/2023, DJe 23/11/2023.

Acompanhando a divergência inaugurada por Moura Ribeiro, o Ministro Aurélio Bellizze acrescentou que a intervenção do Judiciário em contrato entabulado entre partes sem que haja assimetria relevante somente se justificaria com fundamentação concreta e exaustiva demonstrando a ocorrência de nulidade. Nesse sentido, aduziu que a fundamentação adotada pelo TJSP e mantida pelo Ministro Relator era extremamente genérica, não apresentando fundamentação para o afastamento da disposição.

Na mesma linha, a Ministra Nancy Andrighi também acompanhou o voto divergente, formando-se maioria de 3 votos a 2. O voto da Ministra, que prezou pela fundamentação, apontou a atecnia da petição inicial, que, segundo ela não apresentava “argumentação ou pedido que revele a pretensão de declaração de invalidade ou de ineficácia da cláusula limitativa da responsabilidade”. A partir disso, Andrighi estendeu a crítica às decisões proferidas nas instâncias inferiores:

Veja-se que, no particular, enquanto a sentença analisou a cláusula limitativa da responsabilidade, indubitavelmente, sob o aspecto de sua validade (ainda que não houvesse pedido nesse sentido) (e-STJ fl. 1816), o acórdão recorrido, ao apreciar a apelação da recorrida, utilizou a expressão ‘afastamento’ (e-STJ fl. 2063), sem que se possa depreender, precisamente, se o Tribunal a quo reconheceu a inexistência, a invalidade ou a ineficácia de tal cláusula.

Chama atenção, nesse sentido, a argumentação da Ministra que, ao dar provimento ao recurso, concluiu pela fundamentação inadequada do acórdão, reforçando o papel do magistrado de decidir a partir de “*aprofundamento nas circunstâncias de fato e de direito específicas da espécie*” e, nesse sentido, fundamentando tecnicamente suas razões.

4 O ARTIGO 946-A DO CÓDIGO CIVIL

A partir dos aportes doutrinários e jurisprudenciais, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro admite a cláusula de limitação de responsabilidade, reputando-a como válida e eficaz. Trata-se, como bem conclui Alexandre Gomide⁴⁶⁹, de um mecanismo contratual que possibilita que as partes fixem os limites do risco contratual e estabeleçam qual a álea aplicável à relação contratual particular. Ainda assim, certas dúvidas pairam sobre a cláusula, sendo de se aplaudir o esforço da comissão de juristas encarregada da atualização do Código Civil de propor, no anteprojeto de reforma do código, a introdução do art. 946-A.

Finalmente, passa-se à análise do art. 946-A, dispositivo formulado pela Comissão de juristas encarregada da atualização do Código Civil. Propôs-se a seguinte inserção ao diploma civil:

Art. 946-A. Em contratos paritários e simétricos, é lícita a estipulação de cláusula que previamente exclua ou limite o valor da indenização por danos patrimoniais, desde que não viole direitos indisponíveis, normas de ordem pública, a boa-fé ou exima de indenização danos causados por dolo.

Para a Comissão, a introdução deste artigo está inserida em um conjunto de normas que pretende prestigiar a autonomia privada como um dos faróis do Direito Contratual.⁴⁷⁰ Dessa forma, a subcomissão

469 GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limites e questões controversas.** Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6 (2020), n. 2, p. 28.

470 Conforme Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: “A autonomia privada é prestigiada como um dos faróis do Direito Contratual, por espelhar o direito dos cidadãos em se autodeterminarem. Todavia, notadamente nos casos de contratos não paritários, o Código Civil intervém para evitar abusos de direito. Nesse sentido, em diversas ocasiões, o texto do Código faz a distinção entre os contratos paritários e os não paritários, com o objetivo de evitar abusos nestes últimos”. BRASIL. **Relatório Final**

encarregada de discutir a matéria contratual faz distinção entre contratos paritários e não paritários em diversos dos dispositivos propostos, pretendendo restringir eventual intervenção a contratos não paritários, em que entende haver maior tendência a condutas abusivas. Interessante observar que a redação proposta converge, nesse sentido, com a pretensão demonstrada pelo legislador em 1990, quando tratava do Código de Defesa do Consumidor, que já na justificção do CDC, identificava a simetria entre as partes como um requisito importante a ser observado nessa convenção.

Além da paridade, chamam atenção as outras restrições impostas ao final do dispositivo: i) direitos indisponíveis; ii) normas de ordem pública, iii) a boa-fé; e iv) isenção de indenização danos causados por dolo. É que, em muito, as restrições se assemelham aos requisitos elencados por Antônio Junqueira de Azevedo e que, nessa oportunidade, merecem ser reapresentados: i) violar norma de ordem pública; ii) representar isenção de responsabilidade por conduta dolosa; iii) isentar de indenização a obrigação principal; iv) ofender a vida ou integridade física das pessoas.

Fica claro, no entanto, que a proposição não apresenta solução fixa, *a priori*, para eventuais disputas que envolvam a cláusula de limitação de responsabilidade. Assim como a doutrina majoritária defende e como o próprio STJ já decidiu, a análise do caso concreto é fator determinante na análise da validade dessa disposição.

Isso implica dizer, portanto, que a introdução idealizada pela comissão de juristas encarregada da atualização do Código Civil não esgota a discussão a respeito da matéria. A proposta institui balizas para a aferição da validade e eficácia da cláusula a partir do caso concreto, de modo que ela pode ser considerada válida ou inválida. Nesse sentido, se inválida, eventual nulidade ou anulabilidade pode ser decretada judicialmente, desconstituindo-se os efeitos da limitação da responsabilidade sobre as partes e aplicando-se o regime legal de responsabilidade conforme a extensão do dano.

dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. p 286.

4.1. A PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

A comissão de juristas demonstra pretender compatibilizar a autonomia privada e o respeito à função social do contrato, conforme proposto pela inserção do art. 421, §2º, pressupostos muitas vezes antagônicos sobretudo em contratos não paritários.⁴⁷¹ Interessante notar que, em que pese busque fomentar a autonomia privada, conforme já demonstrado, a comissão sanciona com “nulidade de pleno direito” a cláusula contratual que violar função social, é a mais gravosa e implica dizer que inexistente possibilidade de saneamento do vício.⁴⁷²

Nesse sentido, a comissão demonstra evidente preocupação com a subsunção da autonomia privada à moldura legal, que impõe a função social do contrato.⁴⁷³ Em outras palavras, a comissão parece pretender resguardar a liberdade para contratar conforme convier às partes contratantes, desde que observados os limites impostos pela legislação. E, nesse sentido, incumbe ao legislador, definir com clareza os contornos legais, o que é corroborado pela inserção de critérios, conforme art. 946-A, a serem observados pelas partes ao contratar a cláusula de limitação de responsabilidade.

Adicionalmente, a proposta extraída do anteprojeto de reforma do Código Civil ajuda a solucionar a controvérsia quanto ao plano da eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade. Ao determinar uma restrição às cláusulas que importem a isenção de indenização de

471 Conforme Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil: “Também é reconhecido que a autonomia privada não pode ser exercida em agressão à função social, sob pena de censura do ordenamento, inclusive, quando for o caso, por meio da nulidade (art. 421, § 2º)” O relatório faz referência ao também proposto dispositivo: “Art. 421, §2º: *A cláusula contratual que violar a função social do contrato é nula de pleno direito*”. BRASIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. p 286.

472 Conforme leciona Caio Mário, a nulidade é uma sanção que torna ineficaz o ato viciado. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I, p. 632.

473 Conforme art. 421 do Código Civil: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

danos causados por dolo, a norma proposta acaba por acolher a posição mais proeminente da doutrina sobre o assunto. Assim, será ineficaz a cláusula de limitação de responsabilidade quando o causador do dano agir com dolo (ou culpa grave), reputando-se abusivo o seu exercício quando tal comportamento for verificado. Com isso, seria solucionada a dúvida que paira sobre o momento de controle do exercício da limitação de responsabilidade.

Desta feita, as atualizações propostas para a atualização do Código Civil se aproximam de uma sistemática mais clara, com a fixação de balizas a serem observadas, para o exercício da autonomia privada. Ao fim e ao cabo, provendo um contexto em que a liberdade contratual pode ser exercida em conformidade com a moldura legal, fomenta-se maior previsibilidade e segurança jurídica. Além disso, acaba por definir parâmetros mais claros sobre a validade e eficácia da cláusula de limitação de responsabilidade, sendo uma proposta que merece aplausos.

CONCLUSÃO

O artigo 946-A proposto pela Comissão de Juristas converge com o arcabouço doutrinário e jurisprudencial a respeito da cláusula de limitação de responsabilidade. Para além da mera convergência, o dispositivo proposto espelhou muito do debate teórico e judicial, positivando a diferenciação entre contratos paritários ou não-paritários, fator determinante nos julgados sobre a matéria, assim como requisitos que são discutidos pela doutrina.

Nesse sentido, parece andar bem a atualização proposta pela Comissão de Juristas responsável por atualizar o Código Civil, expressamente determinando critérios para a validade dessa estipulação. Por óbvio, essa positivação lança balizas de extrema importância para que as partes possam exercer sua autonomia e dispor de maneira existente, válida e eficaz, delimitando com maior objetividade o que é e o que não é admitido pelo ordenamento.

De outro lado, a previsão não esgota o debate sobre a matéria, haja vista que a cláusula de limitação de responsabilidade que não atenda aos requisitos previstos contraria norma expressa e está sujeita à invalidade, culminando em nulidade ou em anulabilidade, a depender da gravidade do seu vício. Desta feita, a jurisprudência do STJ é de extrema relevância para consolidar bases mais sólidas a respeito da matéria e, ainda, por demandar técnica e fundamentação dos julgados. Fato é que, mesmo com a inserção da nova norma, caberá ao Poder Judiciário a análise do atendimento aos requisitos legalmente previstos e, nesse sentido, da invalidade ou validade da cláusula avençada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. II.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não-indenizar (cross waiver of liability), ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: **Estudos e pareceres de Direito Privado**.

BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. **Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil**. Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.

BRASIL. **Diário Do Congresso Nacional**. Seção I, Junho de 1990, p. 7426.

BRASIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. p. 286.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.076.465/SP**, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 25/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.989.291-SP**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, por maioria, julgado em 7/11/2023, DJe 23/11/2023.

BRASIL. Tribunal do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0026305-48.2004.8.26.0562**; Relator (a): Miguel Petroni Neto; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2013; Data de Registro: 05/07/2013.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Cláusulas contratuais de limitação e exclusão de responsabilidade civil contratual: validade, limites e questões controversas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. II. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIZZOL, Ricardo da. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 207-236, jan./mar. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. 2. ed. Inadaiatuba: Editora Foco, 2020.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro. **Revista jurídica luso-brasileira**, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial: autonomia privada e cláusulas limitativas de responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, v. 23, p. 11-13, jan./mar. 2020.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WARD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC**, São Paulo, v. 2, n. 4, jul./set. 2015.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Ana Luiza Figueiredo Alencar*⁴⁷⁴

*Gabriella Rodrigues Nogueira*⁴⁷⁵

RESUMO: O presente estudo analisa a responsabilidade civil aplicada à atividade típica do advogado. Realiza-se uma revisão da doutrina do âmbito cível e das leis especiais às quais esses profissionais liberais estão submetidos, incluindo o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e regulamentações éticas para a prática da advocacia. Essa conduta conduz a discussão problemática acerca da criação do Artigo 953-A na reforma e atualização do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), introduzindo a questão da implementação mal instrumentada e as problemáticas amplamente aplicáveis aos casos concretos, especialmente em casos culposos. Destacam-se as falhas na legística e suas implicações para a responsabilidade civil dos advogados para além do dolo e da fraude, a falta de completude entre os dispositivos do ordenamento jurídico leva à insegurança jurídica. Por fim, propõe-se a importância da complexidade das normas e sua aplicação prática, evidenciando a necessidade de responsabilização durante a atuação dos advogados no contexto jurídico cercado pelo corporativismo estruturado historicamente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do advogado. Corporativismo. Reforma do código civil.

INTRODUÇÃO

474 Estudante do terceiro período de Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Estagiária do TRE-MG e com interesse na área de Direitos Humanos.

475 Estudante do Terceiro Período de Direito da Faculdade Federal de Minas Gerais. Interesse pelo funcionamento do Direito Civil em sociedade e pelos casos concretos que são derivados dessa modalidade

A responsabilidade civil dos advogados é um tema de extrema importância na atuação desses profissionais, especialmente em face de suas especialidades e atuação frente à proteção dos direitos em sociedade. A discussão estendida é argumentada pelo fato de que a responsabilização extracontratual está diretamente ligada à construção histórica em relação à formação dessa classe no contexto político brasileiro. Dessa forma, ao condicionar diligência e competência a esta prestação de serviços a outrem exige-se, portanto, uma análise cuidadosa quanto às condutas que poderiam ensejar a responsabilidade civil. A modalidade da culpa, como elemento principal da discussão, é uma modalidade expressa em legislações que tratam desse assunto, diretamente ligadas à advocacia, estabelecendo bases e direcionamento para a reparação de danos causados por essa classe. O Artigo 953-A, disposto no texto final da proposta de Reforma do Código Civil, não faz distinção dessa modalidade, entrando em contradição com as demais normas.

Através de uma abordagem que relaciona as doutrinas dispostas para estudo e uso jurisprudencial, esta discussão busca esclarecer como a tipificação da culpa pode influenciar as decisões judiciais e a responsabilização dos advogados, enfatizando a necessidade de um entendimento estendido sobre as nuances estruturais que permeiam a prática da advocacia no Brasil. A ênfase está na necessidade de um entendimento acerca da construção normativa de leis importantes, ressaltando a necessidade de uma implementação ética e técnica adequada para a proteção dos direitos dos cidadãos, a segurança jurídica e a integridade da profissão.

1 REFORMA DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

O atual Código Civil brasileiro possui uma trajetória marcada por um extenso período de elaboração e estudos. Passados mais de 20 anos desde sua promulgação, emergem, a partir de novos fenômenos sociais, justificativas para a elaboração de um anteprojeto de reforma,

com o objetivo de revisar e atualizar tópicos que, à época, não receberam a devida atenção

Nesse contexto, em entrevista à TV Senado em 2023, o presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, destacou a internet como um fator relevante para justificar a atualização. Ademais, ocorreram profundas transformações nas relações sociais e nas estruturas das instituições. Esses elementos, portanto, emergem como fatores que reforçam a necessidade de atualização do Código Civil brasileiro, a fim de que ele acompanhe as mudanças e demandas da sociedade no contexto do século XXI.

Dessa maneira, em agosto de 2023, foi designada uma comissão de juristas com o propósito de promover a reforma e atualização do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), fixando o prazo de 180 dias para a elaboração do anteprojeto. A atualização visou abranger os diversos efeitos jurídicos que regem a vida de um indivíduo, desde o nascimento até o pós-morte. A comissão, composta por 38 juristas, iniciou seus trabalhos em agosto de 2023, analisando 280 propostas oriundas da sociedade e realizando uma série de audiências públicas, com o suporte da Consultoria Legislativa do Senado, para consolidar um texto contendo mais de mil artigos.

Entretanto, apesar da presença de renomados juristas na Comissão responsável, a versão final do anteprojeto, apresentada ao Senado Federal em abril de 2024, sofreu duras críticas de especialistas de diversas áreas. Giordano Bruno, em sua obra “Em defesa do velho Código Civil” realiza uma análise sobre o anteprojeto, em especial destaca que o método na qual é submetido é extremamente equivocado, visto que: “A iniciativa em curso, não teve o cuidado de definir e divulgar previamente a metodologia que seria observada”. Além disso, Giordano salienta que a segurança jurídica é apresentada pela comissão como uma justificativa para a imposição do anteprojeto.⁴⁷⁶ No entanto, ele argumenta que essa justificativa não possui fundamentação suficiente

476 Roberto, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. 56p.

e que a alteração proposta poderia, na verdade, resultar em um aumento significativo da insegurança jurídica.

2 PROPOSTA DO ARTIGO “953-A” DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL

Em primeira análise, ao retratar a segurança jurídica fica possível a visualizar a proposta de um artigo, no Anteprojeto do Código Civil⁴⁷⁷ que põe em contramão toda a estrutura de um objeto de reflexão de um ambiente de estudo do Direito mais firme. Trata-se do artigo 953-A, presente no projeto apresentado ao Senado Federal, na qual contém a seguinte redação: “Art. 953-A. O membro da advocacia pública ou privada será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções e atividades profissionais.”

Nesse contexto, o artigo em questão dispõe que o advogado, seja no âmbito público ou privado, não será civilmente responsabilizado quando o erro decorrer de culpa, que é caracterizado por condutas negligentes, imprudentes ou imperitas. Para uma compreensão mais abrangente do conceito de culpa, Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷⁸ oferece uma detalhada caracterização desses componentes, diferenciando-os conforme sua manifestação prática e seus efeitos na responsabilidade civil:

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com a precipitação e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de

477 BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 12 setembro. 2024.

478 GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024., p 7. E-book. ISBN 9786553629479. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629479/>. Acesso em: 02 set. 2024. Páginas 3 e 4.

preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos.

Em situações em que não há dolo ou fraude, a responsabilização civil do advogado não se aplicaria, evitando que o profissional seja punido por meros equívocos técnicos ou lapsos de atenção, desde que não haja a intenção deliberada de causar prejuízo. Segundo Maria Helena Diniz⁴⁷⁹, conforme os conceitos citados anteriormente, define:

O dolo é caracterizado pela intenção deliberada de causar dano a alguém, ou seja, uma conduta intencional e consciente do agente em produzir um resultado ilícito ou prejudicial. A fraude é um comportamento arditoso e enganoso, com o propósito de induzir alguém a erro, prejudicando-o. A fraude, assim, envolve um elemento de dissimulação ou engano.

O artigo em questão surge, portanto, em um cenário marcado por uma significativa falta de clareza metodológica. Dessa maneira, ao examinar os relatórios da Subcomissão de Direitos das Obrigações durante a elaboração do Anteprojeto do Código Civil, percebe-se que as mudanças substanciais propostas no parecer sobre a responsabilidade civil do advogado, tanto público quanto privado, carecem de fundamentação metodológica clara e justificativas consistentes. Isso levanta questionamentos sobre a ausência de explicações detalhadas para as transformações propostas, o que pode impactar a coerência e a aplicabilidade da norma no âmbito jurídico.

Trata-se de uma redação problemática, pois entra em discordância com o ordenamento jurídico vigente, uma vez que

479 DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** v.7. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.p. 187.

determinado artigo apresenta correlação entre as demais legislações brasileiras, que possuem como objetivo gerar um direcionamento para as decisões concretas. Sob essa perspectiva, a não identificação da culpa como critério de julgamento para responsabilidade civil desses profissionais leva ao funcionamento contestável dos princípios desses códigos.

Dessa maneira, o fato das normas previamente já impostas, entram em desacordo com Artigo 953-A, retratando o mau funcionamento da Justiça quanto aos terceiros envolvidos nestes processos, na qual proporciona um ambiente contido de insegurança jurídica. Sob esse viés, o autor Norberto Bobbio, em sua obra “Teoria da Norma Jurídica”, introduz questões de legística, abordando o processo legislativo e a positivação de normas dentro de um sistema. Desse modo, realiza uma comparação direta aos processos de criação das leis, portanto ao realizar uma análise criteriosa, retrata a contradição plena à imposição do Artigo citado. Pois, de acordo com o autor, o sentido do problema da justiça de uma norma equivale a questionar se essa norma é apta ou não a realizar os valores montados historicamente pelo ordenamento jurídico.

Apesar da importância e do papel do advogado no contexto social e político, não cabe ao Estado determinar uma espécie de superioridade de determinada classe profissional, conforme iremos abordar o processo histórico posteriormente. Assim, a prática da legística, que visa potencializar a disposição das legislações no ordenamento jurídico, realizar uma adoção de métodos e técnicas de racionalização para a produção do direito, para maior efetividade reconstruída socialmente.⁴⁸⁰ Essa adequação ementa o uso do raciocínio legislativo considerando o uso da ponderação, razoabilidade e discricionariedade, relativamente na escolha da redação e do conteúdo da norma.⁴⁸¹ No entanto, esse cuidado não tem sido considerado durante as reuniões da

480 BOBBIO, Norberto. **Justiça, validade e eficácia**: as proposições prescritivas. In: BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica.

481 ZIEGLER E KLASMMANN. **Legística**: Uma nova abordagem acerca da produção legislativa. Ensaio Teórico. XXI Jornada de Pesquisa UNIJUI 2016.

comissão de juristas da Reforma do Código, que são disponibilizadas para conhecimento público. A ausência de discussões nos relatórios de subcomissão, no que concerne à imposição do Artigo 953-A, distancia-se da usual produção dessas leis ao desconsiderar o planejamento legislativo quanto a necessidade de implantação e a conveniência dos resultados produzidos por essa modificação.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

A responsabilidade civil dos advogados no Brasil, especialmente no contexto das relações de consumo, destaca-se pela sua complexidade e relevância. Quando o dano envolve diretamente a vida e a liberdade das pessoas, a reparação assume um caráter ainda mais delicado, dado o impacto significativo dos prejuízos causados. Em muitos casos, os recursos financeiros do advogado ou do profissional liberal podem ser insuficientes para garantir a reparação completa dos danos, mas isso não exime a obrigação de indenizar, conforme previsto no ordenamento jurídico.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) estabelece em seu Art. 14 que o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor, isto é, independentemente de culpa. Contudo, o § 4º do mesmo artigo introduz uma exceção para os profissionais liberais, como os advogados, cuja responsabilidade é apurada com base na culpa, configurando uma responsabilidade subjetiva. Esse dispositivo reflete a realidade de profissões cujo desempenho depende de variáveis imprevisíveis e não garante um resultado específico, exigindo apenas que o profissional empregue seus melhores esforços.

O Art. 953-A do Código Civil, previsto no Anteprojeto do Código Civil, prevê a responsabilidade civil dos advogados apenas quando agirem com dolo ou fraude. A princípio, pode apenas parecer uma medida de proteção ao advogado contra processos excessivos e a judicialização da prática profissional. No entanto, ao limitar a

responsabilização ao dolo ou fraude, o artigo ignora a importância de responsabilizar os advogados também em casos de negligência ou imprudência, onde a culpa pode causar danos consideráveis.

A crítica central à aplicação restrita do Art. 953-A reside no fato de que a responsabilidade por culpa, que inclui negligência, imprudência ou imperícia, é um princípio fundamental da responsabilidade civil. Limitar a responsabilização apenas ao dolo e à fraude cria uma espécie de blindagem para o advogado, que poderá escapar da responsabilização por erros graves, desde que não intencionais, ainda que eles causem danos profundos a seus clientes.

Essa abordagem vai contra o espírito do Art. 186 do Código Civil, que define como ato ilícito não apenas o dolo, mas também a violação de direitos por meio de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Nesse contexto, restringir a responsabilidade do advogado apenas aos casos de dolo ou fraude seria incompatível com a lógica da responsabilidade civil subjetiva amplamente adotada no direito brasileiro.

Ademais, a prática da advocacia envolve decisões técnicas e estratégicas que podem, em certos casos, resultar em erros substanciais, não devido a uma intenção maliciosa, mas por falta de diligência ou cuidado adequados. Erros processuais, omissão de provas importantes ou a falta de comunicação com o cliente podem causar prejuízos significativos e irreparáveis. Nesses casos, embora não haja dolo, a negligência deve ser sancionada.

A imposição do Art. 953-A como uma norma que limita a responsabilidade do advogado aos casos de dolo ou fraude, desconsidera que a confiança depositada no advogado pelo cliente é baseada na expectativa de competência técnica e diligência no trato com seus direitos. Não responsabilizar o advogado por culpa enfraquece essa relação de confiança e pode resultar na banalização de práticas menos cuidadosas ou mesmo irresponsáveis no exercício da advocacia.

É também importante ressaltar que a adoção de um regime de responsabilidade baseado unicamente no dolo ou fraude em nada

contribui para a segurança jurídica. Pelo contrário, pode promover uma cultura de impunidade em relação a condutas que, embora não intencionais, são gravemente prejudiciais. A responsabilidade civil deve servir como um mecanismo de equilíbrio e proteção aos direitos dos consumidores de serviços jurídicos, incentivando o advogado a agir com a máxima diligência e zelo.

Além disso, a atividade da advocacia e a abrangência da discussão sobre a implicação de seus atos profissionais, sob a condição de profissionais liberais fornecedores de serviços, possui o dever de ser discutida perante a sustentação do Estado Democrático de Direito, e não deve ser julgada de maneira diferente à sua natureza jurídica, como dita o Artigo 2º do Código de Ética da Advocacia⁴⁸²:

O advogado é indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Outro importante aspecto do advogado é a condição constitucional, a Constituição Federal Brasileira de 1988 preconiza em seu Art. 133 que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Preceito este que é reafirmado pelo Estatuto da Advocacia, que determina a conduta do profissional que incidir em erros que evidenciem inépcia profissional, apta à demonstração da culpa do profissional, constitui infração disciplinar⁴⁸³, no art. 32, determina que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional,

482 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF: OAB, 1995.

483 Brasil. **Estatuto da advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil** (1994). Estatuto da advocacia e da OAB e legislação complementar – versão eletrônica – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2024.

praticar com dolo ou culpa. Assim sendo, constata-se que se exige erro ou inépcia profissional para a responsabilização do advogado, com prática de dolo ou culpa.

Nessa perspectiva, o fato de ser um prestador de serviços à sociedade, como qualquer outro profissional diretamente, há efetivamente a obrigação de reparar seus danos resultantes de atos ilícitos praticados no exercício da profissão. Ora, com efeito, o dever de cuidado em se vincular atos no processo à finalidade do cidadão deve estar em primórdio ao advogado. Infere-se que se trata de uma obrigação de meio, assim, assemelha-se à responsabilidade dos profissionais liberais em geral.

Desse modo, o advogado está obrigado a usar de sua capacidade profissional na defesa da causa, mesmo com as fatídicas dificuldades do processo, sem favorecimento do perfil jurista alimentado pelo corporativismo da classe e as liberdades individuais a ela destinadas pelo aparato político histórico brasileiro⁴⁸⁴. Desta maneira o ideal seria que a responsabilidade, subjetiva e objetiva, fosse utilizada igualmente a todos aqueles que estiverem ligados a prestação de serviços e não há exigência de uma cláusula específica em uma legislação geral como o Código Civil vigente.

4 CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB E ESTATUTO DA ADVOCACIA

De forma correlacionada à responsabilidade civil dos advogados, o Código de Ética e Disciplina, instituído pelo Conselho Federal das Ordens dos Advogados do Brasil, foi imposto com o intuito de nortear a conduta e consciência profissional dos advogados com princípios especiais, a fim de pugnar pelo cumprimento à Justiça e ao bem comum. O papel do advogado no exercício do Direito, no culto de seus princípios éticos e no domínio da ciência jurídica é um atributo social indispensável para o funcionamento da ordem. A responsabilidade desses profissionais é de suma finalidade ao ordenamento jurídico, a

484 ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

submissão dos princípios do CED devem estar presentes durante todo momento do exercício de sua profissão e o desacato a estes valores são diretamente levados ao Tribunal de Ética e Disciplina⁴⁸⁵. Esses atos em discordância podem ser denunciados por ambas as partes de um processo em que notarem inépcia do profissional.

O Tribunal de Ética e Disciplina - TED é o órgão do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil que tem por finalidade zelar pelo cumprimento do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) e do Código de Ética Profissional. Os Artigos 32 e 40, do Estatuto da Advocacia faz menção ao julgamento na modalidade de culpa, juntamente ao dolo e a fraude, aos casos concretos que são analisados, vejamos:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria [...].
Art. 40. Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

Consequentemente, nesta avaliação da lei, nota-se uma preocupação desses juristas responsáveis pela elaboração das leis citadas diante da utilização dessa modalidade de culpa expressa em seus artigos. Essa contradição notória entre as leis é definida por Norberto Bobbio por “antinomia jurídica”. Esse conceito é referido a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. Esse

485 O Tribunal de Ética e Disciplina - TED é o órgão do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil que tem por finalidade zelar pelo cumprimento do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) e do Código de Ética Profissional.

fenômeno abre margem para diversas interpretações, dificultando o estudo do ordenamento jurídico de forma extremada, caso presente na imposição do Art. 953-A, justificando a inviolabilidade do papel da redação de leis nas decisões concretas, levando ao descompasso entre leis vigentes e a desconfiança da moralidade judicial.

5 BACHARELISMO E CORPORATIVISMO DE CLASSE

A história e as motivações por trás dos cursos jurídicos no Brasil estão fortemente atreladas à manutenção de estruturas de poder e classe do século XIX. Em um contexto pós-independência, o Brasil, ainda marcado por seu passado colonial, buscava ampliar e diversificar o perfil dos indivíduos que iriam compor o vasto aparato burocrático estatal, promovendo uma maior autonomia política. Assim, havia um esforço para substituir a antiga elite ligada à metrópole, Portugal, e consolidar uma nova classe dirigente nacional. Dessa maneira, em 1827, foram instituídos os dois primeiros cursos de Ciências Jurídicas e Sociais do Brasil, nas cidades de São Paulo e Olinda.⁴⁸⁶

Neste contexto social e econômico brasileiro, surge um novo fenômeno que Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, denomina 'Bacharelismo'.⁴⁸⁷ O termo refere-se à supervalorização do diploma de bacharel em Direito, visto como um símbolo de prestígio e uma via privilegiada para o acesso às profissões mais bem remuneradas e aos principais espaços de poder. Isso se deve ao fato de que os cargos mais importantes na época, como juízes, promotores e parlamentares, eram frequentemente ocupados por indivíduos com formação jurídica.⁴⁸⁸

Contudo, apesar da representação política e do status econômico e social que o curso de Direito possuía no país, sua implementação

486 ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

487 BUARQUE DE HOLANDA, S. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

488 BUARQUE DE HOLANDA, S. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

sofreu um processo de “sucateamento”. As instalações pessoais e físicas do curso deixavam a desejar⁴⁸⁹. De maneira contraditória ao que poderia ser esperado, o controle do Estado sobre o curso era intencional. A escolha dos professores, o conteúdo dos estudos e o currículo profissional eram rigorosamente selecionados com o objetivo de evitar o desenvolvimento de uma educação crítica. O interesse do Estado era manter as estruturas de poder intactas, temendo que os intelectuais tivessem contato com ideais republicanos. Assim, o controle sobre o curso de Direito se mantinha rigoroso. Dessa forma, uma grande parcela das pessoas que ocupavam as vagas nas academias, tratavam-se de pessoas com origens nas grandes famílias ligadas ao império.

Nessa ótica, os bacharéis em Direito, que ocupavam os mais diversos cargos eram vistos pela sociedade da época como uma elite intelectual e política. No entanto, Sérgio Adorno, em sua obra, questiona essa visão, diferenciando bacharéis de juristas. Segundo ele, os bacharéis estavam mais preocupados com o status econômico e social, buscando visibilidade pública, sem um compromisso direto com o desenvolvimento técnico e teórico do campo jurídico. Em contrapartida, os juristas, como uma classe dedicada, empenhavam-se na evolução e transformação do sistema jurídico.

A crítica ao bacharelismo e ao corporativismo de classe dos advogados no Brasil revela uma complexa teia de interesses e estruturas de poder que remonta ao século XIX e se perpetua até os dias atuais. O fenômeno do corporativismo entre os advogados ganhou força a partir da Revolução de 1930, quando o Estado brasileiro começou a implementar um sistema corporativo que englobava tanto os trabalhadores quanto a burguesia. Nesse contexto, a criação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 1930 foi fundamental para

489 KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

a consolidação desse corporativismo, funcionando como um órgão regulador que, simultaneamente, protege os interesses da classe.

O Art. 953-A do Código Civil, ao restringir a responsabilidade dos advogados apenas aos casos de dolo ou fraude, exemplifica essa proteção corporativista. Essa limitação ignora a necessidade de responsabilizar os advogados por negligência e imprudência, formas de culpa que podem ocasionar danos significativos aos clientes. A supervalorização do título de bacharel em Direito, sem a devida correspondência em responsabilidade prática, pode resultar em uma prática jurídica que carece de cuidado e responsabilidade. A responsabilidade civil deve atuar como um mecanismo de equilíbrio, incentivando os advogados a exercerem suas funções com a máxima diligência e zelo.

6 DIFICULDADES NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PARA ALÉM DO DOLO E DA FRAUDE

O bom desempenho profissional do advogado em consonância com a ética e a moral, prezada por sua função, advém do aspecto valorativo em que recebe diariamente pela garantia dos direitos de outrem. Como qualquer outra área de atuação, para que se cumpra com êxito suas funções, é necessário perfazer conjuntamente os valores sociais. Devido ao fato de que a moral e a ética serem campos abertos para discussão, os profissionais devem adaptar a sua visão pessoal aos mandamentos que norteiam o comportamento de sua respectiva categoria, mantendo-se alinhado às exigências que cerceiam seus atos em coletividade⁴⁹⁰.

O advogado está adstrito a normas exigíveis em sua profissão. Diante ao Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, § 4º, é aplicada a exceção do CDC, ou seja, a responsabilidade subjetiva, que será confirmada com a verificação da culpa. Essa é a regra geral, da

490 BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética jurídica: ética geral e profissional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Constituição Federal, no Código Civil, bem como no próprio Estatuto do Advogado e no seu Código de Ética vigente. A verificação da culpa é essencial para a responsabilização dessa categoria profissional. Como cediço, prevalece em nosso sistema jurídico o princípio da especialidade, segundo o qual, diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral.⁴⁹¹ Desta maneira, a atribuição de uma cláusula específica para a responsabilização dos profissionais da advocacia não tem fundamento, já que há disposições especiais que conferem a reparação, e dispõem, como citado no corpo do texto, da responsabilização mediante dolo e culpa.

Os Aprendizizes do Poder, por Sérgio Adorno, estabelece o fenômeno do bacharelismo⁴⁹², como anteriormente discutido no corpo do texto, associando-o à formação da classe desses profissionais bacharéis ligados ao elemento estrutural da relação jurídica nas relações sociais das classes dominantes. A abordagem do autor quanto a crítica de privilégios atribuídos a esse “aprendizes do poder” é contemporânea a dessa classe, favorecida pela dominação, seus sortilégios e seus artifícios usados em benefício próprio. A responsabilidade dessa classe é fragilizada desde a estruturação do Estado, a legitimação desse poder preconiza a redação de suas leis novamente ligadas ao favorecimento e atravanca a funcionalidade do ordenamento jurídico.

7 CLAREZA NA RESPONSABILIZAÇÃO COMO GARANTIA DE PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS VÍTIMAS

O direito é o mecanismo hegemônico de regulação da vida social do mundo contemporâneo, e em todas as partes os poderes, públicos e privados, estão submetidos às regras do direito para a resolução de seus conflitos. De início, partimos da constatação de que nem todos os sujeitos de direito reúnem as condições necessárias para

491 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito Completo**. 4ª edição, São Paulo - Editora Atlas S.A - 2003

492 ADORNO, Sérgio. **Os aprendizizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

total entendimento de prerrogativas e iniciativas jurídicas. Como preceito consagrado no ordenamento, no artigo 5º, INCISO XXXVI da Constituição Federal, a segurança jurídica, como proteção à confiança legítima depositada na instituição jurídica, influencia diretamente a relação entre ambas as partes, profissional e receptor. As relações jurídicas concretas são atravessadas por assimetrias de exclusão, a marginalização sistemática e estrutural de acesso às legislações protege o poder arbitrário atribuído aos advogados, resguardando, em má-fé, seu interesse não legítimo. Nessa visão, a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, e pode ser definida, como a obrigação de reparar o dano causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, conforme art. 186 do Código Civil⁴⁹³, “*ipsis litteris*”: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim sendo, há ainda a questão da responsabilidade civil do advogado ser subjetiva contratual, dificultando, portanto, provar a existência do dano, a culpa do advogado e o nexo de causalidade entre o litígio e o prejuízo sofrido por outrem, prejudicando a confiança jurídica depositada pelos cidadãos.

A segurança jurídica significa que todos os cidadãos devem estar sujeitos às mesmas leis, as quais devem ser aplicadas de maneira consistente e clara, sem que haja discriminação ou privilégios injustificados. É preciso também que as decisões judiciais de casos concretos sejam baseadas em leis e precedentes que estejam sendo aplicadas de maneira uniforme a todo o sistema normativo.⁴⁹⁴ De acordo com Bobbio, a segurança jurídica caracteriza-se como um dos pilares do Estado de Direito, destaca que ela consiste em “um conjunto de condições que fazem com que as normas jurídicas tenham uma

493 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

494 RAMOS, Marcelo Maciel. **Pode o direito ser inclusivo**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 78, pp. 179-208, jan./jun. 2021E

eficácia que não seja meramente formal, mas real.”⁴⁹⁵ A inclusão do Artigo 953-A em sua presente redação, não confere completude ao sistema jurídico, precarizando assim, o preceito da segurança jurídica e da previsível decisão já esperada fundamentada nas leis que circundam o Código Civil em seu texto ainda vigente.

CONCLUSÃO

A análise das considerações apresentadas pelo presente estudo revela que a responsabilidade civil do advogado está profundamente relacionada à ética e a liberdade condicionada historicamente a sua classe profissional. Ao revisitar as legislações dispostas à análise da responsabilidade civil do advogado, revela-se a complexidade da imposição do Art. 953-A a proposta de reforma do Código Civil Brasileiro. A discussão acerca da sua necessidade de implementação ressalta a emergente falha dos juristas dispostos a redigir o novo texto para a reforma. Essas falhas incitam a insegurança jurídica e dificultam a responsabilização efetiva do advogado em relação à modalidade de culpa, já que a redação do novo artigo dispensa essa categoria, entrando em constante conflito com os demais dispositivos exemplificados.

Diante disso, surge a preocupação em recriar passos indispensáveis para enfrentar os desafios do corporativismo que permeiam a prática advocatícia, adotando uma análise funcional e não meramente estrutural de funcionamento no que concerne à responsabilidade civil extracontratual à atuação do profissional. Com efeito, concluiu-se que a responsabilidade do advogado pode ser perfeitamente aferida a partir do conceito normativo de culpa, enquanto é possível perceber padrões comportamentais de caráter objetivo dos danos causados.

495 BOBBIO, Norberto. **Justiça, validade e eficácia**: as proposições prescritivas. In: BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica

Em síntese, conclui-se que é fundamental discutir, durante as reuniões e textos expostos pela comissão de Reforma, a redação do Artigo 953-A, modificando-a nos moldes dos estudos da funcionalidade da lei, assegurando que a norma respeite os preceitos éticos da profissão, evitando assim, na maior parte dos casos, ações regressivas. Assim, será possível fortalecer a confiança no sistema jurídico e proporcionar um ambiente mais seguro e justo para todos os envolvidos nas relações jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR DIAS, José. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Justiça, validade e eficácia**: as proposições prescritivas. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2005.

BONINI, Paulo Rogério. **Responsabilidade civil por ato lícito**. Disponível em: <http://tjsp.jus.br>. Acesso em: 03 set. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002. p. 257.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**. Disponível em: <core.ac.uk>. Acesso em: 02 set. 2024.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Noções Básicas de Técnica Jurídica**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 193-208, jan./mar. 2005.

DIAS FERNANDES, Alexandre; VIEIRA CARVALHO, Adriana P. Da Lex Aquilia à responsabilidade do Estado pela perda de uma chance: breves considerações sobre a evolução da responsabilidade civil aquiliana. **Revista CEJ**, v. 26, n. 84, 5 jun. 2023. Disponível em: <https://revistacej.jf.jus.br>. Acesso em: 03 set. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito Completo**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FREITAS, Lucas de. **Bacharelismo no Brasil e o atual fenômeno da bacharelize**: uma análise sócio-histórica. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/005310602615/Downloads/_193-Texto%20original-204-205-10-20110704.pdf>. Acesso em: 03 set. 2024.

GANDINI, João Alfredo de Almeida; SALOMÃO, Diogo de Paula. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 199–230, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

PEREIRA, Luiz Carlos. **O Corporativismo no Brasil**: História e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel. Pode o direito ser inclusivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 78, p. 179-208, jan./jun. 2021.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Advogados e corporativismo de classe média no Brasil pós-1930**. Dialnet. Disponível em: <https://unirioja.es>. Acesso em: 02 set. 2024.

SCHMITTER, Philippe. Still the century of corporatism? **Journal of Democracy**, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Jurídica, 2024. p. 358.

VANNUCCI, Marco Aurélio. Advogados e Corporativismo de Classe Média no Brasil Pós-1930. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 28, n. 74, p. 45-62, 2020.

PARTE IV:

**A REFORMA E O DIREITO
DE FAMÍLIA**

A FIGURA DO AFETO FAMILIAR NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: HISTÓRICO DE UMA DIVERGÊNCIA

*Gustavo Neves Martins*⁴⁹⁶

*Ian Proencio Justo*⁴⁹⁷

RESUMO: Este trabalho possui como foco a análise da inserção da prestação de assistência afetiva nas relações familiares e do abandono afetivo voluntário no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Sob o prisma da Legística, área do direito que se propõe a estudar a elaboração das legislações, investiga-se se tal inclusão possui consistente respaldo jurídico, a despeito de juízos axiológicos. A metodologia baseia-se no levantamento de projeto de lei em trâmite, de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais - sobretudo do Superior Tribunal de Justiça - e da análise da elaboração dos respectivos dispositivos normativos. Como resultado, pretende-se apontar a falta de convergência de entendimentos apta a fundamentar as alterações propostas na Reforma do Código Civil, bem como suas possíveis implicações para a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código Civil. Abandono afetivo voluntário. Dever de afeto familiar.

INTRODUÇÃO

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, o olhar do direito sobre as relações civis no Brasil ganhou novos contornos. Afastando-se da mentalidade liberal e individualista que influenciou o Código Civil de 1916 e o Direito Privado durante todo o século XX, o arcabouço

496 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor de Grupo de Estudos da LADTech (Liga Acadêmica de Direito e Tecnologia da UFMG). Estagiário em CRON Advocacia.

497 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Associado ao IBRADIM e Coordenador da Revista IBRADIM de Direito Imobiliário. Estagiário em Nacur Advogados.

jurídico brasileiro aderiu a novos preceitos, frutos do pensamento social-democrático, sendo o mais famoso deles o chamado “princípio da dignidade da pessoa humana”. O direito de família, como um dos pilares do ordenamento jurídico civil, intrinsecamente vinculado ao viés subjetivo da relação entre indivíduos, foi um dos segmentos mais impactados por essa compreensão, que passou a justificar a criação de leis, e a fundamentar decisões em casos concretos⁴⁹⁸.

Sob a justificativa de adequação das normas atinentes ao direito de família às novas realidades jurídico-sociais⁴⁹⁹, além de realização de eventuais ajustes advindos de entendimentos consolidados doutrinária e jurisprudencialmente⁵⁰⁰, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e sob condução de Flávio Tartuce e Rosa Maria Nery como relatores gerais, entregou o relatório final dos trabalhos iniciados em agosto de 2023, com a apresentação do respectivo Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406/2002, na data de 5 de abril de 2024.

Nesse particular, é de se destacar no texto proposto a inclusão do dever dos pais de prestar assistência afetiva aos seus filhos, bem como a inserção da figura do abandono afetivo voluntário, enquanto causa de deserdação, respectivamente, nos livros de Direito de Família e

498 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 209.

499 DIAS, Maria Berenice. A reforma do Código Civil: direito das famílias. **Migalhas**, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/399550/a-reforma-do-codigo-civil-direito-das-familias>. Acesso: 19 set. 2024.

500 Em entrevista ao jornal Gazeta do Povo, o relator-geral do Anteprojeto, Flávio Tartuce, indagado quanto à ideia de reformar o Código Civil, afirmou que: “E a gente não trouxe nada de novo, só estamos colocando aquilo que é majoritário na doutrina e na jurisprudência, sobretudo no STJ, para trazer uma estabilidade e segurança. É uma reforma bem pé no chão, mais conservadora que progressista, na minha visão. Tenho visto muita leitura equivocada de gente que não conhece o texto. Falar que é um novo Código Civil é uma leitura de quem não leu tudo”. Íntegra da entrevista disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/flavio-tartuce-relator-defende-reforma-codigo-civil/>. Acesso em: 21 set. 2024.

Sucessões⁵⁰¹ do Código Civil, nos arts. 1.634, I; 1.708, *caput*; 1.814, IV; 1.962, III e 1.963, IV, nestes termos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal:

I - **prestar assistência material e afetiva aos filhos**, acompanhando sua formação e desenvolvimento e assumindo os deveres de cuidado, criação e educação para com eles.

Art. 1.708, *caput*. O direito de receber alimentos poderá ser extinto ou reduzido, caso o credor tenha causado ou venha a causar ao devedor danos psíquicos ou grave constrangimento, incluindo as hipóteses de violência doméstica, perda da autoridade parental e **abandono afetivo** e material.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que:

IV - 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:

III - desamparo material e **abandono afetivo voluntário e injustificado** do ascendente pelo descendente.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

IV - desamparo material e **abandono afetivo voluntário** e injustificado do filho ou neto [grifos nossos].

501 Integram a subcomissão de Direito de Família: o Juiz Pablo Stolze, como relator parcial, a Desembargadora Maria Berenice Dias, o Ministro Marco Buzzi e Rolf Madaleno. Já na subcomissão de Direito das Sucessões, são integrantes: Mário Luiz Delgado, como relator parcial, Ministro Cesar Asfor Rocha, Giselda Hironaka e Gustavo Tepedino.

Independentemente da defesa de posições favoráveis ou contrárias a essas novas perspectivas, este trabalho pretende, primeiramente, comentar o trajeto percorrido pela concepção do dever de afeto e do abandono afetivo, comparando o Anteprojeto de Reforma do Código Civil com os termos do Projeto de Lei 3.012/2023, ainda em trâmite, que propõe o enquadramento deste como ato ilícito a ser indenizado. Em um segundo momento, objetiva-se verificar a existência de coerência do texto proposto pela Comissão de Juristas em comparação aos entendimentos doutrinários preexistentes, quanto à possibilidade do enquadramento da prestação de afeto no âmbito obrigacional, bem como de imputação de responsabilidade civil por danos decorrentes de abandono afetivo. Em terceiro momento, propõe-se uma abordagem histórica quanto ao entendimento das diferentes turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema. Ao final, o presente artigo visa expor - bem como defender - a inadequação do tratamento dado às relações afetivas no núcleo familiar pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

1 O PL 3.012/2023 E O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: ANÁLISE COMPARATIVA

Em primeiro plano, há de se indagar se, de fato, o Anteprojeto proposto pela Comissão de Juristas dialoga não somente com a doutrina e com a jurisprudência majoritárias, mas também com projetos de lei de notória relevância, que se propõem a alterar, ainda que de modo isolado, o texto do Código Civil.

Tal preocupação demonstrar-se-ia consentânea com as premissas aduzidas pela Comissão, conferindo robustez e solidez às propostas apresentadas no relatório final, trazendo para o debate aquilo que já fora proposto perante o Poder Legislativo, oportunizando discussões atualizadas e evitando anacronismos.

Nesse sentido, imperioso apontar a existência do Projeto de Lei 3.012/2023, de autoria da deputada Juliana Cardoso (PT/SP),

apresentado em 13 de junho de 2023 e aprovado pela Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família da Câmara dos Deputados em 17 de abril de 2024⁵⁰².

O objetivo do PL n.º. 3.012/2023 consiste em “dispor sobre a assistência afetiva e sobre medidas preventivas e compensatórias do abandono afetivo dos filhos”⁵⁰³, de modo a alterar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio Código Civil. A premissa para sua apresentação seria a importância de previsão legal para instrumentos de prevenção e de punição do abandono afetivo, a fim de evitar prejuízos à integridade psíquica e à dignidade dos filhos, em virtude da negligência dos pais.

Destarte, em seus arts. 3º e 4º, o Projeto de Lei n. 3.012/2023, propõe a inclusão dos arts. 1.634, X e 1.634-A ao *Codex*, nestes termos:

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: X – prestar-lhes assistência afetiva, que permita o acompanhamento de sua formação psicológica, moral e social.

Art. 1.634-A. O abandono afetivo dos filhos constitui ato ilícito, respondendo o pai ou a mãe pelo dano dele resultante.

Nessa toada, há de se ponderar que o afeto devido pelos pais aos filhos possui viés dúplice, em caráter complementar: por um lado, o art. 1.634, X, do Código Civil, traria a previsão da assistência afetiva

502 Maiores informações quanto à tramitação do PL 3.012/2023 estão disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2368518#:~:text=17%2F04%2F2024%2014%3A,Parecer%20com%20Complementa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Voto>. Acesso em: 18 set. 2024.

503 PL 3.012/2023. Art. 1º Esta Lei altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre a assistência afetiva e sobre medidas preventivas e compensatórias do abandono afetivo dos filhos.

como dever jurídico, e, por outro, a inclusão do art. 1.634-A, teria como finalidade prever, expressamente, o abandono afetivo como ato ilícito a imputar o dever de reparação pelos danos causados, em sede de responsabilidade civil.

Contudo, ao se analisar os trabalhos desenvolvidos pelos membros das subcomissões, evidencia-se certo descompasso, vez que o Anteprojeto prevê expressamente o dever de prestar assistência afetiva de pais para filhos, conforme proposta de redação do art. 1.634, I, Código Civil, mas permanece silente quanto à principal consequência jurídica do descumprimento dessa prestação: a indenização pelos danos decorrentes do abandono afetivo.

Indo além, o trabalho submetido pelos especialistas designados para a atualização do Código Civil sequer menciona a existência do Projeto de Lei em questão, o que revela a insuficiência das discussões travadas no âmbito da Reforma, haja vista que uma relevante proposta legislativa não foi objeto de apreciação, corroborando, assim, a perspectiva de inconformidade entre o Anteprojeto e as discussões atuais.

Portanto, a incompletude do texto apresentado pela Comissão de Juristas, quando comparada ao proposto no PL nº 3.012/2023, poderá propiciar verdadeiro cenário de insegurança jurídica, posto que preconiza claramente a existência de um dever de afeto, mas nada versa acerca dos efeitos decorrentes de sua violação, relegando ao intérprete o seu enquadramento.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE PRESTAR AFETO SOB A ÓTICA OBRIGACIONAL

Inicialmente, a previsão das figuras da prestação de assistência afetiva e do abandono afetivo voluntário, conforme texto final do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, dá-se de forma vaga, visto que a sua menção em dispositivos dos livros de Direito de Família e de Sucessões, em matéria de deveres parentais e causas de deserdação,

não é acompanhada da conceituação quanto à natureza desses institutos.

A esse respeito, há de se ponderar quanto ao enquadramento do dever de assistência afetiva, e de seu descumprimento, no caso do abandono afetivo voluntário, sobretudo no que atine à discussão quanto à sua sujeição à disciplina do Direito das Obrigações.

Nesse sentido, há de se compreender o regime obrigacional, em seu caráter dinâmico e gradativo, correspondendo a obrigação a verdadeiro processo, nas lições de Clóvis do Couto e Silva, cujo eixo de atração é o adimplemento das prestações pactuadas⁵⁰⁴. Indo além, corresponde a obrigação, em sua acepção jurídica, a verdadeira relação transitória de direito, mediante a qual se é constrangido a dar, fazer ou não fazer determinada coisa economicamente apreciável, em favor de alguém dotado da pretensão de exigibilidade dessa conduta, em virtude de lei ou de negócio jurídico celebrado⁵⁰⁵.

Em consonância, no que concerne aos requisitos para a caracterização da relação obrigacional, defendem Arnaldo Wald, Ana Elizabeth Cavalcanti e Liliana Paesani que “o conteúdo da obrigação deve ser uma prestação possível, lícita, determinada ou determinável e possuindo expressão econômica”⁵⁰⁶.

Sob essa égide, faz-se fulcral a análise do requisito da patrimonialidade, imprescindível para a caracterização de uma relação jurídica como de viés obrigacional, haja vista que a ausência de apreciação econômica é um dos principais argumentos apontados para a inadequação do regime obrigacional quanto às relações de afeto familiar.

Logo, a previsão do dever de prestação de assistência afetiva, por parte dos pais para com seus filhos, e a sua inobservância no caso do

504 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

505 BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, pp. 5-6.

506 WALD, Arnaldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L.W.; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito das obrigações e teoria geral dos contratos* - 23 ed. rev. e atual - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 39.

abandono afetivo voluntário, é passível de questionamento, sobretudo em virtude das incertezas quanto à natureza jurídica dessa relação. Nesse sentido, questiona-se a possibilidade de enquadramento de situações existenciais amplamente subjetivas enquanto objeto de um vínculo obrigacional.

Acerca da inviabilidade da previsão da convivência íntima e das relações de afeto como prestações obrigacionais, apontam Carlos Nelson Kolder e Pablo Renteria, ao analisarem o inadimplemento obrigacional na conjugalidade:

A convivência íntima é manifestação de afeto e a inesperada aversão de um dos cônjuges, quando frustra as expectativas suscitadas no outro, pode representar a quebra da confiança e da solidariedade que devem guiar a relação do casal. No entanto, argumentos baseados no exame de ocorrência de inadimplemento obrigacional e de violação do sinalagma contratual são inadmissíveis porque partem do pressuposto de que cada cônjuge tenha em face do outro um crédito de afeto⁵⁰⁷.

A despeito da evolução do direito obrigacional, em verdadeiro fenômeno de repersonalização do direito privado, com vistas à tutela da pessoa humana e de sua dignidade, com a primazia de princípios, como a boa-fé objetiva, ainda evidencia-se a sua insuficiência no que diz respeito às relações existenciais, sobretudo no núcleo familiar. Sob esse viés, lecionam Konder e Renteria que “permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais”,

507 KONDER, Carlos N., RENTERIA, Pablo. A Funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com** || a. 1. n. 2. 2012, p. 21. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45> Acesso em: 07 set. 2023.

desconsiderando-se o seu tratamento diferenciado à luz da Constituição⁵⁰⁸.

Desse modo, sendo a obrigação um “sistema de processos”⁵⁰⁹ cujo fim é o adimplemento de uma prestação economicamente apreciável e exigível pelo credor face ao devedor, resta controvertida a existência de um “crédito de afeto”, o que inviabiliza a tutela das relações afetivas, ensejando dúvidas e insegurança jurídica às partes envolvidas.

3 INDENIZAÇÃO POR DANO AFETIVO: CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS

A distinção quanto ao regime do afeto nas relações familiares ultrapassa os limites puramente conceituais, pois configura pressuposto para a própria natureza da compensação em caso de descumprimento, na hipótese do abandono afetivo voluntário. A esse respeito, demonstra-se ainda incipiente a discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade de indenização pelo dano afetivo nas relações parentais, nas hipóteses de abandono afetivo voluntário.

A reparação de danos extrapatrimoniais, em observância à tutela de interesses existenciais, *a priori*, encontra guarida na Constituição Federal de 1988, que preconiza, em seu art. 5º, inciso X,⁵¹⁰ o direito à indenização pelo dano moral decorrente de violações à intimidade, à

508 KONDER, Carlos N., RENTERIA, Pablo. A Funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civillistica.com** || a. 1. n. 2. 2012, p. 19. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45> Acesso em: 07 set. 2023.

509 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

510 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

vida privada, à honra e à imagem das pessoas, protegendo a vítima de danos injustos⁵¹¹.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 ratificou a garantia aos interesses extrapatrimoniais, de modo a ter a reparação dos danos extrapatrimoniais como um de seus fundantes pilares⁵¹².

A esse respeito, com o alargamento do conceito de danos indenizáveis, ganhou relevância, após a promulgação do Código Civil, a discussão quanto à possibilidade de enquadramento do abandono afetivo nas relações familiares como ato ilícito, a ensejar a condenação do agente causador à reparação pelos danos causados. De igual modo, faz-se fulcral a discussão sobre a (in)suficiência das formas pecuniárias de reparação para os danos existenciais no âmbito familiar.

Mormente, consoante lição de Gita Goldenberg, o abandono afetivo, nas relações parentais, consiste em “uma privação de convivência com os pais pela omissão destes, bem como por invasões excessivas”⁵¹³, o que pode ensejar diversas sequelas psíquicas.

O embate doutrinário no que atine à possibilidade de indenização pelos danos decorrentes do abandono afetivo, fundamentados em verdadeiras concepções de justiça e da função do próprio Direito, é evidente, de modo a existir visões favoráveis e opostas ao seu enquadramento da disciplina de Responsabilidade Civil.

Sintetizando a preocupação doutrinária quanto aos limites de interferência e atuação do Direito no âmbito de situações existenciais, como a afetividade, Goldenberg indica que “para isso, seria necessário

511 TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 41.

512 DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. v. 1. p. 62.

513 GOLDENBERG, Gita. Interface entre o Direito e a Psicanálise: a indenização por abandono afetivo nas relações de filiação no âmbito do Direito de Família. In: BARBOZA, Heloisa Helena. **20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras**. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 570.

objetivá-la, o que é impossível, pois se trata da esfera mais íntima da vivência do psiquismo humano”⁵¹⁴.

Indo além, Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald apontam para a imprecisão semântica da expressão “abandono afetivo” aduzindo que, às relações familiares, corresponderia não um dever por sentimento afetivo, de viés nitidamente subjetivo, mas sim um dever de cuidado, respeitadas as vulnerabilidades entre os seus membros, de modo que “na privacidade da relação filial, o adimplemento do cuidado é o fato jurídico que interessa ao ordenamento jurídico”⁵¹⁵.

Sob esse prisma, concluem os autores supracitados que “associar irresponsavelmente o abandono afetivo a uma mera negativa de afeto propiciaria elevada insegurança jurídica”⁵¹⁶, de modo a possibilitar que filhos deduzissem pretensão de responsabilidade civil contra os genitores, por ausência de carinho ou de manifestações amorosas, ainda que incólume o dever imaterial de cuidado.

Quanto à forma de reparação do dano causado pelo abandono afetivo, na hipótese de seu reconhecimento, pondera Cícero Dantas Bisneto que “não se revela acertada a simples e pura condenação do genitor responsável ao pagamento de certa quantia em dinheiro, desacompanhada de medidas de caráter pedagógico”⁵¹⁷.

No que concerne à insuficiência da reparação pecuniária, meditante pagamento de indenização ao ofendido, dada sua inaptidão para compensar a violação existencial perpetrada, como expõe Vitor Ottoboni Pavan que “condenar ao pagamento de indenização por

514 GOLDENBERG, Gita. Interface entre o Direito e a Psicanálise: a indenização por abandono afetivo nas relações de filiação no âmbito do Direito de Família. In: BARBOZA, Heloisa Helena. **20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras**. Rio de Janeiro: Processo, 2022, p. 570.

515 BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 952.

516 BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 952.

517 DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. v. 1, p. 262-263.

danos morais pecuniária seria somente permitir àquele que falta com sua responsabilidade ético-parental pagar para se ver livre do problema⁵¹⁸”.

Desse modo, no âmbito doutrinário, as consequências da figura jurídica do abandono afetivo, sobretudo no âmbito da Responsabilidade Civil, ainda são controvertidas, inexistindo consenso doutrinário, haja vista os relevantes argumentos aduzidos por seus opositores.

4 A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SÍNTESE DE DUAS DÉCADAS DE DISCUSSÃO

Tal qual referenciado desde o início deste texto, a discussão sobre o abandono afetivo, embora relevante do ponto de vista social e moral, nunca possuiu alicerces claros na legislação, visto que o ordenamento jurídico brasileiro sempre adotou a noção de que os sentimentos, apesar de desejáveis, não podem ser objeto de controle estatal, para serem impulsionados ou reprimidos.

No entanto, com a resignificação das relações familiares, ocorrida após a Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002, e a crescente abstração na compreensão do deveres dos integrantes do núcleo familiar - do provimento das necessidades básicas ao “fomento da personalidade dos envolvidos” - o que se observou foi uma intromissão cada vez maior do Estado no ambiente particular das famílias, o que resultou em litigâncias de complexidade nunca antes vistas, justamente por envolverem aspectos sentimentais em relações familiares.

No que tange o afeto, a primeira vez que uma demanda envolvendo abandono afetivo chegou ao Superior Tribunal de Justiça

518 PAVAN, Vitor Ottoboni. Perspectiva e prospectiva em responsabilidade civil e direito das famílias, p. 19. **Revista IBERC** v. 6, n. 3, p. 1-29, set./dez. 2023 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc. Acesso em: 19 set. 2024.

foi em 2005⁵¹⁹. Na ocasião, após a negativa em primeira instância, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais deferiu o pedido de indenização por abandono afetivo de um filho em relação ao pai. O autor alegava que, apesar da ajuda financeira prestada pelo genitor, este não prestava o apoio psíquico e moral necessário, não sendo presente o suficiente em sua vida. Em sede de recurso, a Quarta Turma do STJ, por meio da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, rejeitou o mérito da disputa, reconhecendo o compromisso do réu com o bem-estar do filho, embora a rotina intensa de viagens profissionais o afastasse de um convívio mais próximo.

Vencido o voto do Ministro Barros Monteiro, anuíram com o relator os Ministros Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha. Este último, que, inclusive, integrou a Comissão de Direito das Sucessões do Anteprojeto, foi contundente na defesa de seu parecer sobre o abandono afetivo:

Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor⁵²⁰.

Por anos a fio, o STJ, na figura da Quarta Turma, permaneceu contrário à estipulação do abandono afetivo como ato ilícito e passível de indenização pecuniária. Nesse ínterim, outros recursos especiais

519 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **REsp 757.411/MG**, relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=595269&tipo=0&nreg=2005salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024.

520 Fragmento do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha no REsp 757.411/MG.

foram apreciados pelo mesmo colegiado, como o REsp n. 514.350/SP⁵²¹ em 2009, mas o entendimento dos ministros mantinha-se irretocável.

Foi então que, no ano de 2012, um outro recurso especial reavivou e redirecionou as questões sobre as prerrogativas parentais no Brasil. Oriundo do estado de São Paulo, o caso envolvia uma filha que acusava seu pai de abandono afetivo, pedindo indenização por este ter se afastado durante sua infância e adolescência. O mérito da questão, negado em primeira instância, obteve sucesso na segunda, mas foi levado à corte superior para uma terceira análise, a pedido do réu, que culpava o seu distanciamento ao comportamento agressivo da mãe da jovem.

Vencidas as fases processuais necessárias para o alcance do Tribunal Cidadão, o REsp de nº 1.159.242⁵²² foi o primeiro envolvendo abandono afetivo a ser distribuído para julgamento pela Terceira Turma do STJ, sendo sorteada a Ministra Nancy Andrichi como relatora. Em seu voto, a magistrada sustentou uma interpretação praticamente inédita acerca dos deveres parentais. Sua célebre frase, “amar é faculdade, cuidar é dever”, intentou deslocar o debate da linha do sentimento, partindo para uma investigação mais objetiva da realidade. Todavia, a própria definição de cuidado descrita pela ministra gera outras complexidades, visto que a recepção dos filhos quanto às atitudes dos pais, ruins ou boas, é subjetiva:

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais;

521 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **REsp nº 514.350/SP**, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 28/04/2009, DJe 25/05/2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=825&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024.

522 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 1.159.242/SP**, relatora Ministra Nancy Andrichi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024.

ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.⁵²³

Fato é que, desde 2012, a discussão sobre o abandono afetivo (e suas possíveis formas de reparação) se mostram estagnadas. De pronto, muitas foram as críticas, como a de Miguel Reale Jr no jornal O Estado de São Paulo, semanas após a publicação do acórdão⁵²⁴. Com o decurso do tempo, outros doutrinadores sustentaram teses favoráveis à indenização pelo abandono afetivo.

Em geral, para além da controversa substancial, acerca da exigibilidade do afeto, que por si só já trilha um caminho que não deve ser percorrido pelo direito⁵²⁵, os estudiosos contrários à essa vertente advogam que o instituto não seria aplicável aos preceitos já estabelecidos no ordenamento brasileiro, especialmente aqueles ligados à responsabilidade civil. A título de exemplo, citam-se a inexistência de confirmação do nexó de causalidade entre a conduta do pai ou da mãe e o trauma do filho⁵²⁶, o que levaria à adoção de teorias como a da causalidade provável (utilizada em países como os Estados Unidos), do dano existencial (importada do direito trabalhista) ou até

523 Fragmento do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1.159.242/SP.

524 “Ora, se o dever não decorre da lei, mas de juízo moral, inexistente pretensão juridicamente assegurada, pois não há direito subjetivo ao afeto, transformando-se o amor em dever jurídico.” REALE JR, Miguel. O afeto ou a bolsa. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 02 jun. 2012. Disponível em: O afeto ou a bolsa - Estadão (estadao.com.br). Acesso em: 18 set. 2024.

525 “É necessário questionar se a manifestação de afeto pode ser juridicamente imputada a alguém. Quando, a partir dos deveres impostos pela autoridade parental admite-se que, entre as responsabilidades do pai está a de amar e demonstrar afeto em relação ao filho, se trilha caminho que não deve ser percorrido pelo Direito, por se tratar de questão intimamente relacionada a sentimentos profundos que permeiam a convivência entre pais e filhos”. ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. 3. ed. Belo Horizonte: Expert, 2023, p. 666.

526 POLI, Leonardo. CORCIONE, Giulia. O problema do afeto no direito de família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, vol. 12, nº 26 jan-abr. 2020. p. 306.

mesmo a do dano presumido - que, inclusive, foi a escolhida pelos membros da Comissão de Direito de Família⁵²⁷.

Lado outro, no âmbito do Judiciário, a Ministra Nancy Andrighi, mesmo sendo o grande arauto da tese do dever de afeto dentro das cortes superiores, não teve seu entendimento acompanhado por outras Turmas. Em pesquisa feita na plataforma do STJ, com base nos últimos sete anos, a jurisprudência se mostrou acirrada, com oito acórdãos envolvendo abandono afetivo, dos quais, à exceção de uma ação prescrita, foram três favoráveis à indenização, e quatro desfavoráveis, proferidos, respectivamente, pela Terceira e Quarta Turma. Ironicamente, participaram da Reforma ministros de ambos colegiados.

Embora os especialistas de cada grupo afirmem que a exigência de sentimentos em relações familiares não é o cerne da discussão, observa-se que “a imprecisão conceitual do que seja o afeto, leva a uma indeterminação de quais condutas seriam aptas a ensejar a responsabilização civil dos pais e quais não teriam essa dimensão”⁵²⁸. Em outras palavras, o dissídio perdura, só que agora transformado: partindo-se do pressuposto de existência de um dever de afeto, quais são suas delimitações? Quais atos configuram ou não a existência de afetividade entre pai e filho? Como provar a existência de sentimentos? Ainda não há uma resposta certa.

527 O Parecer de nº 1 da Subcomissão de Direito de Família, enviado aos relatores da Comissão em 15 de dezembro de 2023, trouxe, na aba de “Justificação” das mudanças de alguns artigos do Capítulo da Autoridade Parental, a seguinte afirmação: “O descumprimento dos deveres parentais configura abandono afetivo, cujas sequelas no desenvolvimento dos filhos encontra-se mais do que comprovada pelas ciências psicossociais. Os danos sequer precisam estar comprovados (dano “*in re ipsa*”).”

528 LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; COSTA, Ana Flávia Pereira de Almeida. A construção jurisprudencial acerca do afeto e do dever de cuidado e seu conteúdo nas relações familiares: abandono afetivo e abandono afetivo inverso nos tribunais brasileiros. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.49, p. 38, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/08/DIR49-02.pdf>. Acesso em: 19 set. 2024.

5 O ABANDONO AFETIVO VOLUNTÁRIO NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA LEGÍSTICA

Da perspectiva da Legística, área da ciência do direito que estuda as causas, efeitos e metodologia da criação de leis, é evidente que o Brasil sofre da chamada “inflação legislativa”, cenário em que, segundo Esther Eyng, “a liberdade de escolha e de ação dos indivíduos encolhe-se para se encaixar nos espaços cada vez menores deixados pela crescente hiper-regulamentação”⁵²⁹. A massiva confecção de normas, no entanto, não se traduz apenas em malefícios para o coletivo. Adiante, Eyng afirma com relação às leis que “a qualidade, a inteligibilidade das mesmas e a sua pertinência à realidade da vida social podem determinar o desenvolvimento ou a estagnação de uma sociedade”⁵³⁰, ou seja, o esmero na criação das leis de um território reflete em sua própria evolução.

Infelizmente, não é esse o *status quo* do Brasil no que tange à legislação civil, sobretudo quando se comenta sobre o abandono afetivo. Isto porque, como demonstrado alhures, não se encontram justificativas para a entrada desse tema no Código Civil. A jurisprudência, no papel de espelho das demandas jurídicas populares, ainda não chegou ao ponto de consolidar um entendimento, dada a vigência de entendimentos firmemente opostos em duas das Turmas colegiais mais importantes da esfera infraconstitucional. A doutrina, lado outro, também não consegue manter uma conduta uniforme em se tratando de abandono afetivo; veja-se, até hoje não há um enunciado sequer - em vinte e dois anos de Jornadas de Direito Civil e nove edições - que trate do tema⁵³¹.

529 EYNG, E. K. PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? antecedentes históricos de seu surgimento. In: **Estudos em Legística**. Fabiana de Menezes Soares; Cristiane Kaitel, Esther Kulkamp Eyng Prete. (Org.). 1 ed. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, p. 15.

530 EYNG, E. K. PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? antecedentes históricos de seu surgimento. In: **Estudos em Legística**. Fabiana de Menezes Soares; Cristiane Kaitel, Esther Kulkamp Eyng Prete. (Org.). 1 ed. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, p. 22.

531 Uma “exceção” é o Enunciado nº 08 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), que diz: “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano

Dentro das Comissões do Anteprojeto, o que se avistou foi a reprodução dessa miscelânea de opiniões. Divergências externas e internas entre as Subcomissões resultaram em seções do Código muito mais disruptivas que outras, distanciando-se da ideia de “sistema” que permeia toda e qualquer codificação. Enquanto os grupos voltados para o Direito de Família e Sucessões aproveitaram-se do abandono afetivo em uma série de artigos, a equipe que se ocupava da Responsabilidade Civil pouco - ou quase nada - mencionou sobre afetividade em seus pareceres.

Se a escolha do conteúdo da lei é um momento de máxima discricionariedade dentre as funções estatais, e por isso a importância do delineamento da análise do seu impacto dentro do sistema⁵³², vê-se que os juristas responsáveis pelo Anteprojeto não vislumbraram as consequências de suas escolhas no curto e longo prazo.

Portanto, sob o viés legístico, o texto proposto pelo Anteprojeto de reforma e atualização do Código Civil desperta importantes preocupações e questionamentos por parte da comunidade jurídica, razão pela qual urge um maior aprofundamento quanto às possíveis interações entre as relações de afeto familiar e o Direito Civil.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se traçar o panorama atual das discussões envolvendo o dever dos pais de prestar assistência afetiva a seus filhos, bem como de seu descumprimento, nos casos de abandono afetivo voluntário, figuras propostas no Anteprojeto de reforma e atualização do Código Civil.

causado”. Tal preceito, participante dos “Enunciados Doutrinários do IBDFAM - 2022/2023”, não possui qualquer força vinculante, mas reforça a tese trazida pelo próprio fundador do instituto, Rodrigo da Cunha da Pereira, que, inclusive, foi o procurador da parte recorrente no primeiro REsp referenciado neste trabalho (REsp 757.411/MG), ainda em 2005.

532 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan.- jul., 2007, p. 130.

Destarte, procedeu-se à análise de projeto de lei já em trâmite sobre a temática, de dissídios doutrinários quanto à natureza jurídica da prestação de assistência afetiva e das repercussões de sua violação, bem como do controvertido histórico acerca da possibilidade de indenização por abandono afetivo como ato ilícito, sobretudo quanto ao embate entre a Terceira e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, atrelada à compreensão do trabalho empenhado pela Comissão à luz da Legística, área do Direito que estuda a confecção das leis.

Além disso, há de se questionar a maneira como as ideias de assistência e de abandono afetivo foram situadas no texto de alteração ao Código Civil, visto que não há uma definição clara quanto à natureza desses institutos, sendo, inclusive, seu enquadramento nos livros de Direito de Família e Sucessões, um risco à segurança jurídica, dado que somente menciona-se a existência de um dever de afeto, e de sua violação como causa para deserdação, não trazendo clareza quanto às suas demais consequências.

Assim, é possível concluir, que a inclusão do dever de afeto e do abandono afetivo voluntário, proposta pela Comissão de Juristas, em verdade, não encontra guarida em posições já estabelecidas doutrinária e jurisprudencialmente, vez que se dá de forma imprecisa e precipitada, ensejando insegurança jurídica, considerando que não foram alvo de esclarecimentos e de fundamentações pelos responsáveis pela atualização do Código Civil.

Trazer para o corpo do Código tais conceitos, seja em questões hereditárias ou de convívio de entes familiares, mostra-se uma decisão verdadeiramente questionável, pois prevê institutos carregados de subjetividade para uma aplicação em larga escala, transformando a exceção em regra geral, e tornando o ordenamento civil brasileiro cada vez mais confuso e abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: Expert, 2023.

BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das Obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. v. 1.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.012**, de 13 de junho de 2023. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre a assistência afetiva e sobre medidas preventivas e compensatórias do abandono afetivo dos filhos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegrada?codteor=2286459&filename=PL%203012/2023. Acesso: 19 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil** (CJCODCIVIL). Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c-01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **REsp 757.411/MG**, relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005, DJe 27/03/2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=595269&tipo=0&nreg=200500854643&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20060327&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **REsp nº 514.350/SP**, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 28/04/2009, DJe 25/05/2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=877545&tipo=0&nreg=200300209553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090525&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **REsp nº 1.159.242/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. A reforma do Código Civil: direito das famílias. **Migalhas**, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/399550/a-reforma-do-codigo-civil-direito-das-familias>. Acesso em: 19 set. 2024.

EYNG, E. K. PORQUE SURTIU A LEGÍSTICA? antecedentes históricos de seu surgimento. In: **Estudos em Legística**. Fabiana de

Menezes Soares; Cristiane Kaitel, Esther Kulkamp Eyng Prete. (Org.). 1 ed. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019, p. 15-57.

GOLDENBERG, Gita. Interface entre o Direito e a Psicanálise: a indenização por abandono afetivo nas relações de filiação no âmbito do Direito de Família. In: BARBOZA, Heloisa Helena. **20 anos do código civil - perspectivas presentes e futuras**. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

IBDFAM. Conheça todos os enunciados do IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 19 set. 2024.

KONDER, Carlos N., RENTERIA, Pablo. A Funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com** || a. 1. n. 2. 2012, p. 21. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45> Acesso em: 07 set. 2024.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; COSTA, Ana Flávia Pereira de Almeida. A construção jurisprudencial acerca do afeto e do dever de cuidado e seu conteúdo nas relações familiares: abandono afetivo e abandono afetivo inverso nos tribunais brasileiros. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.49, p. 28-48, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/08/DIR49-02.pdf>. Acesso em: 19 set. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PAVAN, Vitor Ottoboni. Perspectiva e prospectiva em responsabilidade civil e direito das famílias. **Revista IBERC** v. 6, n. 3, p. 1-29, set./dez. 2023 Disponível em: www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc. Acesso em: 19 set. 2024.

POLI, Leonardo. CORCIONE, Giulia. O problema do afeto no direito de família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, vol. 12, nº 26 jan-abr. 2020. p 275-334. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1227>. Acesso em: 19 set. 2024.

REALE JR, Miguel. O afeto ou a bolsa. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 02 jun. 2012. Disponível em: [O afeto ou a bolsa - Estadão \(estadao.com.br\)](http://estadao.com.br). Acesso em: 18 set. 2024.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan.-jul., 2007.

TARTUCE, Flávio. Relator defende reforma do Código Civil em temas de família e propriedade. Entrevista concedida a Renan Ramalho. **Gazeta do Povo**, mai. 2024. Disponível em: <https://www.gazeta-dopovo.com.br/vida-e-cidadania/flavio-tartuce-relator-defende-reforma-codigo-civil/>. Acesso em: 21 set. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil: responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WALD, Arnaldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L.W.; PAESANI, Lillian Minardi. **Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 23 ed. rev. e atual - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

AMPLIAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS PACTOS ANTENUPCIAIS FRENTE AO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Bruna Lyra Duque*⁵³³

*João Victor Correa Bindandi*⁵³⁴

*Kalline Costa Alves*⁵³⁵

RESUMO: O presente estudo analisa a ampliação da autonomia privada nos pactos antenupciais proposta pelo anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002. O principal objetivo dessa reforma é adaptar o Direito Civil às novas dinâmicas sociais e familiares, permitindo maior liberdade aos casais na definição de suas regras patrimoniais e existenciais, resultando na redução da intervenção estatal na vida privada dos indivíduos. Essa reforma propõe medidas importantes, tais como, a “*sunset clause*”, que permite a alteração automática do regime de bens após um período predeterminado, promovendo uma maior adaptabilidade às relações conjugais, por introduz a possibilidade de regimes de bens mistos e a desjudicialização das mudanças no regime patrimonial. Ademais, versa sobre a alteração do regime de bens para pessoas acima de 70 anos, possibilitando a escolha de regimes de bens distintos do tradicional regime da separação obrigatória. Logo, as mudanças visadas no anteprojeto objetivam a adaptação do Direito de Família à pluralidade das estruturas familiares atuais, permitindo

533 Doutora e Mestre do programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do curso de especialização em Direito de Família e das Sucessões da FDV. Professora de Direito Civil da graduação e especialização da FDV. Sócia fundadora do escritório Lyra Duque Advogados. Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Direito Contratual.

534 Estudante da graduação de Direito, cursando o 4º período. Aluno mérito da Faculdade no semestre 2024/1 e monitor da matéria de Fundamentos do Direito Civil – Parte Geral.

535 Estudante da graduação em Direito, cursando o 4º período. Aluno mérito da Faculdade nos semestres 2023/2 e 2024/1. Estagiária do escritório Morra Leal Advogados e Associados. Monitora de Direito das Obrigações.

que os pactos antenupciais reflitam a realidade concreta dos casais e reduzam potenciais conflitos futuros, promovendo uma maior flexibilidade e personalização nos acordos.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Pacto antenupcial. Desjudicialização.

INTRODUÇÃO

O tema proposto tem por objeto o estudo da ampliação da autonomia privada nos pactos antenupciais, conforme delineado no anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002. A principal motivação para essa alteração é decorrente do cenário atual de mudanças sociais que impactam diretamente nas estruturas familiares, influenciando assim, na evolução do Direito Civil em direção a uma nova perspectiva sobre a contratualização das famílias.⁵³⁶

À luz dessa transformação nas relações interpessoais, a intimidade adquire um novo significado, permitindo que cada casal defina o próprio conceito de família a depender das suas particularidades, de modo a contribuir para a valorização da autonomia privada.⁵³⁷

Portanto, é necessário a diminuição da interferência estatal no que diz respeito às escolhas da família ou casal, ao passo que as escolhas individuais têm ganhado cada vez mais relevância, refletindo o papel central do ser humano no ordenamento jurídico. A disposição do art. 1.511 do Código Civil diz que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Nesse sentido, não cabe ao Estado ditar regras que o casal irá aplicar na sua vida privada, pois somente estes podem estabelecer valores patrimoniais e existenciais com base nas suas

536 DE CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: set. 2024.

537 DE CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/CB3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: set. 2024.

circunstâncias particulares, respeitando as regras jurídicas dispostas no ordenamento jurídico brasileiro.⁵³⁸

Nesse ambiente de mudanças trazidas pela sociedade brasileira, o Direito de Família se destaca com grande relevância, em virtude, por exemplo, do contínuo desenvolvimento de valores e princípios que incorporam os laços familiares. Tradicionalmente, a família sempre foi considerada uma questão de ordem pública, resultando em uma intervenção significativa do Estado na vida privada familiar.

Essa perspectiva precisou ser superada em virtude das transformações sociais.⁵³⁹ Isto porque os diversos dispositivos do Código Civil não consideram a pluralidade familiar, havendo a necessidade de construções judiciais para viabilizar o Direito de Família atual.⁵⁴⁰ Assim, o anteprojeto busca aproximar as normas familiares a uma realidade concreta e dinâmica, oferecendo disposições claras e esclarecedoras que conferem poder para cada indivíduo imputar o seu próprio conceito e regras familiares.

Diante desse viés, surgem mecanismos que buscam aumentar a possibilidade de escolha por parte dos cônjuges ou conviventes dentro do relacionamento, que ocorre por intermédio da ampliação da autonomia privada nos pactos antenupciais, buscando reduzir os possíveis conflitos futuros, harmonizar a relação e garantir a criação de regras pelos próprios membros.

O pacto antenupcial está previsto nos arts. 1653 a 1657 do Código Civil, sendo considerado um negócio jurídico solene, que necessita da observância de uma forma prescrita em lei para ter validade. Ademais, é considerado um tipo de contrato que possui os efeitos condicionados à concretização do casamento. Neste contrato, os nubentes podem

538 DE MORAES, Maria Celina Bodin, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Contratos no ambiente familiar**. Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 20 - 54, 2021.

539 DE MORAES, Maria Celina Bodin, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Contratos no ambiente familiar**. Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 20 - 54, 2021.

540 DE CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+feito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: set. 2024.

estabelecer regras de cunho patrimonial, e atualmente, tem se admitido a estipulação de regras sobre direitos existenciais, como no caso, por exemplo, de uma estipulação de multa na hipótese de traição, conforme se verifica no Enunciado n° 635 da VIII Jornada de Direito Civil.⁵⁴¹

A contratualização no Direito de Família busca priorizar a autonomia privada, garantindo uma intromissão menor do Estado, que só intervirá em caso de violação de direitos previstos e assegurados no ordenamento jurídico. Com isso, cria-se um ambiente adequado para a preservação da autonomia privada em detrimento da intervenção estatal, já que, o Direito de Família assume um viés individual, o qual formula contratos a partir da análise do caso concreto. Dessa forma, o espaço de atuação do Estado frente à autonomia privada tornou-se ínfimo, embora necessário.⁵⁴²

Portanto, por meio de uma análise legislativa, este estudo busca investigar até que ponto as propostas contidas no anteprojeto visam expandir a autonomia privada dos nubentes na elaboração de seus pactos antenupciais.

2 REGIMES DE BENS

Para contextualizar o tema, primeiro é relevante considerar o regime de bens⁵⁴³ que é:

“o conjunto de regras que regulamentam as questões relativas ao patrimônio dos cônjuges/companheiros,

541 Enunciado n° 635 da VIII Jornada de Direito Civil: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existências, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e o da solidariedade familiar”

542 MADRUGA, Rochele da Silva. **A contratualização do direito de família e a valorização da autonomia privada**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2120/A+oriza%C3%A7%C3%A3o+da+autonomia+privada>. Acesso em: set. 2024.

543 PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. **Direito das Famílias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 137, 2024.

delimitando as diretrizes que deverão ser seguidas por eles enquanto o casamento existir, ou quando chegar ao seu fim, seja em razão de divórcio, dissolução em vida da união estável ou falecimento de uma ou ambas as partes.”

O regime de comunhão universal, prezando pela comunicabilidade de bens obtidos antes ou após a celebração do casamento ou de constituída a união estável. É essencial pontuar que a sua estipulação por meio de pacto não impede que de maneira superveniente um dos cônjuges possa, por exemplo, doar um patrimônio pessoal para outro dispondo de um gravame de incomunicabilidade.⁵⁴⁴

O regime de comunhão parcial pode ser colocado como aquele automático, assim, diante da ausência de pacto antenupcial ou contrato escrito dispondo de maneira diversa, ele será utilizado - por isso, também é chamado de regime supletivo legal. Essa disposição possui grande aceitação por parte da sociedade brasileira, dessa maneira, é utilizado na grande maioria das vezes, em virtude, por exemplo, de tabus instaurados pelas pessoas diante do receio de discutir questões patrimoniais com o outro membro integrante da relação.⁵⁴⁵

O regime de separação total de bens possui como núcleo a incomunicabilidade total do patrimônio de cada indivíduo. Porém, percebe-se que é essencial que o indivíduo mais vulnerável deva ser tutelado, inclusive de maneira material. Nessa ideia de separação surge o regime obrigatório, com isso, as hipóteses trazidas pelo artigo 1641 do Código Civil irão dispor acerca de situações que necessariamente devem compor o regime de separação de bens.⁵⁴⁶

544 ANDREIS, João Vitor de Mello. **Os diversos regimes de bens no casamento**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382541/os-diversos-regimes-de-bens-no-casamento>. Acesso em: set. 2024.

545 ANDREIS, João Vitor de Mello. **Os diversos regimes de bens no casamento**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382541/os-diversos-regimes-de-bens-no-casamento>. Acesso em: set. 2024.

546 ANDREIS, João Vitor de Mello. **Os diversos regimes de bens no casamento**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382541/os-diversos-regimes-de-bens-no-casamento>. Acesso em: set. 2024.

O regime de participação final nos aquestos consiste em um regime híbrido, previsto no artigo 1672 do Código Civil. Este regime é incomum de ser aplicado na sociedade brasileira, isto porque, estabelece que durante a constância do casamento, serão aplicadas as regras da separação total ou convencional de bens, enquanto, no caso de divórcio, serão aplicadas as regras da comunhão parcial de bens, permitindo a partilha dos bens adquiridos onerosamente por cada cônjuge.⁵⁴⁷

Assim, tendo em mente esses conceitos básicos, deve-se entender o papel do anteprojeto do Código Civil ao, por exemplo, permitir que o casal se aproprie de parte de cada regime para dar uma face que atenda às expectativas dos cônjuges. O novo diploma é pertinente quanto às necessidades específicas de cada família ao trazer disposições contendo a primazia da autonomia privada, diante de pontos que virão a ser elencados a seguir e que são essenciais para a perpetuação da liberdade para dispor perante questões patrimoniais.

3 **SUNSET CLAUSE EM DECORRÊNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO DOS PACTOS ANTENUPCIAIS**

Nesse contexto, surge a “*Sunset Clause*” ou cláusula do pôr-do-sol como um instrumento ratificador da autonomia privada naquilo que foi trazido à luz das mudanças do anteprojeto. De tal forma, esse mecanismo possibilita que após a observância de certa condição, termo ou através da superação de dado lapso temporal, haja uma alteração automática do regime de bens.⁵⁴⁸

Diante disso, o casal ou conviventes podem estabelecer regras que versam acerca da separação convencional de bens e após certo

547 ANDREIS, João Vitor de Mello. **Os diversos regimes de bens no casamento**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382541/os-diversos-regimes-de-bens-no-casamento>. Acesso em: set. 2024.

548 GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (Sunset Clause) no Direito de Família**. Portal Migalhas. Disponível em: < Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/BBD0519732F669_Artigo-SunsetClause-Prof.Pablo.pdf. Acesso em: set. 2024.

tempo, confirmando, assim, a estabilidade da relação firmada, mudar para as diretrizes que regem a comunhão parcial de bens. Sendo assim, muitos casais e conviventes podem estabelecer normas mais restritivas no início do relacionamento, como se estivessem em um período de teste, para que caso haja insucesso dessa relação já nesse estágio, possuam o menor litígio e gastos possíveis.⁵⁴⁹

Isso gera a possibilidade dos casais ou conviventes estabelecerem, seja no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, respectivamente, regras adaptativas e que respeitem a intimidade daqueles integrantes da relação, conforme disposição do artigo 1653-B do anteprojeto: “admite-se convencionar no pacto antenupcial ou convivencial a alteração automática de regime de bens após o transcurso de um período de tempo prefixado, sem efeitos retroativos, ressalvados os direitos de terceiros.” Diante da análise literal desse dispositivo, percebe-se que a “*Sunset Clause*”, estabelecida na reforma, deve ser acionada diante de um aspecto que permeia um termo (evento futuro e certo) e não através de um viés condicional (evento futuro e incerto).⁵⁵⁰

Esta estipulação negocial, diante da disposição trazida pelo 1.653- B, é limitada ao âmbito patrimonial, não podendo, portanto, dispor acerca de aspectos existenciais ou de ordem pública. Além disso, apesar de o artigo supracitado mencionar que a cláusula pode ser inserida apenas no pacto antenupcial, nada impede que após o casamento o casal conclua ser mais viável convencionar essa cláusula⁵⁵¹, diante de uma interpretação em conjunto com o 1639,

549 GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (*Sunset Clause*) no Direito de Família**. Portal Migalhas. Disponível em: < Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/BBD0519732F669_Artigo-SunsetClause-Prof.Pablo.pdf. Acesso em: set. 2024.

550 GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (*Sunset Clause*) no Direito de Família**. Portal Migalhas. Disponível em: < Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/BBD0519732F669_Artigo-SunsetClause-Prof.Pablo.pdf. Acesso em: set. 2024.

551 GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (*Sunset Clause*) no Direito de Família**. Portal Migalhas. Disponível em: < Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/BBD0519732F669_Artigo-SunsetClause-Prof.Pablo.pdf. Acesso em: set. 2024.

caput, do diploma. Assim, conclui-se ser válido a imposição do “*Sunset Clause*” no pacto pós-nupcial.

Paralelamente, é intrínseco a essa cláusula supracitada outra mudança que vem a ser possibilitada pelo anteprojeto do Código Civil, isto é, a desjudicialização para a alteração do regime de bens, sendo, portanto, necessário explorá-la nesse artigo.

O Código Civil de 2002 prevê, no artigo 1639, §2º, a necessidade de autorização judicial para modificação do regime de bens, explicitando, assim, a intervenção indevida na vida do casal e o paternalismo por parte do Estado. Com isso, por analogia, assim como o casal pode escolher o regime de bens livremente antes do casamento, deveriam ter a mesma liberdade para alterá-lo de maneira extrajudicial.⁵⁵² Além disso, na união estável, os companheiros podem mudar seu regime patrimonial a qualquer momento, bastando firmar um novo contrato de convivência. Portanto, no atual Código Civil, uma mudança automática de regime de bens por meio de um mecanismo como a Cláusula do Pôr-do-Sol seria inválida por negligenciar as burocracias necessárias para essa conversão.⁵⁵³

Em contrapartida, a reforma traz uma disposição moderna e consonante com a valorização da autonomia familiar para decidir aquilo que deve ser regido no íntimo de cada relação. A princípio, o caput do novo artigo 1639 concede grande liberdade para os cônjuges e conviventes, seja antes ou depois de celebrado o casamento ou constituída a união estável, de dispor acerca de bens ou interesses

552 TARTUCE, Flávio. **A Reforma do Código Civil e as Mudanças quanto ao Regime de Bens – Parte 1**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/406125/a-reforma-do-codigocivil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens>. Acesso em: set. 2024.

553 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso, FACHINI, Laura Stefenon. **Passado e futuro: Questões sobre a possibilidade de mudança automática de regime de bens e disciplina jurídica pretérita pelo pacto antenupcial e contrato de união estável**. Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 168 - 200, 2021.

patrimoniais. Assim, este dispositivo ratifica ainda mais a perpetuação da autodeterminação na reforma.⁵⁵⁴

Ademais, o parágrafo segundo deste referido dispositivo possui grande importância nessa questão: “Depois da celebração do casamento ou do estabelecimento da união estável, o regime de bens pode ser modificado por escritura pública e só produz efeitos a partir do ato de alteração, ressalvados os direitos de terceiros.” A aplicação fática dessa disposição é pertinente e viável em um contexto de abarrotamento do judiciário, onde se busca maior velocidade para acessar direitos, seja de uma forma judicial ou não.⁵⁵⁵

A alteração do artigo contribui para a perpetuação das chamadas “famílias democráticas”. Paralelamente, essas possuem como base justamente a diversidade de estruturas, sendo sustentadas pela afetividade e companheirismo de seus constituintes, permitindo, assim, o prosseguimento do casamento ou da união estável. Dessa forma, preza-se pelo respeito, incentivo e desenvolvimento da pluralidade familiar, de modo que, qualquer intervenção por parte do Estado é indevida e atenta contra anseios constitucionais de liberdade. Logo, a manutenção da necessidade de análise judicial para alteração do regime seria subverter essa ordem, significando a intromissão estatal naquilo referido como “asilo inviolável”.⁵⁵⁶

554 DUQUE, Bruna Lyra. **Com quantos contratos se faz uma família? Novos rumos para uma reforma do Código Civil**. Portal Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-11/com-quantos-contratos-se-faz-uma-familia-novos-rumos-para-uma-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso em: set. 2024.

555 TARTUCE, Flávio. **A Reforma do Código Civil e as Mudanças quanto ao Regime de Bens – Parte 1**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/406125/a-reforma-do-codigocivil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens>. Acesso em: set. 2024.

556 DE MORAES, Maria Celina Bodin, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Contratos no ambiente familiar**. Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 20 - 54, 2021.

4 REGIME MISTO

Outra questão trazida pela reforma é a possibilidade de convencionar o regime de bens atípico ou misto, trazendo, assim, maiores combinações possíveis para a disposição criativa das regras patrimoniais que irão reger o casamento, por exemplo. Com isso, os membros da relação podem observar o caso concreto que estão inseridos e se adequar para atender as particularidades que os permeiam, conforme disposição do artigo 1640, §2º do anteprojeto: “é lícito aos cônjuges ou conviventes criarem regime atípico ou misto, conjugando regras dos regimes previstos neste código, desde que não haja contrariedade a normas cogentes ou de ordem pública”.

Concomitantemente, ao tomar como base a parte final do parágrafo, percebe-se que essa disposição não é absoluta, vez que mantém a limitação paritária de direitos dos consortes, como por exemplo, o respeito aos bons costumes e a função social do contrato que está sendo firmado. Com isso, a prestação não pode se tornar onerosamente excessiva para uma das partes, de modo que gere prejuízos, por exemplo, ao violar a dignidade da pessoa humana.⁵⁵⁷

Pode-se traçar um paralelo com outro dispositivo trazido pela reforma, que embora também possibilite adentrar uma esfera negocial, a sua utilização também deve ser relativizada em algumas situações. O referido artigo é o 1655-A, que em seu caput permite que pactos conjugais e convivenciais estipulem cláusulas com solução para guarda e sustento dos filhos, em caso da ruptura da vida comum.

Esse dispositivo seria totalmente perigoso se não houvesse qualquer outra complementação para essa norma tão aberta, de modo que isso poderia ensejar dúvidas acerca de sua constitucionalidade diante de possíveis interpretações e aplicações que desconsideram valores fundamentais intrínsecos ao ser humano. Visando superar

557 TARTUCE, Flávio. **A reforma do Código Civil e as mudanças quanto ao regime de bens - Criação do regime misto e suas consequências - Parte II**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/408228/o-codigo-civil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens--parte-ii>. Acesso em: set. 2024.

essa questão, o legislador acrescenta na redação do referido artigo o parágrafo único, restringindo, assim, a possibilidade de sua aplicação: “as cláusulas não terão eficácia se, no momento de seu cumprimento, mostrarem-se gravemente prejudiciais para um dos cônjuges ou conviventes e sua descendência, violando a proteção da família ou transgredindo o princípio da igualdade.”⁵⁵⁸

5 ALTERAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL

Não obstante, o Código Civil Brasileiro estabelece situações nas quais o casamento não deve ser contraído, sendo conhecidas por causas suspensivas ou impedimentos matrimoniais, conforme se verifica no art 1523 do Código Civil. Uma hipótese é quando indivíduos divorciados desejam contrair uma nova união antes da homologação da partilha de bens da união dissolvida. Nesses casos, o legislador entende que o casamento não deve ser permitido até que as questões patrimoniais do relacionamento anterior sejam resolvidas, a fim de evitar confusão patrimonial e proteger os interesses da prole do pleito anterior.⁵⁵⁹

Todavia, se as partes decidirem prosseguir com o casamento, este só terá validade mediante observância do regime da separação obrigatória de bens, de acordo com a redação do art 1641, CC: “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.”⁵⁶⁰

558 TARTUCE, Flávio. **A reforma do Código Civil e as mudanças quanto ao regime de bens - Criação do regime misto e suas consequências - Parte II**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/408228/o-codigo-civil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens--parte-ii>. Acesso em: set. 2024.

559 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

560 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>

Essa regra é aplicada às pessoas com 70 anos ou mais que desejam contrair o casamento. Nesse sentido, não será necessário a confecção de um pacto antenupcial, pois o regime de bens aplicável aos idosos sempre será definido como o da separação obrigatória de bens.⁵⁶¹

A previsão etária na imposição de um regime de bens foi posta como norma jurídica desde as Ordenações Filipinas, com o objetivo de proteger o contraente. No entanto, partindo do pressuposto de que a autonomia e proteção patrimonial dos cônjuges acima de 70 anos, estão ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do idoso, uma recente decisão do STF reconheceu a capacidade e autonomia do idoso para tomar decisões acerca da sua vida e patrimônio.⁵⁶²

No julgamento do ARE 1.309.642/SP⁵⁶³, em 01º/02/2023, o STF definiu que o regime da separação de bens obrigatório, estabelecido no art 1641, II, CC, pode ser afastado em casos de casamento ou união estável, que envolva pessoas maiores de 70 anos, desde que essa

artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos. Acesso em: set. 2024.

561 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

562 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

563 Ementa: Direito Constitucional e Civil. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Separação obrigatória de bens nos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Interpretação conforme a Constituição. I. O caso em exame 1. O recurso. Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. [...] 12. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de julgamento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”. ----- Atos normativos citados: Constituição Federal, arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X; 226, § 3º; 230, e Código Civil, arts. 1.641, II; e 1.639, § 2º. Jurisprudência citada: RE 878.694 (2017), Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

alteração seja feita mediante manifestação expressa da vontade das partes e formalizada por escritura pública.⁵⁶⁴

Essa decisão do STF é significativa, pois conforme demonstrado, o regime de bens adotado pelo Código Civil era o da separação obrigatória para indivíduos nessa faixa etária, limitando assim, a liberdade de escolha do regime de bens do idoso. Portanto, a nova interpretação do STF visa respeitar a autonomia da pessoa idosa, possibilitando a escolha de um regime de bens diverso do estipulado no art. 1641, CC, a fim de permitir a total satisfação de necessidades por meio de um regime que melhor se ajuste à realidade do indivíduo.⁵⁶⁵ Diante disso, o anteprojeto propõe a revogação do artigo mencionado, visando permitir que todas as pessoas, indistintamente, possam escolher livremente o regime de bens do casamento ou da união estável.

Portanto, após julgamento do ARE 1.309.642/SP, o regime obrigatório da separação de bens poderá ser afastado mediante escritura pública de pacto antenupcial antes ou no curso do casamento ou da união estável. No entanto, considerando a constituição da união estável com pessoas de mais de 70 anos, não será aplicado o disposto no art 1.725 do CC, *in verbis*: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”, vez que, para garantir segurança jurídica, o STF determinou como condição a lavratura do regime de bens escolhido entre os cônjuges por meio da escritura pública.

Com isso, percebe-se que, preservando o esforço comum dos dois constituintes da relação para construção do patrimônio, é possível que aquilo obtido na constância do casamento possa ser dividido entre os

564 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

565 DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

cônjuges. Porém, caso essas pessoas idosas queiram, é possível afastar a incidência disso, estabelecendo, assim, um regime de separação convencional de bens.⁵⁶⁶

Surge, nesse contexto, discussões que tem como elemento central o fato de que se de alguma forma os bens obtidos na constância do casamento possam se comunicar com ambos os cônjuges, mesmo quando os constituintes da relação estiverem diante das diretrizes da separação convencional de bens - existindo, assim, elementos que relativizam esse âmbito de incomunicabilidade.

Nesse sentido, há divergência jurisprudencial, de modo que para alguns julgadores esse regime colocado no pacto é absoluto e não pode ser ponderado, em contrapartida, para outros essa mitigação é possível desde que se comprove o esforço comum para construção desse patrimônio. Os defensores dessa última visão amparam o seu argumento na vedação do atual diploma civilista frente ao enriquecimento sem causa, conforme disposição do artigo 884 do atual Código Civil.⁵⁶⁷

O que se busca aqui explicitar é que essas questões supracitadas podem ser estabelecidas no pacto antenupcial, de modo que, por exemplo, o patrimônio construído com esforço de ambos integrantes da relação possa ser objeto de análise e transparência para estabelecer diretrizes claras diante da comunicação ou não. Em consonância, previne-se futuros litígios e desavenças por parte do casal, dessa maneira, ao se ratificar a ajuda para aquisição do bem haveria uma conversão, diante da hipótese elencada, de separação convencional de bens para comunhão parcial.

566 FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso, FACHINI, Laura Stefanon. **Passado e futuro: Questões sobre a possibilidade de mudança automática de regime de bens e disciplina jurídica pretérita pelo pacto antenupcial e contrato de união estável.** Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 168 - 200, 2021.

567 TARTUCE, Flávio. **A Reforma do Código Civil e as mudanças quanto ao regime de bens - Mudanças na separação convencional de bens - Parte IV.** Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/411878/mudancas-na-separacao-convencional-de-bens--parte-iv>. Acesso em: set. 2024.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da autonomia privada nos pactos antenupciais foi um ponto enaltecido no Anteprojeto, no sentido de se consagrar o equilíbrio entre a liberdade pessoal e a proteção jurídica no Direito de Família, a fim de reduzir a intervenção estatal e valorizar a liberdade dos indivíduos.

Os mecanismos que permitem a ampliação da autonomia privada no contexto dos pactos antenupciais, em especial, a Cláusula de Caducidade, ou “*Sunset Clause*”, dialogam com as mudanças sociais que moldam as relações familiares contemporâneas, promovendo a possibilidade de que os nubentes possam definir suas próprias regras patrimoniais e existenciais, a depender das circunstâncias pessoais da família. Ainda, o mecanismo da criação de regimes mistos, que possibilitou a adequação das normas jurídicas para casos específicos, como a gestão de bens em casamento ou união estável envolvendo pessoas com mais de 70 anos, evidencia a intenção do anteprojeto de tornar o Direito de Família mais inclusivo e adequado às necessidades reais dos indivíduos.

O anteprojeto, portanto, possui o objetivo de promover maior liberdade para a personalização dos regimes patrimoniais, ao passo que busca ampliar a autonomia dos cônjuges ou conviventes, contribuindo para o equilíbrio entre a proteção jurídica e a valorização das escolhas pessoais, desde que observado o disposto no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREIS, João Vitor de Mello. **Os diversos regimes de bens no casamento**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/382541/os-diversos-regimes-de-bens-no-casamento>. Acesso em: set. 2024.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: set. 2024.

CJF. **VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1174>. Acesso em: set. 2024.

DE CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família**. Portal IBD-FAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: set. 2024.

DE MORAES, Maria Celina Bodin, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Contratos no ambiente familiar**. Livro: Contratos, Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 20 - 54, 2021.

DOS SANTOS, Sara Teixeira, COSER, Erik Silvério. **Autonomia patrimonial para cônjuges acima de 70 anos**. Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2191/Autonomia+patrimonial+para+c%C3%B4njuges+acima+de+70+anos>. Acesso em: set. 2024.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso, FACHINI, Laura Stafenon. **Passado e futuro: Questões sobre a possibilidade de mudança automática de regime de bens e disciplina jurídica pretérita pelo pacto antenupcial e contrato de união estável**. Livro: Contratos,

Famílias e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares. 2 ed. São Paulo: Editora Foco, p. 168 - 200, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (Sunset Clause) no Direito de Família.** Portal Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/7/BBD0519732F669_Artigo-SunsetClause-Prof.Pablo.pdf. Acesso em: set. 2024.

DUQUE, Bruna Lyra. **Com quantos contratos se faz uma família? Novos rumos para uma reforma do Código Civil.** Portal Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-11/com-quantos-contratos-se-faz-uma-familia-novos-rumos-para-uma-reforma-do-codigo-civil/>. Acesso em: set. 2024.

MADRUGA, Rochele da Silva. **A contratualização do direito de família e a valorização da autonomia privada.** Portal IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2120/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direito+de+fam%C3%ADlia+e+a+valoriza%C3%A7%C3%A3o+da+autonomia+privada>. Acesso em: set. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024.

TARTUCE, Flávio. **A Reforma do Código Civil e as Mudanças quanto ao Regime de Bens – Parte 1.** Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/406125/a-reforma-do-codigocivil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens>. Acesso em: set. 2024.

TARTUCE, Flávio. **A reforma do Código Civil e as mudanças quanto ao regime de bens - Criação do regime misto e suas consequências - Parte II.** Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/408228/o-codigo-civil-e-as-mudancas-quanto-ao-regime-de-bens--parte-ii>. Acesso em: set. 2024.

TARTUCE, Flávio. **A Reforma do Código Civil e as mudanças quanto ao regime de bens - Mudanças na separação convencional de bens - Parte IV.** Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/411878/mudancas-na-separacao-convencional-de-bens--parte-iv>. Acesso em: set. 2024.

STF. **ARE 1.309.642.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em: set. 2024.

O PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO AO CASAMENTO À LUZ DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL

*Lucas Camargos Bizzotto Amorim*⁵⁶⁸

RESUMO: Sob a ótica do Direito Registral o casamento pode ser definido como um ato jurídico complexo e solene, que passa por três fases: habilitação, celebração e registro. A habilitação é um procedimento administrativo, presidido pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, que zela pela higidez, legalidade e eficácia do ato jurídico do matrimônio. Ela compreende um rol de providências legais preliminares, estabelecidas no intuito de verificar, em síntese, quatro itens, a saber: (i) a capacidade dos nubentes; (ii) a inexistência de causas impeditivas ou suspensivas; (iii) o regime de bens, nos termos previstos em Lei; e, (iv) se for o caso, promover a alteração do nome dos contraentes. Há tempos, a doutrina e a prática têm clamado por modificações ao procedimento de habilitação, por duas razões principais. Primeiro, nota-se que ele ainda ostenta práticas visivelmente anacrônicas, que prejudicam a celeridade que se busca nos dias atuais. Em adição, observa-se que as próprias normas de direito material que são o objeto de análise da habilitação estão defasadas. Com isso, o procedimento cada vez mais se distancia de sua finalidade institucional, e passa a ser enxergado como uma burocracia custosa e desnecessária, imposta no intuito de arrecadar fundos para o Estado. O ACC, em bora hora, busca reverter esse quadro, ao repensar as regras tanto formais, quanto materiais, que subjazem ao casamento.

PALAVRAS CHAVE: Casamento. Habilitação. Registros públicos.

568 Advogado. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Auditoria Externa. Mestre em Direito pela UFMG e mestre em filosofia pela FAJE. Doutorando em Direito pela UFMG

INTRODUÇÃO

O artigo 226 da Constituição Federal prescreve que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Na mesma toada, determina o art. 16.3 da Declaração Universal de Direitos do Homem, em dispositivo de quase idêntica redação. Nota-se, assim, que não só a Carta Magna de 1988, como também um dos mais relevantes diplomas normativos do Direito, conferem posição de destaque à proteção da família, o que demonstra o quão sensível e importante é esta temática no cenário jurídico hodierno.

Sendo o casamento uma das entidades familiares previstas expressamente pela Constituição (art. 226, p. u. da CF/88), não há dúvidas de que ele faz jus à atenção e proteção distintas por parte do Estado enunciadas acima. E não poderia ser diferente, diante das inúmeras consequências jurídicas e extrajurídicas do matrimônio, que atingem tanto a esfera dos direitos existenciais, quanto dos direitos patrimoniais.

O casamento é um dos institutos jurídicos que mais sofreu alterações nas últimas décadas. É nitidamente perceptível a diferença entre o tratamento oriundo do CC/16, e aquele dispensado pela CF/88 e CC/02. A regulamentação conferida pelo CC/16 era excessivamente patrimonialista, biologizada e verticalizada, o que não mais atendia aos anseios da sociedade do fim do século XX. Nesse passo, a CF/88 e o CC/02 introduziram modificações substanciais ao casamento e ao Direito de Família de forma geral. Foram previstas novas categorias de entidade familiar ao lado do matrimônio, com especial destaque para a união estável. Como bem aponta Maria Berenice Dias:

Mas novas realidades se impuseram, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornaram-se tão aceitos novos formatos dos vínculos de convivência que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família. Trouxe o conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para

além do casamento. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais (CR 226) - formados por um dos pais com seus filhos - como à união estável - relação de um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento (CR 226 § 3.º). Com isso, deixou o casamento de ser o único marco a identificar a existência de uma família.⁵⁶⁹

Além disso, foram positivados os princípios da igualdade entre os consortes e da igualdade da filiação, encerrando com isso práticas que já se revelavam notoriamente ultrapassadas, tais a legitimação da filiação pelo matrimônio, a diferenciação entre filhos adotivos e filhos biológicos, entre outros. Em suma, com a entrada em vigor da CF/88 e do CC/02, buscou-se abandonar a forte carga moral, religiosa e institucionalista que era despejada sobre o casamento, em favor de uma finalidade instrumental. O *telos* do matrimônio, segundo a melhor doutrina, é a felicidade, ou eudaimonia.

Todavia, apesar do inegável salto qualitativo empreendido pela CF/88 e pelo CC/02 na seara do matrimônio e do Direito de Família, as modificações por eles introduzidas não foram suficientes. O que não é de se espantar, já que a atual codificação privada, embora tenha sido aprovada e promulgada em 2002, foi redigida na década de 70. Dessa forma, em vários pontos, o CC/02 já entrou em vigor de modo desatualizado, tanto que foi preciso se recorrer intensamente ao poder judiciário nos últimos tempos, para que o Direito acompanhasse as mudanças sociais relacionadas ao casamento e às entidades familiares. É sobre algumas destas mudanças que trataremos, brevemente, neste trabalho.

Hoje, podemos conceituar o casamento como a união formal e solene, chancelada pelo Estado, de duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, cujo objetivo precípua é a comunhão plena de vida. É importante notar que a atual redação do art. 1.511 do CC ainda traz

569 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2021. P. 464.

o conceito de matrimônio como a união entre o homem e a mulher. Todavia, esta definição conflita com a perspectiva constitucional do Direito Civil, que, hoje, é amplamente adotada pela doutrina civilista moderna. Não há dúvidas, portanto, que o casamento homoafetivo é plenamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio⁵⁷⁰.

Sob a ótica do Direito Registral, que é o foco principal deste trabalho, o casamento é definido como um ato jurídico complexo e solene, que passa, em regra, por três fases: habilitação⁵⁷¹, celebração e registro. A habilitação é um procedimento administrativo, presidido pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, que zela pela higidez, legalidade e eficácia do ato jurídico do matrimônio. Ela compreende um rol de providências legais preliminares, estabelecidas no intuito de verificar, em síntese, quatro itens, a saber: (i) a capacidade dos nubentes; (ii) a inexistência de causas impeditivas ou suspensivas; (iii) o regime de bens, nos termos previstos em Lei; e, (iv) se for o caso, promover a alteração do nome dos contraentes.

Abaixo, trataremos das modificações previstas pelo Anteprojeto do Código Civil – doravante referido como ACC, relacionadas ao procedimento administrativo da habilitação ao casamento. Para desenvolvermos este estudo, adotaremos a seguinte estrutura. No primeiro capítulo, explicaremos como a habilitação transcorre

570 Breve evolução histórica: o STF, por meio da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, determinou que a união homoafetiva goza das mesmas prerrogativas da união estável. Casais homoafetivos, portanto, passaram a possuir os mesmos direitos e deveres dos companheiros, inclusive no que concerne à sucessão, separação, divórcio, filiação, etc. Entretanto, antes do posicionamento do STF, o STJ já havia iniciado o processo de equiparação entre uniões estáveis e homoafetivas. No REsp 889852/RS, de 2010, foi admitida a adoção por casais homoafetivos, desde que cumpridos os requisitos prescritos pelo ECA. No REsp 827962/RS, de 2011, o STJ garantiu a possibilidade de constituição de uniões homoafetivas. A despeito dos julgados acima, inclusive daqueles proferidos pelo STF, alguns Registradores se recusavam a realizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque as referidas decisões só tratavam da união estável, sem fazer menção taxativa ao casamento. O STJ, então, passou a expressamente autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em seguida, a Resolução n. 175 do CNJ, em seu artigo 1º, vetou que os Oficiais do Registro Civil de Pessoas Naturais recusassem a proceder a habilitação, celebração ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo.

571 Anteprojeto do Código Civil pretende modificar esta nomenclatura, passando a habilitação a se chamar: procedimento pré-nupcial.

atualmente, com base nas normas em vigor. No segundo capítulo, compararemos o procedimento de regência com as alterações propostas pelo ACC. Nota-se que o tema proposto é de suma importância, pois afeta diretamente o exercício de um Direito Fundamental do Homem, previsto pelo art. 226, parágrafo 7º da CF/88, que é sua liberdade tanto para decidir constituir família, quanto para escolher a melhor forma de fazê-lo.

1 DO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO EM VIGOR

Conforme salientado acima, a habilitação é presidida pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais. Trata-se de um procedimento, em regra, remunerado, diferentemente da celebração do casamento, que, por força do art. 1.512 do CC, é sempre gratuita. A única hipótese de isenção dos emolumentos da habilitação, hoje, contempla as pessoas reconhecidamente pobres, que assim se declararem perante o Oficial de Registros (art. 1.512, parágrafo único do CC).

Vale destacar que, se o Oficial suspeitar da veracidade da declaração, ele poderá exigir documentação comprobatória, e, se necessário, suscitar dúvida e remeter o caso para o juiz competente, que determinará se incidirá, ou não, a taxa de emolumentos. Essa prerrogativa do Registrador é defendida pela doutrina, conforme se percebe do Enunciado 9⁵⁷² da I Jornada de Direito Notarial e Registral, e, atualmente, tem sido agasalhada pelas normativas estaduais (ex.: item 3.1, do capítulo XVII das NSCGJSP), e pelas varas de registros públicos estaduais.

572 ENUNCIADO 9 – Em caso de suspeita ou dúvida acerca da declaração de pobreza para fins de habilitação de casamento, o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais poderá solicitar documentos comprobatórios acerca da hipossuficiência. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/Direito%20Notarial%20e%20Registral/?_authenticator=aadb1f118b9d3fa58d21fdfa2848108562d09b14%20.%20Acesso%20em%2014/12/2022. Acesso em: 17/09/2024.

A habilitação ao casamento deve ser requerida à serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais competente pela circunscrição onde residem os nubentes, conforme prescreve o art. 67, caput da Lei de Registros Públicos – LRP. Caso eles residam em circunscrições diferentes, ambas serventias serão competentes, admitindo-se a escolha nesses casos.

Em adição, o art. 67, parágrafo 4º-A da LRP, introduzido pela Lei 14.382/22, autorizou que o requerimento de habilitação seja feito de forma eletrônica pelos nubentes. Nota-se que este dispositivo não revogou as regras de competência territorial previstas acima. Assim, os nubentes não precisam comparecer pessoalmente à serventia para se habilitarem, mas precisam se habilitar na serventia competente pelo local de sua residência. Nesse caso, a documentação exigida por Lei também poderá ser remetida pela via eletrônica.

Os documentos necessários para o procedimento de habilitação constam do art. 67 da LRP c/c art. 1.525 do CC. São eles:

- a. **Requerimento firmado pelos nubentes ou por seu procurador:** apesar de o art. 1.525, caput do CC demandar requerimento de próprio punho, isso não ocorre na prática, já que própria serventia possui o modelo de requerimento que será adotado, sendo ele apenas firmado pelas partes. Todavia, nada impede que as partes apresentem requerimento de próprio punho, desde que seu conteúdo seja adequado. Neste requerimento será informado: o prenome, o sobrenome, a nacionalidade, a profissão, o estado civil, a existência de UE, o endereço domiciliar de cada um dos nubentes, entre outros dados (art. 2º do Provimento 61 do CNJ).

O requerimento para a habilitação pode ser firmado por mandatário, desde que ele apresente procuração com poderes especiais. No Estado de São Paulo, a procuração poderá adotar a forma de instrumento particular com firma reconhecida (Enunciado 45 da Arpen-SP); da mesma forma prescreve o art. 585 do Código de Normas de Minas Gerais – esta é a realidade da maioria dos estados. Contudo, nada

impede que seja adotada a forma de escritura pública, se a parte assim desejar. Embora seja mais cara e burocrática, a escritura pública pode ser mais vantajosa, caso o nubente deseje transmitir outros poderes para além do requerimento de habilitação, e estes poderes demandarem a forma pública (ex.: procuração pública para a celebração).

É importante destacar que, atualmente, por força das alterações no CC/02 introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas portadoras de deficiência são consideradas plenamente capazes, e podem firmar requerimento de habilitação sem qualquer assistência. Essa mesma regra se aplica às pessoas sob curatela, pelo fato de que a curatela não pode limitar atos de natureza existencial, sendo o casamento um destes atos, conforme o art. 6º, I do EPD.

- b. **Certidão de nascimento ou documento equivalente:** este documento permite a verificação da capacidade das partes e eventuais impedimentos matrimoniais. Um documento equivalente seria, por exemplo, a certidão de casamento com a averbação do divórcio ou com averbação do falecimento do outro cônjuge, que comprovaria a legitimidade do contraente para se casar.
- c. **Autorização dos representantes legais, ou ato judicial que a supra, nas hipóteses de nubentes relativamente incapazes:** este documento é necessário caso um ou ambos os nubentes sejam maiores de 16 e menores de 18 anos, conforme previsto pelo art. 1.517 do CC/02.
- d. **Declaração de 2 testemunhas maiores, parentes ou não, que conheçam os noivos e atestem a inexistência de impedimentos:** o intuito desta declaração é atestar a inexistência de impedimento para o casamento. Todavia, entendemos que se trata de um documento completamente desnecessário, já que, se houver impedimento ao casamento, ou a testemunha concordará em omitir este fato a pedido

dos nubentes, ou os próprios nubentes escolherão outra testemunha. Rolf Madaleno tece considerações semelhantes, no seguinte excerto: “é prova relativa, pois pode ser facilmente obtida de favor, mas sua intenção é reforçar a ausência de impedimentos que vedem o casamento (...)”⁵⁷³.

- e. **Declaração do estado civil, domicílio e residências atual dos contraentes e de seus pais (se forem conhecidos):** sobre esta declaração, vale notar que a convivência em união estável não é um estado civil⁵⁷⁴. Tanto é assim que, atualmente, permite-se que a pessoa que convive em união estável se case com uma terceira pessoa, que não seja seu companheiro. Citamos, nesse sentido, o enunciado 17⁵⁷⁵ da Arpen-SP, bem como o enunciado 3⁵⁷⁶ do Colégio Registral de Minas Gerais, que trazem expressamente esta autorização.
- f. **Certidão de óbito do cônjuge falecido, sentença declaratória de anulação de casamento, ou sentença de divórcio transitada em julgado:** o intuito deste documento é comprovar o estado civil do nubente, caso o óbito ou o divórcio não constem averbados em seu registro de casamento. Se houver a averbação, entendemos que não é preciso apresentar este documento, já que são efeitos da averbação, assim como do registro, a autenticidade e a publicidade registral, que ensejam a presunção relativa de veracidade e a oponibilidade *erga omnes*. Andreia Ruzzante,

573 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 170.

574 O ACC prevê a criação do estado civil de conviventes, conforme se depreende do novel art. 1564-A, parágrafo 3º, a ser introduzido no CC.

575 Enunciado 17: Junto ao registro de união estável poderá ser anotado o casamento, ainda que não seja o casamento dos companheiros entre si, independentemente de prévia dissolução da união estável. Neste caso, a anotação do casamento faz presumir a extinção da união estável. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/enunciados>. Acesso em: 15/09/2024.

576 Enunciado 3: a existência de registro da união estável no Livro E entre cada um dos conviventes com terceiros é impedimento para o casamento civil ou para a conversão da união estável em casamento, devendo ser exigida a prévia dissolução da união estável. Disponível em: <https://www.colegioregistralmg.org.br/enunciados/>. Acesso em: 15/09/2024.

Marcelo Salaroli e Mário Camargo também fazem esta consideração:

Com relação a sentença de divórcio, embora o inciso mencione registro, é suficiente a certidão de casamento com averbação do divórcio. Isto pois, como explanado no item 13.3.7, basta que o divórcio seja averbado para produzir todos os seus efeitos, sendo apenas excepcionalmente objeto de registro em sentido estrito.⁵⁷⁷

Para além dos documentos acima, devem ser apresentados os documentos de identificação dos nubentes, tais como carteira de identidade, CPF, etc. Além disso, poderá ser apresentada escritura pública de pacto antenupcial, se o regime escolhido não for o da comunhão parcial de bens.

Após autuado o requerimento de habilitação com os documentos apresentados, o registrador publicará o edital de proclamas, que, ao final, será registrado no Livro D – Livro de Proclamas, do Ofício Registral⁵⁷⁸. O suposto objetivo dessa norma é conferir a terceiros a possibilidade de opor impedimentos ou causas suspensivas ao casamento. Entretanto, esta regra é alvo de críticas contundentes pela doutrina e prática registral, que enxergam no edital uma burocracia desnecessária, e de diminuta função informativa. Em adição, a publicação do edital gera custo desnecessário para os requerentes. Vale destacar que a publicação dos editais não é abarcada pela gratuidade de emolumentos, mesmo para as pessoas que apresentarem declaração de pobreza e postularem a gratuidade da habilitação para o casamento.

577 GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais** (Coleção Cartórios). Indaiatuba: Editora Foco. Kindle Edition, p. 510.

578 O edital dará publicidade a dados pessoais dos nubentes, o que atrai a aplicação da LGPD. Nos termos do art. 122 do Provimento 149 do CNJ, que tratou da aplicação da LGPD às serventias extrajudiciais, devem ser publicados o nome, o estado civil, a filiação, a cidade e circunscrição dos nubentes.

As regras sobre a publicação dos editais foram recentemente alteradas pela Lei 14.382/22. Embora o art. 1.527 do CC ainda preveja que o edital será publicado pelo prazo de 15 dias, o novel art. 67, parágrafo 1º da LRP traz o prazo de até 5 dias, e, mesmo assim, este prazo não é para a publicação do edital, mas para que o registrador expeça a certidão de habilitação. Com base nesse dispositivo, a prática registral tem entendido que o prazo mínimo de publicação seria de 24 horas.

Além da modificação do prazo, a nova redação estabelece que o edital deverá ser publicado em meio eletrônico. Diante disso, não é mais necessária a publicação em imprensa local, nem a afixação do edital na própria serventia. Em adição, o art. 67, parágrafo 4º da LRP determinava que, se os nubentes residissem em circunscrições diversas, o edital deveria ser afixado em ambos os Cartórios. Este artigo foi revogado, o que foi interpretado pela doutrina no sentido de que seria necessária a publicação de apenas 1 edital, em meio eletrônico, independentemente do local de residência dos contraentes. Vejamos, nesse sentido, a lição de Flávio Tartuce:

Como última nota a respeito dos proclamas, importante pontuar que não há mais a obrigação de duplo registro e de dupla publicação do edital de proclamas, na hipótese de os nubentes residirem em diferentes distritos do Registro Civil das Pessoas Naturais. A esse propósito foi revogado o § 4º do art. 67 da Lei de Registros Públicos e, atualmente, basta o registro dos proclamas no Cartório de Registro Civil escolhido pelos nubentes para o procedimento de habilitação. (...) Realmente, a duplicidade de registro e de publicação do proclamas era desnecessária, especialmente pelo fato de os proclamas, na maior parte dos Estados brasileiros, serem publicados na internet com base em normas locais, o que confere um alcance que vai muito além dos limites territoriais de uma serventia registral, sendo muito mais eficiente

e menos onerosa do que a publicação em jornais físicos.⁵⁷⁹

Por fim, destaca-se que a publicação dos editais poderá ser dispensada por motivo de urgência, nos termos do art. 1.527, parágrafo único do CC. Este procedimento é trazido pelo art. 69 da LRP, que determina que os contraentes deverão peticionar ao próprio Oficial de Registro, informando o motivo da dispensa, e apresentar provas em 24 horas. Em seguida, o Oficial proferirá decisão, também no prazo de 24 horas, da qual caberá recurso ao juiz competente⁵⁸⁰. Na prática, esse pedido certamente cairá em desuso, diante da agilidade conferida ao procedimento pela Lei 14.382/22.

Ainda sobre o procedimento de habilitação, destaca-se que, de acordo com a antiga redação do art. 67, parágrafo 1º da LRP, após a publicação dos editais, os autos seriam encaminhados ao Ministério Público para manifestação. Embora esta regra constasse expressamente de Lei, já havia normas do próprio Ministério Público que dispensavam o encaminhamento dos autos quando os nubentes fossem capazes e maiores (assim dispõe, também, o Enunciado 47⁵⁸¹

579 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14ª Ed (Recurso Eletrônico). Rio de Janeiro: Método, 2024. P. 2892-2893.

580 Não são motivo de urgência problemas relacionados à data da festa do casamento, viagem de lua de mel, entre outros. Veja, nesse sentido, o seguinte excerto de julgado da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo: “no caso em exame, os requerentes ultimaram os detalhes envolvendo o lado social da celebração (expediram convites, contrataram serviços de buffet para celebração do casamento, etc), todavia, não observaram o planejamento dos aspectos formais e legais. Não se deve perder de vista, ainda, que a simples alegação de ignorância de ambos os contraentes acerca dos trâmites legais, bem como a de urgência ante a documentação acostada e o alegado impedimento da realização da cerimônia religiosa sem o prévio casamento civil por critérios da crença religiosa, não constituem hipóteses aptas a autorizar a concessão da dispensa, em quadro onde a solenidade e o formalismo deverão prevalecer sobre os interesses e as conveniências pessoais dos nubentes (Processo: 1084749-31.2017.8.26.0100; Data de Julgamento: 30/08/2017; Relator: Marcelo Benacchio). Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/rcpn-casamento-habilitacao-proclamas-dispensa-edital-publicidade-registral-proclamas.html>. Acesso em: 17/09/2024.

581 Enunciado 47: A Lei Federal 12.133/2009 não revogou o Ato 289/2002 - PGJ/CGMP/CPJ, publicado no DOE em 31/08/2002, que versa sobre a dispensa de vista ao Ministério Público dos autos de habilitação para o casamento. Fundamento legal: Ofício 184/10 –

da Arpen-SP). O novel art. 67, p. 1º da LRP se omitiu por completo quanto a este ponto. O art. 1.526 do CC, contudo, ainda traz esta exigência. Diante desse conflito normativo, boa parte da doutrina passou a entender que o encaminhamento ao Ministério Público teria sido tacitamente revogado. Nesse sentido, ensina Cristiano Cassettari:

O parágrafo primeiro do art. 67 da Lei de Registros Públicos foi alterado pela Lei 14.382/2022, sendo por ela retirado a necessidade de encaminhamento do processo de habilitação ao Ministério Público. Para comprovar a desnecessidade de encaminhamento, a citada lei revogou, ainda, os parágrafos segundo e terceiro, que tratava desse tema. Com isso ficou evidenciado que não é mais necessário encaminhar o processo de habilitação do casamento ao Ministério Público, fato esse que gerou uma derrogação tácita do artigo 1.526 do CC, na parte que tratava da necessidade desse encaminhamento.⁵⁸²

A despeito da posição doutrinária acima, a prática registral ainda conserva algumas hipóteses em que o envio ao Ministério Público é preciso. A Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, por exemplo, editou a súmula 160⁵⁸³, que determina ser necessário o envio ao Ministério Público dos autos da habilitação, quando for identificado direito individual indisponível, ou interesse social relevante (por exemplo: nubentes interditos; relativamente incapazes; estrangeiros em situação irregular; etc.).

Além de ter se omitido quanto à obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, a Lei 14.382/22 revogou o art. 67, parágrafo 2º

JUR Protocolo 2.649/10 - MP datado de 20/01/2010 da Subprocuradoria Geral da Justiça - Assuntos Jurídicos. Publicado em 08 de fevereiro de 2010.

582 CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil** (recurso eletrônico). 12ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024. P. 930-931.

583 Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/AVISOS/619-Aviso%202022.pdf. Acesso em: 17/09/2024.

da LRP, que trazia a prerrogativa do *Parquet* de impugnar a habilitação ao casamento. Apesar desta revogação, entende-se que isso ainda é possível, por duas razões: (i) a habilitação investiga, dentre outras circunstâncias, a existência de impedimentos para o casamento, que constituem norma de ordem pública, e, portanto, podem ser aduzidos pelo Ministério Público, diante de sua prerrogativa institucional de zelar pela ordem jurídica; e (ii) o art. 1.526, parágrafo único do CC ainda faz referência à impugnação por parte do Ministério Público.

Havendo impugnação à habilitação dos nubentes, seja pelo Ministério Público, por terceiros⁵⁸⁴, pelo Registrador, ou pelo juiz, o Oficial de Registro comunicará os nubentes, via nota de oposição, para que se manifestem quanto às provas que desejam produzir (art. 1.530, caput e parágrafo único do CC). Em seguida, o procedimento será encaminhado ao Juiz competente, que ouvirá os interessados no prazo de 3 dias, ouvirá Ministério Público em 5 dias, e, por fim, proferirá decisão, também no prazo de 5 dias (67, parágrafo 5º da LRP).

Ao final do processo de habilitação, se não houver oposição de impedimentos ou causas suspensivas (ou, havendo oposição, se ela tiver sido julgada improcedente), será emitida a certidão de habilitação. A certidão de habilitação é válida por 90 dias, sendo esse prazo contado em dias corridos, por se tratar de prazo de direito material, previsto pelo art. 1.532 do CC.

2 DO PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO PROPOSTO PELO ACC

Ao analisarmos as novas regras sobre o procedimento de habilitação propostas pelo ACC, não podemos deixar de perceber que ele traz várias modificações festejadas, mas levanta também certas

584 A oposição de causas suspensivas ou impeditivas ao casamento, quando apresentada por terceiros, deve ser feita por declaração escrita ou assinada, que contenha as provas das alegações aduzidas, ou indique onde obtê-las (art. 1529 do CC). Caso a pessoa que alegou os impedimentos esteja de má-fé, os nubentes poderão acioná-lo judicialmente, tanto na esfera civil quanto criminal (art. 1530, parágrafo único do CC).

dúvidas. A primeira alteração que se observa, e que nos espanta um pouco, consta do art. 6º do ACC, que praticamente revoga todas as normas relativas ao procedimento de habilitação que constam da LRP. Nessa toada, o art. 67 da LRP passará a ostentar a seguinte redação:

Art. 67. O procedimento pré-nupcial seguirá os trâmites fixados pelo Código Civil, após o requerimento dos nubentes.

Parágrafo único. Se houver impedimento ou outro obstáculo jurídico para o casamento, o oficial de registro dará ciência do fato aos nubentes, os quais poderão requerer a suscitação de dúvida na forma do art. 198 desta Lei, admitida a produção de provas adicionais.⁵⁸⁵

Da leitura do dispositivo acima, nota-se que todo o procedimento de habilitação será regulado apenas pelo CC/02, sem qualquer interferência da LRP, salvo quando houver oposição de impedimentos. Pois bem. Tentaremos buscar as respostas aos nossos questionamentos apenas na novel codificação privada.

De início, é importante ressaltar que o atual art. 67, caput da LRP traz uma informação essencial para o requerimento de habilitação, qual seja, onde ele deve ser apresentado. No ACC, esta informação simplesmente não é encontrada. O novel art. 1.525 do CC apenas determina que a celebração do casamento será precedida de procedimento pré-nupcial, requerido pelos nubentes, que se identificarão perante o Oficial de Registros por meio físico ou virtual.

Esta omissão do ACC, em nossa opinião, pode significar duas coisas: uma primeira hipótese seria a de que o legislador entendeu que não é preciso expor as regras de competência, sob o argumento de que o art. 12 da Lei 8935/94 – Lei de Notários Registradores, combinado com as normativas estaduais, já o fazem. Se esta foi a intenção do ACC, não

585 Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojecto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 15/09/2024.

nos parece uma boa opção. Primeiro, pois vai de encontro ao objetivo do próprio ACC, que é o de concentrar as regras do procedimento pré-nupcial apenas no CC. Segundo, pois o art. 12 da Lei de Notários e Registradores apenas disciplina a questão de forma genérica, sem trazer qualquer regra específica para o casamento. As normativas estaduais, por sua vez, são normas infralegais, e não tem força de Lei. Deixar para que os códigos de normas estaduais disciplinem a questão vai na contramão do que se tem, hoje, buscado no âmbito do Direito Notarial e Registral, que é uma maior uniformização de suas regras.

A segunda forma de se enxergar a omissão do ACC é no sentido de que ela seria proposital, e foi introduzida no intuito de eliminar as regras de competência que, até então, estão em vigor. Seguindo essa linha de raciocínio, o ACC teria conferido aos nubentes a possibilidade de escolherem irrestritamente onde tramitará a habilitação. Se este foi o objetivo do legislador, também não nos parece ser uma alteração saudável.

As normas de competência para a habilitação foram atreladas à residência dos nubentes pelo fato de que, nesta circunscrição, é mais provável que outras pessoas que conheçam os contraentes tenham conhecimento de eventual impedimento ao casamento. O intuito, portanto, é maximizar a oportunidade de terceiros apresentarem oposição ao matrimônio, evitando assim uma possível ação de nulidade de casamento no futuro. Embora as chances de que isso ocorra sejam exíguas, isso não retira o mérito da norma. Pelo contrário. Considerando que o ACC eliminará a necessidade da publicação do edital de proclamas (isso será exposto abaixo), a proximidade entre a serventia de registro e o local de residência dos nubentes é ainda mais indicada. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona discorrem sobre isso, no seguinte excerto:

É importante que o pedido seja feito no local de residência ou domicílio de um ou ambos os nubentes, pois deve ser dada a máxima publicidade ao ato, especialmente perante a sociedade a que os noivos

pertencem. Aliás, com isso, dá-se mais oportunidade de haver a oposição de impedimentos, por qualquer pessoa ou, a depender do seu fundamento, pelo legítimo interessado.⁵⁸⁶

Em adição, destaca-se que as normas de competência do procedimento pré-nupcial são um importante fator para a distribuição de renda entre os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais, pois adotam como regra de fixação o local de residência dos nubentes. Trata-se de um critério já consolidado, há décadas, na prática registral, e sem o qual, certamente, será criada uma situação de competitividade entre as serventias, o que não enxergamos com bons olhos.

Essa competitividade já ocorre, por exemplo, nos tabelionatos de notas, com consequências muitas vezes indesejadas na prática. Na serventia de notas, entretanto, há um motivo lógico para se autorizar esta competição, mesmo diante de seus pontos negativos, qual seja: a escritura pública, que é o principal ato notarial praticado pelo tabelião, tem como finalidade colher a manifestação de vontade das partes, e a revestir da forma jurídica adequada. Trata-se, assim, de um ato jurídico semelhante a um contrato, que é fruto da autonomia privada de quem o requer. Nesse contexto, é razoável que seja dado ao usuário do serviço o direito de escolher aquele profissional que mais lhe agrada, conforme autorizado pelo art. 8º da Lei de Notários e Registradores.

Nos serviços registraes, a liberdade para a escolha do Oficial não faz tanto sentido e nem traz muitos benefícios, já que o ato a ser praticado é idêntico, independentemente da serventia. Existem, atualmente, atos que podem ser praticados em qualquer Ofício Civil de Pessoas Naturais, à escolha dos usuários do serviço. Todavia, são atos menos frequentes, e que menos impactam na renda do Registrador. O ato de habilitação para o casamento, ao contrário, é um dos mais corriqueiros na prática registral. Além disso, a serventia que

586 STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** – volume único (recurso eletrônico). 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 1796.

procede a habilitação é competente para efetuar, também, o registro do casamento religioso, que é uma prática muito comum no Brasil.

Vale destacar que o Registro Civil das Pessoas Naturais é a serventia extrajudicial de maior capilaridade, e que possui menor poder aquisitivo, sendo que várias delas, inclusive, são deficitárias. Eliminar as regras de competência para o procedimento pré-nupcial, portanto, pode agravar ainda mais essa situação, especialmente se considerarmos que o requerimento para a habilitação já pode ser apresentado eletronicamente pelos nubentes.

Uma boa opção para fugir dessa incerteza criada pelo ACC seria que o Código de Normas Nacional (Provimento 149 do CNJ) estabelecesse as regras de competência para a habilitação. Contudo, mesmo se isso ocorrer, entendemos que a crítica ao ACC se mantém. Qual o problema em se regulamentar de modo expresse e certo, por Lei em sentido estrito, a competência para o procedimento pré-nupcial? O ACC fez isso para o registro do casamento, tanto o civil quanto o religioso, havendo mantido as mesmas regras que, hoje, estão em vigor. Em adição, o ACC não prevê a revogação do art. 70-A da LRP, que discrimina a competência para a conversão da união estável em casamento, e que também leva em consideração o local de residência dos nubentes. Porque, apenas para a habilitação, optou-se pela omissão? Com convicção, entendemos que o ACC não foi feliz nesta alteração.

Outra informação que foi eliminada pelo ACC é o rol de documentos que devem ser apresentados para o requerimento de habilitação. Atualmente, isso consta dos incisos do art. 1.525 do CC, que não foram reproduzidos pela redação proposta pelo ACC. Esta documentação, conforme explicado no capítulo anterior, é apresentada no objetivo de comprovar a aptidão dos nubentes para o casamento, demonstrando a capacidade das partes e a inexistência de impedimentos legais.

Aparentemente, com a entrada em vigor do ACC, será competência do Registrador verificar a aptidão dos nubentes, nos termos do novel art. 1.526 do CC, combinado com o novel art. 1.536,

IV do CC. De fato, com o advento da informatização e a criação da Central de Registro Civil – CRC, tornou-se mais fácil para os Oficiais buscarem informações em serventias diversas. Todavia, o Brasil é um país de proporções continentais, e de realidades socioeconômicas muito diferentes. Há várias serventias extremamente deficitárias, sobretudo em municípios pequenos e longínquos. Algumas sequer possuem equipamento de informatização adequado. Como proceder se não forem encontrados os dados dos nubentes?

Nesses casos, com base na redação proposta pelo ACC para o art. 67, parágrafo único da LRP, o Oficial poderá emitir nota devolutiva e exigir que sejam apresentados documentos suficientes para comprovar a aptidão dos nubentes. Esta exigência, entretanto, poderá ser resistida pelos pretendentes, que, por sua vez, ingressarão com o procedimento de dúvida registral, previsto pelo art. 198 da LRP, remetendo o caso ao juiz competente.

Sobre esta alteração, entendemos que a proposta do ACC de reduzir o rol de documentos a serem apresentados pelos nubentes, e transferir ao Registrador a responsabilidade de se certificar sobre a aptidão para o casamento, vem em boa hora. Certamente, com as facilidades trazidas pela CRC, não há motivos para se exigir tão extensa documentação. Em adição, a possibilidade de emissão de nota devolutiva tutela os casos em que as buscas feitas pelo Oficial se revelem insuficientes. Entretanto, acreditamos que teria sido benéfico o ACC trazer, ao menos, um rol mínimo de documentos de identificação que deveriam ser apresentados junto ao requerimento, com destaque para a certidão de nascimento dos nubentes, caso não seja possível encontrá-la por meio da CRC.

Feitas estas considerações sobre as duas alterações acima, que consideramos as mais relevantes para o tema em comento, resta-nos tratarmos de quatro pontos que também foram modificados pelo ACC. O primeiro deles se refere à eliminação da necessidade de publicação dos editais. Chega-se a esta conclusão por três razões, quais sejam: (i) nenhum dos dispositivos propostos pelo ACC sequer menciona a publicação de editais; (ii) as normas que regulamentam a publicação

dos editais constam do art. 67 da LRP, que, conforme mencionado acima, teve sua redação completamente modificada pelo ACC; e, (iii) o art. 6º do ACC prevê a alteração do art. 33, VI da LRP, de forma que o Livro D – de Proclamas, onde são registrados os editais da habilitação, passará a se chamar Livro D – de expedição de certificado de aptidão para o casamento. A eliminação dos editais vem em ótima hora, e será muito festejada pela doutrina e prática, que, há tempos, já indicava a desnecessidade desta burocracia.

Além de ter previsto a eliminação dos editais de proclamas, o ACC prevê, também, a revogação de todas as normas referentes ao procedimento de oposição de impedimentos detalhadas acima, que, atualmente, constam dos parágrafos do art. 67 da LRP. Com a eventual entrada em vigor do ACC, este procedimento passará a ser regulado inteiramente pelo art. 198 da LRP, que traz as regras da suscitação de dúvida. Embora o art. 198 da LRP seja menos específico quanto aos prazos para a apresentação de provas, para a oitiva das partes e do Ministério Público, e para o proferimento da decisão, não vislumbramos prejuízo diante da opção feita pelo legislador. Na prática, inclusive, acreditamos que essa realidade será pouco alterada.

O ACC, de fato, promoveu poucas modificações acerca dos legitimados a aduzirem os impedimentos. Atualmente, o art. 1.522, caput do CC determina que os impedimentos podem ser opostos por qualquer pessoa capaz, até o momento da celebração do matrimônio. Em adição, estabelece o art. 1.552, parágrafo único do CC, que, caso o juiz ou o Oficial de Registro tenham ciência de algum impedimento, eles são obrigados a os declarar.

Apesar de os dispositivos em comento não fazerem referência à autoridade celebrante ou ao Ministério Público como legitimados para oporem impedimentos, não há óbice para que isso ocorra. O celebrante é autorizado a fazê-lo, afinal, é pessoa capaz. Quanto ao Ministério Público, tecem-se as mesmas considerações feitas acima.

O ACC, nesse sentido, manteve intacta a redação do art. 1.522, caput do CC. Quanto ao parágrafo único, ele introduziu de modo categórico a legitimidade do celebrante, o que veio em boa hora.

Em compensação, ele eliminou a legitimidade do juiz para declarar o impedimento, o que, na prática, também foi salutar. Explica-se: antes da Lei 12.133/09, a habilitação requeria a audiência obrigatória do Ministério Público, e a homologação do juiz. Este cenário foi sendo gradualmente modificado, para conferir ao procedimento maior celeridade e diminuir sua burocratização. Assim, em 2009, foi eliminada a necessidade de homologação pelo juiz. Dessa forma, uma vez que o juiz não mais participa obrigatoriamente do procedimento da habilitação, não há justificativa para ele conste como legitimado a declarar, de ofício, eventual impedimento. Ele poderá fazê-lo, contudo, quando for suscitada a dúvida registral.

A única questão que ainda permanece se refere à possibilidade de intervenção do Ministério Público no procedimento pré-nupcial. O ACC, à semelhança da legislação atualmente em vigor, omitiu-se. Acreditamos, contudo, que continuarão a ser aplicadas as diretrizes adotadas pelas normativas estaduais, a exemplo da súmula 160 da PGJSP, citada acima.

Outra modificação introduzida pelo ACC se refere às regras sobre a representação dos nubentes no requerimento da habilitação. Conforme salientado acima, atualmente, grande parte das normativas estaduais autoriza que a procuração seja feita por instrumento particular, com firma reconhecida. O novel art. 1528 do CC, contudo, determina que esta procuração deverá ser pública, e terá eficácia máxima de 90 dias. Entendemos que, nesse ponto, não andou bem o ACC. Além de ir contra uma prática já consolidada pelas normas estaduais, se o intuito da nova legislação é o de desburocratizar o procedimento de habilitação, parece-nos contraditório exigir a escritura pública. Sobretudo se considerarmos que a procuração por instrumento particular deve ostentar o reconhecimento de firma, o que já lhe garante boa margem de segurança. Andreia Ruzzante, Marcelo Salaroli e Mário Camargo tem essa mesma percepção:

As NSCGJ-SP, no capítulo XVII, item 57, bem como as Diretrizes Gerais Extrajudiciais do Estado de Rondônia

(DGE-RO), art. 514, fazem interpretação adequada no sentido de exigir instrumento público ou particular com firma reconhecida. Reconhece-se, assim, que para representação no processo de habilitação não se faz necessário o instrumento público de procuração, todavia, faz-se necessária a certeza de que o instrumento particular foi firmado pelo nubente, razão pela qual se exige o reconhecimento de firma. Em qualquer caso, há que haver poderes especiais, não se admitindo procurações de poderes gerais.⁵⁸⁷

Por fim, um último ponto que nos chamou a atenção foi a revogação do atual art. 1512 do CC, que prevê a gratuidade da celebração do casamento. Diante disso, acreditamos que a celebração passará a ser, também, um ato remunerado, tal como já são a habilitação e o registro. Trata-se, em nossa opinião, de uma novidade positiva. Afinal, não há motivo para serem previstas gratuidades indiscriminadas em Lei. Estes benefícios devem ser estendidos apenas às pessoas que se declararem pobres, conforme já ocorre para o procedimento pré-nupcial.

CONCLUSÃO

Desta breve análise sobre as mudanças previstas pelo ACC para o procedimento de habilitação, chegamos às seguintes conclusões: a priori, acreditamos que grande parte das alterações sugeridas são positivas, e contribuem para a desburocratização, modernização e celeridade do procedimento pré-nupcial. O grande destaque, nesse ponto, certamente é a eliminação da necessidade de publicação dos editais de proclamas.

587 GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais** (Coleção Cartórios). Op. cit., p. 474.

Tecemos, contudo, duas críticas ao ACC: primeiro, parecemos que, em determinados momentos, perdeu-se a oportunidade de solucionar divergências simples de serem resolvidas, que já hoje são apontadas pela doutrina e pelos Oficiais de Registros. Cita-se, nominalmente, a questão da necessidade ou não da intervenção do Ministério Público no procedimento de habilitação.

Em segundo lugar, e mais grave, é a percepção que temos que, no afã de se mostrar uma normatização simples e desburocratizando, o ACC, em certas ocasiões, tenha pecado pelo excesso, revogando dispositivos que, talvez, não deveriam ser revogados, e deixando de regulamentar situações que mereceriam sua tutela. Citamos, como exemplo, a revogação de todo o art. 67 da LRP, e a consequente omissão em trazer as regras de competência, bem como o rol mínimo de documentos, que devem ser obedecidos no procedimento de habilitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil** (Eletrônico). 12^a Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14^a Ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais** (Coleção Cartórios). Indaiatuba: Editora Foco. Kindle Edition.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 149-150

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** – volume único (recurso eletrônico). 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 1826-1827.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14^a Ed (Eletrônico). Rio de Janeiro: Método, 2024.

CAPACIDADE, IMPEDIMENTOS E CAUSAS SUSPENSIVAS PARA O CASAMENTO À LUZ DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL

*Lucas Camargos Bizzotto Amorim*⁵⁸⁸

RESUMO: Sob a ótica do Direito Registral o casamento pode ser definido como um ato jurídico complexo e solene, que passa por três fases: habilitação, celebração e registro. A habilitação é um procedimento administrativo, presidido pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, que zela pela higidez, legalidade e eficácia do ato jurídico do matrimônio. Ela compreende um rol de providências legais preliminares, estabelecidas no intuito de verificar, em síntese, quatro itens, a saber: (i) a capacidade dos nubentes; (ii) a inexistência de causas impeditivas ou suspensivas; (iii) o regime de bens, nos termos previstos em Lei; e, (iv) se for o caso, promover a alteração do nome dos contraentes. Há tempos, a doutrina e a prática têm clamado por modificações ao procedimento de habilitação, por duas razões principais. Primeiro, nota-se que ele ainda ostenta práticas visivelmente anacrônicas, que prejudicam a celeridade que se busca nos dias atuais. Em adição, observa-se que as próprias normas de direito material que são o objeto de análise da habilitação estão defasadas. Com isso, o procedimento cada vez mais se distancia de sua finalidade institucional, e passa a ser enxergado como uma burocracia custosa e desnecessária, imposta no intuito de arrecadar fundos para o Estado. O ACC, em bora hora, busca reverter esse quadro, ao repensar as regras tanto formais, quanto materiais, que subjazem a celebração e o registro do casamento.

PALAVRAS CHAVE: Casamento. Capacidade. Impedimentos. Causas suspensivas.

588 Advogado. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Auditoria Externa. Mestre em Direito pela UFMG e mestre em filosofia pela FAJE. Doutorando em Direito pela UFMG

INTRODUÇÃO

O artigo 226 da Constituição Federal prescreve que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Na mesma toada, determina o art. 16.3 da Declaração Universal de Direitos do Homem, em dispositivo de quase idêntica redação. Nota-se, assim, que não só a Carta Magna de 1988, como também um dos mais relevantes diplomas normativos do Direito, conferem posição de destaque à proteção da família, o que demonstra o quão sensível e importante é esta temática no cenário jurídico hodierno.

Sendo o casamento uma das entidades familiares previstas expressamente pela Constituição (art. 226, p. u. da CF/88), não há dúvidas de que ele faz jus à atenção e proteção distintas por parte do Estado enunciadas acima. E não poderia ser diferente, diante das inúmeras consequências jurídicas e extrajurídicas do matrimônio, que atingem tanto a esfera dos direitos existenciais, quanto dos direitos patrimoniais.

O casamento é um dos institutos jurídicos que mais sofreu alterações nas últimas décadas. É nitidamente perceptível a diferença entre o tratamento oriundo do CC/16, e aquele dispensado pela CF/88 e CC/02. A regulamentação conferida pelo CC/16 era excessivamente patrimonialista, biologizada e verticalizada, o que não mais atendia aos anseios da sociedade do fim do século XX. Nesse passo, a CF/88 e o CC/02 introduziram modificações substanciais ao casamento e ao Direito de Família de forma geral. Foram previstas novas categorias de entidade familiar ao lado do matrimônio, com especial destaque para a união estável.

Além disso, foram positivados os princípios da igualdade entre os consortes e da igualdade da filiação, encerrando com isso práticas que já se revelavam notoriamente anacrônicas, tais a legitimação da filiação pelo matrimônio, a diferenciação entre filhos adotivos e filhos biológicos, entre outros. Em suma, com a entrada em vigor da CF/88 e do CC/02, buscou-se abandonar a forte carga moral e institucionalista que era despejada sobre o casamento, em favor de uma finalidade

instrumental. O *telos* do matrimônio, segundo a melhor doutrina, é a felicidade, ou eudaimonia.

Todavia, apesar do imenso salto qualitativo empreendido pela CF/88 e pelo CC/02 na seara do matrimônio, as modificações por eles introduzidas não foram suficientes. O que não é de se espantar, já que a atual codificação privada, embora tenha sido aprovada e promulgada em 2002, foi redigida na década de 70. Dessa forma, em vários pontos, o CC/02 já entrou em vigor de modo desatualizado, tanto que foi preciso se recorrer intensamente ao poder judiciário nos últimos tempos, para que o Direito acompanhasse as mudanças sociais relacionadas ao casamento e às entidades familiares. É sobre algumas destas mudanças que trataremos, brevemente, neste trabalho.

Hoje, podemos conceituar o casamento como a união formal e solene, chancelada pelo Estado, de duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, cujo objetivo precípuo é a comunhão plena de vida. É importante notar que a atual redação do art. 1.511 do CC ainda traz o conceito de matrimônio como a união entre o homem e a mulher. Todavia, esta definição conflita com a perspectiva constitucional do Direito Civil, que, hoje, é amplamente adotada pela doutrina civilista moderna. Não há dúvidas, portanto, que o casamento homoafetivo é plenamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio⁵⁸⁹.

589 Breve evolução histórica: o STF, por meio da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, determinou que a união homoafetiva goza das mesmas prerrogativas da união estável. Casais homoafetivos, portanto, passaram a possuir os mesmos direitos e deveres dos companheiros, inclusive no que concerne à sucessão, separação, divórcio, filiação, etc. Entretanto, antes do posicionamento do STF, o STJ já havia iniciado o processo de equiparação entre uniões estáveis e homoafetivas. No REsp 889852/RS, de 2010, foi admitida a adoção por casais homoafetivos, desde que cumpridos os requisitos prescritos pelo ECA. No REsp 827962/RS, de 2011, o STJ garantiu a possibilidade de constituição de uniões homoafetivas. A despeito dos julgados acima, inclusive daqueles proferidos pelo STF, alguns Registradores se recusavam a realizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque as referidas decisões só tratavam da união estável, sem fazer menção taxativa ao casamento. O STJ, então, passou a expressamente autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em seguida, a Resolução n. 175 do CNJ, em seu artigo 1º, vetou que os Oficiais do Registro Civil de Pessoas Naturais recusassem a proceder a habilitação, celebração ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo.

Sob a ótica do Direito Registral, que é o foco principal deste trabalho, o casamento é definido como um ato jurídico complexo e solene, que passa, em regra, por três fases: habilitação⁵⁹⁰, celebração e registro. A habilitação é um procedimento administrativo, presidido pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, que zela pela higidez, legalidade e eficácia do ato jurídico do matrimônio. Ela compreende um rol de providências legais preliminares, estabelecidas no intuito de verificar, em síntese, quatro itens, a saber: (i) a capacidade dos nubentes; (ii) a inexistência de causas impeditivas ou suspensivas; (iii) o regime de bens, nos termos previstos em Lei; e, (iv) se for o caso, promover a alteração do nome dos contraentes.

Abaixo, trataremos das modificações previstas pelo Anteprojeto do Código Civil – doravante referido como ACC, relacionadas à capacidade, impedimentos e causas suspensivas do casamento. Nota-se que o tema proposto é de suma importância, pois afeta diretamente o exercício de um Direito Fundamental do Homem, previsto pelo art. 226, parágrafo 7º da CF/88, que é sua liberdade tanto para decidir constituir família, quanto para escolher a melhor forma de fazê-lo. Começaremos nossa análise pela capacidade para o casamento.

1 DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

A capacidade para o casamento é aferida, atualmente, com base no art. 1517 do CC, que assim prescreve: “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

O limite etário previsto pelo dispositivo em comento é mantido pelo novel art. 1517⁵⁹¹, com a seguinte ressalva: enquanto o atual

590 Anteprojeto do Código Civil pretende modificar esta nomenclatura, passando a habilitação a se chamar: procedimento pré-nupcial.

591 Art. 1517. A pessoa com dezesseis anos pode se casar, exigindo-se autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://>

dispositivo prevê que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem se casar”, a nova previsão legal estabelece que “a pessoa com dezesseis anos pode se casar”. Esta alteração é significativa e vem em boa hora, pois já considera a possibilidade do casamento homoafetivo, que, conforme salientado acima, é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, embora, atualmente, não disponha de autorização legal⁵⁹².

Para além disso, não foi instituída nenhuma alteração no art. 1517 do CC, mantendo-se idêntica a redação da segunda parte do dispositivo. Nesse ponto, entendemos que o ACC foi tímido, e perdeu a oportunidade de solucionar um dos dilemas que, hoje, aflige os Oficiais de registro, e que concerne à pessoa emancipada.

Conforme observado, o art. 1517 do CC determina ser necessária a autorização dos pais ou representantes legais dos nubentes com mais de 16 anos, mas que não atingiram ainda a maioridade civil. Questiona-se, assim, se o jovem emancipado pode ou não contrair casamento autonomamente. Como usualmente se observa na seara jurídica, formaram-se duas correntes doutrinárias acerca do tema. A primeira, fundamentada na literalidade do art. 1517 do CC, entende que a pessoa emancipada precisa de autorização para se casar, já que o dispositivo é expresso ao mencionar a maioridade civil, e não a capacidade civil. Nesse sentido, argumenta Cristiano Cassettari:

A capacidade de fato pode ser adquirida pela maioridade ou pela emancipação. Dessa forma, quem é emancipado é porque não atingiu a maioridade, e mesmo sendo pessoa capaz continua sendo menor. (...) Dessa forma, entendemos que o menor em idade núbil emancipado não pode casar sem autorização

www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 15/09/2024.

592 Apesar de não haver disposição legal que autorize o casamento homoafetivo, há várias normas infralegais que o fazem. Citamos, a título de exemplo, o item 88, do capítulo XVII, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo - NSCGJSP: “*Aplicar-se-ão ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção*”. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais>. Acesso em 15/09/2024.

dos pais, pois o Código Civil é claro no sentido de afirmar, no art. 1.517, que se exige autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais enquanto não atingida a maioridade civil.⁵⁹³

A segunda corrente propõe uma interpretação teleológica do art. 1517 do CC, e defende que a pessoa emancipada não precisa de autorização para se casar, sob o argumento principal de que a emancipação rompe com o poder familiar⁵⁹⁴, nos termos do art. 1.635, II do CC, e que a prerrogativa de conferir autorização para o casamento é um dos poderes expressos do poder familiar, previsto no art. 1.634, III do CC. Assim, uma vez emancipada a pessoa, e encerrada a autoridade parental, não mais seria necessária, e nem juridicamente possível, a autorização dos pais para o casamento. Essa posição é refletida no Enunciado 512 da V Jornada de Direito Civil do CJF, segundo o qual: “o art. 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado”⁵⁹⁵.

Sem desejarmos ingressar no mérito de qual das posições acima está correta, fato é que, para o Oficial de Registro, esta obscuridade da Lei representa um problema, já que ele se vê diante de duas alternativas, ambas indesejáveis. Por um lado, ele pode deferir o casamento da pessoa menor relativamente incapaz, sem a autorização dos pais, e correr o risco de uma futura sanção cível e administrativa por seus atos, com base nos artigos 22, 31 e seguintes da LNR.

Por outro lado, ele pode indeferir o procedimento de habilitação, e recomendar que as partes suscitem dúvida, remetendo o caso concreto para a análise do poder judiciário. Esta via, embora preferida pelos Registradores, pois os exime de eventual responsabilidade,

593 CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil** (recurso eletrônico). 12ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024. P. 927.

594 O ACC alterou o nome “poder familiar”, para a expressão mais contemporânea, e defendida pela doutrina, “autoridade parental”.

595 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/581>. Acesso em: 15/09/2024.

acarreta enorme morosidade, além de sobrecarregar ainda mais o nosso poder judiciário. Por esta razão, entendemos que o ACC foi omissivo em oferecer uma solução expressa para esse dilema (que, diga-se de passagem, é relativamente simples), independentemente de qual seria a corrente eventualmente adotada.

A despeito disso, um dos pontos que, efetivamente, foi solucionado pelo ACC, foi a dúvida referente à nulidade absoluta ou relativa do casamento infantil. Na esteira do art. 1517 do CC, o art. 1520⁵⁹⁶ do CC, que se manteve inalterado pelo ACC, veda taxativamente o casamento de pessoa que não atingiu a idade núbil. O aludido dispositivo não estabelece exceção alguma a essa é regra, mas, também, não prevê eventual sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Essa obscuridade ensejou divergências por parte da doutrina, que se dividiu em dois grupos.

A primeira corrente defende que o casamento infantil é nulo de pleno direito, por força do art. 166, VII do CC, já que a Lei lhe proíbe a prática, sem, entretanto, cominar a correspondente sanção. Em adição, esta corrente se esteia no argumento de que a nulidade absoluta do casamento infantil está em congruência com o princípio absoluto do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto pelo art. 227 da CF/88. Nesse sentido, leciona a sempre brilhante Maria Berenice Dias:

Já com relação aos menores de 16 anos - chamados de impúberes - são absolutamente incapazes (CC 3º). Não podem casar, nem mesmo em caso de gravidez. (...) O modo desatento de como a proibição foi feita gera questionamentos de várias ordens. (...) Desse modo, resta evidenciado que o dispositivo restou absolutamente fora do lugar. Em absoluta contradição com o inc. I do art. 1.550, que diz ser anulável o

596 Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15/09/2024.

casamento de quem não completou a idade mínima para casar. A proibição também não foi inserida no rol legal das nulidades (CC 1.521). Como não está lá, não se poderia dizer que o casamento é nulo, pois assim é reconhecido o casamento por infringência a impedimento (CC 1.548 II). Do mesmo modo, também não se pode dizer que o casamento seria anulável, por não se encaixar em nenhuma das previsões de anulabilidade (CC 1.550). Mas há mais. No afã de impedir casamentos de jovens com menos de 16 anos, não foram excluídos os arts. 1.551, 1.552 e 1.553 da lei civil, que tratam do mesmo tema⁵⁹⁷.

Outros doutrinadores, entretanto, sustentavam que o casamento de pessoa menor de 16 anos ensejaria apenas a nulidade relativa, sob o argumento de que os artigos 1550, I e 1553, ambos do CC/02, expressamente preveem se tratar de anulabilidade, e que o art. 1551 do CC/02, também de forma irrefutável, determina que o casamento de menor de 16 anos não será anulável, caso dele se resulte gravidez. Flávio Tartuce é partidário dessa corrente, conforme se depreende do seguinte excerto:

diante de um tratamento específico, apesar dessa proibição, a lei previa a solução da anulabilidade, pela dicção expressa do art. 1.550 do Código Civil (...). Esse dispositivo não foi revogado, expressa ou tacitamente (...), e, sendo assim, a solução da anulabilidade ou nulidade relativa do casamento infantil continua em vigor. O mesmo se diga quanto à possibilidade de convalidação do casamento, hipótese em que o ato inválido passará a ser válido, caso tenha passado despercebida a proibição perante o Cartório de Registro Civil. Continua em vigor, nesse contexto, o art. 1.551 do Código Civil, segundo o qual não se

597 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14^a Ed. Salvador: Juspodivm, 2021. P. 521-522.

anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez. Afirmação idêntica deve ser feita com relação ao art. 1.553 da mesma codificação, que estabelece a possibilidade de convalidação do casamento do menor que não atingiu a idade núbil, caso este, depois de completá-la, confirme a sua intenção de casar, com a autorização de seus representantes legais, se for necessária, ou com suprimento judicial.⁵⁹⁸

De forma louvável, o ACC resolveu esta divergência, ao revogar todos os dispositivos citados acima, que disciplinavam a nulidade relativa do casamento infantil. Dessa forma, é autorizado falarmos que, a despeito de não ter sido modificada a redação do art. 1520 do CC, com a eventual entrada em vigor do ACC, o casamento de pessoa menor de 16 anos passará a ser nulo de pleno direito.

Por fim, antes de encerramos a discussão acerca da capacidade para o casamento, mister tratarmos das normas relativas à capacidade para o casamento da pessoa portadora de deficiência, e da pessoa sob curatela. Desde a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) – doravante denominado EPD, a pessoa portadora de deficiência deixou de ser considerada relativamente incapaz, nos termos do revogado art. 3º do CC, para ser considerada, então, plenamente capaz. A pessoa portadora de deficiência, portanto, poderá contrair casamento sem a necessidade de assistência ou representação.

Além disso, o EPD também trouxe modificações ao instituto da curatela, ao determinar, em seu artigo 85, que ela poderá limitar somente a prática de atos de natureza patrimonial do curatelado, e nunca atos existenciais⁵⁹⁹. O casamento, inclusive, foi expressamente

598 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14ª Ed (Recurso Eletrônico). Rio de Janeiro: Método, 2024. P. 2875.

599 Há doutrinadores, a exemplo de Victor Kümpel, que criticam esse dispositivo, sob o argumento de que a curatela é instituída não no intuito limitar a pessoa, mas sim de protegê-la. Assim, a depender do grau da limitação ou deficiência da pessoa, seria necessária a declaração de sua incapacidade absoluta, para que os poderes

previsto como um ato existencial pelo art. 6º, I do EPD. Sendo assim, a pessoa sob curatela também poderá contrair casamento sem qualquer assistência⁶⁰⁰.

Os artigos 1525 e 1526 do CC, entretanto, exigem que o requerimento do procedimento de habilitação seja, necessariamente, feito pessoalmente pelos contraentes, ou por mandatário. Embora não haja regra legal expressa, a grande maioria das normas estaduais exige que a procuração para este ato seja ou pública, ou por instrumento particular com firma reconhecida (ex.: item 57, capítulo XVII das NSCGJSP). Não se admite, em hipótese alguma, a assistência⁶⁰¹.

Este fato é criticado por parte da doutrina, que defende que, em situações excepcionais, o tipo de limitação imposto pela condição da pessoa dificulta, ou até impede, que ela pratique o ato sem assistência. Cita-se, por exemplo, a pessoa que está sob limitação física severa, mas com plenas faculdades cognitivas. Para se casar, essa pessoa teria que

da curatela fossem mais abrangentes. Em recente decisão, o STJ abordou o tema, e adotou uma solução intermediária a estas posições. Por um lado, reafirmou-se que a pessoa que não consegue exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, é considerada apenas relativamente incapaz, não existindo, assim, incapacidade absoluta no ordenamento jurídico pátrio. Por outro, admitiu-se maior a elasticidade dos poderes conferidos ao curador, de forma a abranger, também, certos atos de cunho existencial.

600 Antes do EPD, o CC trazia como hipótese de incapacidade absoluta, em seu art. 3º: “II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Por sua vez, por força do art. 4º, III, eram considerados relativamente capazes: “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. O EPD modificou substancialmente esta configuração. Primeiramente, foram revogados o art. 3º, II e o art. 4º, III, de forma que as pessoas portadoras de deficiência passaram a ser consideradas plenamente capazes. Em adição, revogou-se também o art. 3º, III do CC. Contudo, a regra por ele prevista por transferida para o atual art. 4º, III do CC. Sendo assim, a pessoa que, por causa transitória ou permanente, não conseguir manifestar sua vontade, será considerada, no máximo, relativamente incapaz. Essa causa transitória ou permanente pode ser uma doença degenerativa, um acidente que tenha deixado a pessoa em coma, uma deficiência cognitiva, ou qualquer outra, sem distinção. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20%20ed.pdf>. Acesso em: 15/09/2024.

601 O art. 1550, p. 2º do CC autoriza a pessoa com deficiência cognitiva a contrair matrimônio, manifestando sua vontade por procurador. Trata-se, contudo, da manifestação de vontade que ocorre no momento da celebração do casamento, que é um ato diferente do requerimento para a habilitação.

constituir procurador para representá-la, não podendo manifestar sua vontade por meio de seus curadores.

O ACC trouxe algumas modificações sobre este ponto – algumas positivas e outras negativas. O novel art. 1528 do CC, à semelhança do art. 1525 do CC, autoriza que o requerimento para a habilitação seja feito por procurador. Todavia, passou-se a exigir que a procuração seja pública, o que representa uma formalidade a mais a ser atendida pelos nubentes.

A nova redação prevista para o art. 1529 do CC, por sua vez, introduz a possibilidade de que a pessoa relativamente incapaz, por causa permanente ou temporária que a impeça de manifestar sua vontade, seja auxiliada por seus apoiadores, que deverão firmar junto dela o requerimento de habilitação.

Os apoiadores são os assistentes da pessoa relativamente incapaz que se submeteu, voluntariamente, ao procedimento judicial de Tomada de Decisão Apoiada. Trata-se de um instituto jurídico semelhante à curatela, mas que não é idêntico, sendo uma diferença substancial entre eles o fato de que a Tomada de Decisão Apoiada é proposta pelo próprio apoiado, ao passo que a curatela não. A Tomada de Decisão Apoiada, inclusive, é uma forma de assistência muito menos difundida e verificada que a curatela, o que torna diminuta a aplicação prática do novel art. 1529 do CC.

Nesse contexto, é possível questionar se o aludido dispositivo poderia ser aplicado, por analogia, à pessoa sob curatela, autorizando que ela seja assistida por seus curadores no procedimento de habilitação. Independentemente de nossa opinião pessoal, estamos certos de que serão formadas duas correntes doutrinárias sobre esta questão, uma a favor da analogia, diante da semelhança dos institutos, e outra contrária, em deferência à interpretação literal do dispositivo. A ausência de clareza do ACC, portanto, contribuirá para a insegurança jurídica.

Outra crítica que pode ser feita ao novel art. 1529 do CC é o fato de ele exigir que os apoiadores assinem o documento em conjunto com o apoiado, o que, na prática, enseja a mesma dificuldade que se

busca contornar, que é a manifestação pessoal obrigatória do apoiado. Contribui para agravar esse cenário, ainda, a revogação do artigo 67 da Lei de Registros Públicos pelo ACC. O art. 67, p. 4º-A da LRP, introduzido recentemente pela Lei 14.382/22, inovou ao possibilitar que o requerimento para a habilitação fosse feito de forma eletrônica, o que é um enorme facilitador para pessoas que possuem alguma limitação física substancial. Entretanto, como observado, este dispositivo poderá ser excluído, em breve, do ordenamento jurídico pátrio.

2 DAS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO

Os impedimentos para o casamento constam do art. 1.521 do CC. Trata-se de norma de ordem pública, cujo rol é taxativo, e que, se violada, ou impede a prática do ato – se a violação for constatada antes da celebração, ou enseja sua nulidade absoluta – se constatada após seu aperfeiçoamento. Aqui, não iremos abordar as mudanças introduzidas ao procedimento administrativo de oposição de impedimento ao matrimônio, mas apenas as alterações nas hipóteses de impedimento para o casamento. Inclusive, abaixo, discorreremos apenas sobre os dispositivos que, efetivamente, foram modificados, quais sejam, os incisos IV, V, VII, VIII e IX⁶⁰².

A redação atual do inciso IV impede que se casem: “os irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau, inclusive”. A redação proposta pelo ACC impede que se casem: “os irmãos”, sem fazer qualquer outra consideração. Essa alteração, a nosso sentir, será benéfica, pelas seguintes razões. Primeiro, porque a maior parte da doutrina já entende ser desnecessária a diferenciação entre irmãos unilaterais (que possuem apenas 1 tronco familiar em comum) e bilaterais (que possuem duplo tronco comum)⁶⁰³.

602 Não foram alterados os incisos I, II, III e VI do art. 1521 do CC/02.

603 Conforme lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: Quanto aos irmãos, a vedação é de compreensão imediata. Afronta a ética familiar, e aquilo que se convencionou chamar de leis da natureza, a admissibilidade de casamento, ou

Além disso, o dispositivo em vigor transmite um sentido nitidamente biológico, deixando de tutelar os irmãos ligados por parentesco civil. Por essa razão, foi necessário que o impedimento ao casamento entre irmãos adotivos constasse do inciso V da atual codificação, que, inclusive, foi revogado pelo ACC. A redação prevista para o inciso IV, portanto, elimina toda essa prolixidade normativa, e concentra todo o impedimento em apenas um dispositivo simples e direto, que abarca tanto o parentesco natural, quanto afetivo.

Outra alteração trazida pelo novel inciso IV foi a de eliminar o impedimento para o casamento entre colaterais de 3º grau ou de grau superior. A despeito das possíveis críticas de ordem moral que se podem lançar a esta novidade legislativa, fato é que, atualmente, este impedimento já pode ser contornado pelos nubentes, conforme leciona o Enunciado 98⁶⁰⁴ da I Jornada de Direito Civil do CJF, que assim dispõe: “o inc. IV do 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau”.

O Decreto-Lei 3.200/41, ainda em vigor, permite que sobrinhos e tios se casem (denominado casamento avuncular), desde que se submetam a exame médico para afastar a possibilidade de doenças genéticas. Dessa forma, nota-se que a única modificação efetivamente imposta pelo novel inciso IV foi a de eliminar a necessidade de apresentação do exame supramencionado. O art. 20, IV do ACC, inclusive, expressamente revoga o Decreto-Lei 3.200/41, não deixando dúvidas de não é mais preciso se submeter ao exame em questão. Sob os riscos genéticos decorrentes desta eliminação, não podemos opinar. Espera-se, contudo, que a comissão de juristas responsável

de qualquer outra união sexual, entre dois irmãos, sejam germanos ou bilaterais (por parte de pai e mãe), sejam unilaterais (somente por parte de pai ou de mãe). Trata-se de um vínculo incestuoso naturalmente danoso, moralmente reprovável e psicologicamente traumático. STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** – volume único (recurso eletrônico). 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 1826-1827.

604 O inc. IV do 1.521 do novo Código Civil deve ser interpretado à luz do Decreto-lei n. 3.200/41, no que se refere à possibilidade de casamento entre colaterais de 3º grau. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 15/09/2024.

pelo ACC tenha se certificado de sua segurança. Quanto à revogação da proibição do casamento avuncular, que sequer era bem uma proibição, entendemos ser ela salutar, já que o Decreto-Lei 3.200/41 já o permitia.

Outro dispositivo que será alterado pelo ACC é o inciso VII, que, em sua escrita atual, impede o casamento entre: “o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Percebe-se que há uma falha nesta redação, na medida em que só se pode falar em cônjuge sobrevivente se o homicídio tiver sido consumado. Caso o homicídio tenha sido tentado, é mais apropriado se falar em ex-cônjuge.

Embora o deslize do legislador nunca tenha impedido a correta interpretação da norma, o ACC optou por corrigir este erro, ao dividir o atual inciso VII em dois futuros incisos. O futuro inciso VII impedirá que o viúvo ou viúva se case com o condenado por homicídio contra seu consorte; e o futuro inciso VIII impedirá que o divorciado ou ex-convivente se case com quem foi condenado por tentativa de homicídio contra seu ex-consorte ou ex-convivente.

Entendemos que o ACC poderia ter sido mais expressivo ao modificar o atual inciso VII, já que ele deixou de endereçar as duas questões que sempre são postas pela doutrina ao analisá-lo, quais sejam:

- a. o homicídio, nesses casos, deve ser doloso, ou poderá também ser culposo? A doutrina amplamente majoritária entende que o impedimento em exame abrange apenas o homicídio doloso. Assim, em caso de homicídio culposo, não haveria óbice ao matrimônio⁶⁰⁵.

605 A nulidade só existe em relação ao homicídio ou à sua tentativa dolosa, e prescinde da condenação criminal transitada em julgado, não existindo o impedimento de casamento para a hipótese de homicídio culposo, porque o impedimento justamente encontra a sua razão no sentido ético da intenção criminal. MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 149-150.

- b. é necessário ou não o trânsito em julgado da sentença condenatória para que se impeça o casamento nessas hipóteses? Boa parte da doutrina defende que é preciso o trânsito em julgado, em vista do princípio da presunção de inocência⁶⁰⁶. Todavia, há doutrinadores que entendem que a mera existência do processo penal suspende o casamento⁶⁰⁷. A primeira posição prevalece na seara acadêmica. Contudo, antevemos uma possível mudança nessa posição, diante do recém julgado do STF⁶⁰⁸ que autorizou o cumprimento provisório da pena nos casos de condenação em primeiro grau pelo tribunal do júri. Não entraremos, aqui, na discussão sobre o acerto ou equívoco do STF ao admitir o cumprimento provisório da pena nesses casos. Entretanto, parece-nos evidente que, se a condenação em primeiro grau é suficiente para autorizar a privação de liberdade da pessoa, pode-se argumentar que ela é também suficiente para impedir o matrimônio. Independentemente da posição que se adote, entendemos que o ACC deveria ter sido mais assertivo e claro ao regulamentar a questão.

Por fim, o ACC pretende introduzir ao CC o inciso IX, que impede que se casem: “as pessoas que vivem na constância de união

606 Tal impedimento somente nos casos de crime doloso e havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ilustrando, se o casamento ocorre no curso do processo criminal, será reputado válido, pois quando da celebração não havia a limitação à autonomia privada. Em reforço, incide o princípio da presunção da inocência. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Op. cit., p. 2875. Nesse mesmo sentido, defende Cassettari. Ver: CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil**. Op. cit., p. 944-945.

607 O impedimento poderá ser oposto durante a tramitação da ação penal e deve ser sustada a habilitação matrimonial enquanto perdurar o processo-crime. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. Op. cit., p. 149-150.

608 Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decide-stf/>. Acesso em 15/09/2024.

estável, ressalvada a hipótese de conversão da própria união estável em casamento”. Este é, certamente, o ponto mais polêmico de todo esse artigo. Atualmente, o inciso VI impede o casamento entre pessoas casadas. Contudo, a doutrina já vem se questionando se esse impedimento poderia ser estendido, também, às pessoas que vivem em união estável. Formaram-se, assim, duas correntes. A primeira corrente defende que não deve ser admitido o casamento se um dos nubentes conviver em união estável com outra pessoa, que não seja o próprio outro nubente. Essa posição se esteia na justificativa de que a finalidade deste impedimento é buscar garantir a estabilidade das relações familiares, o que não ocorreria caso se admitisse um casamento que, de início, já coexiste com uma relação de concubinato. Além disso, um dos deveres do casamento é a fidelidade, que, segundo a doutrina, não estaria sendo observada em casos assim. Conforme lecionam Andreia Ruzzante, Marcelo Salaroli e Mário Camargo:

Argumentos pela extensão do impedimento: a) finalidade do impedimento é a estabilidade das relações familiares e a preservação da monogamia; logo, é indiferente se a família anterior está formada pelo casamento ou pela união estável; b) dar início a um casamento em que presente uma relação concubinária ofende a estabilidade das relações jurídicas⁶⁰⁹.

A segunda corrente defende que não se pode impedir o casamento nestas situações, pelo fato de que o inciso VI é uma norma restritiva de direitos, e, como tal, não admite interpretação extensiva ou analógica. Argumenta-se, também, que a união estável é uma situação de fato, e que seu registro não é obrigatório, fato este que a torna difícil de comprovar, seja perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, que é a

609 GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais** (Coleção Cartórios). Indaiatuba: Editora Foco. Kindle Edition. P. 459.

instituição responsável por processar o requerimento de habilitação, seja perante o juízo competente, em eventual procedimento de dúvida. Ainda na lição de Andreia Ruzzante, Marcelo Salaroli e Mário Camargo:

Argumentos pela não extensão do impedimento às pessoas que vivem união estável: a) o Código Civil trouxe regramento expresso desse instituto e, se quisesse estabelecer o impedimento, o teria feito expressamente; b) o impedimento é uma restrição à autonomia privada e deve ser interpretado restritivamente; c) a união estável é uma situação de fato que os nubentes não precisam dissolver formalmente, assim, eventuais contratos, termos declaratórios, escrituras públicas ou títulos judiciais reconhecendo a união estável não contêm a presunção de que a união continua vigente após a sua data; d) caso o nubente realmente conviva em união estável, com o casamento ela estará extinta. Se, mesmo após o casamento, a pessoa mantiver relações não eventuais com sua antiga companheira, será considerado concubinato.⁶¹⁰

Hoje, tem prevalecido nos registros públicos a segunda corrente, com maior ou menor intensidade, a depender do Estado. Em São Paulo, por exemplo, a existência de união estável não oferece nenhum impedimento ao casamento. Cita-se, nesse sentido, o Enunciado 20 da Arpen-SP, que prescreve que: “para a habilitação para o casamento não é necessário previamente cancelar ou dissolver eventual registro de união estável com outra pessoa”⁶¹¹. O Enunciado 17 da Arpen-SP, por sua vez, determina que: “junto ao registro de união estável poderá ser anotado o casamento, ainda que não seja o casamento dos companheiros entre si, independentemente de prévia dissolução da

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 459.

⁶¹¹ Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/enunciados>. Acesso em: 15/09/2024.

união estável. Neste caso, a anotação do casamento faz presumir a extinção da união estável”⁶¹². Da leitura das diretrizes acima, observa-se que mesmo quando a união estável estiver registrada no Livro E, ela não é impedimento para o casamento. Todavia, ocorrendo o casamento de um dos conviventes com outra pessoa, presume-se que a união estável está dissolvida. A justificativa para esta posição é a de que a união estável é uma situação de fato, de forma que, mesmo havendo o registro de sua existência, ela já poderia ter sido dissolvida.

No estado de Minas Gerais, os ofícios registrares assumiram uma posição mais conservadora, no sentido de que a união estável somente impedirá o matrimônio quando estiver registrada no Livro E. Vejamos o Enunciado 3 do Colégio Registral de MG: “a existência de registro da união estável no Livro E entre cada um dos conviventes com terceiros é impedimento para o casamento civil ou para a conversão da união estável em casamento, devendo ser exigida a prévia dissolução da união estável”⁶¹³.

Nota-se, portanto, que a inclusão do novel inciso IX pelo ACC representa uma guinada completa de posicionamento, o que certamente impactará no dia-a-dia das serventias extrajudiciais. Todavia, apesar de representar uma mudança brusca de posicionamento, não se pode dizer que esta alteração seja inesperada. Os tribunais brasileiros já tem dados indícios claros de sua perspectiva acerca do tema das relações plúrimas. O CNJ, no pedido de providências 0001459-08.2016.2.00.0000⁶¹⁴, julgado no ano de 2018, negou que fossem lavradas

612 Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/enunciados>. Acesso em: 15/09/2024.

613 Disponível em: <https://www.colegioregistralmg.org.br/enunciados/>. Acesso em: 15/09/2024.

614 Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho do julgado em comento: “a diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico”. Disponível em: <https://www.kollemata.com.br/uniao-estavel-polira-publica-lavratura-vedacao-poliamor.html>. Acesso em: 15/09/2024.

escrituras públicas de união estável poliafetiva⁶¹⁵. Na mesma toada, e na contramão de doutrinadores de peso, tal como Maria Berenice Dias⁶¹⁶, as jurisprudências do STJ⁶¹⁷ e do STF⁶¹⁸ tem sido taxativas ao não admitir tanto as uniões estáveis paralelas, quanto a coexistência entre o casamento e a união estável.

Dessa forma, não é surpresa que o ACC tenha trazido o inciso IX, vedando o matrimônio quando verificada a união estável entre as pessoas. Também não é surpresa que tenha trazido o art. 1564-D⁶¹⁹, que determina que não constitui família a relação não eventual entre pessoas impedidas de se casar – dentre as quais estão incluídas as pessoas que vivem em união estável, por força do novel inciso IX. Em outras palavras, o ACC nega que as uniões plúrimas, sejam as poliafetivas, sejam as paralelas, gozem da proteção jurídica atribuída às entidades familiares. Elas serão protegidas apenas conforme as

615 Chama-se de união poliafetiva a relação amorosa não eventual entre mais de duas pessoas. Ela difere da união estável paralela, que se verifica quando uma mesma pessoa convive em união estável com mais de um companheiro. Para que se caracterize a união paralela, é indiferente que os companheiros estejam ou não cientes das demais uniões estáveis.

616 Nas palavras de Maria Berenice Dias: “imperioso reconhecer a existência de uma união estável sempre que o relacionamento for público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família. (...) A fidelidade não é pressuposto para a configuração da união estável. É preciso impor os deveres inerentes à entidade familiar a quem assume um relacionamento afetivo, independente de manter outra união. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Op. cit., p. 449.

617 Nesse sentido, o tema 4, da 40ª edição das jurisprudências em tese do STJ, que assim dispõe: Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/extesquisar&livre=@cnot=012261>. Acesso em: 15/09/2024.

618 Nesse sentido, a tese de repercussão geral n. 529, do STF: “a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 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”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5181220&numeroProcso=RE&numeroTema=529>. Acesso em: 15/09/2024.

619 Art. 1.564-D. A relação não eventual entre pessoas impedidas de casar não constitui família. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigocivil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 15/09/2024

regras da proibição do enriquecimento sem causa, nos termos do art. 1564-D⁶²⁰, parágrafo único.

3 DAS CAUSAS SUSPENSIVAS

As causas suspensivas do casamento, bem como o regime da separação obrigatória de bens⁶²¹, serão completamente suprimidos pelo ACC, que prevê a revogação dos atuais artigos 1523 e 1641 do CC. As causas suspensivas, em síntese, buscam evitar a confusão patrimonial⁶²². Nos incisos I a III, evita-se que se misturem o patrimônio constituído durante o matrimônio encerrado, e patrimônio a ser formado pelo novo casamento. Este embaralhamento das massas patrimoniais pode vir a prejudicar eventuais herdeiros do primeiro casamento, ou o ex-cônjuge de um dos nubentes. No inciso IV, o intuito é evitar que se confundam o patrimônio da pessoa sob tutela ou curatela, e o patrimônio de seu tutor ou curador, ou seus parentes, caso eles venham a se casar.

Diferentemente dos impedimentos, as causas suspensivas não impedem o casamento, mas apenas impõem que se adote o regime da separação obrigatória de bens, enquanto perdurar a condição. Cessada

620 Parágrafo único. As questões patrimoniais oriundas da relação prevista no caput serão reguladas pelas regras da proibição do enriquecimento sem causa previstas nos arts. 884a886. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-c2023_2024.pdf. Acesso em: 15/09/2024.

621 Na própria Justificação do ACC, assim consta: No âmbito do Direito Patrimonial, suprimiu-se todo o confuso regramento do regime de participação final nos aquestos, bem como a injustificada separação obrigatória de bens. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 15/09/2024.

622 Na lição de Flávio Tartuce: “as causas suspensivas do casamento são situações de menor gravidade, relacionadas a questões patrimoniais e de ordem privada. Não geram a nulidade absoluta ou relativa do casamento, mas apenas impõem sanções patrimoniais aos cônjuges. A sanção principal é o regime da separação legal ou obrigatória de bens. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Op. cit., p. 2882.

a causa suspensiva, o STJ⁶²³ admite a alteração do regime de bens pelo casal, nos termos do art. 1639, p. 2º do CC. Também não incidirá a vedação caso seja apresentada a comprovação elisiva, prevista no art. 1523, parágrafo único, do CC.

Não se nega que a matéria em comento, indubitavelmente, carece de formulação. A regulamentação em vigor já é, há bastante tempo, criticada pela doutrina, sendo considerada obsoleta, burocratizante e desnecessária. Rolf Madaleno é um dos autores que se opõe, com veemência, à imposição das causas suspensivas. Vejamos:

Ora, se após o vigente Código Civil é possível dissolver o vínculo conjugal pelo divórcio sem precedente ou concomitante partilha dos bens conjugais, afigura-se pertinente concluir que a falta de eventual partilha de bens no divórcio não pode servir de empecilho ao casamento de pessoa divorciada, notadamente para lhe impor o regime obrigatório da separação de bens, até porque o artigo 1.581 e tampouco o parágrafo único do artigo 731 do CPC não fazem nenhuma ressalva nesse sentido e tampouco obrigam à adoção do regime legal da separação de bens diante da ausência de partilha do patrimônio conjugal no divórcio. Portanto, os artigos 1.581 do Código Civil e 731, parágrafo único, do CPC nada condicionam e nada proíbem, e no balanço dos dois dispositivos deve prevalecer a inteligência preconizada que desvincula o divórcio da partilha dos bens, sem qualquer ressalva, proibição, restrição ou ônus⁶²⁴.

623 A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. (**REsp n. 821.807/PR**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ de 13/11/2006, p. 261.). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=ICO&fr=veja>. Acesso em: 15/09/2024.

624 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Op. cit., p. 151.

Com todo respeito às opiniões doutrinárias em sentido contrário, entendemos que a revogação ampla e irrestrita das causas suspensivas seja prematura. Isso porque a preocupação em evitar a confusão patrimonial é justa, e merece tutela. Talvez não a tutela que o CC atualmente a dispense⁶²⁵, mas, certamente, alguma forma de prevenção.

Portanto, não concordamos com Rolf Madaleno, que defende que existência das causas suspensivas cria um empecilho desnecessário ao novo casamento da pessoa divorciada, conflitando assim com o atual art. 1581 do CC, que autoriza a dissolução do vínculo conjugal sem se realizar a partilha. Elas criam um empecilho, sim. Contudo, não desnecessário, já que a eventual confusão entre as massas patrimoniais de dois casamentos, além de potencialmente prejudicar terceiros, certamente é um fator que aumenta o número de demandas judiciais impostas ao Poder Judiciário.

E há uma solução simples para se evitar a imposição da separação obrigatória de bens nesses casos: faça-se a partilha de bens. Aqui, pode-se contra-argumentar que fazer a partilha de bens nem sempre está nas mãos somente do ex-cônjuge que deseja se casar. A divisão de bens sempre é uma questão delicada, e que não raro enseja acaloradas discussões. Contudo, se esse é o caso, há ainda mais razão em não se admitir a mistura dos patrimônios, já que o risco de judicialização, nessas hipóteses, é ainda maior.

Defendemos, assim, que a disciplina das causas suspensivas do casamento seja repensada no ACC, sobretudo diante do fato de que o regime da separação obrigatória de bens, possivelmente, não mais

625 Uma destas inadequações são expostas por Cassettari, no seguinte trecho: “de acordo com o Enunciado 330 do CJF, as causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil. Esperava-se, porém, que o Código Civil permitisse que tal alegação pudesse ser feita por qualquer pessoa que tenha legítimo interesse em evitar a celebração do casamento, e que excluísse quem não o tivesse. Entendemos que o ex-cônjuge teria legítimo interesse em alegar a causa suspensiva prevista no inciso III do art. 1.523 do Código Civil, assim como os filhos exclusivos do de cujus, na hipótese do inciso I do mesmo artigo, mesmo não tendo com os cônjuges algum tipo de parentesco”. CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil**. Op. cit., p. 1008.

subsistirá. Todavia, acreditamos que a melhor solução não é eliminar por completo o instituto em questão.

CONCLUSÃO

Desta breve análise sobre as mudanças previstas pelo ACC para a capacidade, causas impeditivas e causas suspensivas para o matrimônio, chegamos às seguintes conclusões: a priori, acreditamos que grande parte das alterações sugeridas são positivas, e contribuem para a desburocratização, modernização e celeridade do procedimento de habilitação e celebração do casamento. Além disso, o fato de ter resolvido a questão da nulidade do casamento infantil se mostra, claramente, salutar e congruente aos ditames do Direito contemporâneo, que tanto valoriza a proteção da criança e adolescente. Em suma, enxergamos que houve uma melhora, se comparado ao cenário atual.

Tecemos, contudo, duas críticas ao ACC: primeiro, parece-nos que, em determinados momentos, perdeu-se a oportunidade de solucionar divergências simples de serem resolvidas, que já hoje são apontadas pela doutrina e pelos Oficiais de Registros. Cita-se, nominalmente, a possibilidade de pessoas emancipadas poderem ou não se casar, e o impedimento relacionado à ocorrência de homicídio ou tentativa de homicídio contra o ex-cônjuge do nubente.

Em segundo lugar, e mais grave, é a percepção que temos que, no afã de se mostrar uma normatização simples, direta e concisa, o ACC, em certas ocasiões, peca pelo excesso, revogando dispositivos que, talvez, não deveriam ser revogados, e deixando de regulamentar situações que mereceriam sua tutela. Citamos, como exemplo, a revogação das causas suspensivas ao matrimônio, e a regulamentação tímida da representação das pessoas sob curatela para o procedimento de habilitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSETTARI, Cristiano. **Elementos do Direito Civil** (Eletrônico). 12^a Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14^a Ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GAGLIARDI, Andreia Ruzzante; SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. **Registro Civil das Pessoas Naturais** (Coleção Cartórios). Indaiatuba: Editora Foco. Kindle Edition.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** – volume único (recurso eletrônico). 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14^a Ed (Eletrônico). Rio de Janeiro: Método, 2024.

IGUALDADE DE FILIAÇÃO EM PRODUÇÕES LEGISLATIVAS: ANÁLISE DO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Letícia Silva Andrade*⁶²⁶

*Patrick Augusto dos Santos*⁶²⁷

RESUMO: A presente pesquisa possui o objetivo de analisar de forma crítica o acréscimo dos termos “filiação natural ou civil”, nos artigos 1605 e 1609, realizado pelo anteprojeto da Reforma do Código Civil. Para esse propósito, foi exposto o contexto em que a filiação era tratada no Código Civil de 1916 e como passou a ser tratada na Constituição da República de 1988 e no Código Civil de 2002. Ademais, foram analisados os relatórios apresentados pela subcomissão e pela relatoria geral à luz dos fundamentos e metodologias expressas pela legística, com enfoque na importância da coerência entre as normas, além da relevância do uso da linguagem clara e de vocábulos adequados na redação destas. À vista disso, esta pesquisa visa comparar, de maneira analítica, o procedimento utilizado pelo anteprojeto de Reforma do Código Civil diante dos fundamentos da legítima.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade entre filhos naturais e adotivos. Legística. Anteprojeto de Código Civil.

INTRODUÇÃO

O juiz de uma pequena comarca recebe uma demanda incomum: uma senhora, antes de falecer, escreve uma carta deixando sua biblioteca a quem ela chamou de verdadeira filha. Porém, duas pessoas requerem a parcela da herança, e dizem ser filhas da senhora. Uma delas traz consigo uma certidão de nascimento, e a outra apenas uma foto recente.

626 Estudante do 8º período do curso de direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

627 Estudante do 6º período do curso de direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Sendo assim, o magistrado procura uma resposta sobre o conceito de filiação, no Código Civil, modificado pelo Projeto de Reforma. Em sua leitura, percebeu que o projeto dividia os pais e filhos em naturais e civis.

Entretanto, não entendeu o porquê daquela classificação, e sem uma resposta, deu uma solução: que indicassem o livro predileto da senhora. Ao ouvir esta indagação, uma das mulheres teve uma grande revolta, pois tinha a prova da filiação em suas mãos. A outra, porém, prontamente indicou o livro.

Para o magistrado, estava claro quem era a verdadeira filha. Antes de usar critérios objetivos, procurou a resposta no fundamento da filiação: a afetividade. Nesta história, é possível refletir sobre uma classificação, que tende a reduzir a filiação adotiva, e não fornece utilidade prática.

Ao recorrer à velha história do rei Salomão, João Baptista Villela⁶²⁸ reafirmou a necessidade de uma reformulação do conceito jurídico da parentalidade, e conseqüentemente da filiação. Para ele, a definição de parentalidade segundo a noção de pai biológico ou mãe biológica é imprecisa, além de causar distorções e equívocos.

Apesar de pouco discutida, a distinção entre filiação natural e civil gera resultados tão nefastos quanto a divisão entre pais naturais e civis.

Neste contexto, este artigo tem por objetivo compreender os motivos desta classificação ao longo da legislação no Brasil. Para isto será feita uma breve exposição das origens da adoção até o seu avanço atual. Bem como, da evolução do tratamento dado à adoção pelas legislações civis até o Projeto de Reforma do Código Civil.

As razões de sua manutenção no Projeto de Reforma também serão investigadas. Ao analisar os trabalhos da comissão, é possível perceber a escassez de diálogo, e divergências entre as propostas da

628 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, ano XXVII. n. 21, mai. 1979. p. 400-418. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>.

Subcomissão de Direito de Família e da Relatoria-Geral do Projeto. Como resultado, percebe-se que a classificação prejudica o caminho de igualdade traçado pela Constituição da República.

1 FUNDAMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO NO BRASIL

A Consolidação das Leis Civis de 1858 não tratou da adoção enquanto um instituto jurídico, uma vez que há apenas um artigo sobre o tema, que dá competência ao juiz de 1ª instância para a confirmação da adoção (art. 217)⁶²⁹. Ademais, ao tratar da herança, a Consolidação não considerava os filhos adotivos como ilegítimos, para fins de sucessão.

Por conseguinte, é com o Código de 1916 que a adoção foi então amplamente regulamentada no país. Isso posto, a formalização não melhorou a situação jurídica dos filhos adotivos, devido à uma forte carga moralista que se desdobrava em entraves presentes em diversos dispositivos legais.

Vinha ela regulamentada com tamanhas restrições que chegava a desencorajar qualquer interessado em adotar uma criança. A filosofia do jurista era de defender os direitos de herança da criança legítima, nascida ou a nascer. Assim somente pessoas maiores de cinquenta anos e sem filhos legítimos poderiam adotar.⁶³⁰

Sendo assim, alguns dos exemplos dos entraves à fruição dos direitos sucessórios dos filhos adotivos estão expressos nos artigos 377 e 1605, §2º da Consolidação. Assim, os direitos sucessórios seriam negados caso o adotante possuísse filhos antes da ocorrência da

629 FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2003. p. 186.

630 MARCÍLIO, M. L. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 302.

adoção, e nos casos em que o adotante tenha filhos supervenientes à adoção, a parcela da herança se restringe à metade cabível a cada um dos filhos.

Em síntese, é pela sucessão que a classificação entre filhos naturais e civis se justifica, uma vez que esta não teria sentido se não fosse para dar um tratamento distinto aos filhos, especialmente na sucessão de bens.

Nesse sentido, Jean-Daniel Delley alerta para o fato de que a lei não possui neutralidade, mas persegue objetivos: “O Direito não existe em si mesmo mas em função da perseguição de certas finalidades. Toda lei visa realizar certos fins ou objetivos”.⁶³¹

De forma similar, a classificação entre filhos legítimos e ilegítimos também estava presente na redação original do Código de 1916. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, o Direito de Família ganhou ares de igualdade, no que tange ao tratamento jurídico aplicado à filiação, sendo vedada a distinção da filiação por critérios biológicos. Infelizmente, a separação entre naturais e civis não teve o mesmo destino.

2 ATUAIS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A IGUALDADE DA FILIAÇÃO

A Constituição da República de 1988 garante a igualdade entre os filhos, independentemente da forma como esses ingressaram na família, sendo defeso atos de discriminação relacionados a forma de filiação, conforme estabelece o art. 227, § 6º:

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

631 DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: introdução a um procedimento metódico. **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, v.7, n. 12, jan./jun.2004. p. 116.

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.

§6º 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.

Diante disso, há o reconhecimento da paridade da filiação consanguínea à adotiva para que haja igualdade jurídica entre estas. Assim, Bernardo Gonçalves Fernandes disserta sobre a temática, conforme se vê:

No tocante à proteção à família - como instituição basilar da sociedade brasileira -, a Constituição expressamente veda qualquer designação discriminatória relativa à filiação, abolindo-se, assim, qualquer distinção entre filhos havidos ou não da relação matrimonial, ou por adoção.⁶³²

Em conformidade com isso, Maria Berenice Dias, integrante da comissão de juristas organizada pelo senador Rodrigo Pacheco para propor o anteprojeto analisado por esta pesquisa, enfatizou a vedação da distinção entre adoção e filiação, como exposto a seguir: “a Constituição da República (227 § 6.º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, eliminou qualquer distinção entre adoção e filiação”.⁶³³

Deve-se considerar, também, que tal disposição constitucional possui o intuito de vedar a distinção entre filhos havidos de forma

632 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 928

633 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Edição 11ª. São Paulo: Afilhada, 2016. p. 328

biológica e filhos havidos de forma adotiva. Ademais, a determinação de igualdade da filiação faz com que o uso de expressões discriminatórias estejam fadadas ao desuso, conforme afirma Flávio Tartuce, relator-geral do anteprojeto de Reforma do Código Civil:

Determina o art. 227, § 6º, da CF/1988 que “os filhos, havido ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando, o art 1.596 do CC tem a mesma redação, consagrando ambos os dispositivos o princípio da igualdade entre os filhos. Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art 5º, caput, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional.⁶³⁴

Por esse prisma, a superação das distinções constantes na codificação de 1916 e a consolidação da igualdade entre a filiação é ressaltada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conforme o excerto: “não há, pois, mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, existente na codificação anterior, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família.”⁶³⁵.

Por fim, a relação de filiação se diferencia da relação de parentesco, pois a relação de parentesco pressupõe a consanguinidade e a filiação, por outro lado, independe de um vínculo biológico para se estabelecer. Devido a isso, a Constituição da República se voltou à valorização das relações pautadas em afeto, como ocorre nos casos de adoção.

634 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 866.

635 STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 6ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1998.

Além disso, a classificação não possui sustentação lógica, pois a distinção entre filiação natural e civil não classifica, mas confunde, e discrimina.

A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade.⁶³⁶

Por fim, é na adoção que a essência da filiação se revela, uma vez que o fator que define quem são os pais de uma criança é o afeto. Assim, sem a afetividade, há apenas uma relação de dever e a filiação, por outro lado, ultrapassa as barreiras do campo obrigacional, pois o vínculo da filiação é, sobretudo, voltado à afetividade.

3 COMO A FILIAÇÃO FOI APRESENTADA PELO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

O anteprojeto da Reforma Do Código Civil de 2002 teve como uma das alterações a possibilidade da prova da filiação natural ou civil ocorrer por qualquer meio admitido pelo direito, nos casos em que o termo de nascimento inexistir ou apresentar defeitos (art.1605). Ocorre que, o uso dos termos “filiação natural ou civil” somente foi acrescentado pela Relatoria-Geral, e não restou esclarecida a razão para que esses fossem utilizados, uma vez que a interpretação da norma não seria, de qualquer modo, afetada pela ausência de tais termos.

636 VILLELA, João Baptista. op. cit. p. 416.

De mesmo modo, o artigo 1609 teve os termos “filiação natural ou socioafetiva” substituídos por “filiação natural ou civil”, porém a referida Subcomissão fez a seguinte justificativa para a modificação: “a proposta pretende realizar a revogação de dispositivos que não se justificam mais, por implicar interpretação com viés discriminatório, e, ainda, proceder com atualização redacional.”⁶³⁷

A Subcomissão de Direito de Família, por sua vez, revogou alguns artigos do código vigente, por entender que teriam viés discriminatório, como é o caso do art. 1612, que estabelece: O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.”

Nessa seara, ao manter o art. 1596 a subcomissão faz a seguinte justificativa:

[...] Não há, pois, mais espaço para qualquer distinção entre filhos, de maneira que a alteração sugerida contém redação mais objetiva, moderna e apropriada. Ademais, contempla, com mais segurança, a filiação socioafetiva não derivada da adoção. Trata-se de mero ajuste redacional, que dialoga com o princípio constitucional da isonomia, dispensando longa digressão. Mera exclusão, portanto, de indesejável resquício linguístico.⁶³⁸

Assim, ao comentar sobre os trabalhos da comissão de juristas, Ana Cláudia Scalquette afirma o empenho em retirar as discriminações do Código, sobretudo no Direito de Família. No artigo intitulado “A Reforma da igualdade”, a consultora da comissão apresenta algumas alterações:

637 BRASIL, Senado Federal. **Relatório Parcial - Subcomissão de Direito de Família**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. p. 157.

638 Ibidem. p. 165.

Focando no Direito de Família, um dos livros com grande número de atualizações propostas, podemos dar como exemplo a discriminação com relação aos filhos adotivos, como aquela que proíbe o casamento do “adotado com o filho do adotante” (artigo 1.521, V, do Código Civil). Ora, o que seriam estes se não irmãos?

Não se justifica uma disposição neste sentido e o que se tem feito em salas de aulas, há mais de 20 anos, é comentar sobre o deslize de nossos legisladores ao manterem dispositivo previsto no Código Civil de 1916, categorizando a filiação, uma vez que, desde 1988, temos a vedação expressa de discriminação entre os filhos (artigo 227, parágrafo 6º, Constituição da República)”.⁶³⁹

Entretanto, a Subcomissão manteve o art. 1593 do atual código, que distingue o parentesco em natural e civil. Como se não bastasse, a Relatoria-Geral revogou o dispositivo, e agravou a discriminação, ao criar os arts. 1512-A, 1512-C, 1512-D, dentre outros.

Desse modo, a manutenção da classificação de forma descontextualizada remonta a uma forma de inferioridade da filiação adotiva. Nessa seara, o procedimento legislativo adotado na formulação dos artigos 1605 e 1609 não observou que a diferenciação entre a filiação natural e adotiva poderia ser evitada, tendo em vista que essa não possuía relevância hermenêutica para as normas e, é provável que em razão disso, não houve justificativas apresentadas para tal acréscimo.

639 SCALQUETTE, Ana Cláudia. A reforma da igualdade. **Migalhas**. 13 de ago. de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/413132/a-reforma-da-igualdade>. Acesso em: 18 de set. de 2024.

4 O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DOS FUNDAMENTOS DA LEGÍSTICA

Diante da necessidade de que seja seguido um procedimento para a formulação de normas, de modo que haja coerência do ordenamento jurídico, a Legística pode ser utilizada para manter a segurança jurídica. Dessa forma, esse saber jurídico surge como uma forma de garantir a eficácia na aplicação das normas, sob o prisma das mudanças sociais e do contexto em que se destinam.

Sendo assim, a Legística enfatiza a importância de ser observado um procedimento para a identificação dos problemas a serem solucionados, para vislumbrar o resultado da aplicação da norma a ser criada. Destarte, a divisão da produção legislativa em etapas, além de viabilizar a identificação da natureza, causa, duração e dinâmica do problema a ser solucionado, possibilita a inteligibilidade, acessibilidade e coerência do texto legal em face da hierarquia normativa.

Diante disso, uma das linhas de investigação da Legística está voltada à “Metódica da Legislação⁶⁴⁰”, que visa a apresentação de respostas quanto à adequação e razoabilidade das leis. Assim, tal objetivo é aplicado na atuação material da Legística, conforme se vê:

A Legística Material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação, seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas [...]⁶⁴¹.

640 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n° 50. jan./jun. de 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/31>.

641 SOARES, Fabiana de Menezes. op cit. p.2.

Por conseguinte, a fase pré-legislativa deve ser ordenada pela racionalização linguística para que a criação da norma possa estar atrelada a atual cultura jurídica adotada e a principiologia constitucional. Nessa seara, a Legística ambiciona que a prática legiferante seja exercida de forma cuidadosa para que seja mantida a completude e conformidade do ordenamento jurídico.

Assim, historicamente, a produção legislativa desvinculada da cultura jurídica, e que possuía em seu bojo a concretização da vontade do legislador, era estimulada pela Escola da Exegese que defendia uma interpretação rígida e literal, não permitindo uma análise que atingiria as mudanças sociais. Contudo, tal linha de pensamento sofreu críticas pela inadequação da forma de interpretação, em face do contexto jurídico.

Por outro lado, como o foco da legística é o resultado objetivo da lei, este saber jurídico enfatiza a necessidade de que sejam realizadas amplas discussões anteriores à formulação de uma nova norma, porém, na presente pesquisa, foi constatado que não houveram justificativas realizadas pela relatoria geral em relação aos acréscimos nos artigos 1605 e 1609 do anteprojeto.

Noutro giro, quanto ao procedimento utilizado no Anteprojeto da Reforma do Código Civil, verifica-se que a versão final dos artigos referidos nesta pesquisa somente foram alterados pela Relatoria Geral e não foi apresentada uma justificativa para tal, tendo, inclusive, constado no anteprojeto justificativas ratificando a igualdade da filiação e a vedação da discriminação entre filhos biológicos e os havidos de outras formas.

Nesse sentido, pode-se perceber que o anteprojeto falhou em apresentar termos que remontam a distinção que esse mesmo tenta combater em seu texto e isso se torna cristalino ao comparar hermenêuticamente a redação do relatório apresentado pela subcomissão e a redação do relatório geral do anteprojeto, visto que esse acréscimo não facilitou a interpretação ou apresentou algo novo à norma.

Ressalte-se que não se trata puramente de uma proibição do uso de termos, uma vez que esse não é o objetivo da legística, mas a adequação linguística desses fundamentos constitucionais que os permeiam e a relevância atrelada ao seu uso.

Todavia, vale ressaltar que a preocupação com a clareza da linguagem, das estratégias contra a obscuridade e ambigüidade, não pode se converter em arbitrariedade na pré-definição de vocábulos inadequados, que na prática concorram para a diminuição da quantidade de possíveis termos à disposição da elaboração do conteúdo de uma dada legislação. O caráter simbólico da legislação, como foi já ressaltado por Chevallier, permanece como limite à uma pretensão totalizante de racionalização da produção do direito.⁶⁴²

À vista disso, restou demonstrado que não foram observados, de forma completa, os procedimentos pré-legislativos para se formular normas que possuam eficácia e estejam alinhadas com o atual cenário jurídico e com as determinações constitucionais.

CONCLUSÃO

Este artigo foi pautado na percepção de que a classificação dos filhos em naturais e civis possui raízes discriminatórias. Assim, é possível constatar o descabimento de tal distinção nos dias atuais. Logo, em um período em que as relações familiares são marcadas pelo afeto, utilizar distinções pautadas em critérios biológicos, sem qualquer fundamento, alimenta uma cultura discriminatória.

Destarte, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, por sua vez, agravou a classificação ao realizar tal distinção, quando não havia necessidade hermenêutica para tanto. Em síntese, o referido

642 SOARES, Fabiana de Menezes. op cit. p.4.

acrécimo demonstra que o procedimento utilizado não se pautou em fundamentos propostos pela Legística e seria possível a revisão constitucional, no que tange à redação, dos artigos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

----- . Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071impressao.htm

----- . Senado Federal. **Relatório Final**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 15 set. 2024.

----- . Senado Federal. **Relatório Geral**: minuta de texto final ao anteprojeto. Brasília, DF: Senado.Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/06b5d5fd-b023-474f-9c57-2acf00c94166>. Acesso em: 15 set. 2024.

----- . Senado Federal. **Relatório Parcial - Subcomissão de Direito de Família**. Brasília, DF: Senado.Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em: 15 set. 2024.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar A Lei: Introdução a um Procedimento Metódico. **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Edição 11^a. São Paulo: Afilhada, 2016.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARCÍLIO, M. L. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, v. 1-2, 2003.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. A reforma da igualdade. **Migalhas**. 13 de ago. de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/413132/a-reforma-da-igualdade>. Acesso em: 09 de set. de 2024.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 5, jan/jun 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/31>. Acesso em: 10 set. de 2024.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 6ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, ano XXVII. n. 21, mai. 1979. p. 400-418.

A PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES NA ELABORAÇÃO DE PACTOS CONJUGAIS E CONVIVENCIAIS

*Amanda Nunes Sousa*⁶⁴³

*Luíza Resende Guimarães*⁶⁴⁴

RESUMO: O pacto antenupcial permite às partes estipular, antes de celebrado o casamento, o que lhes aprouver quanto aos seus bens, nos termos do art. 1.639 do Código Civil de 2002. A doutrina há muito discute acerca da possibilidade de ampliação do conteúdo desses pactos, para que também abarquem cláusulas de cunho e patrimonial. Em um contexto em que está em pauta a reforma do Código Civil vigente, a discussão é reavivada, tendo sido o tema objeto de modificações no Anteprojeto, dentre as quais a mais relevante está no acréscimo do art.1.655-A, que permite que os pactuantes estipulem cláusulas sobre guarda e sustento dos filhos. Com base em uma análise das razões alegadas para a reforma, em posicionamentos doutrinários e no melhor interesse da criança e do adolescente, conclui-se que a nova redação proposta é inadequada, pois não responde a demandas da doutrina ou da jurisprudência, permite a intervenção em direitos indisponíveis de terceiros e, sobretudo, não condiz com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Isso posto, a temática é regulada de maneira mais apropriada no Código Civil vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Pacto antenupcial. Melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda e sustento.

643 Advogada. Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (Labb/CNPQ).

644 Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Graduada em direito pela UFLA. Pesquisadora do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/UFLA) e integrante do Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades (NDPVB/UFMG).

INTRODUÇÃO

É crescente a busca pelo planejamento patrimonial na realidade brasileira, seja na seara das Sucessões – por meio dos instrumentos de planejamento sucessório –, seja no Direito de Família, sobretudo por intermédio dos pactos antenupciais. Estes encontram sua regulação primordial nos arts. 1.639 e 1.653 a 1.657 do atual Código Civil.

O conteúdo do pacto antenupcial é alvo frequente de debates doutrinários, sendo que a principal polêmica gira em torno da possibilidade ou não de o instrumento regular, para além das questões relativas ao patrimônio do casal, aquelas de cunho existencial. Com base nessa divergência e em uma alegada “tendência já consolidada” na doutrina e na jurisprudência, a Comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil promoveu a inclusão do artigo 1.655-A, o qual dispõe que os pactos conjugais e convivenciais podem estipular cláusulas com solução para a guarda e sustento dos filhos, em caso de ruptura da vida comum.

Observa-se que a proposta legislativa extrapola até mesmo a referida ampliação do conteúdo desses pactos defendida por parcela na doutrina. No mais, a nova redação parece permitir a interferência em direitos indisponíveis de terceiros (os filhos dos pactuantes, no caso). Tendo isso em vista, o presente trabalho tem como objetivo avaliar criticamente o art. 1.655-A do anteprojeto de Código Civil, analisando as razões subjacentes à alteração proposta, considerando posicionamentos doutrinários sobre a temática e buscando satisfazer a proteção integral constitucionalmente assegurada às crianças e aos adolescentes. A hipótese é que a redação do dispositivo é inadequada, porque: pactos dessa natureza são celebrados em momento inapropriado para regular tais temas; a alteração não responde a anseios da doutrina ou da jurisprudência; coloca o cônjuge “mais forte” em posição de vantagem ainda maior; e, principalmente, viola o melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos no litígio.

Estruturalmente, o texto se divide em duas partes. A primeira se volta à contextualização do tema, com uma breve exposição da

atual redação do Código Civil acerca do pacto antenupcial (com aportes doutrinários que demonstram a controvérsia instaurada acerca da natureza de suas cláusulas). Na segunda parte, apresenta-se a avaliação crítica da proposta da Comissão, levada a cabo a partir da análise das razões subjacentes à mudança e da identificação das deficiências do art. 1655-A, sobretudo no que diz respeito à garantia do melhor interesse de crianças e adolescentes.

1 ASPECTOS GERAIS DA REGULAÇÃO DO PACTO ANTENUPCIAL, DA GUARDA E DO SUSTENTO DOS FILHOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O pacto antenupcial é celebrado pelos nubentes antes da realização do casamento, pensado pelo legislador com o objetivo precípua de delimitar o regime de bens que regerá aquela união. Tereza Cristina Monteiro Mafra e Rafael Baeta Mendonça o descrevem como um contrato⁶⁴⁵ que promove a autonomia privada dos nubentes ao viabilizar a escolha de um regime de bens distinto daquele previsto pela legislação como regra (isto é, a comunhão parcial) e por meio do qual se institui a liberdade dos cônjuges de personalizar sua vida conjugal⁶⁴⁶. Assim, eles podem eleger um regime de bens já disciplinado pela legislação civil, unir previsões de dois ou mais regimes, ou confeccionar as cláusulas de seu próprio regime.

Para Paulo Lôbo, “o pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família, mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de

645 A natureza dos pactos antenupciais/conjugais/convivenciais causa polêmicas doutrinárias. A doutrina majoritária considera-os contratos, tendo em vista sua vocação originária para regular as questões patrimoniais do casal. É o que explica Débora Gozzo: “É justamente a característica da patrimonialidade dos contratos que leva a maior parte dos estudiosos a neles incluir o pacto antenupcial. Afinal, este, na sua concepção original, servia basicamente para que os nubentes estipulassem acerca do regime patrimonial a vigor durante o seu casamento” GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 31.

646 MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021.

bens distinto do regime da comunhão parcial”⁶⁴⁷. Da perspectiva do autor, essa autonomia não alcança somente a escolha do regime de bens, mas também a forma como serão reguladas as demais relações patrimoniais na constância da sociedade conjugal.

Percebe-se que os pactuantes têm ampla liberdade para definir o regime que melhor se adequa ao seu projeto familiar. Por essa razão, para Rolf Madaleno, o pacto antenupcial viabiliza o livre exercício da autonomia privada, “podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família”⁶⁴⁸.

A despeito dessa ampla liberdade, existem limites de validade e eficácia dispostos na codificação, que devem ser observados para a formulação desses pactos. Quanto à eficácia, por ser elaborado em um momento que antecede o casamento, caso este não seja celebrado, o pacto não será eficaz⁶⁴⁹ (art. 1.653), haja vista o descumprimento de sua condição suspensiva. Por sua vez, o art. 1.657 aborda a publicidade do pacto perante terceiros – garantida por meio do registro – como um elemento indispensável à sua eficácia. Por fim, o art. 1.654 estipula que pactos realizados por menores não emancipados somente serão eficazes mediante aprovação dos respectivos representantes legais.

No âmbito da validade, o art. 1.653 traz uma delimitação quanto à forma do pacto antenupcial, de sorte que aquela fica condicionada à sua formalização por meio de escritura pública. O descumprimento deste requisito formal torna o pacto nulo. Adiante, referente aos limites de conteúdo dos pactos conjugais, o art. 1.655, dispõe que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. Nesse caso, a autonomia dos cônjuges na elaboração de seus

647 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil**: famílias. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p. 345.

648 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 741.

649 Quanto a essa temática, é necessário apontar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.483.863/SP, no sentido de que o pacto permanece sendo eficaz caso os nubentes, a despeito de não celebrarem o casamento, constituam uma união estável.

pactos enfrenta os limites das normas de ordem pública, bem como os princípios norteadores do Direito de Família, dentre os quais pode-se citar o da igualdade entre os cônjuges, o da solidariedade familiar e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

A respeito dessas limitações, consta na obra de Caio Mário da Silva Pereira que “o sistema do poder familiar não pode ser invalidado no pacto antenupcial, naquilo em que estabelecem normas cogentes. Os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, ou matérias outras pertinentes à sua vida conjugal”⁶⁵⁰.

Para além, importa acrescentar que o art. 1.639 do Código Civil versa sobre a abrangência dos pactos antenupciais, dispondo ser “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Embora o dispositivo faça menção apenas aos bens, parte da doutrina defende a possibilidade de inclusão de cláusulas de teor extrapatrimonial.

Alinhados a essa vertente, Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira sustentam não haver óbice, na legislação, à inclusão de cláusulas sobre temas relevantes para a vida comum, ainda que transcendam os contornos da patrimonialidade⁶⁵¹. Posicionamento semelhante pode ser encontrado na obra de Caio Mário da Silva Pereira, em que se lê que, apesar de a natureza jurídica do pacto antenupcial ser inequivocadamente contratual, é possível que os nubentes estabeleçam outras matérias relacionadas à vida conjugal⁶⁵². Em sentido diverso, dispõe Luiz Edson Fachin que “o pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o patrimônio, não apenas deve constar a escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais”⁶⁵³.

650 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 250.

651 TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil: direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

652 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

653 FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187 *apud* CARDOSO, Fabiana Domingues.

De fato, nas últimas décadas, nota-se que a doutrina majoritária tende a admitir a ampliação do rol de abrangência dos pactos antenupciais, para que abarquem questões de cunho extrapatrimonial. Resultado disso foi a publicação do Enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, que sumariza o entendimento de que “o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

A despeito desta proposta interpretativa, é evidente que o atual Código Civil não prevê a inclusão de cláusulas de natureza extrapatrimonial nos pactos antenupciais; que dirá a possibilidade de regular por esta via questões atinentes à guarda, sustento e alimentos de filhos menores. Trata-se de temas sensíveis, que encontram sua fundamentação maior no artigo 227 da Constituição Federal, o qual determina a primazia na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, em razão de sua presumida vulnerabilidade. Com isso, constituem-se como direitos indisponíveis desses sujeitos.

A guarda, atributo do poder familiar, garante a convivência da criança ou adolescente com o guardião, que também possui responsabilidades de cuidado perante aquela ou aquele. De acordo com o art. 1.583 do Código Civil, a guarda pode ser unilateral ou compartilhada, diferenciando-se a segunda por prever a responsabilização conjunta dos pais no que se refere aos direitos e deveres oriundos do poder familiar. A guarda compartilhada é a modalidade incentivada pelo ordenamento pátrio, mas, em caso de litígio, a definição da modalidade deve levar em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como as condições apresentadas pelos genitores para o seu exercício naquele momento.

O princípio do melhor interesse também precisa ser considerado no momento da delimitação do regime de convivência do filho com o genitor que não for detentor da guarda. Trata-se do “direito de os filhos

Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 163.

manterem rotineira comunicação com ambos os pais, atribuindo a atual redação legal o dever do ascendente que não está com a guarda de supervisionar os interesses da prole”⁶⁵⁴. Regulamentado pelo art. 1.589 do Código Civil, assegura ao pai ou mãe que não esteja compartilhando a residência de maneira habitual com o filho o direito de tê-lo em sua companhia.

No que se refere ao sustento dos filhos, tem-se que os alimentos estão diretamente ligados à sobrevivência do alimentado, buscando satisfazer as “indigências materiais de sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade e também responder às requisições de índole moral e cultural”.⁶⁵⁵ Esse direito está positivado no art. 1.694 do Código Civil, que viabiliza pleitear alimentos na medida necessária para prover a subsistência do alimentando de modo compatível com a condição social do alimentante. De maneira complementar, o art. 1.695 determina que os alimentos são devidos quando o alimentando não pode prover sua manutenção, enquanto o alimentante pode fazê-lo sem desfalque do necessário ao seu sustento. Esses dispositivos consagram que, para fixar o montante a ser pago a título de alimentos, passa-se necessariamente pelo binômio necessidade-possibilidade, que só pode ser avaliado diante do caso concreto.

Ressalta-se que todos esses direitos estão condicionados a possibilidade revisão, caso se façam presentes condições que justifiquem a alteração da realidade fática experimentada pelos filhos. Tal possibilidade não legitima a mudança abrupta nas relações familiares da criança. Pelo contrário: toda mudança deve ser efetivada com cautela, a fim de afastar possíveis danos psicológicos ao vulnerável envolvido na relação.

Muitas vezes, iniciado o conflito entre os cônjuges, os interesses das crianças e dos adolescentes são mitigados diante da busca pela satisfação dos interesses dos adultos. É por essa razão que uma leitura conjunta do Código Civil vigente com o Código de Processo Civil⁶⁵⁶

654 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 429.

655 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 931.

656 Cf.: art. 178, II e art. 733 do Código de Processo Civil.

revela que, sempre que o rompimento da sociedade conjugal envolver filhos menores – logo, civilmente incapazes –, o divórcio precisa ocorrer necessariamente diante do Poder Judiciário, com intervenção do Ministério Público. Todo esse arcabouço protetivo visa à primazia da proteção constitucional conferida às crianças e aos adolescentes; sendo este um dever a ser compartilhado pelo Estado, por toda a sociedade civil e, sobretudo, pela família. Com base nesta proteção é que se fundamentam as principais críticas à redação do artigo 1.655-A do Anteprojeto de Código Civil, estruturadas a seguir.

2 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 1.655-A DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O conteúdo do pacto antenupcial⁶⁵⁷, é objeto de mudanças significativas na proposta da Comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, concentradas sobretudo na sugestão de acréscimo do art. 1.655-A. Viu-se que, na atual codificação, o art. 1.655 determina que “é nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei”. Na versão aprovada pela Comissão, consta que “é nula de pleno direito a convenção ou cláusula do pacto antenupcial ou convivencial que contravenha disposição absoluta de lei, norma cogente ou de ordem pública, ou que limite a igualdade de direitos que deva corresponder a cada cônjuge ou convivente”. Em seguida, na mais relevante alteração sobre a temática, determina-se:

Art. 1.655-A. Os pactos conjugais e convivenciais podem estipular cláusulas com solução para guarda e sustento de filhos, em caso de ruptura da vida

657 No texto do Código Civil de 2002, a nomenclatura utilizada é “pacto antenupcial”, enquanto a Comissão optou – acertadamente, entende-se – por adotar “pactos conjugais e convivenciais”, para abarcar também aqueles referentes a uniões estáveis. Neste trabalho, as duas nomenclaturas serão utilizadas, principalmente porque parte do texto e dos autores citados faz referência ao regramento conforme concebido no CC/02.

comum, devendo o tabelião informar a cada um dos outorgantes, em separado, sobre o eventual alcance da limitação ou renúncia de direitos.

Parágrafo único. As cláusulas não terão eficácia se, no momento de seu cumprimento, mostrarem-se gravemente prejudiciais para um dos cônjuges ou conviventes e sua descendência, violando a proteção da família ou transgredindo o princípio da igualdade.

A justificativa para a reforma – inicialmente chamada de mera atualização, expressão que se revelou um claro eufemismo – do Código Civil, sobretudo no campo do Direito de Família, ancora-se em uma alegada busca por adequação da lei a uma realidade social já experimentada na prática, com vistas a positivizar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais⁶⁵⁸ consolidados. Trata-se, porém, de motivação que não encontra amparo concreto quanto ao tema aqui analisado; conforme será demonstrado.

Quanto à doutrina, os posicionamentos expostos no primeiro tópico deste trabalho são ilustrativos do fato de que não havia consenso sequer sobre a temática da inclusão de cláusulas existenciais em pactos antenupciais, que dirá daquelas que versam sobre sustento e guarda de filhos incapazes. É verdade que, especialmente após a publicação do aludido Enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, é plausível falar em uma maior tendência, na doutrina contemporânea, a aceitar cláusulas de cunho existencial nesses acordos. Contudo, tal enunciado não faz qualquer menção aos temas da guarda e do sustento⁶⁵⁹, assim

658 Em relação à jurisprudência, não é evidenciado em nenhum dos documentos publicados pela Comissão acerca do projeto de reforma qualquer estudo jurisprudencial que demonstrasse a tendência da realidade social pela inclusão das questões sobre guarda e sustento no âmbito dos pactos conjugais ou convivenciais.

659 Neste trabalho, entende-se que – para além das cláusulas sobre guarda, evidentemente existenciais – as cláusulas sobre sustento possuem natureza híbrida, isto é, patrimonial e existencial. Isso porque, apesar de serem alvo de valoração, são os alimentos que garantem a subsistência dessas crianças e adolescentes, permitindo que se desenvolvam e resguardando sua dignidade. Dessa forma, tratá-las meramente como patrimoniais, portanto, parece reducionista.

como não costumam fazê-lo mesmo os autores que defendem o entendimento ampliativo do conteúdo do pacto.

Rolf Madaleno, por exemplo, sustenta em sua obra que “[...] seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade, que dispensassem os principais deveres conjugais, como a mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração”⁶⁶⁰. Fabiana Cardoso – que realizou extenso levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre o conteúdo do pacto antenupcial para sua dissertação de mestrado, além de ter conduzido uma pesquisa de campo notarial – sintetizou que é “praticamente unânime” na doutrina e na jurisprudência que os deveres contidos nos incisos III e IV do art. 1.566 do Código Civil (mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos) não podem ser modificados no âmbito do pacto antenupcial⁶⁶¹.

Em sentido semelhante se posiciona Gustavo Tepedino, que defende que não haveria óbices à inclusão de certas cláusulas de cunho extrapatrimonial nos pactos antenupciais, mas excepciona que não podem ser alvo de alteração por via deste instrumento “os deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos”; haja vista que não restam dúvidas quanto à indisponibilidade destes⁶⁶².

Especificamente para regular sobre o sustento dos filhos, é notória a inadequação do momento em que pactos conjugais e convencionais são celebrados. Afinal, para fixar os alimentos que garantirão o sustento da prole, viu-se que é indispensável uma análise

660 MADALENO, Rolf. O Direito Adquirido e o Regime de Bens. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 348, 2006, p. 30-31 *apud* TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – IBDFAM**, Porto Alegre, v. 2, 2008, p. 10, nota. 35.

661 CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 190.

662 TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – IBDFAM**, Porto Alegre, v. 2, 2008, p. 10.

concreta do binômio necessidade-possibilidade, que não pode ser realizada antes do momento de ruptura da vida comum. Isso porque as circunstâncias materiais em que o casal se encontra quando da elaboração dos pactos podem sofrer alterações significativas ao longo do casamento ou da união estável, as quais não se pode prever com segurança. É nesse sentido que preceitua Fabiana Cardoso:

no tocante aos alimentos destinados à prole, evidencia-se aqui o dever de sustento, independentemente do quantum da obrigação, e se assim for, é indiscutível que cabe aos genitores essa obrigação em relação à prole, o que é legalmente previsto constando, ou não no pacto antenupcial, mas que depende de elementos que somente serão constatados com a separação (ex. capacidade econômica do alimentante, com quem ficarão os filhos etc.)⁶⁶³.

Também abordando a (im)possibilidade de pactuação sobre alimentos – agora de uma perspectiva mais geral, não se referindo apenas àqueles destinados aos filhos –, Francisco Cahali explica que “a aquisição do direito a alimentos só se completa com a dissolução. Daí prematuro falar-se em estipulação contratual a respeito da pensão se sequer existe esta obrigação”⁶⁶⁴. Similarmente, Guilherme Calmon Nogueira Gama afirma que não seria possível pactuar sobre este tema, “justamente por dizer respeito a interesse indisponível, fora do alcance da vontade das partes, pelo menos quando ainda não existentes os pressupostos necessários para a aquisição do direito”⁶⁶⁵. Os alimentos

663 CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 168.

664 CAHALI, Francisco. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259 *apud* CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 168.

665 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O companheirismo, uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 344 *apud* CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f.

a serem pagos aos filhos incapazes constituem assunto ainda mais delicado, havendo fortes razões para vedar sua negociação nos termos da proposta do art. 1.655-A.

Em relação à guarda, a maior parte da doutrina sequer cogita que seja objeto de pactuação antenupcial. Posicionamento divergente, porém, é defendido por Fabiana Cardoso. Em suas palavras:

Se observadas as regras dispostas nos artigos 1.583 e seguintes do Diploma Civil, as quais estipulam normas mínimas à proteção da pessoa dos filhos, não há porque não prever no pacto antenupcial as questões de guarda e visitas. Interessante também observar que o Código Civil nos artigos 1.632,576 e 1.579 estimula o exercício do poder familiar, bem como a vivência entre pais e filhos, independentemente do rompimento do casamento, o que leva a crer que qualquer estipulação nesse sentido no pacto antenupcial que vise o bem-estar dos infantes não é vedada e será bem-vinda, apesar de escapar ao conteúdo patrimonial imposto ao pacto⁶⁶⁶.

Embora seja compreensível o intento da autora, é potencialidade danosa a ideia de deixar assunto tão delicado quanto a guarda de filhos incapazes disponível para negociação do casal quando da formulação do pacto conjugal ou convivencial. Não há como saber, antes do rompimento da vida comum, qual dos cônjuges ou companheiros terá as melhores condições para exercer a guarda da prole, ou se serão ambos. Trata-se de momento no qual ainda não é possível estabelecer qual arranjo atende ao melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos na questão. São muitos os acontecimentos e reviravoltas, ao longo de um casamento ou união estável, que podem tornar até mesmo

Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 168.

666 CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 212.

perigoso (inclusive para a integridade psicofísica dos envolvidos) que um deles tenha a guarda dos filhos.

A ressalva contida no parágrafo único do art. 1.655-A pode ajudar a mitigar esse problema, mas não o resolve: para que as cláusulas sejam reputadas ineficazes, obriga-se que o cônjuge/companheiro prejudicado demonstre em juízo que são gravemente prejudiciais (para si ou para a prole), que violam a proteção da família ou que ofendem o princípio da igualdade; situação que pode envolver dificuldades probatórias e, assim, colocar sujeitos vulneráveis em risco.

Enfim, parecem claras – embora não para a Comissão, ao que tudo indica – as razões pelas quais são raros os autores que sequer cogitam a inclusão dos temas da guarda e do sustento dos filhos nos pactos antenupciais: trata-se de cláusulas que esbarram em direitos indisponíveis de terceiros. Não faz sentido falar em “eventual alcance da limitação ou renúncia de direitos” quando se fala de direitos alheios, cuja titularidade é de sujeitos vulneráveis.

Esses direitos precisam ser encarados com a devida cautela e é por essa razão que, no Código Civil de 2002, decisões relativas à guarda e ao sustento dos filhos menores devem ser tomadas apenas no momento do divórcio, a ser realizado necessariamente com a intervenção do Judiciário nestes casos e com a presença do Ministério Público, conforme prevê o art. 178, II do Código de Processo Civil.

Sobre esta temática, ressalta-se que, em 22 de agosto de 2024, o Conselho Nacional de Justiça publicou Resolução autorizando o divórcio consensual extrajudicial mesmo quando houver filhos menores e incapazes. No entanto, em atenção à precípua necessidade de assegurar a proteção desses sujeitos, o documento ressalva que as questões relativas à convivência familiar e aos alimentos, obrigatoriamente, devem seguir para a via judicial⁶⁶⁷. Observa-se que, mesmo adotando medidas que visam a atender a tendência de desburocratização, isso é feito sem mitigar interesses indisponíveis e

667 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução no 0001596-43.2023.2.00.0000**, de 22 de agosto de 2024. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2024.

mantendo todas as salvaguardas e garantias aos direitos das crianças e adolescentes envolvidos no litígio.

O fato é que apenas quando o conflito já está instaurado é que se torna possível definir as medidas a serem tomadas para garantir a proteção integral da criança ou adolescente. Somente neste momento é que se avaliar o binômio necessidade-possibilidade (fixando montante a ser pago a título de alimentos compatível com o restado da análise) e quem deve ser o guardião da criança. Todas as salvaguardas acima expostas – como a intervenção do Judiciário e do Ministério Público – são pensadas para evitar que a busca pela satisfação dos interesses pessoais dos adultos se sobressaia ao melhor interesse da criança ou adolescente. No texto proposto pela Comissão, este objetivo parece ter sido perdido de vista.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um dos norteadores do Direito de Família contemporâneo. Visa às necessidades desses sujeitos, em respeito ao seu desenvolvimento, que deve ter prevalência sobre os interesses dos pais⁶⁶⁸. Define-se por seu caráter único, e a proteção que confere à criança e ao adolescente se justifica com base nesse status de pessoa em desenvolvimento, na transitoriedade da situação e na possibilidade de que, diante de negligência ou desproteção, haja sequelas irreparáveis⁶⁶⁹.

Trata-se de princípio que não é passível de ser definido de forma uniforme ou fechada, pois é inerentemente casuístico⁶⁷⁰: exige uma análise particularizada, porque, em cada caso, para cada criança, o

668 Neste sentido, cf.: TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, 2008, p. 296.

669 COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 26.

670 TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, 2008, p. 296.

melhor interesse é diferente⁶⁷¹. A doutrina tende a concordar, porém, que existe um núcleo fundamental do melhor interesse, que inclui a possibilidade de que a criança exerça seus direitos fundamentais de forma autônoma, na medida em que desenvolve sua capacidade natural de agir⁶⁷². Embora seja um conceito aberto, entende-se que seu cerne é preenchido por valores objetivos, tais quais a estabilidade de condições de vida que a criança dispõe, suas relações afetivas e seu ambiente, tanto físico quanto social⁶⁷³.

Tal princípio passou a ser considerado na tomada de decisões sobre crianças e adolescentes a partir do século XIX⁶⁷⁴ e, antes disso, as crianças eram consideradas uma propriedade dos pais ou tomadores de decisão⁶⁷⁵; ocupando um espaço mais próximo ao de um objeto do que de um verdadeiro sujeito de direito. Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1989), esta passa a ser considerada um membro individualizado da família, cuja personalidade está se desenvolvendo e, por isso, precisa de cuidados especiais e de proteção

671 ELLISTON, Sarah. Setting the scene. In: ELLISTON, Sarah. **Best interest of the child in healthcare**. London: Taylor & Francis, 2007.

672 TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, 2008, p. 297.

673 TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, 2008, p. 296. As autoras fazem referência, neste excerto, à construção da autora Maria Clara Sottomayor, desenvolvida na obra SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adoção plena de menor e oposição dos pais biológicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, caderno Direito e Justiça. Lisboa, v. 14, t. 1, 2002, p. 197.

674 Camila Colucci comenta que a primeira aplicação do princípio do melhor interesse ocorreu em 1925, no Common Law inglês, no caso *Finlay v. Finlay*, no qual o juiz determinou que, diante de uma colisão entre os interesses dos genitores e do filho, deveriam prevalecer os da criança. COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 26.

675 KOPELMAN, Loretta. The best-interests standard as threshold, ideal and standard of reasonableness. **The Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, v. 22, a. 3, 1997, p. 280.

legal prioritária. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) consagrou a doutrina da proteção integral – derivada da Convenção acima mencionada – e o princípio do melhor interesse; sendo que este também pode ser extraído de interpretação do art. 227 da Constituição Federal de 1988. Nos exatos termos de Heloísa Helena Barboza, “após a Constituição de 1998, o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolve qualquer criança ou adolescente”⁶⁷⁶. Evidencia-se, portanto, que essa visão que objetifica crianças e adolescentes foi superada há séculos, de forma que não podem ser meros objetos nas decisões tomadas pelos pais ou responsáveis. Não se deve cogitar dar passos para trás nesse sentido, e o art. 1.655-A parece abrir espaço nessa direção.

Para o estudo aqui proposto, é importante mencionar a chamada abordagem hipotética do princípio do melhor interesse, fundada na premissa de tomar decisões baseadas naquilo que a própria criança/adolescente escolheria para si⁶⁷⁷, quando já esteja em um estágio de autonomia progressiva em que seja possível considerar suas vontades. Giles Birchley afirma que, mesmo quando a criança/adolescente não tem maturidade para tomar a decisão por si, suas vontades devem ser consideradas para desvendar qual é o seu melhor interesse⁶⁷⁸. Em raciocínio complementar, Camila Colucci critica o fato de que, muitas vezes, a tomada de decisão que visa ao melhor interesse da criança/adolescente não leva em consideração justamente a opinião desta/deste⁶⁷⁹.

676 BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 207.

677 ELLISTON, Sarah. Setting the scene. In: ELLISTON, Sarah. **Best interest of the child in healthcare**. London: Taylor & Francis, 2007.

678 BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? **Nursing Philosophy**, Hoboken, v. 11, 2010, p. 283.

679 A autora também ressalta que “o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que se leve em conta a opinião do menor especialmente em processos judiciais

Sintetizando muitas das considerações até aqui levantadas sobre o tema, Camila Colucci ensina que apesar de a indeterminação conceitual trazer suas vantagens, já que o princípio precisa de um grau de flexibilidade para cumprir seu papel, um mínimo de diretrizes deve existir: “devem ser considerados critérios a serem analisados na busca do melhor interesse: o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prioritário e, por fim, suas preferências”⁶⁸⁰.

Diante das premissas apresentadas acerca do melhor interesse, questiona-se: como avaliar cada um desses critérios no momento de elaboração do pacto conjugal ou convivencial, antes do conflito familiar se instaurar e, pior, muitas vezes antes dos filhos terem sequer sido concebidos? Especialmente no que se refere à ideia de considerar a vontade da própria criança/adolescente, parece impossível.

A partir do exposto, entende-se que a previsão de cláusulas sobre guarda e sustento em pactos conjugais e convivenciais não é compatível com o melhor interesse das crianças e adolescentes. Conforme ressalta Gustavo Tepedino, a definição quanto à validade de cláusulas extrapatrimoniais inseridas nesses pactos⁶⁸¹ deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana, de forma que “serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade”⁶⁸²,

que envolvam direta ou indiretamente seus direitos subjetivos e seus direitos de personalidade”. COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 123.

680 COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 38

681 Reitera-se que, conforme exposto no primeiro tópico deste trabalho, Tepedino é partidário da possibilidade de inclusão de certas cláusulas extrapatrimoniais nos pactos antenupciais.

682 TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – IBDFAM**, Porto Alegre, v. 2,

o que não ocorre quanto aos filhos menores se a proposta do art. 1.655-A do Anteprojeto de Código Civil entrar em vigor. Fabiana Cardoso, em sentido semelhante, considera que as restrições legais à autonomia privada na formulação dos pactos referidos não costumam ser enumerativas nem expressas, “são muito mais exemplificativas ou extraídas dos grandes princípios que regem o direito em geral e o Direito de Família em particular”⁶⁸³, dentre estes, obviamente, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Giordano Bruno Soares Roberto identifica o problema do qual trata este trabalho e, com notável clareza e objetividade, discorre sobre a incoerência inerente ao dispositivo proposto pela Comissão nos seguintes termos:

No Código vigente, é no momento do divórcio ou da dissolução da união estável que se deve decidir sobre o cuidado com os filhos, sempre com base no melhor interesse da criança. E ainda que os pais possam e devam participar do desenho da convivência, a decisão será tomada pelo juiz, após ouvir o Ministério Público. O anteprojeto, ao deixar o tema à disposição dos pais, sobretudo num instante em que tudo vai bem, permite confirmar a vontade do mais forte e abrir caminho para todo tipo de capricho. E a presença de certas ressalvas, como a de declarar nulas⁶⁸⁴ as cláusulas gravemente prejudiciais a um dos cônjuges ou aos filhos (artigo 1.655-A, parágrafo único), não evita a prevalência de um dos pais, pois obriga o outro a buscar em juízo o reconhecimento de eventual nulidade⁶⁸⁵.

2008, p. 11.

683 CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 138.

684 Embora o autor se refira à nulidade, o parágrafo único do art. 1.655-A faz referência ao plano da eficácia.

685 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024, p. 25.

Por fim, vale ressaltar que se buscou compreender as razões de fundo específicas para a adição do art. 1.655-A na codificação, mas as respostas encontradas foram insatisfatórias e pouco esclarecedoras. Isso porque o conteúdo do dispositivo que consta no Anteprojeto – analisado ao longo deste tópico – é significativamente diferente daquele originalmente proposto pela Subcomissão de Direito de Família, o qual previa:

Art. 1.655-A. Os pactos conjugais e convencionais podem estipular cláusulas com previsão de ruptura, devendo o tabelião informar a cada um dos outorgantes, em separado, sobre o alcance da limitação ou renúncia de direitos.

Parágrafo único. As cláusulas com previsão de ruptura não terão eficácia se, no momento de seu cumprimento, mostrarem-se gravemente prejudiciais para um dos cônjuges ou companheiros, violando a proteção da família ou transgredindo o princípio da igualdade.

Como justificativa, o Relatório da Subcomissão indicava que a proposição consagrava “a possibilidade, ampara[da] no princípio da autonomia privada, de previsão de cláusula de ruptura, desde que não sejam gravemente prejudiciais para um dos cônjuges ou companheiros, violando a proteção da família ou transgredindo o princípio da igualdade”. A definição do que seria uma *cláusula de ruptura* não fica clara em nenhum momento, mas o fato é que não havia qualquer menção à guarda ou ao sustento dos filhos. A versão que se lê no Anteprojeto foi definida apenas posteriormente, em plenário da Comissão, por meio de uma emenda elaborada por José Fernando Simão; e não consta nos documentos qual foi o motivo para tal.

Isso posto, o que é possível afirmar, ao contrário do que se lê no Relatório da Subcomissão de Direito de Família, é que a possibilidade de pactos conjugais e convencionais versarem sobre guarda e sustento

dos filhos: (i) não encontra amparo em enunciados das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal; (ii) não faz referência a experiência comparativa estrangeira bem-sucedida a ser utilizada como parâmetro; (iii) não positiva interpretações consolidadas pela comunidade jurídica, seja na doutrina ou na jurisprudência; (iv) não se presta a corrigir falhas redacionais; e (v) não se vale do equilíbrio e cuidado ao necessários tratar de tema sensível como a convivência familiar e a subsistência de crianças e adolescentes⁶⁸⁶. Não se vislumbram, portanto, razões para a alteração; assim como vantagens que poderiam dela advir. A proposta é falha e sede de *causa* e de *efeito*, colocando sujeitos vulneráveis em situação consideravelmente pior do que se encontram sob a égide do Código Civil de 2002.

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Traçadas todas essas premissas, conclui-se que a possibilidade de estipular nos pactos conjugais e convencionais acerca da guarda e do sustento dos filhos, em caso de ruptura da vida comum, é incompatível com a proteção integral da criança e do adolescente e com o princípio do melhor interesse a eles aplicável. O art. 1.655-A do Anteprojeto de Código Civil, ao fazê-lo, acaba permitindo a deliberação sobre direitos indisponíveis de terceiros; afinal, não se trata de direitos dos cônjuges, mas sim das crianças e adolescentes à convivência, ao cuidado e à assistência material. Tais direitos são essenciais para garantir

686 O parágrafo faz referência ao seguinte trecho do Relatório da Subcomissão de Direito de Família: “o trabalho foi resultado das pesquisas feitas pelos membros da Comissão 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, tudo com a preocupação de atualizar o Código Civil brasileiro às transformações sociais recentes. Para além de positivar as interpretações consolidadas pela comunidade jurídica e corrigir falhas redacionais, adotou-se como diretriz fundamental a própria reestruturação do Livro de Direito das Famílias do Código Civil Brasileiro, adaptando-o, com equilíbrio e cuidado, à realidade brasileira contemporânea. A Subcomissão assumiu um grande desafio, ao reestruturar e refundar as normas de Direito de Família, que, marcadas por uma obsolescência congênita na codificação atual, exigiam necessárias mudanças”.

que o melhor interesse desses sujeitos vulneráveis será tido como prioridade em todas as circunstâncias, conforme previsto inclusive pela Constituição Federal.

Entende-se, pois, que estipulações desta natureza não têm lugar em pactos conjugais e convivenciais, pensados sobretudo para regular questões patrimoniais – já que, ainda que se defenda que cláusulas extrapatrimoniais devem ser aceitas, é preciso admitir que o instituto não foi estruturado em torno delas e que não são o foco – e elaborados em momento em que grande parte dos casais sequer possui filhos. Não há justificativa para dispor sobre guarda e sustento de filhos (que, em muitos casos, sequer nasceram) quando os conflitos familiares ainda não estão instaurados. Afinal, o melhor interesse das crianças e dos adolescentes deve ser pensado, sempre, em uma análise concreta do caso, com base nas particularidades de suas vidas e, quando possível, levando em conta suas vontades.

Para além, apesar de a ressalva contida no parágrafo único do art. 1.655-A ser relevante – pois reputa ineficazes as cláusulas sobre guarda e sustento dos filhos sempre que restarem “gravemente prejudiciais” para um dos cônjuges ou para a prole –, é insuficiente e nada mais do que uma solução parcial para um problema criado pelo próprio *caput* do dispositivo. Afinal, restará à parte prejudicada demonstrar o gravame, para, apenas então, conseguir afastar o que foi pactuado. A exceção, portanto, é importante, mas o melhor interesse dos filhos menores estaria resguardado de maneira mais eficiente se o art. 1.655-A não existisse; seguindo em vigor o disposto pelo Código Civil 2002 (em leitura conjunta com o Código de Processo Civil), com as decisões sobre guarda e sustento dos filhos menores sendo tomadas no momento do divórcio, necessariamente diante do Poder Judiciário e com intervenção do Ministério Público para salvaguardar a prevalência dos interesses dos incapazes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BIRCHLEY, Giles. What limits, if any, should be placed on a parent's right to consent and/or refuse to consent to medical treatment for their child? **Nursing Philosophy**, Hoboken, v. 11, [s.n.], 2010.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2012. 305f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

COLLUCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 0001596-43.2023.2.00.0000**, de 22 de agosto de 2024. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2024.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

ELLISTON, Sarah. Setting the scene. In: ELLISTON, Sarah. **Best interest of the child in healthcare**. London: Taylor & Francis, 2007.

KOPELMAN, Loretta. The best-interests standard as threshold, ideal and standard of reasonableness. **The Journal of Medicine and Philosophy**, Oxford, a.3, v. 22, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: famílias**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 29^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos de direito civil: direito de família**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 2, [s.n.], 2008.

OS ALIMENTOS EM RAZÃO DO PARENTESCO POR AFINIDADE NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

*Luiza Borges Reis*⁶⁸⁷

*Yasmin Pessoa Siman Carvalho*⁶⁸⁸

RESUMO: O presente texto busca analisar se as modificações dos artigos 1.566 e 1.694 do Código Civil, propostas pela comissão nomeada para elaboração do anteprojeto, estão ancoradas em significativo consenso doutrinário e em consolidada tendência jurisprudencial. Os referidos dispositivos, caso aprovados, representarão significativa mudança em matéria de alimentos no Direito de Família, uma vez que sua redação impõe ao parentesco por afinidade a obrigação de prestar alimentos. Deve-se ressaltar que essa mudança, nos moldes propostos, atende à minoria doutrinária e não se atenta para as tendências jurisprudenciais analisadas, tanto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto do Superior Tribunal de Justiça. No âmbito jurisprudencial, a tendência, mesmo entre os julgados que supostamente reconhecem a obrigação alimentar entre parentes afins, é de incluir pressupostos ligados à afetividade, e não a simples constatação de parentesco por afinidade. Além disso, os tribunais não reconhecem a legitimidade de sogros ou genros e noras para a prestação de alimentos entre si, questão que não foi observada nos artigos analisados. Por fim, verifica-se que não foram promovidas discussões sobre o assunto quando da confecção do anteprojeto, por meio das reuniões da comissão ou das audiências públicas, razões pelas quais as modificações, nesse sentido, são temerárias e incompatíveis com o entendimento atual da doutrina e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Parentesco por Afinidade. Reforma do Código Civil.

687 Advogada, formada pela Puc Minas, campus de Poços de Caldas.

688 Estudante de graduação em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, atualmente no 8o período. Assistente de apoio no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

Por meio do Ato 11, publicado no dia 24 de agosto de 2023, o Presidente do Senado nomeou uma Comissão de especialistas com o objetivo de elaborar um anteprojeto de Lei para revisão e atualização do código civil no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Conforme interpreta Giordano Bruno Soares Roberto, por meio dos pronunciamentos do presidente do Senado e do presidente da comissão de especialistas, é possível concluir que existem três motivos para a reforma: O primeiro, a defasagem do Código em relação ao contexto das novas tecnologias; o segundo, a defasagem em relação às novas realidades sociais e às famílias; e o terceiro, por fim, a preservação da segurança jurídica.⁶⁸⁹

Dessa forma, em 04 de setembro de 2023 foi realizada a primeira reunião da comissão, oportunidade na qual as subcomissões foram estruturadas e diferentes projetos metodológicos foram discutidos. Nas reuniões seguintes, as subcomissões apresentaram seus respectivos planos de trabalho e metodologias adotadas. No âmbito do Direito de Família, o relator parcial Pablo Stolze explicou que foi feita a opção de uma reestruturação completa do livro, “da própria organização sistemática”, ao argumento de que a estrutura do Código de 2002 já estaria envelhecida⁶⁹⁰

Stolze explicou, ainda, que foi feita uma divisão dos artigos entre os integrantes da subcomissão, um “loteamento”, tendo em vista o curto prazo concedido. O direito pessoal, ou existencial, foi atribuído ao próprio relator parcial e à Maria Berenice Dias; o direito patrimonial ao doutrinador Rolf Madaleno; e a tutela, curatela e alimentos ao Ministro Marcos Buzzi.⁶⁹¹

689 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

690 TV SENADO. **Senado cria comissão de juristas para atualizar o Código Civil**. Youtube, 24 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UxzbQHvgdVw>

691 TV SENADO. **Senado cria comissão de juristas para atualizar o Código Civil**. Youtube, 24 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/>

Após reuniões e audiências públicas, que discutiram muitos temas objetos de reforma, a comissão entregou o anteprojeto ao Senado no dia 17 de abril de 2024. Conforme atesta o relatório final, foram propostas inúmeras modificações e inovações legislativas em todos os livros.⁶⁹²

No âmbito do Direito de Família, matéria que foi profundamente modificada, merece destaque a alteração de dois dispositivos, o artigo 1.566, §1º e §2º, e o artigo 1.694, §2º, uma vez que regulamentaram expressamente -e pela primeira vez- os alimentos devidos em decorrência do parentesco por afinidade, tema alvo de muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileira.

O Artigo 1.566, §1º e §2º, atribuiu aos cônjuges e conviventes o dever de manutenção da convivência e do compartilhamento de despesas com filhos e dependentes mesmo após o fim da sociedade conjugal ou convivencial. Em outras palavras, o dispositivo obriga os ex-cônjuges e ex-companheiros a compartilharem o convívio e as despesas não só dos filhos em comum, mas também dos “dependentes”, que geralmente são os enteados, bem como sogros e sogras que viviam com o casal. Na prática, limitando-se ao âmbito dos alimentos, a alteração equivale a estabelecer a obrigação alimentar em razão do vínculo da afinidade, e não necessariamente da afetividade, como regra.

Por sua vez, o Artigo 1.694, §2º é ainda mais incisivo, pois estabelece que “a obrigação de prestar alimentos independe da natureza do parentesco e da existência de multiparentalidade”. No código vigente, essa diferenciação não é feita e, classicamente, entende-se que os parentes por afinidade não possuem o direito recíproco de cobrar e receber alimentos. Além disso, a reestruturação profunda realizada pela reforma posicionou o artigo 1.512-F, que trata

watch?v=UxzbQHvgdVw

692 TV SENADO. **Senado realiza debates temáticos sobre anteprojeto do novo Código Civil.** Youtube, 17 de abr. de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J5MfBnTpgxA>.

do vínculo da afinidade, no capítulo II, intitulado “Das pessoas na família”.

Neste ponto, é imprescindível salientar que, apesar de o termo “parentesco” ter sido suprimido do §1^a do artigo 1.595, que passou a ser o artigo 1.512-F no anteprojeto, entende-se por uma interpretação teleológica do código e pela própria topografia do artigo, que pertence ao capítulo “Das pessoas na família”, que o vínculo da afinidade não deixou de integrar a família e gerar, de fato, vínculo de parentesco.

É de se considerar que o entendimento de que a afinidade gera parentesco, ainda que com significativas diferenças quanto a direitos e deveres, é consolidado na doutrina e na jurisprudência, de modo que a maior parte dos autores classifica o parentesco como natural, civil e por afinidade.

É nesse sentido que Rolf Madaleno explica que “Também a afinidade ingressa no conceito de parentesco em razão do vínculo criado a partir do casamento ou do companheirismo que une cada um dos cônjuges ou conviventes aos parentes um do outro.”⁶⁹³.

Outro ponto a ser considerado é que a alteração do artigo 1.566, que impõe aos padrastos e madrastas a obrigação de compartilhar as despesas de seus enteados, corrobora a ideia de que pessoas ligadas pelo vínculo da afinidade, para o anteprojeto, também são alcançadas pela obrigação alimentar.

Por fim, também é de suma importância a própria localização do artigo, que integra o capítulo “Das pessoas na família”, uma vez que a redação “Das relações de parentesco”, utilizada no código civil de 2002, foi excluída do anteprojeto.

Por essas razões, não nos parece razoável assumir que a interpretação do novo §2º do artigo 1.694 excluirá a noção de parentes por afinidade, uma vez que já amplamente consolidada.

De qualquer forma, independentemente da interpretação atribuída pela doutrina e pela jurisprudência, a insegurança jurídica que já permeia a questão tende a ser ainda mais intensificada, pois

693 MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.

não foram apresentadas justificativas para a supressão do termo parentesco e, no mesmo texto, a manutenção dos outros artigos quanto ao vínculo da afinidade.

Assim, é notório que as duas novas redações tratam de questões que alteram a realidade familiar de inúmeros brasileiros e têm o potencial de causar perturbação na esfera íntima de diversas famílias. Por esse motivo, busca-se analisar se as referidas alterações possuem respaldo doutrinário e jurisprudencial e, ainda, se foram entregues justificativas plausíveis para tais inovações nos relatórios da comissão e da subcomissão.

1 O PARENTESCO POR AFINIDADE NO BRASIL

Em análise, inicialmente, ao que tange o âmbito interno brasileiro, mais especificamente ao Código Civil de 1916, nota-se que o parentesco por afinidade foi objeto da legislação por duas vezes, nos artigos 334 e 335, os quais dispunham que cada cônjuge é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade e que a afinidade não extingue com a dissolução do casamento que a originou. No Código de 1916, a consequência prática para o parentesco por afinidade era apenas o impedimento do casamento entre parentes afins.⁶⁹⁴

Por sua vez, o Código Civil de 2002 não promoveu mudanças significativas em relação ao parentesco por afinidade, apenas permitiu que o vínculo surgisse, além do casamento, em decorrência da união estável.⁶⁹⁵

É possível notar que, em ambos os códigos, a legislação não cuida de atribuir ao parentesco por afinidade consequências jurídicas

694 PAES, Naddine Sales Callou Esmeraldo. A pensão alimentícia a partir do parentesco por afinidade: possibilidade e fundamentos jurídicos no Brasil. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 16, n. 3, pág 168-187, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7789>. Acesso em: 10 de setembro de 2024.

695 PAES, Naddine Sales Callou Esmeraldo. A pensão alimentícia a partir do parentesco por afinidade: possibilidade e fundamentos jurídicos no Brasil. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 16, n. 3, pág 168-187, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7789>. Acesso em: 10 de setembro de 2024.

relacionadas à convivência ou ao dever alimentar, pois visa apenas evitar conflitos familiares ao impedir o casamento entre genros e sogras ou padrastrós e enteadas, por exemplo.

Contudo, Maria Berenice Dias se encarregou de capitanear uma corrente de entendimento que atribui sentido jurídico aos parentes por afinidade e, para tanto, defende a subsistência da obrigação alimentar entre afins, uma vez que dissolvido o casamento ou a união estável não se extingue o parentesco por afinidade:

Dissolvido o casamento ou a união estável, não se extingue o parentesco por afinidade na linha reta (CC 1.595,§2º). Ora, se subsiste o vínculo de parentesco por afinidade, para além do fim do casamento e da união estável, a obrigação alimentar também deve permanecer. Dissolvido o relacionamento, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Portanto, não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem condições de prover o próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos. Na impossibilidade de estes prestarem algum auxílio, pela permanência do vínculo de afinidade, que tem por base a solidariedade familiar, é de se reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidade. **Claro que a tese não tem o respaldo da doutrina e não vinga na justiça.**⁶⁹⁶

Sendo assim, defende que dissolvido o relacionamento é possível que tanto o ex-sogro peça alimentos ao ex-genro, como este pedir àquele. Dessa forma, argumenta-se que é preciso reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidade. É importante salientar que a própria autora

696 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

reconhece que referido entendimento não tem respaldo na doutrina e “não vinga na justiça”. Por outro lado, em relação ao parentesco por afinidade entre padrastos e enteados, assinala a autora que a justiça tem reconhecido a obrigação alimentar.⁶⁹⁷

No entanto, essa posição não é respaldada por muitos doutrinadores, como o próprio Pablo Stolze, relator parcial da subcomissão de Direito de Família. Ele defende que a concepção de parentesco por afinidade é normalmente considerada pelo legislador para impedir a aquisição de algum direito ou situação de vantagem, em virtude da aproximação afetiva que pode ocorrer entre os parentes afins e suas famílias, de modo que a concepção de parentesco por afinidade tem por finalidade a preservação de interesses de fundo moral. Desse modo, conclui que não há entre parentes afins a obrigação de alimentos.⁶⁹⁸

Na mesma linha de entendimento, Rolf Madaleno: “O parentesco por afinidade não concede nenhum direito, como por exemplo, alimentos ou herança *ab intestato*, embora sejam impostas certas limitações, como a proibição de núpcias com os afins em linha reta, sogros(as) e enteados(as) (CC, art. 15.21, inc II)”.⁶⁹⁹

Além disso, Flávio Tartuce dispõe que reconhece que o entendimento capitaneado pela autora Maria Berenice Dias é minoritário, manifestando que sua posição é de que entre genros, noras, sogros e sogras não existe possibilidade de reconhecer a obrigação alimentar.⁷⁰⁰

Em relação ao parentesco por afinidade entre padrastos, madrastas e enteados, o autor defende que é possível estabelecer obrigação alimentar, sob a justificativa de que a Lei 11.924/2009

697 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

698 GANGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito Civil, volume 6 (direito de família)**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 09 de fevereiro de 2020.

699 MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.

700 TARTUCE, Flávio. **Direito civil, volume 5 (direito de família)**. Rio de Janeiro: Editora Gen Jurídico.

possibilitou que enteados utilizem o sobrenome do padrasto ou madrasta desde que exista justo motivo, defendendo, assim, que o vínculo entre tais pessoas não deverá ser apenas para os fins de uso do nome, principalmente em tempos de valorização da socioafetividade.⁷⁰¹

Em suma, o que se percebe é que a legislação não trata especificamente sobre a obrigação alimentar decorrente do parentesco por afinidade, tendo Maria Berenice Dias defendido esse entendimento em seus manuais, não tendo respaldo entre a maioria dos autores.

Além disso, é válido ressaltar que mesmo os autores que defendem a possibilidade de reconhecimento de obrigação alimentar entre parentes por afinidade o fazem, via de regra, especialmente para resguardar a relação padrasto e madrasta e seus respectivos enteados, abordando elementos de socioafetividade e multiparentalidade. Por outro lado, a possibilidade de reconhecimento da obrigação entre ex-sogro e ex-nora, por exemplo, é rechaçada por grande parte dos doutrinadores.

2 O QUE DIZEM OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O ASSUNTO

Com a existência de uma corrente doutrinária que defendesse a possibilidade de alimentos em decorrência do parentesco por afinidade, não precisou de muito para que demandas pleiteando alimentos em razão desse parentesco chegassem até os tribunais brasileiros.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada, principalmente, a partir dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que é o órgão responsável por assegurar, efetivamente, a uniformidade da interpretação da Legislação Federal, e do Tribunal de Justiça de Minas

701 TARTUCE, Flávio. **Direito civil, volume 5 (direito de família)**. Rio de Janeiro: Editora Gen Jurídico.

Gerais, tendo em vista que a presente discussão acontecerá em um Congresso Mineiro.

De uma análise cuidadosa de julgados dos referidos Tribunais, verifica-se que a questão está longe de ser unânime. Por um lado, grande parte das decisões não reconhece a legitimidade entre parentes afins para pedir alimentos uns aos outros, adotando entendimento de que a utilidade da classificação é, de fato, apenas restritiva.

Em exórdio, chama atenção para a ementa colacionada abaixo decorrente do Agravo de Instrumento de nº 1.000.00.230211-5.000, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 18 de outubro de 2001, de relatoria de Isalino Lisbôa, ainda na vigência do Código de 1916⁷⁰²:

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ARBITRAMENTO HOSTILIZADO DO VALOR COMPOSTO. PRETENSÃO DEDUZIDA POR NORA, EM VISTA DOS SOGROS E MARIDO. IMPOSSIBILIDADE QUANTO AOS MESMOS. PARENTESCO POR AFINIDADE. PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA. CONTINUAÇÃO DA AÇÃO APENAS QUANTO AO MARIDO. INIDENTIFICAÇÃO DE NECESSIDADES, PREMENTES, CONSUBSTANCIADORA DE POSSÍVEL ALTERAÇÃO, PARA MAIOR, DO PENSIONAMENTO. RECURSO IMPROVIDO. (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0000.00.230211-5/000, Relator(a): Des. (a) Isalino Lisbôa , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/10/2001, publicação da súmula em 09/11/2001).

É possível observar por meio da leitura que trata-se de um pedido de pensão alimentícia realizado por uma nora em face do ex-marido e do sogro. Contudo, o Tribunal exarou entendimento de que o sogro

702 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.000.00.230211-5/000**. Desembargador Isalino Lisbôa. Belo Horizonte. 18 out 2001. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 29 de ago. 2024.

não deveria configurar no polo passivo da demanda, ao argumento de que “embora a afinidade não se dissolva pela morte do cônjuge, ela não municia, no ordenamento legislativo atual e específico, direito à pretensão de alimentos aos sogros”.⁷⁰³

Na mesma linha, já na vigência do Código Civil de 2002, pedido semelhante também foi indeferido⁷⁰⁴:

FAMÍLIA - AÇÃO DE ALIMENTOS - PRETENSÃO FORMULADA EM FACE DO GENITOR E DO AVÔ PATERNO - EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR - OBRIGAÇÃO DO AVÔ AFASTADA - PRETENSÃO ALIMENTAR FORMULADA PELA NORA EM DESFAVOR DO SOGRO - EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - SENTENÇA MANTIDA. - Em se tratando de pretensão de recebimento de alimentos em face do avô paterno, não obstante se revele possível a imposição do aludido ônus àquele, para o deferimento do pedido, mister se demonstre a real impossibilidade do genitor em adimplir a obrigação, sem o que não há se falar em obrigação imediata advinda da relação avoenga. - Ademais, o Código Civil de 2002 não assegura o direito/obrigação alimentar entre pessoas ligadas por vínculo de afinidade, como é o caso de sogro e nora. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.10.014945-2/002, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/02/2011, publicação da súmula em 01/04/2011).

703 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.000.00.230211-5/000**. Desembargador Isalino Lisbôa. Belo Horizonte. 18 out 2001. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 29 de ago. 2024.

704 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0145.10.014945-2/002**. Desembargador Geraldo Augusto. Belo Horizonte. 22 fev 2011. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 02 set. 2024.

Por outro lado, existe uma parcela dos julgados que reconhece a possibilidade de prestações alimentícias entre parentes afins. No entanto, há uma tendência em reconhecer o direito com fundamento em elementos de socioafetividade, e não necessariamente no parentesco por afinidade. Por essa razão, nos casos em que há o reconhecimento da obrigação, via de regra é estabelecido o dever de padrastos e madrastas a pagar alimentos a seus respectivos enteados, mas não se encontram muitos exemplos entre sogro e sogra, genros e noras.

Na prática, verifica-se que não se trata apenas de uma “interpretação extensiva” do Artigo 1.694, pois mesmo nos julgados que reconhecem a legitimidade de parentes afins para ações de alimentos, os pretensos alimentandos precisam comprovar uma série de requisitos que, por óbvio, não decorrem da lei, mas de interpretações casuísticas que pretendem aferir se havia ou não afetividade (e não vínculo por afinidade) entre as partes.

A título de exemplificação, recente Agravo de Instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Kildare Carvalho, manteve o indeferimento de um pedido de fixação de alimentos avoengos proposto em face do cônjuge da avó das crianças, ou seja, em face de um parente por afinidade.

Muito embora tenha reconhecido que “é possível a extensão da obrigação de prestar alimentos aos parentes afins”, o voto demonstra que a ausência de comprovação de relação socioafetiva entre as partes, ou “vínculo de afinidade e afetividade”, conforme ementa, foi determinante para a manutenção da decisão agravada, que havia indeferido o pedido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS AVOENGOS - PARENTESCO POR AFINIDADE - VÍNCULO AFETIVO - NÃO DEMONSTRADO - CARÁTER SUBSIDIÁRIO E COMPLEMENTAR - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - RECURSO

DESPROVIDO. A obrigação dos avós de prestar alimentos aos netos é subsidiária e complementar à dos genitores. Somente são devidos alimentos avoengos se a parte demandada não tiver condições de arcar com o encargo sem prejuízo do próprio sustento. Ainda que possível a extensão da obrigação de prestar alimentos aos parentes afins, para a fixação da verba deve ser demonstrado o vínculo de afinidade e afetividade. Uma vez não demonstrada a eventual necessidade de complementação financeira em relação aos gastos das menores, bem como a possibilidade do demandado em prestar os alimentos pleiteados, o indeferimento da tutela de urgência é medida que se impõe. (TJMG - Agravo de Instrumento - Cv 1.0000.20.501047-3/001, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/09/2021, publicação da súmula em 03/09/2021)⁷⁰⁵.

No mesmo sentido, a decisão proveniente do AREsp 1118984 determinou que o padrasto deveria pagar alimentos à enteada com justificativa pautada na socioafetividade, e não na afinidade no sentido estrito da legislação, conforme é possível aferir no trecho do voto do relator colecionado abaixo:

Assim, comprovado nos autos, mediante farta prova documental e testemunhal, que o demandado, ao longo do duradouro relacionamento mantido com a companheira, dedicou aos filhos dela, como se fossem seus, educação, atenção, amor, carinho, e preocupação de feições inegavelmente paternalistas, dispensando a eles, ainda, necessário apoio moral e material, é legítimo o interesse deles de obter a

705 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.501047-3/001**. Desembargador Kildare Carvalho. Belo Horizonte. 02 nov 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&Acesso em: 18 nov 2024>

verba assistencial caso comprovem, nos termos do art. 1.694, sua efetiva necessidade.⁷⁰⁶

É importante, neste ponto, chamar atenção para o fato de que a paternidade socioafetiva difere do parentesco por afinidade, entendendo-se a socioafetividade como condutas objetivas que envolvem criar, educar e assistir a prole. Por sua vez, o parentesco por afinidade seria apenas o “vínculo jurídico que se estabelece entre uma pessoa e os parentes do seu cônjuge ou companheiro, em decorrência do casamento ou da união estável”⁷⁰⁷

Sendo assim, é preciso notar que um padrasto pode assumir uma paternidade socioafetiva em relação aos seus enteados, contudo, essa não será a regra de todos os núcleos familiares, tendo em vista que nem todo padrasto é pai socioafetivo. Este é, aliás, entendimento já exarado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, que chamou atenção para os perigos de se adotar, na prática, uma “presunção de socioafetividade” no AREsp 2614995⁷⁰⁸:

Não se pode ou deve, contudo, elastecer demonstrações de afeição e cuidado entre um adulto e uma criança ou adolescente, mesmo que perenes, a ponto de com prodigalidade transvertê-las numa relação paterno-filial dando-lhe força de verdadeiro perfilhamento, autorizando-se uma espécie do que se poderia chamar ‘adoção tácita’.

Ora, aquele que quer adotar, adota. Se esta vontade não é formalizada (ou quando menos exteriorizada

706 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1118984**. Ministro Raul Araújo. Brasília. 28 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.data=&dtpb=&dtde=&tp=P&operador4>. Acesso em: 02 set. 2024.

707 VALADARES, Isabela Farah. Da desconstituição da paternidade pela ausência de socioafetividade. **Revista Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, p. 2-24 2007. Disponível em: <https://revista..> Acesso em: 03 de set. 2024.

708 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2614995**. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Brasília. 02 set. 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/=true&livre=presun%E7%E3o+socioafetividade>. Acesso em: 03 set. 2024.

objetiva e claramente), seu reconhecimento há de vir de elementos probantes sólidos do correspondente elemento subjetivo, capazes de apontar com segurança real intensão voltada à constituição de um vínculo paternal.

Pensar diversamente, diga-se ad argumentandum tantum, poderia implicar em indesejável causação de temor na exteriorização de sinais de carinho e zelo entre padrastos e enteados, por exemplo, isto quando não desejam aqueles o reconhecimento da adoção destes, vale dizer com todas as implicações decorrentes, dentre elas as de natureza sucessória.

Portanto, por meio da análise realizada, é perceptível que o entendimento majoritário dos tribunais é de que o parentesco por afinidade não é suficiente para gerar obrigação alimentar, de modo que, na maioria dos casos em que há concessão de pensão alimentícia de padrastos para enteados, os votos são pautados na socioafetividade, que, na verdade, deveria ser reconhecida pelos envolvidos de forma espontânea.

Assim, a tendência observada é que os tribunais, a partir do caso concreto, avaliam se aquela relação tem indícios de afinidade, no sentido subjetivo do termo, de modo que conferem alimentos em razão dessa socioafetividade, muitas vezes presumida, e não da simples existência do parentesco por afinidade.

3 A PROPOSTA DO ANTEPROJETO

Em seu parecer de n.º 1, disponibilizado em 15 de dezembro de 2023, a subcomissão de Direito de Família propôs, quanto ao artigo 1.694, a ideia de transformar o §1º em §1º-B e acrescentar o §1º-A, com a seguinte redação: “A obrigação de prestar alimentos existe independentemente da natureza do parentesco e da existência de multiparentalidade.”.

No referido arquivo, o artigo 1.694 foi inserido no tópico “Alimentos em multiparentalidade” e a justificativa para a inclusão da norma foi de equiparar os dois ou mais pais, ou duas ou mais mães, aos ascendentes originários, para os fins alimentares.

Contudo, não foi apresentada nenhuma justificativa sobre a primeira parte do artigo, que dispõe que a obrigação de prestar alimentos existe independentemente da natureza do parentesco.

Nesse sentido, tanto a redação do artigo quanto a ausência de justificativa gera, irremediavelmente, dúvidas quanto à interpretação do dispositivo, especialmente porque em outros artigos, como 1.512-C e 1.512-D, a comissão inseriu expressões como “seja o parentesco natural ou civil”.

Após análise da relatoria-geral, a ordem dos parágrafos proposta pela subcomissão foi alterada, mas foi mantida a integralidade da redação no §2º. Já no texto final, apresentado no anteprojeto, o dispositivo restou redigido da seguinte forma:

Art. 1.694. Podem os parentes em linha reta, os cônjuges ou conviventes e os irmãos pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º A obrigação de prestar alimentos independe da natureza do parentesco e da existência de multiparentalidade.

§ 3º Para a manutenção dos filhos, os cônjuges ou conviventes contribuirão na proporção de seus recursos.

§ 4º Havendo fundados indícios sobre a adequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode solicitar esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.

§ 5º A violência doméstica impede o surgimento da obrigação de alimentos em favor de quem praticou a agressão.

É válido ressaltar que a única discussão quanto ao referido artigo nas reuniões da comissão se deu quanto ao §5º, que trata da questão de violência doméstica, de modo que não houve a promoção de debates quanto aos alimentos advindos do parentesco por afinidade.

Já a alteração do artigo 1.566 não foi proposta pela subcomissão, e sim pelos relatores gerais, que haviam proposto, a princípio, a inserção do §1º e do §2º. Quanto a este dispositivo, não houve discussão nas reuniões da comissão e a versão final do anteprojeto foi a seguinte:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges ou conviventes:

IV - de forma colaborativa assumirem os deveres de cuidado, sustento e educação dos filhos, dividindo os deveres familiares de forma compartilhada.

§ 1º Ainda que finda a sociedade conjugal ou convivencial, excônjuges ou ex-conviventes devem compartilhar, de forma igualitária, o convívio com filhos e dependentes.

§ 2º Igualmente devem os ex-cônjuges e ex-conviventes compartilhar as despesas destinadas à manutenção dos filhos e dos dependentes, bem como as despesas e encargos que derivem da manutenção do patrimônio comum.

§ 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.

Considerando uma interpretação sistemática de todo o código e a própria alteração dos dois dispositivos, é possível afirmar que, de fato, o anteprojeto impõe como resultado do parentesco por afinidade a obrigação de pagar alimentos.

Há de se ressaltar, contudo, que não foram feitas outras alterações que esclareçam, por exemplo, se a obrigação dos parentes afins será subsidiária frente aos parentes naturais ou consanguíneos, ou mesmo como e se a obrigação persistirá após finda a união estável ou o casamento.

Dessa forma, a despeito da ausência de discussões nas audiências públicas e da falta de justificativas nos relatórios parciais e gerais, o anteprojeto propõe uma modificação substancial, pois a obrigação de prestar alimentos aos parentes afins passa a ser principal.

Repise-se que a maior parte da doutrina e da jurisprudência, mesmo dentre as que reconhecem a possibilidade da obrigação alimentar entre parentes afins, aborda inúmeros outros critérios, premissas e discussões que sequer foram levantados pelo anteprojeto, de modo que a aprovação do texto é, neste ponto, temerária.

4 EXEMPLOS DE LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS QUE TRATAM SOBRE O TEMA

Analisaremos neste tópico duas legislações que tratam de alimentos em razão do parentesco por afinidade, quais sejam a alemã e a argentina, escolhidas para a análise por serem dois países que regulamentam os direitos envolvendo o parentesco por afinidade, mais especificamente os padrastos e madrastas e seus enteados. Por esse motivo, verificaremos se a proposta do anteprojeto propõe algo semelhante ao que essas legislações propuseram.

Primeiro, ao analisar o Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch), é possível perceber que a figura do padrasto não é regulada de forma específica, de modo que pode ser versada sob diferentes perspectivas jurídicas. Nesse sentido, é importante perceber que a autoridade parental das famílias recompostas, bem como, seus efeitos jurídicos estão presentes no “Livro 4, Direito de Família, Título 5, Custódia Parental, Seção I687b, poderes de guarda

parental do cônjuge.”, a qual dispõe que⁷⁰⁹: “O cônjuge de um genitor com guarda parental exclusiva que não seja genitor da criança tem o poder, em acordo com o genitor com guarda parental, de tomar decisões conjuntas em questões da vida cotidiana da criança. A seção 1629 (2), sentença 1, aplica-se de acordo”.

É possível notar que a legislação alemã atribui o que a doutrina chama de “pequeno pátrio poder” aos padrastos e madrastas, de modo que, o “poder” é atribuído ao cônjuge que não é o pai ou a mãe biológica da criança e permite que ele tome decisões com o apoio do genitor ou genitora que detém a guarda assuntos do dia a dia da criança.⁷¹⁰

No mais, o ordenamento civil germânico ainda legislou em relação às visitas dos padrastos e madrastas na Seção 1685 em sua segunda subseção⁷¹¹:

(2) O mesmo se aplica às pessoas com as quais a criança se relaciona intimamente, se elas tiverem ou tiverem tido responsabilidade real pela criança (relacionamento social e familiar). Em geral, presume-se que a responsabilidade real foi assumida se a pessoa viveu por um longo período em comunidade doméstica com a criança.

709 GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrastio e madrastio sob a perspectiva do princípio da solidariedade. **Seqüência Publicação de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Santa Catarina, v. 42, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Khtmyq5KMptMHpM7FQRpVdJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 set. 2024.

710 PAES, F. T. GOULART, L., RESGALA, Júnior R. M. Reconhecimento jurídico dos padrastos e madrastas como figura familiar: um estudo sobre a necessidade de regulamentação do instituto. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.9, n.9, p. 1448-1460, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11273>. Acesso em: 12 de setembro de 2024.

711 GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrastio e madrastio sob a perspectiva do princípio da solidariedade. **Seqüência Publicação de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Santa Catarina, v. 42, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Khtmyq5KMptMHpM7FQRpVdJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 set. 2024.

Sendo assim, o ordenamento alemão, por meio do artigo anteriormente transcrito, reconheceu o direito de visitação às pessoas que tenham ou tiveram uma responsabilidade em relação à criança.

Em relação ao dever de prestar alimentos, o Código Civil alemão determina no par. 1 1374 (4) BGB que a prestação de alimentos é cabível nos casos de morte do progenitor, no entanto, nas situações de rompimento do vínculo conjugal decorrente de divórcio não há previsão de alimentos.⁷¹²

O novo Código Civil Argentino também dispõe como deve configurar a atuação dos padrastos e madrastas, de modo a outorgar amparo jurídico para as famílias recompostas, regulamentação localizada no segundo livro do “*Código Civil y Comercial de la Nación*” no título VII, *Responsabilidad parental*, capítulo 7: *Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines*.

Assim, o artigo que inicia o capítulo (artigo 672) define o que é progenitor afim, definindo como o cônjuge ou companheiro que vive com a pessoa encarregada dos cuidados pessoais da criança ou do adolescente.⁷¹³

O artigo subsequente (artigo 673) dispõe sobre os deveres dos “progenitores afim”, mantendo o “poder” principal do genitor da criança ou adolescente, dispondo que o cônjuge ou o unido de fato de um progenitor deve cooperar na criação e educação dos filhos do outro progenitor, praticar atos cotidianos relativos à sua educação no âmbito doméstico e tomar decisões em situações de emergência. Além disso, o artigo também frisa que nos casos em que houver desacordo com o progenitor e o seu cônjuge ou companheiro, prevalece o progenitor

712 GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrastio e madrastio sob a perspectiva do princípio da solidariedade. **Seqüência Publicação de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Santa Catarina, v. 42, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Khtmyq5KMptMHpM7FQRpVdJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 set. 2024.

713 PAES, F. T. GOULART, L., RESGALA, Júnior R. M. Reconhecimento jurídico dos padrastos e madrastas como figura familiar: um estudo sobre a necessidade de regulamentação do instituto. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.9, n.9, p. 1448–1460, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11273>. Acesso em: 12 de setembro de 2024.

e deixa claro que a colaboração não afeta os direitos dos titulares das responsabilidades parentais.⁷¹⁴

Em relação à obrigação alimentar, dispõe o Código Civil Argentino em seu artigo 676 que a obrigação do cônjuge ou convivente em relação aos filhos do outro tem caráter subsidiário, no entanto, o dever cessa nos casos de dissolução do vínculo conjugal ou de ruptura da convivência, podendo ser fixada uma taxa de assistência temporária a depender do caso, sendo levada em consideração as condições de fortuna do devedor, as necessidades do segurado e o tempo de convivência.⁷¹⁵

Por meio dessa análise das legislações supracitadas, nota-se que tanto a legislação alemã quanto a legislação argentina tiveram cuidado ao inserir direitos e deveres para os parentes afins, de modo que ambas estabelecem a obrigação alimentar de maneira diferente da estabelecida aos genitores, por exemplo. Além disso, não abrem brecha, como fazem as propostas do anteprojeto, para genros, noras, sogros e sogras.

Ademais, é possível verificar que os ordenamentos supracitados estabelecem um contexto jurídico para a relação, com a definição e poderes, embora menores do que aqueles que sejam os genitores.

Nesse sentido, o anteprojeto entregue não se preocupa em estabelecer um contexto jurídico, ampliando a obrigação alimentar não só aos padrastos e madrastas e enteados, como também aos sogros, genros e noras, o que implica em entregar nas mãos do Judiciário os parâmetros em que serão estabelecidos os alimentos

714 PAES, F. T. GOULART, L., RESGALA, Júnior R. M. Reconhecimento jurídico dos padrastos e madrastas como figura familiar: um estudo sobre a necessidade de regulamentação do instituto. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.9, n.9, p. 1448–1460, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11273>. Acesso em: 12 de setembro de 2024.

715 GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrastio e madrastio sob a perspectiva do princípio da solidariedade. **Sequência Publicação de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Santa Catarina, v. 42, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Khtmyq5KMptMHpM7FQRpVdJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 set. 2024.

em razão do parentesco por afinidade, de modo a gerar uma evidente insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

Em suma, o que se conclui com o presente texto é que, do ponto de vista legislativo, tanto o Código de 1916 quanto o de 2002 não atribuem aos parentes por afinidade consequências jurídicas relacionadas à convivência ou ao dever alimentar. Na prática, o interesse maior é de impedir conflitos familiares ao proibir o casamento entre genros e sogras ou padrastos e enteadas.

Contudo, verificou-se que Maria Berenice Dias, uma das autoras do anteprojeto, capitaneou entendimento diverso exarado em seus manuais, defendendo que, partindo do pressuposto de que o parentesco por afinidade não se extingue após o casamento ou união estável, a obrigação alimentar também deverá permanecer.

Esse entendimento não é respaldado por muitos doutrinadores, como Pablo Stolze, presidente da subcomissão de direito de família na reforma do Código, e Rolf Madaleno, também integrante da referida subcomissão. Trata-se, portanto, de entendimento minoritário.

Do ponto de vista jurisprudencial, é possível verificar que o entendimento majoritário dos tribunais é de que o parentesco por afinidade não é suficiente para gerar obrigação alimentar, de modo que, até mesmo nos casos em que há o reconhecimento da obrigação, a concessão de pensão alimentícia pauta-se por elementos da socioafetividade, especialmente nos casos que envolvem padrastos/madrastas e seus respectivos enteados.

Da análise do anteprojeto, verifica-se que as modificações dos artigos que tratam dos alimentos advindos do parentesco por afinidade foram propostas em fases diferentes e por órgãos diferentes, uma vez que a alteração artigo 1.566 partiu dos relatores gerais e o 1.694 da subcomissão.

Verifica-se, ainda, que o tema não foi discutido entre os integrantes da comissão durante as reuniões e audiências públicas realizadas. Além disso, não foram apresentadas justificativas, jurisprudências de tribunais superiores ou mesmo jornadas de Direito Civil que embasassem as novas redações.

Em suma, a obrigação alimentar imposta aos parentes afins, nos moldes em que proposta, não atende à doutrina majoritária e às condições e premissas consolidadas pela jurisprudência, de modo que o objetivo de efetivar a segurança jurídica por meio da reforma não será, neste ponto, alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1118984**. Ministro Raul Araújo. Brasília. 28 set. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1118984%3C%2Fb%3E&b=DTXT&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&data=&dtpb=&dtde=&tp=P&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=1118984>. Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2614995**. Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas. Brasília. 02 set. 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3Epresun%2E7%2E3o+socioafetividade%3C%2Fb%3E&b=DTXT&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&data=&dtpb=&dtde=&tp=P&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=presun%2E7%2E3o+socioafetividade>. Acesso em: 03 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GANGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito Civil, volume 6 (direito de família)**. 10^a edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

GHILARDI, Dóris; PAIANO, Daniela Braga. O direito fundamental aos alimentos com base nas relações de padrastio e madrastio sob a perspectiva do princípio da solidariedade. **Sequência Publicação de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Santa Catarina, v. 42, Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/Khtmyq5KMptMHpM7FQRpVdJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 03 set. 2024.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.501047-3/001**. Desembargador Kildare Carvalho. Belo Horizonte. 02 nov 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=12&totalLinhas=26&paginaNumero=12&linhasPorPagina=1&palavras=alimentos%20afinidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 18 nov 2024.

PAES, Naddine Sales Callou Esmeraldo. A pensão alimentícia a partir do parentesco por afinidade: possibilidade e fundamentos jurídicos no Brasil. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 16, n. 3, pág 168-187, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7789>. Acesso em: 10 de setembro de 2024.

PAES, F. T. GOULART, L., RESGALA, Júnior R. M. Reconhecimento jurídico dos padrastos e madrastas como figura familiar: um estudo sobre a necessidade de regulamentação do instituto. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.9, n.9, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11273>. Acesso em: 12 de setembro de 2024.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 5 (direito de família)**. Rio de Janeiro: Editora Gen Jurídico.

TV SENADO. **Senado cria comissão de juristas para atualizar o Código Civil**. Youtube, 24 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UxzbQHvgdVw>

TV SENADO. **Senado realiza debates temáticos sobre o anteprojeto do novo Código Civil.** Youtube, 17 de abr. de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J5MfBnTpgxA>.

VALADARES, Isabela Farah. Da desconstituição da paternidade pela ausência de socioafetividade. **Revista Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, n° 50, p. 2-24 2007. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/170>. Acesso em: 03 de set. 2024.

PRESTAÇÃO DE CONTAS DE ALIMENTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: A ALTERAÇÃO PROPOSTA PELA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Rayara Regina Conceição da Silva*⁷¹⁶

*Ryan Emmanuel do Carmo Cruz*⁷¹⁷

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as alterações propostas no anteprojeto de reforma do Código Civil em relação às hipóteses de cabimento da exigência, pelo alimentante, de apresentar prestação de contas da destinação dos alimentos recebidos. Para isso, primeiramente, analisaremos a prestação de contas dos alimentos nas obras de Direito Civil de especialistas compuseram Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, para, em seguida, analisar o status jurisprudencial, com análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, especialmente, em relação aos entendimentos do STJ sobre as situações fáticas que autorizam tal pretensão. Ato contínuo, analisaremos as propostas legislativas em tramitação sobre o tema, especialmente o PL 1805/2022, para então, avaliar a alteração proposta para o artigo 1.694 do Código Civil, com destaque para a inclusão do § 4º.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Prestação de contas de alimentos. Reforma do Código Civil.

INTRODUÇÃO

O artigo 1.583, § 5º do Código Civil de 2002 disciplina a obrigatoriedade de o pai ou a mãe que não detém a guarda unilateral

716 Bacharel em Direito pela UFMG. Advogada. Advogada Orientadora na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da Faculdade de Direito da UFMG. Orientadora no Laboratório de Práticas Colaborativas da DAJ FDUMG.

717 Graduado em Direito pela UFMG. Orientadora na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG. Possui Formação em Práticas Colaborativas pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/MG. Membro da Comissão de Práticas Colaborativas da OAB/MG.

supervisionar os interesses de seu filho, e, para isso, “qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” De acordo com a legislação, emergiria, então, a possibilidade de requerer a prestação de contas dos alimentos por aquele que não detém a guarda unilateral do alimentando.

Com o anteprojeto de reforma do Código Civil, proposta alteração para o artigo 1.694 do Código Civil, com destaque para a inclusão do § 4º, que cuja redação pretende ser a seguinte: “Havendo fundados indícios sobre a inadequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.”⁷¹⁸

Porém, para verificar se a alteração mencionada é reflexo do posicionamento de partícipes da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL) e dos entendimentos jurisprudenciais, realizou-se análise de obras redigidas por Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e Pablo Stolze Glagilano e de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). No que tange à jurisprudência, não raramente, o alimentante ingressa em juízo solicitando prestação de contas em face do administrador dos alimentos, com a ação de exigir contas, independentemente do regime de guarda e sob o argumento genérico do poder de fiscalização do art. 1.589.

Na esteira da exploração, apontado o Projeto de Lei 1805/22, que está em curso e pretende regulamentar a prestação de contas dos alimentos, e analisada a alteração proposta para o artigo 1.694 do Código Civil, com a devida análise dos trabalhos realizados pela subcomissão de Direito de Família da CJCODCIVIL.

718 BRASIL. Senado Federal. **Quadro Comparativo entre o Código Vigente e o Anteprojeto - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323>. Acesso em: 15 set. 2024

Por fim, a conclusão dedica-se a verificar se a alteração proposta pelo anteprojeto de reforma do Código Civil para o artigo 1.694, com destaque para a inclusão do § 4º, guarda consonância com o material doutrinário e jurisprudencial localizado.

Para a consecução do estudo, a pesquisa faz uso de pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de conteúdo já publicado; de levantamento de dados jurisprudenciais, conforme explicitado anteriormente; e de pesquisa documento, com acesso a documentos oficiais e arquivos como fontes primárias de informação, mediante análise de pareceres legislativos, proposta de lei, pareceres, dentre outros documentos públicos, sobretudo no que tange aos trabalhos da CJCODCIVIL.

1 PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS ALIMENTOS NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA

Inicia-se trabalho com a análise das obras de Direito Civil de especialistas compuseram a CJCODCIVIL, em especial, a relatoria da Comissão de Juristas e a subcomissão de Direito de Família, para identificar o tratamento dado ao tema da prestação de contas dos alimentos.

Flávio Tartuce, que, ao lado da professora Rosa Maria Andrade Nery, figurou como relator-geral da CJCODCIVIL, não faz menção à prestação de contas de alimentos no seu manual de Direito de Família.⁷¹⁹

Especificamente sobre a subcomissão de Direito de Família, compuseram-na o juiz Pablo Stolze, relator parcial, a desembargadora Maria Berenice Dias, o ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e o advogado Rolf Madaleno.

No “Manual de Direito das Famílias”, Maria Berenice Dias trata da prestação de contas dos alimentos como narrada no artigo 1.583,

719 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 19ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

§ 5º do Código Civil de 2002, porém admitindo a sua pretensão tanto na guarda unilateral como na guarda compartilhada. Para a autora, não há razão para limitar o pedido de prestação de contas à guarda unilateral, pois o exercício do direito de fiscalização no que tange à manutenção e a educação dos filhos é de ambos os pais, dever ínsito ao poder familiar.⁷²⁰

Segundo Maria Berenice Dias, para que implemente a fiscalização do destino do valor pago a título de alimentos, é indispensável a devida justificativa da suspeita de desvio dos valores. Assim, não há que se ajuizar ação de prestação de contas tão somente explicações acerca do uso dos valores.⁷²¹

No manual “Direito de Família” de autoria de Rolf Madaleno, há um maior aprofundamento na temática. No capítulo 15, “Dos Alimentos”, o autor inicia a sessão intitulada “Alimentos e Prestação de Contas” com a menção à ação de exigir contas prevista no Código de Processo Civil, artigos 550 a 553, que somente pode ser demandada pelo credor de contas com fins à apresentação de contas que, com fundamento na lei, devam ser prestadas.⁷²²

Rolf Madaleno indica que, anteriormente, as decisões judiciais mantinham o posicionamento de impossibilidade de exigir contas daquele que era o guardião do filho, pois irrepetíveis os alimentos e, portanto, não há que se pretender a restituição de valores gastos inadequadamente. O crédito seria do filho e, assim, aquele acionado para prestar contas figuraria como parte ilegítima na ação de prestação de contas. Em caso de não concordar com o valor dos alimentos, o alimentante deveria insurgir via ação revisional de alimentos.⁷²³

Aponta o autor que, em que pese o artigo 1.589 do Código Civil permita que o genitor que não detém a guarda unilateral fiscalize a

720 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 928-929.

721 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 928-929.

722 MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024, p. 2064. *E-book*.

723 *Ibidem*, p. 2064-2065.

manutenção e a educação dos filhos menores, a ação de prestação de contas seria processualmente viável se movida diretamente pelo credor dos alimentos face ao administrador de seus recursos. O reconhecimento legal do alimentante supervisionar a manutenção do filho não lhe permitiria requerer prestação de contas de somas que não lhe pertencem.⁷²⁴

Rolf Madaleno aponta as dificuldades e os constrangimentos impostos ao gestor dos alimentos em expor, recorrentemente, relatório financeiro e exibir notas fiscais dos gastos realizados.

Nessa esteira, o autor expõe jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que rechaça o ajuizamento de ação de prestação de contas de alimentos com intuito fiscalizatório, ainda que não seja para apurar crédito ou débito, conforme Recurso Especial n. 1.6378.378/DF.

Rolf Madaleno enuncia a possibilidade de a má-administração dos alimentos resultar na suspensão do poder familiar, porém, para que haver prestação de contas, é fundamental que o alimentante prove o uso indevido da pecúnia. Assim, não nega a possibilidade de o ajuizamento da ação ser com fins ao aborrecimento do ex-cônjuge e, portanto, a rendição de contas deve ser cuidadosamente administrada.⁷²⁵

Sobre a divergência estabelecida entre a possibilidade ou não da distribuição de ação com pedido de prestação de contas, Madaleno declara que esta perdeu, em parte, seu conteúdo, com o texto do artigo 1.583, § 5º do Código Civil.

Foi realizada busca na produção bibliográfica de Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, não sendo localizada contribuição sobre a prestação de contas dos alimentos.⁷²⁶ Também não foi encontrada menção ou

724 Ibidem, p. 2066. *E-book*.

725 Ibidem p. 2068. *E-book*.

726 BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Currículo Lattes**. Última atualização do currículo em 10/04/2024. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5813997891688336>. Acesso em: 15 set. 2024.

análise do tema da prestação de contas de alimentos no manual de Direito de Família de Pablo Stolze Gagliano.⁷²⁷

2 HIPÓTESES JURISPRUDENCIAIS PARA A EXIGÊNCIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

2.1 ANÁLISE DE JULGADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão da extensão do trabalho, a pesquisa das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a prestação de contas dos alimentos foi realizada nos informativos de jurisprudência, disponibilizados entre janeiro de 2020 e agosto de 2024.

Nos informativos, foram localizados os Recursos Especiais n. 1.767.456/MG, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 25/11/2021; n. 1.911.030/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 01/06/2021; e n. 1.814.639/RS, inicialmente de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, tendo prevalecido como Relator para acórdão o Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, por maioria, julgado em 26/05/2020, DJe 09/06/2020.

No Recurso Especial n. 1.767.456/MG, prevaleceu o entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. No voto, explicitado que a disposição do artigo 1583, § 5º do Código Civil foge à verdadeira finalidade da ação de prestação de contas. A possibilidade de buscar informações acerca do bem-estar do alimentado e da boa aplicação dos recursos pagos a título de alimentos “não se comunica com o dever de entregar uma planilha aritmética de gastos ao alimentante, que não é credor de nada.”⁷²⁸

727 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. 1420 p.

728 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1767456/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, DF, 25 de novembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2021. Disponível em: <https://processo.>

Ainda no acórdão, prevaleceu que o alimentante não tem interesse processual para ajuizar ação de prestação de contas em face da genitora dos alimentados, pois ausente a utilidade do provimento jurisdicional, pois os alimentos são irrepetíveis. Para o Ministro Cuevas, ação de alimentos tem características próprias que se diferenciam da lógica das contas. Destaque-se que para o Relator, “permitir ações de prestação de contas significaria incentivar ações infundáveis e muitas vezes infundadas acerca de possível malversação dos alimentos, alternativa não plausível e pouco eficaz no Direito de Família.”⁷²⁹

Por sua vez, o Recurso Especial n. 1.911.030/PR de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão que, considerando que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser realizada de modo a conferir efetividade ao princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, admite o ajuizamento da ação de prestação de contas dos alimentos.⁷³⁰

Segundo Luis Felipe Salomão, para que se possa suspender ou extinguir o poder familiar de um guardião que administrou mal os alimentos, é prudente que o genitor alimentante ajuíze uma ação de prestação de contas, que fornecerá uma fundamentação sólida de avaliação da conduta do guardião.⁷³¹

Para o julgador, a ação de exigir contas, prevista no Código de Processo Civil, não exige que o autor prove a existência de um crédito, mas sim que demonstre ser titular do interesse gerido por outro. No mesmo sentido está a ação de prestação de contas de alimentos, cujo

stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802405580&dt_publicacao=13/12/2021. Acesso em: 14 set. 2024.

729 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1767456/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, DF, 25 de novembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802405580&dt_publicacao=13/12/2021. Acesso em: 14 set. 2024

730 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.911.030/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1 de junho de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 agos. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003288428&dt_publicacao=31/08/2021. Acesso em: 14 set. 2024.

731 Ibidem.

foco não é a apuração de saldo devedor, pois irrepetíveis os alimentos, mas sim investigar se os recursos destinados ao menor estão sendo usados para atender aos seus interesses. Se a má administração for comprovada, isso pode justificar a alteração da guarda ou até a exoneração do poder familiar.⁷³²

No acórdão, destaque ao fato de que a prestação de contas não se aplica a alimentos pagos a ex-cônjuges, ex-companheiros ou filhos maiores, pois constituiria uma interferência indevida na autonomia financeira dos alimentados.⁷³³

Por fim, no Recurso Especial n. 1.814.639/RS, inicialmente relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, este entendera que a ação de prestação de contas, em regra, é via inadequada para fiscalizar a destinação dos alimentos. A ação de exigir contas, prevista na legislação processual, estaria destinada à apuração de crédito a partir de uma relação jurídica subjacente, procedimento incompatível com a prevenção fiscalizatória do alimentante que não tem a guarda do alimentado.⁷³⁴

Para o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o alimentante não teria relação jurídica com a mãe e guardião do filho, mas apenas com o alimentado, titular dos alimentos que, uma vez entregues, consolidam-se na propriedade do último. Eventual malversação da verba alimentar não enseja a devolução dos valores, porquanto irrepetíveis. Para mais, no acórdão recorrido não havia pretensão genuína do recorrente em assegurar os interesses do filho, mas de forçar a genitora a aceitar a redução dos alimentos.⁷³⁵

732 Ibidem.

733 Ibidem.

734 Ibidem.

735 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.911.030/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1 de junho de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 agos. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003288428&dt_publicacao=31/08/2021. Acesso em: 14 set. 2024.

Ainda de acordo com o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, não se questiona o direito do alimentante fiscalizar contas, entretanto, a iniciativa não deve se valer da ação de exigir contas.⁷³⁶

O Ministro Moura Ribeiro inaugurou divergência no julgamento do Recurso Especial n. 1.814.639/RS, afirmando que, em determinadas hipóteses, é possível o ajuizamento da ação de exigir contas pelo genitor alimentante contra o guardião representante legal do alimentado incapaz, pois em tal pretensão, no mínimo, está indiretamente relacionada com a saúde física e psicológica do alimentado. Acresce que o escopo da norma consiste em garantir o acesso a informações e/ou prestação de contas sobre os fins para os quais a verba alimentar é utilizada por quem não detém a guarda do alimentando e, assim, a ação de exigir é meio adequado para perquirir sobre o emprego dos alimentos prestados, desde que proposta sem a pretender apurar eventual crédito.⁷³⁷

2.2. ANÁLISE DE JULGADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Diante dos interesses da reforma do Código Civil, da extensão dessa pesquisa e por se tratar de um Congresso Mineiro de Direito Civil, escolheu-se verificar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais face à matéria da prestação de contas dos alimentos. O levantamento das decisões considerou os recursos de Apelação Cível e Agravo de Instrumento proferidos entre janeiro de 2018 e agosto de 2024.

Com o objetivo de sistematizar o conteúdo da pesquisa, elaborou-se o Quadro 1, que segue na sequência desse tópico. Explícite-se que os critérios de pesquisa utilizados buscaram encontrar, nos acórdãos do TJMG, decisões que decidiram o mérito processual, com fundamentos

736 Ibidem.

737 Ibidem.

para a possibilidade de um dos genitores ajuizar ou não ação de exigir contas para demandar prestação de contas dos alimentos.

Quadro 1 - Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Câmara julgadora	Autos e data de julgamento	Admissibilidade
Câmara Justiça 4.0 - Especializada Cível-4	Apelação Cível n. 1.0000.21.035046-8/002, 27/08/2024 Apelação Cível n. 1.0000.22.083137-4/007, 09/02 /2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.146996-5/001, 24/11/2023	Unanimidade na admissão da possibilidade de ajuizar ação de exigir contas com fins à prestação de contas de alimentos.
8ª Câmara Cível Especializada	Apelação Cível n. 1.0000.23.351946-1/001, 02/08/2024 Apelação Cível n. 1.0000.24.176171-7/001, 04/07/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.098895-8/002, 23/05/2024 Agravo de Inst. n. 1.0000.23.323422-8/001, 16/05/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.339263-8/001, 16/05/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.063292-9/001, 05/04/2024 Agravo de Inst. n. 1.0000.22.132743-0/002, 07/03/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.110635-2/002, 07/03/2024 Apelação Cível n. 1.0000.22.207435-3/001, 09/11/2023 Agravo de Inst. n. 1.0000.23.039811-7/001, 14/09/2023 Apelação Cível n. 1.0000.22.292092-8/001, 31/08/2024 Apelação Cível n. 1.0000.22.004198-2/001, 23/06/2023 Apelação Cível n. 1.0000.22.268453-2/001, 03/03/2023 Apelação Cível n. 1.0000.22.059053-3/001, 18/08/2022	Unanimidade na admissão da possibilidade de ajuizar ação de exigir contas com fins à prestação de contas de alimentos.

4ª Câmara Cível Especializada	Apelação Cível n. 1.0000.24.098723-0/001, 20/06/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.032571-4/001, 02/05/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.261267-1/001, 18/04/2024 Apelação Cível n. 1.0000.23.086869-7/001, 03/08/2023 Apelação Cível n. 1.0000.23.009104-3/001, 20/04/2023 Apelação Cível n. 1.000.22.270306-8/001, 30/03/2023	Unanimidade para negar a possibilidade de ajuizar ação de exigir contas para prestação de contas de alimentos.
3ª Câmara Cível	Apelação Cível n. 1.0000.21.195398-9/001, 11/11/2021 Apelação Cível n. 1.0000.21.038387-3/001, 16/09/2021 Apelação Cível n. 1.0000.21.032223-6/001, 25/06/2021 Apelação Cível n. 1.0000.20.510298-1/001, 24/06/2021	Somente o acórdão proferido na Apelação Cível n. 1.0000.20.510298-1/001, 24/06/2021 não admitiu possibilidade de ajuizar ação de exigir contas para prestação de contas de alimentos.
19ª Câmara Cível	Apelação Cível n. 1.0000.21.035046-8/001, 28.10.2021	Admitiu o ajuizamento de ação de exigir contas com fins à prestação de contas de alimentos.
1ª Câmara Cível	Apelação Cível n. 1.0000.21.064466-2/001, 13/07/2021	Admitiu o ajuizamento de ação de exigir contas com fins à prestação de contas de alimentos.
17ª Câmara Cível	Apelação Cível n. 1.0684.18.000188-6/001, 21/03/2019	Admitiu o ajuizamento de ação de exigir contas com fins à prestação de contas de alimentos.

Fonte: Levantamento dos autores

Com ênfase nas decisões das Câmara Justiça 4.0 - Especializada Cível-4, 8ª Câmara Cível Especializada e 4ª Câmara Cível Especializada, que somam 23 (vinte e três) dos 30 (trinta) acórdãos localizados sobre o

tema entre janeiro de 2018 e agosto de 2024, depreende-se as seguintes informações.

Nos julgados da Câmara Justiça 4.0 - Especializada Cível-4, há um foco na prestação de contas dos alimentos em caráter fiscalizatório. As decisões reiteram casos em que o genitor tem o direito de demandar informações sobre o uso dos alimentos, porém, essa rendição de contas não deve se transformar em uma auditoria complexa ou constrangedora para quem administra os alimentos.

As decisões afirmam que a ação de exigir contas deve ser excepcional e calcada em indícios de má-administração dos alimentos sem a necessária comprovação prévia de malversação. O principal objetivo é assegurar que os alimentos são dispendidos para o melhor interesse do alimentando. No entanto, os acórdãos também ressaltam a irrepetibilidade dos alimentos e, portanto, as ações de exigir contas não podem ensejar a constituição de um saldo a ser executado futuramente.

As decisões da 8ª Câmara Cível Especializada caminham no mesmo sentido, de modo que a ação de exigir contas pode ser proposta para prestação de contas dos alimentos, desde que presentes indícios mínimos de má-administração dos valores. Reconhece-se o direito de o alimentante fiscalizar os alimentos, tanto na guarda unilateral como na guarda compartilhada.

A 8ª Câmara Cível Especializada exara o entendimento de que a prestação de contas não deve ser utilizada como meio de constrangimento ou de controle excessivo sobre o administrador dos alimentos, bem como não deve se constituir numa auditoria dos gastos cotidianos. Assim, a fiscalização está restrita a verificar o uso correto dos recursos, de modo que sejam aplicados em prol do credor de alimentos.

Por fim, as decisões da 4ª Câmara Cível Especializada não admitem ajuizamento da ação de exigir contas para prestação de contas de alimentos. Primeiramente, por serem os alimentos irrepetíveis, o resultado da ação seria inócuo. Isto, pois, na ação de exigir contas, eventual saldo credor será declarado em sentença e constituirá título

executivo judicial. Para mais, os alimentos são de titularidade de quem os recebe e o alimentante é devedor de alimentos.

Ato contínuo, nos acórdãos^{738, 739, 740, 741} de relatoria do Desembargador Moreira Diniz, este expressa que, se o alimentante entende que o outro genitor não administra bem os alimentos ou não destina a pensão alimentícia em prol do alimentado, pode requerer a modificação da guarda, a suspensão ou destituição do pátrio poder, a redução dos alimentos, ou até fazer uma representação perante o Ministério Público, porém, não cabe ajuizar ação de exigir contas de valores que não são seus.

738 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.261267-1/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 18 de abril de 2024. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 22 abr. 2024. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.261267-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

739 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.086869-7/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 3 de agosto de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 4 ago. 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.086869-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

740 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.22.270306-8/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 30 de março de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 31 mar. 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.270306-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

741 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.008104-3/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 20 de abril de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 24 abril 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.009104-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

3 O PROJETO DE LEI 1805/22

Antes de se apresentar a abordagem do anteprojeto do Código Civil, pertinente destacar a existência de um projeto de lei, o PL 18005/2022⁷⁴², proposto em 2022 pelo deputado federal Rubens Pereira Júnior (PT/MA), cuja finalidade é a regulamentação da prestação de contas de alimentos. Nota-se que a opção do legislador é pela inclusão do tema no Código de Processo Civil, uma vez que se trata de matéria processual.

A proposta pretende acrescentar os parágrafos 7º e 8º ao artigo 550 do CPC⁷⁴³. Nesse sentido, o parágrafo 7º versa sobre o sigilo processual da ação de prestação de contas e, o parágrafo 8º traz as consequências de quando as contas não forem julgadas boas: a redução dos valores pagos (servindo a ação de prestação de contas como revisional) ou a mudança de guarda (nota-se que o projeto faz remissão à guarda unilateral, portanto, a má administração seria motivo justo para a inversão de guarda).

4 A ALTERAÇÃO PROPOSTA PARA O ARTIGO 1.694 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme apurado por Soares Roberto, o tema da prestação de contas é tratado pelo anteprojeto da reforma, com redação não só capaz de agredir a dignidade humana, como com potencial para tumultuar as relações humanas, ao

742 A tramitação pode ser acompanhada em: <https://www.camara.leg.br/b/fichadetramitacao?idProposicao=2330666>.

743 A redação proposta é a seguinte: §7º - Correrá em segredo de justiça a ação de prestação de contas que verse sobre verbas alimentícias, nos termos do art. 1.583, § 5º da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. §8º - Comprovada a má administração dos recursos em ação de prestação de contas, poderá o juiz deferir a redução dos valores a serem pagos ou declarar a mudança da guarda de quem recebe os alimentos.

[...] permitir que qualquer devedor de alimentos peça explicações ao credor sobre o uso do valor da pensão. O Código vigente não tem previsão específica a esse respeito e o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a possibilidade, mas em circunstâncias excepcionais, e somente no caso em que um dos pais administra a pensão paga ao filho. O anteprojeto, no entanto, com esse tipo de previsão, permitirá, inclusive, que um ex-cônjuge peça esclarecimentos ao outro sobre como utiliza a verba alimentar, o que abrirá caminho para ingerências indevidas e atos de violência contra a mulher (artigo 1.694. § 4º).⁷⁴⁴

Para compreender a construção da proposta de inclusão do dispositivo, realizada análise dos documentos da comissão⁷⁴⁵, apresentada por uma linha do tempo:

- 04/09/2023 – Reunião de Instalação da Comissão.
- 28/09/2023 - Apresentação e Deliberação do Plano de Trabalho.
- 23/10/2023 – Reunião de Trabalho.
- 20/11/2023 – Reunião de Trabalho.
- 07/12/2023 – Reunião Deliberativa.
- 18/12/2023 – Apresentação do parecer nº 1 da subcomissão de Direito de Família⁷⁴⁶:
 - Proposta a revogação do §5º do artigo 1.583 e do artigo 1.589.

744 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024, pág. 25.

745 O site do Senado possui uma página dedicada à proposta de reforma, onde poderão ser consultados todos os documentos produzidos: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>, aba documentos.

746 BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito de Família, integrante da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em: 16 set. 2024

- Proposta a criação do artigo 1.583C: *Qualquer dos pais pode fiscalizar e acompanhar o exercício da convivência em relação ao outro, tendo o direito de ser informado e de participar das questões referentes à saúde, bem como de acompanhar o processo educacional do filho. Parágrafo único. Havendo indícios da aplicação não adequada da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos.*
- Artigo 1.694 sem qualquer alteração.
- 26/02/2024 – Apresentação do relatório geral^{747, 748}:
 - Descartada a revogação do §5º do artigo 1.583;
 - Mantida a proposta de revogação do artigo 1.589;
 - Alteração da proposta, com o 1.583C passando a ser 1.583A, com mudança de redação e sem a inclusão do § único: *Qualquer dos pais pode fiscalizar e acompanhar o exercício da convivência experimentado pelo outro, tendo o direito de ser informado e de participar do processo de desenvolvimento pessoal e educacional de seus filhos.*
 - Artigo 1.694 sem qualquer alteração (ligada à questão de alimentos)
- 15/03/2024 - Compilados das emendas e destaques propostos⁷⁴⁹:
 - Proposta a revogação do §5º do artigo 1.583.
 - Mudança na redação do artigo 1.589: *Se o juiz verificar que nenhum dos pais tem condições de exercer os deveres parentais, concederá a guarda do filho a algum membro da família extensa que mantenha relações de afinidade e afetividade.*

747 BRASIL. Senado Federal. **Relatório Geral apresentado em 26/02/2024 da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL): minuta de texto final ao anteprojeto.** Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/06b5d5fd-b023-474f-9c57-2acf00c94166>. Acesso em: 15 set. 2024.

748 Ibidem.

749 BRASIL. Senado Federal. **Emendas e Destaques ao Texto Final da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL).** Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/8032>. Acesso em: 15 set. 2024.

- Apresentação, por Maria Berenice Dias, do §4º do art. 1.694, com a seguinte redação: *Havendo fundados indícios sobre a inadequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.*
- 15/04/2024 – Apresentação do Relatório Final⁷⁵⁰
 - Descartadas as alterações no artigo 1.583, inclusive as inclusive o novo artigo 1.583A.
 - Descartada a revogação do artigo 1.589;
 - Mantido o acréscimo do §4º do artigo 1.694, com a seguinte redação: *Havendo fundados indícios sobre a inadequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.*
- 22/04/2024 – Apresentação da Redação Aprovada pela Comissão⁷⁵¹
 - Mantida a redação vigente do artigo 1.583;
 - Mantida a redação vigente do artigo 1.589;
 - Acrescido o § 4º ao artigo 1.694, com a seguinte redação: *Havendo fundados indícios sobre a inadequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.*

750 BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 15 set. 2024.

751 BRASIL. Senado Federal. **Quadro Comparativo entre o Código Vigente e o Anteprojeto - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323>. Acesso em: 15 set. 2024.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA APROVAÇÃO DA ALTERAÇÃO PROPOSTA

Tal como sugerida, a mudança traz uma série de incongruências, apresentadas no Quadro 2 a seguir.

Quadro 2 – Incongruências da proposta

<p>Mantida a possibilidade atual de se exigir prestação de contas no caso da guarda unilateral (art. 1.583, §5º): <i>qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.</i></p>
<p>Mantida a possibilidade genérica de fiscalização advinda do artigo 1.589: <i>O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com aquele que detiver a guarda, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.</i></p>
<p>Incluída a possibilidade de se exigir esclarecimentos, que não exigirão a apresentação de prestação de contas (1.694, §4º): <i>Havendo fundados indícios sobre a inadequada utilização da verba alimentar, o alimentante pode exigir esclarecimentos, que não exigem a apresentação de prestação de contas.</i></p>

Fonte: levantamento dos autores

Percebe-se que a redação final não prezou pela coerência normativa entre as disposições previstas no próprio Código Civil, embora ao longo do processo de discussão os ajustes necessários tenham sido propostos. Entretanto, não se sabe por qual motivo, a versão final não prezou pela uniformidade de entendimento e, assim, apresenta tratamentos diferenciados para a mesma questão, ao prever que ora seja permitido ao alimentante exigir a prestação de contas (de forma expressa no 1.583, §5º, e de forma implícita, no 1.589, em decorrência do poder de fiscalização), ora seja permitido ao alimentado (ou ao administrador dos alimentos) negar o fornecimento da prestação de contas, apresentando apenas esclarecimentos.

Gerou-se, claramente, um conflito de normas. Isso produz verdadeira cláusula aberta para a prática de violência patrimonial, vez que permite ao indagante tanto promover uma ação de prestação de

contas, como todo pedido de informações que desejar no intuito de fiscalizar ou obter esclarecimentos, que na verdade podem ser uma forma de manutenção do controle sobre a vida do outro.

Ademais, percebe-se a opção pela inserção de matérias processuais no âmbito do Código Civil. Há, nesse sentido, verdadeiro desleixo legístico: primeiramente, pela já vista antinomia produzida entre artigos do próprio Código, mas, além disso, pela ausência de verificação nas normas vigentes, especialmente o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2025), a Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968) e a Lei de Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/2008), se a redação proposta provoca necessidade de alteração ou revogação de dispositivos nesses diplomas. Ainda nesse sentido, o anteprojeto do Código Civil seria a oportunidade de remover as atuais discussões jurisprudenciais existentes, clareando as hipóteses de cabimento da exigência de prestação de contas alimentares.

Porém, como realizadas, as modificações pretendidas alargam a possibilidade de conflito, pois além de manter os dispositivos atuais, sabidamente problemáticos, insere mais uma cláusula aberta ao criar o §4º do art. 1.694, passando a permitir que o alimentante também possa exigir esclarecimentos da outra parte, sem contudo, haver dispositivo legal que regule a forma dessa apresentação e, mais importante, as consequências da não apresentação e/ou a forma de avaliação dos esclarecimentos prestados, vez que a prestação de contas, procedimento especial, tem como resultado a aprovação ou reprovação das contas. Há que se aprovar ou reprovar um esclarecimento? Seria um procedimento de antecipação de provas, para uma posterior discussão de revisão de alimentos ou mudança de guarda?

Cabe aqui o devido destaque ao “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero”, criado e implementado a partir do trabalho do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de orientar a magistratura no julgamento de casos concretos, de modo que as

decisões sejam prolatadas sob a perspectiva de gênero e promovam o avanço na efetivação da igualdade material.⁷⁵²

Nas ações que envolvam alimentos, como, por exemplo, aqueles que pretenderem a prestação de contas das verbas alimentícias, emerge a importância do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero em especial nos contextos de violência patrimonial, moral e psicológica,⁷⁵³ que podem ser praticadas, ainda que as partes envolvidas, no caso, os genitores, não se encontrem mais envolvidos emocionalmente.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada neste trabalho permitiu demonstrar que a prestação de contas dos alimentos, embora não esteja amplamente abordada na doutrina tradicional do Direito de Família, tem ganhado relevância no campo legislativo e nos tribunais. Nesse sentido, o PL 1805/2022 reflete uma tentativa de adequar a legislação vigente às novas dinâmicas familiares e às exigências sociais contemporâneas.

A jurisprudência, sobretudo do STJ, tem sido cuidadosa ao delimitar as hipóteses em que a prestação de contas pode ser exigida, evitando que essa prerrogativa se transforme em um mecanismo de controle ou interferência indevida na autonomia dos gestores das verbas alimentares e em sua vida privada. Ademais, a divergência sobre a possibilidade ou não de utilizar o procedimento da ação de exigir contas prevista no Código de Processo Civil não é pacífica, seja no TJMG, seja no STJ. Para mais, verifica-se que a prestação de contas dos alimentos traz, continuamente, contornos processuais, pois, na doutrina e nas decisões judiciais há menções expressa a temas como “interesse de agir” e “legitimidade ativa”.

752 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, 2021, p. 14. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

753 Ibidem.

Percebe-se que o anteprojeto do Código Civil seria a oportunidade de remover as atuais discussões jurisprudenciais existentes, clareando as hipóteses de cabimento da exigência de prestação de contas alimentares. Ao invés disso, as modificações propostas acabam por alargar a possibilidade de conflito, seja por manter os dispositivos dos art. 1.583, §5º (que expressamente permite a exigência de prestação de contas) e do art. 1.589 (que gera um direito de fiscalização, que vem sendo utilizado para embasar pedidos de prestação de contas), seja por inserir mais uma cláusula aberta ao se criar o §4º do art. 1.694, passando a permitir, sem regulação de forma e consequências, a exigência de esclarecimentos, mostrando-se, claramente, como uma nova possibilidade do aumento dos casos de uso de violência processual de gênero. Portanto, entende-se que a mudança legislativa tal como proposta falha por não buscar assegurar a proteção dos interesses dos alimentandos sem causar desequilíbrios ou distorções nas relações familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, 2021. 132 p. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Emendas e Destaques ao Texto Final da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/8032>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito de Família, integrante da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/86a7d22c-7794-4642-8c16-f09a68d2388c>. Acesso em: 16 set. 2024

BRASIL. Senado Federal. **Quadro Comparativo entre o Código Vigente e o Anteprojeto - Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/913b2070-686a-40ae-a551-960e3707c323> Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Geral apresentado em 26/02/2024 da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL): minuta de texto final ao anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/06b5d5fd-b-023-474f-9c57-2acf00c94166>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1767456/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Brasília, DF, 25 de novembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802405580&dt_publicacao=13/12/2021. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1814639/RS. Relator: Ministro Paulo Tarso de Sanseverino. Brasília, DF, 26 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 09 jun. 2020. Relator para acórdão Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801368931&dt_publicacao=09/06/2020. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1911030/PR. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 1 de junho de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 agos. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003288428&dt_publicacao=31/08/2021. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.261267-1/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 18 de abril de 2024. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 22 abr. 2024. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUni

co=1.0000.23.261267-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024; BRASIL.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.086869-7/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 3 de agosto de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 4 ago. 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.086869-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024; BRASIL.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.22.270306-8/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 30 de março de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 31 mar. 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.270306-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas. Apelação Cível nº 1.0000.23.008104-3/001. Relator: Desembargador Moreira Diniz. Belo Horizonte, MG, 20 de abril de 2023. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Belo Horizonte, 24 abril 2023. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;j-sessionid=9EA8BBD88C262C304EE0E475CDBCB492.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.009104-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 set. 2024;

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Currículo Lattes**. Última atualização do currículo em 10/04/2024. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5813997891688336>. Acesso em: 15 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. 1088 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2024. *E-book*. 1420 p.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024. *E-book*. 1464 p.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024. 56 p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. 736 p.

O BEM DE FAMÍLIA NA PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002, CONFORME APRESENTADA AO SENADO DA REPÚBLICA EM ABRIL DE 2024

Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery⁷⁵⁴

RESUMO: Considerações acerca do artigo 391 do Código Civil Brasileiro, que celebra o princípio da imputação civil dos danos e lança limites ao poder de excussão do credor, protegendo o patrimônio mínimo da pessoa.

PALAVRAS-CHAVES: Bens impenhoráveis. Direito do credor sobre o patrimônio do devedor. *Biens insaisissables. Droit des créanciers sur le patrimoine du débiteur.*

1 BEM DE FAMÍLIA

Sob essa expressão reúnem-se elementos conceituais que organizam a ideia daquilo que se logrou entender como absolutamente indispensável à segurança material e moral do sujeito: o ambiente físico (efetivo, ou potencial) de morada habitual, elemento componente de seu patrimônio, bem como aquilo que gravita em torno do mínimo necessário à sobrevivência da pessoa, também conhecido pela expressão patrimônio mínimo.

Pelo sistema vigente, há duas formas de conceber o bem de família: a) pela instituição dependente da vontade dos cônjuges, da entidade familiar, ou de terceiro formalizada por escritura pública ou testamento (CC 1.711 e segs); b) ou pela vivência, de fato, da experiência de último reduto de morada da família, que se submete à situação de fato descrita na Lei 8.009/1990.

A razão de ser do instituto é a de tornar insuscetível de penhora o bem que é destinado, por vontade privada, à moradia da família, ou

754 Professora Associada de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

tornar impenhorável o último bem que integra o patrimônio familiar e, por isso, imóvel que tem destinação presumida para a habitação da família, bem como estender a impenhorabilidade aos bens que a guarnecem a casa, para resguardo do lar e do espaço de segurança e dignidade dos membros da Família.⁷⁵⁵

A questão, portanto, de que os bens do devedor são suscetíveis de servir de garantia ao credor, encontra limites na lei e comporta exceções.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DENOMINADO *BEM DE FAMÍLIA*

Segundo nos lembra Stábile Filho⁷⁵⁶, “a notícia mais remota que se tem do instituto *denominado bem de família* vem da Lei Texana de 26.01.1839. Ao depois, a Lei Federal Americana, de 20.05.1862, criou o *homestead act*, instituto que foi incorporado ao Código Civil brasileiro de 1916, nos arts. 70 à 73. Com o decorrer do tempo sofreu várias alterações, mantendo sempre os mesmos princípios e a obrigatoriedade de sua instituição por escritura pública, nas condições reguladas pela lei (Lei 3.200/1941, Lei 2.514/1955, Lei 5.658/1971 e Lei 6.742/1979). Hoje, a matéria é regulada pela Lei 8.009/1990, cuja origem se assenta na MedProv 143/1990, enviada ao Congresso Nacional no apagar das luzes do Governo Sarney. Antes disso houve acirrada luta do Senador paranaense Leite Chaves, em busca de melhor proteção para o imóvel residencial da família. Esse parlamentar apresentou, em 1975, o

755 “A proteção do bem de família permite a realização prática de proteção de outros bens, denominados extrapatrimoniais, que em feliz síntese poética podem ser assim identificados: ‘L’argent / Il peut acheter une maison / Mais pas un foyer / Il peut acheter un lit / Mais pas le sommeil / Il peut acheter une horloge / Mais pas le temps / Il peut acheter un livre / Mais pas la connaissance / Il peut acheter une position / Mais pas le respect / Il peut payer le médecin / Mais pas la santé / Il peut acheter du sexe / Mais pas de l’amour’. ‘Assim, quem perde a casa, o leito, o relógio, o livro, o emprego, o médico, o sangue e o sexo pode, por recursos financeiros, readquirir as coisas perdidas. Mas com o dinheiro não pode readquirir o lar, o sono, o tempo, o saber, o respeito, a saúde, a vida e o amor’” (Luiz Roberto Sabbato. Considerações sobre o dano moral no Código Civil de 2002. **Caderno Jurídico**. p. 3. São Paulo: Apamagis, set.-out. 2003).

756 José Stábile Filho. **Bem de família e execução**. RT 669/69.

projeto 41 do Senado, por quem foi aprovado, mas rejeitado pela Câmara dos Deputados. Ao depois, em 1981, ele mesmo apresentou o projeto, agora de n. 142, que também foi aprovado pelo Senado Federal, mas rejeitado pela Câmara dos Deputados”.

A jurisprudência do STJ, no decorrer dos anos que se seguiram ao advento do CC 2002, buscou, paulatinamente, construir e fortalecer a estrutura do instituto, a partir das numerosas nuances de fatos que foram trazidas à Corte.

Assim, vieram estabelecidas súmulas da jurisprudência dominante do STJ, cuidando de variadas situações colhidas da experiência humana do direito: **STJ 364**: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”; **STJ 449**: “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora.”

O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais estaduais cuidaram da incidência do instituto em numerosas hipóteses, como por exemplo, no caso de penhora do único bem do devedor, nas hipóteses em que ele não mantivesse residência no imóvel, porque o bem se encontrava gravado com usufruto que beneficiava terceiro, por exemplo.

A solução, reforçada pela extensão que a EC 26/2000⁷⁵⁷ trouxera à ideia de “moradia”, reverberou em favor de compreensão ainda mais ampla do instituto.

Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Estatuto do idoso. Impenhorabilidade do imóvel. 1. A Lei 8.009/1990

⁷⁵⁷ “Incontroverso que as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, a teor da regra do art. 5.º, § 1.º, da CF, não se pode olvidar que o ‘direito à moradia’, por antes já inscrito em tratados internacionais subscritos pelo Brasil e, agora, alçado à dignidade de direito social constitucional, beneficia-se dessa regra de aplicação imediata.” (Rui Geraldo de Camargo Viana. O direito à moradia. **RDPriv** 2/10.

institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de

fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da STJ 7. 5. Recurso especial não provido.⁷⁵⁸

A jurisprudência analisou muitos aspectos de como a defesa do titular do bem de família poderia se dar, admitindo, por exemplo, por meio de embargos de terceiro, manejados por cônjuge – que não participara da ação originária onde se dera a perda do bem em virtude de inadimplemento de dívida contraída por apenas um deles –, a defesa do patrimônio da família, rechaçando a invocação de coisa julgada:

A coisa julgada não é condição oponível ao cônjuge que não participou da ação originária. A dívida contraída por um dos cônjuges somente afasta a proteção existente sobre o bem de família, quando estiver inclusa no rol das exceções legais à regra da impenhorabilidade, e com ela haja anuído o outro cônjuge, ou tenha sido realizada em proveito do grupo familiar.⁷⁵⁹

Embora o CC/2002 reservasse, no Direito de Família, específico tratamento para a constituição de bem de família, por vontade dos cônjuges, de entidade familiar, ou até mesmo de terceiros (CC 1.711 e par. ún.) – com possibilidade de manter-se impenhorável parte do patrimônio familiar, na proporção de até *um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição* –, o fato é que o advento da Lei 8.009/1990 diminuiu o interesse de instituir “bem de família”, por escritura ou testamento, muito embora tenha permanecido, de grande uso, a inserção de “cláusula de impenhorabilidade” gravando objetos de contratos gratuitos, em negócios de liberalidade (CC 1.911).

758 . STJ, 4.^a T., **REsp 950663-SC**, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.4.2012, v.u., DJUe 23.4.2012.

759 . STJ, 3.^a T., **REsp 1203869-MG**, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.10.2010, v.u., DJe 8.10.2010.

Mas a Lei 8.009/1990 avançou em ponto muito importante da dogmática jurídica: não mais a pessoa precisa indicar, por escritura ou testamento, o bem reservado para a segurança da família, revestindo-o de natureza impenhorável, como era o caso do sistema do CC: o devedor não pode ser privado, de maneira alguma, do último imóvel que está em seu patrimônio, e que lhe serve de morada. Genericamente considerada, portanto, a impenhorabilidade do bem, nessas condições.

3 A EVOLUÇÃO DO TEMA NOS ESTUDOS DE ATUALIZAÇÃO DO CC

A proposta da Subcomissão de Direito de Família encaminhou-se no sentido da revogação do Subtítulo IV “Do bem de Família”, do Título “Direito patrimonial”, e foi acolhida em plenário pela Comissão de atualização do Código Civil.

Ficou mantido o CC 1.911, como se disse, que cuida da possibilidade de apor-se cláusula de impenhorabilidade sobre bens objetos de “*atos de liberalidade*”, assim como, com cuidado extremo, os estudos de atualização se deram de maneira a corrigir falha que continha o artigo 391, do CC.

Isto porque, celebrando o princípio extraordinário da “*imputação civil dos danos*”, reconhecido no CC 391, o legislador de 2002 não se deu conta de que nem todo o patrimônio do devedor pode ser penhorável, porque há alguns de seus elementos que não podem ser tangidos pelo poder de excussão do credor.

Por isso a sugestão feita, quanto ao texto do artigo 319, houve um aprimoramento, ao acrescentar o limite (**suscetíveis de penhora**), como segue: “art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor, **suscetíveis de penhora**”.

Por outro lado, a Comissão cuidou de regular, mais amplamente, o patrimônio mínimo penhorável do devedor, abrangendo a proposta de alcançar peculiaridades que a jurisprudência demonstrou serem

de indagação e perplexidade comum da população, no tempo atual, bem como visou resguardar a posição do credor de alimentos e de alcançar os imóveis de grande valor, que servem de morada, reduzindo o espectro da impenhorabilidade a níveis compatíveis com soluções éticas, diante do grande número de inadimplentes que se escondem por detrás de “vultoso patrimônio mínimo”, se assim se pode dizer.

Art. 391-A. Salvo para cumprimento de obrigação alimentar, o patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar é intangível por ato de excussão do credor.

§ 1º Além do salário-mínimo, a qualquer título recebido, bem como dos valores que a pessoa recebe do Estado, para os fins de assistência social, considera-se, também, patrimônio mínimo, garantido por bens impenhoráveis:

I - a casa de morada onde habitam o devedor e sua família, se única em seu patrimônio;

II - o módulo rural, único do patrimônio do devedor, onde vive e produz com a família;

III - a sede da pequena empresa familiar, garantida pelos bens que a lei processual considera como impenhoráveis, se coincidir com o único local de morada do devedor ou de sua família;

§ 2º Considera-se bem componente do patrimônio mínimo da pessoa deficiente ou incapaz, além dos mencionados nas alíneas do parágrafo anterior, também aqueles que viabilizarem sua acessibilidade e superação de barreiras para o exercício pleno de direitos, em posição de igualdade.

§ 3º A casa de morada de alto padrão pode vir a ser executada pelo credor, até a metade de seu valor, remanescendo a impenhorabilidade sobre a outra metade, considerado o valor do preço de mercado do bem, a favor do devedor executado e de sua família.”

A intenção da Comissão foi a de reduzir a economia à ética⁷⁶⁰, pois, por razões de humanidade ⁷⁶¹, há bens que são impenhoráveis e eles ultrapassam os limites da casa de morada e atingem aqueles que são fundamentais para a sobrevivência do devedor e dos membros de sua família.

Por isso, entendeu a Comissão que o texto dos artigos CC 391 e CC 391-A são mais amplos e eficientes que o instituto do bem de família, do atual artigo CC 1.711 e segs.

760 . É função do direito *ridurre all'etica la economia* (Francesco Carnelutti, **Teoria generale del diritto**, 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1951, n. 9, p. 21).

761 . Ch. Beudant, **Cours de Droit Civil Français**, 2. ed., Tome VIII, Paris: Rousseau, 1936, n. 452, p. 328.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BEUDANT, Ch. **Cours de Droit Civil Français**, 2. ed., Tome VIII, Paris: Rousseau, 1936

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**, 3. ed. Roma: Foro Italiano, 1951

CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. O direito à moradia. **RDPriv** 2/10

SABBATO, Luiz Roberto Sabbato. Considerações sobre o dano moral no Código Civil de 2002. **Caderno Jurídico**. p. 3. São Paulo: Apamagis, set.-out. 2003

STÁBILE FILHO, José. Bem de família e execução. **RT** 669/69

A REDUÇÃO INJUSTIFICADA DA PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Marcio Cunha da Fonseca Junior*⁷⁶²

*Rafael Fernandes da Silva*⁷⁶³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as alterações propostas no Código Civil Brasileiro em relação à redução da proteção ao bem de família, conforme previsto no art. 391-A, §1º, I, do anteprojeto da reforma. No decorrer do texto, serão examinadas as origens remotas e próximas da proteção ao bem de família e como o tema foi tratado nos relatórios da subcomissão e da comissão geral da reforma. Em seguida, será verificado como o tema é abordado pela doutrina e pela jurisprudência, de modo a demonstrar a ausência de base doutrinária e jurisprudencial que justifique as alterações propostas pela Comissão de Reforma instituída pela presidência do Senado Federal, além de apresentar uma crítica sob a ótica da legística.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código Civil. Alterações Propostas. Bem de Família Legal.

INTRODUÇÃO

Em 24 de agosto de 2023, por meio do Ato nº 11 de 2023 do Presidente do Senado Federal, foi criada a Comissão de Juristas para a Revisão e Atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e conta com o professor Flávio Tartuce e a Desembargadora e professora Rosa Maria de Andrade Neri como relatores gerais.

O Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, justificou a medida afirmando que ela surgiu da necessidade de atualizar diversos pontos do Código Civil devido à evolução da sociedade brasileira,

⁷⁶² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

⁷⁶³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

das relações sociais e jurídicas. Ele destacou a importância de criar um ambiente seguro para a elaboração da legislação e afirmou que, em determinados temas, seria recomendável que uma comissão de juristas realizasse esse trabalho ⁷⁶⁴.

Em 17 de abril de 2024, a Comissão entregou o anteprojeto ao Senado. Na ocasião, o Presidente do Senado destacou a necessidade de o texto garantir segurança jurídica e promover mais justiça. No mesmo dia, o Presidente da Comissão expressou a satisfação de entregar um texto técnico, que abrange todos os avanços técnico-jurídicos alcançados, pelo consenso da doutrina, pelos avanços da jurisprudência e pelos enunciados em jornadas realizadas⁷⁶⁵. Todavia, no que se refere à proteção destinada ao bem de família legal, será demonstrado a seguir que a Comissão não obteve êxito nesta missão, pois, embora tenham prometido entregar um texto fundamentado na doutrina e na jurisprudência, no que tange ao tema do bem de família legal (art. 391-A, do anteprojeto), essa promessa não foi atendida.

O problema a ser discutido está consubstanciado na redução injustificada à proteção do bem de família legal, pois o anteprojeto impõe requisitos para impenhorabilidade que não encontram guarida na doutrina, jurisprudência e legislação específica que trata do tema. Isso causa insegurança jurídica e provoca alterações em um instituto que é extremamente importante para a proteção da dignidade humana e do direito à moradia. Discutindo sobre a origem remota, próxima e consolidações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o instituto, tal crítica será evidenciada no decorrer do texto.

764 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil** - São Paulo: Editora Dialética, 2024. pág. 15.

765 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil** - São Paulo: Editora Dialética, 2024. pág. 16-17.

1 ORIGENS DA PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto jurídico do bem de família, conforme leciona Álvaro Villaça Azevedo, teria nascido com tratamento jurídico específico na República do Texas (1839) e, após a sua incorporação aos Estados Unidos da América (EUA), despontou no Direito Americano como uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, e destinada à proteção desta⁷⁶⁶.

O *homestead*, que significa local do lar (*home* = lar + *stead* = local), foi estabelecido com o objetivo de proteger a pequena propriedade. Azevedo, ao citar a lição de *Pierre Jolliot*, conta que a origem e a razão de ser do *homestead* se encontra no espírito do povo americano que, dentre outras causas, pelo respeito da atividade e da independência individual, pelo sentimento de considerar a casa como um verdadeiro castelo sagrado e pela necessidade de estimular os esforços do colono ou do imigrante, no sentido de uma maior segurança e proteção em caso de infortúnios⁷⁶⁷.

No Brasil, em período anterior ao Código Bevilacqua, o instituto não era recepcionado pela legislação. A proteção ao bem de família foi introduzida no Direito Brasileiro com o advento do Código Civil de 1916 (CC/16), especificamente nos artigos 70 a 73 do Livro II. Bevilacqua destaca que na época a legislação de outros países como a França, a Venezuela, Portugal, Itália e o Peru, já tratavam do instituto.⁷⁶⁸

Em um primeiro momento, o Projeto do CC/16 não recepcionou o instituto. Durante as discussões do Projeto pela Comissão responsável em 1900, esclarece Bevilacqua que o conselheiro Barradas teria

766 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002. p.24.

767 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002. p.25.

768 BEVILAGUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clóvis Bevilacqua**. Sexta edição ed., vol. I, Livraria Francisco Alves, 1940, pág. 308.

sugerido a consagração de alguns artigos destinados ao *homestead*, não obstante, essa ideia não encontrou apoio 5.

Houve novas tentativas de inclusão do instituto do bem de família no Código de 1916, no entanto, a Comissão de Juristas nomeada pelo Governo e a Câmara dos Deputados não aceitou a proposta, mesmo com a sugestão da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais para incluir os artigos 2.079 a 2.090 do Projeto Coelho Rodrigues no Projeto Bevilacqua⁷⁶⁹.

A proposta somente ganhou força após emendas dos Senadores Feliciano Penna e Fernando Mendes de Almeida, que instituíram nos artigos 70 a 73, do CC/16, o bem de família convencional, objetivando garantir moradia à entidade familiar e atribuir ao imóvel de residência a impenhorabilidade limitada e inalienabilidade relativa⁷⁷⁰. Relativa pois abriam-se duas exceções à regra: a primeira era em favor dos impostos relativos ao mesmo prédio (art. 70, do CC/16); a segunda, em relação às dívidas anteriores à instituição (art. 71, do CC/16).

Destaca-se que, embora Bevilacqua afirmasse que o instituto não detivesse as virtudes enxergadas nele pelos entusiastas, já que, no próprio país de origem, obteve resultados insignificantes com a sua instituição, após a aprovação de sua inclusão no CC/16, ele reconheceu que não deixaria de ser um amparo oferecido à família⁷⁷¹.

Nesta época o direito de constituição do bem de família era privativo ao chefe de família, seja o marido ou a mulher se for viúva ou se tiver assumido a direção do casal, nos termos do artigo 251, do mesmo código. Na época, às pessoas solteiras não lhes era lícito a sua constituição, estando, portanto, desamparadas quanto à proteção de sua moradia.

769 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87-88.

770 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia, Direito Especial de Personalidade?**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. pág. 90.

771 BEVILACQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilacqua**. Sexta edição ed., vol. I, Livraria Francisco Alves, 1940, pg. 309.

Desde a inclusão do amparo jurídico ao bem de família no CC/16, já se sabia que, devido à forma como foi tratado, seria necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência para preencher suas lacunas, conforme constatado por Bevilacqua. Ademais, o Senador Adolpho Gordo, Relator da comissão da Câmara, afirmou que “as disposições são deficientes e não denotam a previsão e o cuidado minucioso, que presidiram à confecção da lei francesa” 8.

Ato contínuo, nota-se que, em seus primórdios, a legislação brasileira previa tão somente a constituição do bem de família convencional, que exigia diversas formalidades para isso, como a transcrição de escritura pública no registro de imóveis (art. 73, do CC/16⁷⁷²). Tal ato visava preservar a boa-fé de terceiros, de modo a evitar que não venham a ser iludidos supondo ter no imóvel, que serve de bem de família, a garantia para a satisfação dos seus créditos.

No Código Civil de 2002 (CC/02), o bem de família convencional foi incluso nos artigos 1.711 a 1.722, tendo remodelado o instituto, inclusive, expandindo a possibilidade de sua instituição por todos os integrantes da entidade familiar, até mesmo por terceiro, por testamento e escritura pública.⁷⁷³

Com o advento da Medida Provisória n° 143, de 8 de março de 1990, editada pelo então Presidente da República José Sarney, e, posteriormente convertida na Lei 8.009, de 29 de março de 1990, foi difundida a proteção do imóvel de moradia e foi instituído o bem de família legal que independe da declaração de vontade.

O artigo 1° e seu parágrafo único, da Lei 8.009/90⁷⁷⁴, inaugurou no Brasil a impenhorabilidade obrigatória e automática do bem de família, que dispensa a escritura pública ou o testamento para a sua

772 Art. 73. A instituição deverá constar de escritura publica transcripta no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.

773 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia, Direito Especial de Personalidade?**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. pág. 91.

774 Art. 1° O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

instituição, já que a sua constituição decorre da própria Lei. O texto legal destaca a proteção destinada ao casal, termo entendido, numa perspectiva constitucional, como o par formado pelos cônjuges ou conviventes.

Nessa legislação, a família não fica desamparada pela ação de seus membros; pelo contrário, é resguardada pelo próprio Estado, cuja função é fundamental, visto que não precisa de qualquer formalidade. Essa proposta acolheu a doutrina defendida por Álvaro Villaça, que também afirma que a lei surgiu como uma ação consequente da crise econômica que o Brasil se encontrava⁷⁷⁵. Nessa mesma linha de pensamento, Rita Vasconcelos afirma que a Lei 8.009/1990 apresenta lacunas e deficiências em diversos aspectos, porém, foi necessário restringir o exercício dos direitos dos particulares e valorizar a moradia em prol da justiça social⁷⁷⁶.

Quanto ao conteúdo da *entidade familiar*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 364, enunciando que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. A Súmula foi julgada pela Corte Especial em 15/08/2008. Nesta ordem de ideias, é possível concluir que há, no bem de família legal, uma ideia de proteção à pessoa humana, em lugar da antiga tutela patrimonial. Sobre o tema, Nelson Rosenvald ressalta a necessidade de proteção do imóvel pertencente ao devedor sozinho, de modo a garantir o seu patrimônio mínimo, conforme reconhecido na Súmula 364⁷⁷⁷.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

775 Bem de família internacional (necessidade de unificação). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 102, p. 101–111, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67751>. Acesso em: 19 set. 2024.

776 VASCONCELOS, Rita. **A Impenhorabilidade do bem de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

777 FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. **Curso de direito civil: famílias** - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016. pág. 836.

É evidente que desde a positivação do instituto do bem de família no Brasil, ele passou por diversas transformações, as quais decorreram, em grande parte, de construções doutrinárias e jurisprudenciais. Com a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88), a proteção conferida encontrou amparo ainda mais forte, passando pelo direito à moradia, à dignidade humana, à ideia de um mínimo existencial dentre outros.

Ritondo, ao citar Hely Lopes Meirelles, destaca que a evolução do tratamento dado pelo Direito Civil à propriedade, em especial a imobiliária, no decorrer da história passou da *propriedade-direito* para a *propriedade-função*, o que impossibilita o estudo do instituto do bem de família nos termos da raiz axiológica do Código Civil de 1916⁷⁷⁸. Neste ponto, impõe-se uma análise sob a perspectiva constitucional à proteção do bem de família, o que evidencia a importância do instituto para a proteção de direitos sociais garantidos pela Constituição.

2 A PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E A IDEIA DE MÍNIMO EXISTENCIAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou diversos princípios e valores, houve uma grande mudança na interpretação e aplicação do Direito Privado, a qual promoveu uma reconstrução dogmática jurídica a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor. Nelson Rosenvald leciona que, a partir da supremacia constitucional, o esforço interpretativo doutrinário teria detectado a necessidade de uma releitura dos conceitos e institutos clássicos, a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e uma interação estreita entre diferentes campos da ciência⁷⁷⁹

Nesse norte, o Direito Civil recebe uma influência direta da Constituição, a qual impôs uma alteração na estrutura intrínseca

778 RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pág. 106.

779 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB** - 15.ed.rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. pág. 65.

dos seus institutos e conceitos fundamentais, “reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição Cidadã”.⁷⁸⁰ Desta forma, no que diz respeito à proteção ao bem de família, diferente destino não poderia ter a sua interpretação.

A CF/88, em seu art. 1º, III, estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, neste sentido, a moradia revela-se como um fruto deste fundamento e integrante do mínimo existencial que assegura uma vida digna. Segundo a ideia do mínimo existencial, para se usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessário a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos, os quais voltariam-se ao atendimento e concretização das necessidades básicas do ser humano.

No que diz respeito ao direito de moradia em específico, a Emenda Constitucional nº26, de 14 de fevereiro de 2000 o incluiu expressamente no art. 6º da Constituição Federal. Não obstante, mesmo antes da edição, ele já era proclamado no ordenamento jurídico devido aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que ingressam no sistema jurídico brasileiro por força do §2º, do artigo 5º, da CF/88.

Além do art. 6º, da CF/88, é possível identificar no texto constitucional outras referências ao direito à moradia, como o inciso XI, do art. 5º, que dispõe ser a casa o asilo inviolável do indivíduo. O inciso IV do art. 7º, ao tratar do salário-mínimo, determina que ele deve ser capaz de atender as necessidades do indivíduo referentes à moradia. O art. 21, inciso XX, estabelece a competência da União Federal para instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive, a habitação. Nesta perspectiva, é evidente a grande importância da moradia para o ser humano e o tratamento especial conferido pelo constituinte brasileiro à sua proteção.

Para Ritondo, o direito à moradia revela-se como um direito da personalidade inerente ao ser humano. Sendo assim, possui

780 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB** - 15.ed.rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. pág. 68.

características especiais que garantem uma proteção eficaz à pessoa, tendo como objeto um dos bens mais elevados do ser humano. Dessa forma, o ordenamento jurídico não poderia consentir com o despojamento do seu titular, visto que se trata de bem essencial da vida. Isso posto, é possível notar que o bem de família e o direito à moradia convergem para a mesma finalidade de proteção à pessoa humana, conforme a CF/88, que coloca o indivíduo no centro do Direito de Família, privilegiando os interesses existenciais dos membros da entidade familiar em detrimento dos interesses patrimoniais⁷⁸¹

No que tange à ideia do mínimo existencial, Bernardo Gonçalves, ao citar Daniel Sarmiento, destaca que ela envolve duas dimensões essenciais para o seu efetivo exercício: (1) dimensão negativa: nesta perspectiva, ele atua como um limite, impedindo que o Estado ou particulares realizem ações que privem o indivíduo das condições materiais indispensáveis para uma vida digna; (2) dimensão positiva: aqui, o mínimo existencial se relaciona com um conjunto de direitos prestacionais que devem ser implementados e concretizados, de modo a garantir que os indivíduos tenham acesso a condições mínimas para uma vida digna, como saúde, educação, moradia e alimentação⁷⁸².

Nesse norte, adotando o direito à moradia como um fruto do fundamento da dignidade humana bem como as dimensões essenciais para o efetivo exercício da ideia do mínimo existencial, é possível concluir que a proteção destinada ao bem de família também está intimamente ligada à ideia do mínimo existencial, ao passo em que impõe um limite a atuação do Estado e de particulares que visem privar o indivíduo de sua moradia, garantindo que, mesmo em situações de dívidas, o devedor tenha um espaço inviolável: seu lar.

Desta forma, o instituto do bem de família não apenas protege o patrimônio familiar, mas também se alinha à busca pelo mínimo existencial. Ele assegura que, mesmo em momentos difíceis, a

781 RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pág. 124-125.

782 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 892.

dignidade e a segurança habitacional sejam preservadas, garantindo a proteção a um piso mínimo de direitos ao devedor.

3 A PROPOSTA DA SUBCOMISSÃO E DA COMISSÃO GERAL DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As alterações propostas no Código Civil no que tange à responsabilidade patrimonial do devedor pelas obrigações assumidas, foi tratada pela Subcomissão de Obrigações da CJCODCIVIL. A subcomissão foi composta pelos Professores José Fernando Simão (Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo) e Edvaldo Pereira de Brito (Doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo). O objeto de insurgência do presente artigo, é, em verdade, referente à proposta de inclusão do art. 391-A, em especial, o §1º, I. Todavia, faz-se necessário apresentar as discussões referentes ao art. 391, do CC, de modo a demonstrar a origem da inclusão do art. 391-A, no anteprojeto da reforma.

A análise das alterações propostas no artigo 391 do CC/02, observadas as discussões pelas notas taquigráficas, foi objeto de discussão em algumas poucas reuniões da comissão. A primeira reunião realizada no Senado Federal ocorreu no dia 04 de setembro de 2023, no entanto, a primeira menção específica ao artigo 391 ocorreu apenas na 4ª reunião, realizada em 20 de novembro de 2023. Nessa ocasião, o foco era uma análise geral do artigo⁷⁸³. Um aspecto importante dessas discussões, perceptível nas primeiras reuniões, é a falta de transparência no método adotado pela comissão, pois foram mencionados grupos de WhatsApp e pastas não divulgadas do Google Drive, em que debates e alterações de textos legislativos eram feitos sem publicização⁷⁸⁴.

783 BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. 4ª Reunião, Ordinária - CJCODCIVIL**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12073>. Acesso em: 22 set. 2024.

784 José Fernando Simão, 2ª Reunião da Comissão de Juristas para a Reforma do Código Civil. Senado Federal, 2023 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/>

Nas reuniões subsequentes, especialmente na 4ª e 5ª reuniões, o artigo 391 foi discutido mais detalhadamente por Doris Gilardi, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. A principal questão levantada nesses encontros dizia respeito à expressão “todos” utilizada no trecho “respondem todos os bens do devedor” do referido artigo.

José Fernando Simão defendeu uma postura mais conservadora, argumentando que o ideal seria mexer o mínimo possível no texto vigente, preservando o entendimento já consolidado na jurisprudência. A preocupação de Simão estava relacionada à estabilidade jurídica, sugerindo que alterações muito extensas poderiam gerar incertezas interpretativas nos tribunais. Na 5ª reunião, houve continuidade no debate, e Luciano Figueiredo, doutor em Direito Civil pela PUC/SP, apresentou uma visão um pouco mais reformista, defendendo uma mudança mais ampla no artigo. Ele destacou a importância de adequar o texto às novas realidades sociais e econômicas, embora respeitando os limites da jurisprudência consolidada.

De acordo com o relatório parcial da subcomissão, foi sugerida a alteração do art. 391 do CC, que possui a redação “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” para “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora”. A justificativa da subcomissão de obrigações para tal alteração, é de que, numa interpretação literal, todos os bens do devedor responderá com seus bens, sendo o adjetivo “todos” inexato. Desta forma, com base no art. 601, do Código Civil Português, que prevê que “pelo cumprimento da obrigação, respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora”, sugeriu-se a alteração da redação do art. 391⁷⁸⁵. No que se refere à proposta de inclusão do Artigo 391-A, este surgiu na Emenda nº 60 (de consenso), a qual foi proposta pela Subcomissão de Teoria Geral das Obrigações em emenda de consenso

atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/11880>. Acesso em: 19 set. 2024

785 BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Relatórios Parciais - Subcomissão de obrigações**. pág. 49/50. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>. Acesso em: 19 set. 2024.

com os Relatores Gerais⁷⁸⁶, incluindo, de forma inédita, a proteção ao Bem de Família Legal no CC/02, o que fizeram sob a denominação de “patrimônio mínimo existencial”.

No entanto, após vastas pesquisas, não foram encontradas discussões públicas quanto à inclusão do art. 391-A, nem mesmo justificativas com bases doutrinárias e jurisprudenciais, mas, tão somente, que a inclusão foi feita em consenso entre os Relatores Gerais. Ademais, em análise às notas taquigráficas das reuniões realizadas, não foi identificada qualquer discussão entre os relatores acerca da inclusão do artigo 391-A.

4. A AUSÊNCIA DE BASE JURISPRUDENCIAL PARA INCLUSÃO DO ART. 391-A, §1, I, NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O anteprojeto da Reforma do CC/02 inova ao propor a inclusão do art. 391-A no Código Civil, que, sob a denominação de “patrimônio mínimo existencial”, incorpora ao Código o bem de família legal. Todavia, falha ao perder a oportunidade de consolidar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais formulados sobre o tema, especialmente no que diz respeito à extensão da proteção do bem de família às pessoas solteiras, separadas ou viúvas. Isso ocorre porque o que foi disposto no art. 391-A, §1º, I e II⁷⁸⁷, do anteprojeto da reforma, exclui a proteção destinada às pessoas solo e impôs a exigência de que o imóvel seja único no patrimônio do devedor, restrição esta que a

786 BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Emenda nº 1-A, de 2024 - CJCODCIVIL.** pág. 99. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/8032>. Acesso em: 19 set. 2024.

787 Art. 391-A. Salvo para cumprimento de obrigação alimentar, o patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar é intangível por ato de excussão do credor.

§ 1º Além do salário-mínimo, a qualquer título recebido, bem como dos valores que a pessoa recebe do Estado, para os fins de assistência social, considera-se, também, patrimônio mínimo, guarnecido por bens impenhoráveis:

I - a casa de morada onde habitam o devedor e sua família, se única em seu patrimônio;
II - o módulo rural, único do patrimônio do devedor, onde vive e produz com a família;
(...)

Lei nº 8.009/90 não faz, nem mesmo a jurisprudência, que já é assente no sentido de ser desnecessária a comprovação de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade.

Dentre os requisitos indispensáveis do bem de família legal, destaca-se a exigência da Lei 8.009/90 de que *o casal ou a entidade familiar* resida no imóvel, o que, numa interpretação literal, possibilita o entendimento de que o imóvel onde reside uma pessoa solo não é abrangido pela proteção conferida ao bem de família. Não obstante, a doutrina e jurisprudência caminharam para ponto diverso da interpretação literal do texto normativo.

Álvaro Villaça Azevedo, já há muito tempo, se posicionou no sentido de que a proteção direcionada ao bem de família legal não pode excluir os solteiros e solitários, isso porque “eles não podem ser aliados da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade”⁷⁸⁸.

Ritondo, por sua vez, elucida que a aplicabilidade do instituto do bem de família na proteção do indivíduo pode ser examinada sob dois aspectos que convergem para a mesma solução de aceitar a sua configuração. A primeira (e menos aceita pela doutrina e jurisprudência), é a ideia de reconhecimento da família unipessoal como entidade familiar legal e constitucionalmente protegida. A segunda não reconhece a ideia da família unipessoal e, ao citar Rita de Cássia, relata que, embora ela não adote a concepção de família unipessoal, admite a contradição em não se proteger a pessoa que vive solitária, sendo questionável a constitucionalidade da discriminação observada na Lei 8.009/90 que não confere proteção à pessoa que mora sozinha em imóvel próprio⁷⁸⁹.

788 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2002. p.173-174.

789 RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pág. 129-130.

Ainda, Ritondo ao exarar sua posição pessoal sobre o tema, afirma que “a família unipessoal é uma realidade social. Em consequência disso e em respeito ao princípio da força normativa da Constituição, deve a norma constitucional conformar-se a essa realidade, privilegiando a interpretação que lhe garanta maior eficácia e amplitude”⁷⁹⁰. Neste mesmo sentido, a jurisprudência tem se consolidado, em especial com a aprovação da Súmula 364, pelo STJ.

A pesquisa da jurisprudência iniciou com a consulta ao site do STJ, utilizando o termo ‘bem de família’, o qual apresentou como resultado a Súmula 364. Tendo em vista que a própria Súmula menciona casos anteriores, a pesquisa também foi aprofundada nestes, observado as decisões do Tribunal e verificando as decisões relevantes que embasaram a formulação do entendimento consolidado.

A Súmula 364 representou um avanço na interpretação do conceito de “bem de família”, estendendo a proteção da impenhorabilidade de imóveis também a pessoas solteiras, separadas ou viúvas. Isso ampliou a aplicação da Lei nº 8.009/1990, garantindo assim a preservação do direito à moradia mesmo para indivíduos que não se enquadram no conceito tradicional de família.

A aprovação da Súmula foi embasada em precedentes e princípios legais, que sustentaram a necessidade de proteger o imóvel de pessoas em diferentes estados civis e de destacar o direito à moradia. Um dos casos citados para fundamentar a Súmula foi o REsp 139.012-SP, relatado pelo Ministro Ari Pargendler em 2002. Nesse julgamento, foi decidido que o imóvel de uma pessoa solteira à época da ação de cobrança deveria ser protegido contra a penhora, mesmo que ela se casasse posteriormente. Esse entendimento reforçou a ideia de que o estado civil não deve ser determinante para a aplicação da proteção legal ao imóvel destinado à moradia.

Outro precedente relevante foi o REsp 450.989-RJ, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros em 2004. Neste julgamento, o ministro destacou que a Lei nº 8.009/1990 tem como principal objetivo

790 RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. pág. 132.

garantir o direito à moradia, que é inerente a todos os cidadãos, independentemente de seu estado civil. A proteção legal não deveria se limitar a uma concepção restrita de entidade familiar, mas sim ser aplicada de forma mais ampla, visando a preservação da dignidade humana e o acesso à moradia. A partir dessa interpretação, o STJ consolidou a visão de que o direito à moradia transcende o conceito de família nuclear, abarcando indivíduos em diferentes situações.

Além desses precedentes, o Agravo Regimental no REsp 672.829-GO, relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa em 2006, reafirmou a impenhorabilidade do imóvel residencial, mesmo que o proprietário fosse uma pessoa solteira. Neste julgamento, o STJ teve a intenção de alinhar a proteção ao bem de família com a realidade social, considerando a importância de garantir a segurança habitacional independentemente da constituição de uma entidade familiar tradicional.

A Súmula 364 solidifica um entendimento jurídico já reconhecido pelos tribunais e adapta a legislação para a complexidade das construções sociais modernas. Ao estender a proteção do bem de família da Lei nº 8.009/1990 para pessoas solteiras, separadas e viúvas, é garantido o direito à moradia e a proteção à dignidade dos cidadãos em suas configurações de vida diversas.

Nesse sentido, torna-se evidente que a limitação imposta pelo art. 391-A, §1º, I e II, do Anteprojeto da Reforma, ao restringir a proteção do bem de família legal à casa ou módulo rural onde habitam o devedor e sua família, não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Isso porque a proteção conferida ao bem de família, sob uma perspectiva constitucional, foi estendida aos solteiros, viúvos e separados, de modo a garantir o direito à moradia e a proteção à dignidade humana, não estando mais restrito ao imóvel onde habite o casal e sua família.

Outro ponto a ser questionado é a imposição do requisito de o imóvel ser único no patrimônio do devedor para que seja protegido pela impenhorabilidade (art. 391-A, §1º, I e II, do Anteprojeto da Reforma do Código Civil). Nota-se que em momento algum a Lei

8.009/90 dispõe sobre este requisito, o que torna questionável a origem e os motivos que, frisa-se, não foram expostos, para o estabelecimento deste requisito para a impenhorabilidade.

O art. 5º, da Lei 8009/90, estabelece que “para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”, não havendo qualquer requisito de que o imóvel seja único no patrimônio do devedor, mas tão somente que seja unicamente utilizado para a moradia permanente. Em seguida, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, dispõe que “na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor”, restando evidente a ausência de previsão na lei 8.009/90 do requisito de o imóvel ser único no patrimônio do devedor para que seja beneficiado pela impenhorabilidade.

Neste mesmo sentido, a Terceira Turma do STJ, ao julgar o REsp n. 1.762.249/RJ⁷⁹¹, sob relatoria da Exma. A Sra. Ministra Nancy Andrighi, firmou o entendimento de que não se faz necessário provar que o imóvel em que reside o devedor seja o único de sua propriedade para que se reconheça a impossibilidade de penhora do bem de família, uma vez que essa exigência inexiste no conjunto de normas que disciplina a matéria.

De igual modo, a Quarta Turma do STJ, ao julgar o AgInt no AREsp n. 2.088.444/SP⁷⁹², sob relatoria do Exmo. Sr. Ministro Marco Buzzi, asseverou o entendimento da Corte no sentido de que não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família.

Em conclusão, a imposição do requisito de que o imóvel seja único no patrimônio do devedor para que seja protegido pela

791 BRASIL. **REsp n. 1.762.249/RJ**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 7/12/2018.

792 BRASIL. **AgInt no AREsp n. 2.088.444/SP**, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.

impenhorabilidade, conforme disposto no art. 391-A, §1º, I e II, do Anteprojeto da Reforma, não encontra respaldo na Lei nº 8.009/90. Esta lei não exige que o imóvel seja único no patrimônio do devedor. A jurisprudência do STJ reforça que não é necessário provar que o imóvel é o único de propriedade do devedor para que se reconheça a impenhorabilidade do bem de família. Portanto, a proposta do anteprojeto, ao impor tal requisito, contraria os entendimentos já consolidados, gerando insegurança jurídica e desconsiderando a proteção já estabelecida pela legislação vigente.

5 IMPRECISÃO TÉCNICA SOB A ÓTICA DA LEGÍSTICA

A Legística pode ser conceituada como um saber jurídico que evoluiu a partir de questões recorrentes na história do direito, tais como a necessidade de uma legislação mais eficaz, o questionamento da lei como instrumento exclusivo para a realização de mudanças sociais e a necessidade de acesso aos textos legais em todos os níveis. Fabiana Soares apresenta em um de seus artigos a Legística como uma ciência que atua em duas dimensões: a dimensão material e a formal. Do ponto de vista material, ela promove o fortalecimento da faticidade e da efetividade da legislação, tendo por escopo a atuação no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas. Do ponto de vista formal, a Legística atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa, fornecendo princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos⁷⁹³.

Soares ressalta que a Legística se debruça sobre um contexto no qual discussões grassam e expressam fenômenos típicos da atualidade, em que a legislação está em expansão, e muitas vezes

793 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. pág 125-126.

concorre para a falta de coerência do sistema normativo, afetando a completude do ordenamento jurídico¹⁸. Ademais, nesse processo de densificação normativa, a implementação de legislação nem sempre se justifica, havendo, na verdade, contradições e ambiguidades que se acentuam, tornando o sistema normativo instável e reduzindo o nível de segurança jurídica, criando incerteza para os emissores e receptores das normas jurídicas quanto ao direito vigente e seu teor em face do diálogo esperado com outras fontes do direito⁷⁹⁴.

Sob esta perspectiva, é possível formular a primeira crítica, sob a ótica da legística, quanto à proposta de inclusão do art. 391-A, em especial, o §1º, I, no CC/02. Isso se dá diante da clara delimitação da proteção ao bem de família legal à “casa de morada onde habitam o devedor e sua família, se único em seu patrimônio”. Como se vê, a redação dada a este inciso implica diretamente na delimitação da proteção conferida à casa do devedor somente à hipótese em que resida com a sua família e se este imóvel for único em seu patrimônio.

Neste ponto, é possível identificar um grande conflito entre a proposta legislativa de inclusão do art. 391-A, §1º, I, no Código Civil de 2002, a jurisprudência e a doutrina, bem como a razão inicial de instauração da Comissão de Juristas para Reforma do Código Civil. Isso ocorre porque a doutrina e jurisprudência consolidaram-se no sentido de estender a proteção do bem de família ao devedor solteiro, separado ou viúvo, além de inexistir, na Lei nº 8.009/90, a exigência de que o imóvel a ser protegido seja único no patrimônio do devedor, o que foi reforçado pela jurisprudência. Portanto, se a proposta inicial da Comissão de Reforma era consolidar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, neste ponto, não lograram êxito, pois eis que a doutrina e jurisprudência não convergem para o mesmo sentido da proposta de reforma legislativa, resultando em insegurança jurídica. Além disso, perturbaria, de forma desnecessária e sem fundamento

⁷⁹⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. pág 127.

sólido, o que foi construído desde a inserção do instituto jurídico do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, a legística material propõe um procedimento metódico em etapas para que se melhore a eficácia da legislação, sendo essas: definição do problema; determinação de objetivos; estabelecimento de cenários alternativos; escolha de soluções; avaliação prospectiva; execução; e avaliação retrospectiva⁷⁹⁵.

No caso, com relação ao dispositivo legal em discussão, tais pontos não foram devidamente expostos pela então Comissão de Reforma, inexistindo nos relatórios da subcomissão e da comissão geral, ou mesmo no relatório final dos trabalhos qualquer menção aos motivos para inclusão do art. 391-A, em especial, seu §1º, I, no Código Civil. Conforme ressalta Delley, é comum que revisões legislativas sejam empreendidas pelo simples motivo de que a lei envelheceu, cumpriu seu tempo ou não responde mais às exigências modernas⁷⁹⁶, o que se assemelha aos motivos de instauração da Comissão de Reforma, havendo ainda o detalhe de consolidação da doutrina e da jurisprudência, o que não ocorreu no caso.

Ademais, após analisar os documentos produzidos pela subcomissão de obrigações e da comissão geral bem como as notas taquigráficas das reuniões realizadas pela comissão geral, não foi possível identificar amplos debates sobre a inclusão do art. 391-A no anteprojeto da reforma, restando evidente a inobservância de uma das técnicas da legística que consiste na otimização da eficácia legislativa postas diante do corpo social, que deve ser feita, necessariamente, na construção de um consenso possível por meio de audiências

795 DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004. pág. 02.

796 DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004. pág. 06.

públicas, negociação legislativa, práticas de lobby regulamentadas e plebiscitos⁷⁹⁷.

Outro ponto a se destacar, é que o art. 391-A, *caput*, enuncia que “o patrimônio mínimo existencial da pessoa, da família e da pequena empresa familiar é intangível por ato de excussão do credor”. Todavia, embora dê um destaque ao patrimônio da pessoa, que pode ser compreendido como um sujeito solo, ao prescrever no inciso I do §1º que deva ser considerado como patrimônio mínimo, dá a entender que a casa de morada em que habite uma pessoa solo não seria objeto da impenhorabilidade, evidenciando uma contradição entre o *caput* do artigo e o seu inciso I do §1º.

Além disso, a dificuldade de encontrar discussões sobre a inclusão do artigo 391-A no anteprojeto da reforma, viola claramente o princípio da transparência, que é um dos quais devem ser observados pelo legislador para aplicação da legística.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a conclusão da análise referente à inclusão do artigo 391-A no anteprojeto da Reforma do Código Civil revela um grave desalinhamento entre a proposta legislativa e o que foi construído pela jurisprudência e a doutrina no decorrer do tempo no que se refere à proteção do bem de família. Ao impor requisitos desconectados da doutrina e jurisprudência consolidada, como a exigência de que o imóvel seja único no patrimônio do devedor, infringe-se a proteção à moradia e à dignidade humana, assegurados pela CF/88. A ausência de discussões públicas e justificativas robustas para essas alterações, aliada à falta de transparência no processo legislativo, resulta não apenas em uma ineficácia da técnica da norma, mas também em retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. Isso porque a jurisprudência, em especial com a edição da Súmula

797 ZIEGLER, Joici Antônia; KLASMMANN, Gabriela Gomes. Legística: uma nova abordagem acerca da produção legislativa. In: XXI Jornada de Pesquisa. **Salão do Conhecimento UNIJUI 2016**, Ciência Aumentando o Brasil. Ensaio teórico. 2016.

364 do STJ, já havia consolidado a expansão da proteção ao bem de família para além do núcleo familiar tradicional, o que também já era respaldado pela doutrina.

Portanto, a proposta do artigo 391-A, em especial o seu §1º, I e II, longe de consolidar avanços doutrinários e jurisprudenciais, introduz incertezas jurídicas e cria uma ruptura injustificada com a tradição interpretativa construída ao longo do tempo, necessitando de revisão para alinhar-se aos valores constitucionais e à construção doutrinária e jurisprudencial realizada no decorrer do tempo quanto ao bem de família legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Guilherme Rodrigues de. **A impenhorabilidade do bem de família de alto valor e o Direito Fundamental à execução efetiva**. 2023. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90**. 5. Revista dos Tribunais, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado por Clovis Bevilacqua**. Sexta edição ed., vol. I, Livraria Francisco Alves, 1940.

BRASIL. **AgInt no AREsp n. 2.088.444/SP**, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.

BRASIL. **REsp n. 1.762.249/RJ**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 7/12/2018.

BRASIL. Senado Federal. **Reuniões realizadas - CJCODCIVIL**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecão=Sessão-seReuniões&colegiado=CJCODCIVIL&ordem=data&situacao=Realizada>. Acesso em: 22 set. 2024.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosendal, Nelson. **Curso de direito civil: famílias** - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia, Direito Especial de Personalidade?**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de família** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil** - São Paulo:Dialética, 2024.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.

VASCONCELOS, Rita. **A Impenhorabilidade do bem de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZIEGLER, Joici Antônia; KLASMMANN, Gabriela Gomes. Legística:uma nova abordagem acerca da produção legislativa.In:XXI Jornada de Pesquisa.**Salão do Conhecimento UNIJUI 2016, Ciência Aumentando o Brasil**. Ensaio teórico. 2016.

A GESTANTE PODE MUDAR DE IDEIA? A (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECER O ARREPENDIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Amanda de Oliveira Valadares*⁷⁹⁸

*Gabriel Carvalho Fonseca*⁷⁹⁹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a maneira como o arrependimento da gestante, no contexto da gestação por substituição, está sendo tratado pelo Anteprojeto da reforma do Código Civil. Neste sentido, utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica, por meio das abordagens dogmática e comparativa, contrastando-se o estado normativo da gestação por substituição nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português com os dispositivos previstos no referido Anteprojeto e o Estado da Arte doutrinário sobre a referida técnica. Concluiu-se que o tratamento do objeto da pesquisa é inexistente na reforma e, portanto, sugeriu-se novas redações aos artigos propostos, de modo a suprir a lacuna percebida, de acordo com o desenvolvimento doutrinário discutido.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Código Civil, Gestação por Substituição, Cessão Temporária de Útero.

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2023, a presidência do Senado nomeou uma comissão de juristas com a finalidade de reformar o Código Civil, ressaltando, dentre vários motivos, que a legislação está defasada no

798 Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa, graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras, professora dos cursos de Administração, Contábeis e Direito na FASF (Unisa), pesquisadora do LABB.

799 Mestre em Direito pela UFOP. Bacharel em Direito pela UFLA. Professor do curso de Direito da FASF/UNISA. Membro do Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq/UFLA) – Cátedra Unesco de Bioética.

que tange à evolução tecnológica e a modificação da dinâmica das relações familiares.⁸⁰⁰ Em fevereiro de 2024, o relatório apresentado pela comissão ficou pronto e foi enviado para apreciação do parlamento brasileiro. Apesar dos méritos das várias críticas que possam ser feitas à necessidade da reforma,⁸⁰¹ um aspecto positivo precisa ser destacado: os juristas convidados voltaram os olhos para os aspectos importantes das novas formas de concepção de filiação, em especial à reprodução humana assistida e à gestação por substituição, nomeada como cessão temporária de útero⁸⁰², objeto de análise deste texto.

800 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

801 Podemos citar como exemplo: VIEIRA, Marcelo de Mello. Reforma do código civil e o direito da criança e do adolescente: quando levaremos os direitos de crianças e de adolescentes a sério? **Empório do Direito**. Disponível em: <https://encr.pw/DbA25>. Acesso em ago. 2024; BARBOSA, Fernanda Nunes. As inseguranças do direito ao nome na reforma do Código Civil e o perigo de novos silenciamentos. **Migalhas**. Disponível em: <https://l1nq.com/jJF25>. Acesso em ago. 2024.

802 A escolha do termo é criticável, já que o vocábulo jurídico “cessão” indica transferência entre as partes de um objeto que é cedido, o que é impossível nessa situação, pelo fato de que o útero da gestante continua sob sua posse e domínio imediatos. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157. A doutrina tem utilizado diversos termos para fazer referência à gestação por substituição, como “maternidade sub-rogada”, “mãe de substituição”, “barriga de aluguel”, “gestação por substituição”, entre outros. Porém, “sub-rogar” significa colocar pessoa ou coisa no lugar da outra, o que faz referência apenas à modalidade em que a gestante cede o útero e o material genético. A palavra correta, portanto, é substituição, para incluir os tipos em que o gameta utilizado não é o da receptora. LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 25. O vocábulo “mãe de substituição”, também deve ser evitado, pois se refere a aquela que dá à luz a criança, independente de lhe transmitir o seu material genético ou não. Sendo assim, se a gestante é a genitora, não faz sentido dizer que alguém a está substituindo. RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe** - questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 10. O termo “maternidade” também não é adequado, porque a gestante não é a mãe da criança, apenas cede o útero e/ou o material genético. Já a expressão “maternidade por substituição” fragmenta o conceito de maternidade e traz uma ideia de subalternização da gestante. O que se sub-roga é a gestação, e não a maternidade. A nomenclatura “barriga de aluguel” tem uma matriz pejorativa, relacionada à exploração da mulher. Ademais, o termo aluguel evidencia a ideia de que houve um pagamento para a gestante, o que nem sempre ocorre, por também existir a modalidade altruística. LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 26. Portanto, conclui-se que a terminologia mais adequada, quando comparada às demais que foram referenciadas, é gestação por substituição.

O Anteprojeto previu a figura da gestação por substituição entre os artigos 1.629-L e 1.629-P, que será o tema do presente trabalho. Tais dispositivos que regulamentam as hipóteses em que será admitida no ordenamento: a limitação à finalidade gratuita; o estabelecimento de preferencialidade para vínculos familiares entre a gestante e os autores do projeto parental; a determinação de formalização em documento escrito, explicitando que a filiação deve ser atribuída a quem planejou o projeto parental; e, por fim, como se dará o registro civil do recém-nascido e de seus pais.

Porém, um aspecto que o documento não previu trata-se da (im)possibilidade de reconhecer o direito ao arrependimento da gestante, lacuna que motivou e justificou a escrita do presente trabalho. Neste ínterim, este tenciona discutir os aspectos mais relevantes da discussão sobre o tema, comparando como ele é tratado na legislação atual e contrastando-a com a previsão normativa trazida pelo Anteprojeto, com o objetivo responder à seguinte pergunta, que constitui o problema da pesquisa: a gestante pode mudar de ideia em relação a entregar a criança aos autores do projeto parental após seu nascimento? Além disso, será comparado o tratamento da questão no Brasil e em Portugal, de forma a compreender as diferenças normativas e doutrinárias que perpassam pelo arrependimento. Por fim, numa perspectiva propositiva, sugerir-se-á uma nova formulação dos dispositivos previstos pelo Anteprojeto, de maneira a corresponder às críticas feitas, na garantia de preservação dos interesses da gestante, dos autores do projeto parental e da criança que será gerada.

1 A LEGISLAÇÃO ATUAL

A evolução médico-tecnológica proporcionou uma série de vantagens à sociedade, desde desenvolvimento de novos medicamentos até a possibilidade de driblar problemas de fertilidade, como é o caso

da esterilidade.⁸⁰³ Uma das mais atrativas iniciativas para exercício da parentalidade é a gestação por substituição, que consiste na opção de um casal ter filhos, porém, sem que a mãe gere, por ela mesma, a prole, encarregando a gestação a um terceiro, que levará a gravidez a termo.⁸⁰⁴

Em âmbito nacional, ainda não existe uma lei que regulamenta a prática da gestação por substituição. Para o tema, as normas aplicáveis são de natureza deontológica, proferidas pelo Conselho Federal de Médica (CFM), órgão responsável por normatizar a prática médica. Embora as resoluções editadas por ele tenham exercido o papel da lei, na medida em que há uma lacuna normativa sobre reprodução humana no Brasil, é necessário ressaltar que não são normas oriundas do Poder Legislativo, o que possibilita que sejam impugnadas.⁸⁰⁵ Ademais, qualquer normativa que discorre sobre liberdades individuais e direitos fundamentais constitucionalmente protegidos deve ser elaborada por processo legislativo competente. É inegável que a ausência de legislação própria causa problemas de segurança jurídica e, também, de desrespeito quanto aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana⁸⁰⁶.

Dos vários documentos emitidos por essa entidade, aquele que atualmente regulamenta a prática em questão no Brasil é a Resolução 2.320 de 20 de setembro de 2022, mais exatamente no item VII. Nesta, nota-se alguns pontos importantes: há vinculação da gestação por substituição à circunstâncias de impedimento ou contraindicação da gestação; estabelece-se que a gestante deve cumprir dois requisitos, a saber: ter ao menos um filho vivo e manter grau de parentesco

803 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 6. Ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

804 YOUNG, Beatriz Capanema. Contratos nas técnicas de reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor (orgs). **Biodireito: Tutela jurídica das dimensões da vida**. Indaiatuba: Foco, 2020.

805 SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019, p. 97.

806 SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio biojurídico sobre reprodução humana assistida**. Indaiatuba: Foco, 2024.

consanguíneo de até 4º grau com os pais da criança a ser gerada; e, por fim, veda-se a possibilidade da prática da técnica mediante remuneração e pede-se autorização de cônjuge ou companheiro caso a gestante seja casada ou esteja em união estável.

Diversas críticas podem ser feitas às limitações impostas pelo CFM, em especial pela intensa ingerência na autonomia da gestante substituta e dos autores do projeto parental.⁸⁰⁷ Além disso, a Resolução não trata, em nenhum aspecto, da possibilidade de arrependimento da gestante, o que gera sério impasse de insegurança jurídica, seja para proteção da mulher contratada ou dos pais da criança a ser (ou que está sendo) gerada.

2 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

No que tange à reforma proposta pelo Poder Legislativo brasileiro, há basicamente a adaptação das normas exaradas pelo CFM, como se pode perceber na tabela comparativa a seguir.⁸⁰⁸

807 Sobre este aspecto, diversos autores têm se debruçado sobre o tema da contratualização da gestação por substituição, reconhecendo que se trata de uma hipótese de exercício da autonomia privada (principal fundamento do direito contratual), perpassado por figuras como a boa-fé objetiva e a justiça contratual, além de pressupor exercício de direitos fundamentais, como é o caso a liberdade do planejamento familiar. Para maiores informações sobre tal perspectiva, sugerimos SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Compêndio biojurídico sobre reprodução humana assistida*. Indaiatuba: Foco, 2024.

808 Destaques e tabela desenvolvida pelos próprios autores.

Anteprojeto do Código Civil ⁸⁰⁹	Resolução CFM 2.320/2022 ⁸¹⁰
<p>Art. 1.629-L. A cessão temporária de útero é <u>permitida para casos em que a gestação não seja possível em razão de causa natural ou em casos de contraindicação médica.</u></p>	<p>VIII - Sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero) As clínicas, centro ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, <u>desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação.</u></p>
<p>Art. 1.629-M. A cessão temporária de útero <u>não pode ter finalidade lucrativa ou comercial.</u></p>	<p>2. A cessão temporária do útero <u>não pode ter caráter lucrativo ou comercial</u> e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.</p>
<p>Art. 1.629-N. A cedente temporária do útero deve, preferencialmente, ter <u>vínculo de parentesco com os autores do projeto parental.</u></p>	<p>1. A cedente temporária do útero deve: a) ter ao menos um filho vivo; b) <u>pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau</u> (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos); c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).</p>
<p>Art. 1.629-O. A cessão temporária de útero deve ser <u>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.</u></p>	<p>3. [...] a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes <u>e pela cedente temporária do útero</u>, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, <u>bem como aspectos legais da filiação:</u> [...] e) <u>compromisso do registro civil da criança pelos pacientes</u>, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez.</p>

809 CJCODCIVIL. *Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Brasília: 2024.

810 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.320/2022*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em set. 2024.

<p>Art. 1.629-P. O registro de nascimento da criança nascida em gestação de substituição será levado a efeito em nome dos autores do projeto parental, assim reconhecidos pelo oficial do Registro Civil.</p> <p>§1º Além da declaração de nascido vivo (DNV) ou documento equivalente, é necessária a apresentação do termo de consentimento informado, firmado na clínica que realizou o procedimento, e do documento escrito, público ou particular, firmado antes do início dos procedimentos médicos de implantação com a cessionária de útero, no qual conste a quem se atribui o vínculo de filiação.</p> <p>§2º Em nenhuma hipótese, o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais publicizar o assento de nascimento ou dados dos quais se possa inferir o caráter da gestação.</p>	-
--	---

Nota-se, portanto, alguns aspectos relevantes. Em primeiro lugar, o legislador quis reproduzir alguns requisitos desenvolvidos pelo CFM para autorização da gestação por substituição, a saber: impossibilidade de gestação por causa natural ou por contraindicação médica e a preferência pela gestante ser familiar do/um autor do projeto parental. O Anteprojeto descartou a obrigatoriedade de grau de parentesco, o que denota uma postura adequada, considerando que a imposição originalmente feita restringe desmedidamente a execução do projeto parental pensado pelos futuros pais.⁸¹¹

⁸¹¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio biojurídico sobre reprodução humana assistida**. Indaiatuba: Foco, 2024. A exigência do parentesco é um aspecto que limita o acesso à gestação por substituição, visto que a gravidez é um processo que gera não só desconfortos físicos como riscos à saúde, por exemplo, não é incomum casos de gravidez de risco. Logo, é uma tarefa árdua encontrar alguém que queira se submeter a essa situação, sobretudo se houver mais um requisito a ser preenchido. Ademais, tal solução cria um óbice para as pessoas que não têm nenhum grau de parentesco com mulheres no grau exigido. VALADARES, Amanda de Oliveira. **Reflexão jurídica sobre as diferentes estratégias de regulamentação da gestação por substituição e suas implicações: A busca por uma legislação específica no Brasil**. Tese de Mestrado - Universidade de Lisboa, Lisboa.

Em segundo lugar, destaca-se a continuidade de valorização da pluralidade das entidades familiares, já que não se limita mais as famílias que poderão se valer das técnicas de reprodução assistida e, por consequência, aproveitarem da gestação por substituição⁸¹². Em terceiro lugar, percebe-se a continuidade da impossibilidade da realização da técnica por meio oneroso. Por fim, nota-se a ausência de um dispositivo que regulamente a hipótese de arrependimento da gestante que, por ser uma circunstância complexa e que envolve interesses desta, dos autores do projeto parental e da própria criança que se encontra em desenvolvimento no ventre da gestante, deveria ser tratada pela legislação. Também é válido ressaltar que o tema é uma das principais preocupações sociais que talvez seja a maior razão da resistência à aceitação da técnica.

Diante dos dispositivos apresentados, nota-se que o legislador dispôs sobre a gestação por substituição como uma circunstância que nasce da liberdade, tanto da gestante quanto dos futuros pais, devendo estes celebrarem um documento que estipulará os efeitos em suas esferas jurídicas. Percebe-se, então, que trata-se de uma regulamentação negocial,⁸¹³ de natureza existencial, pois envolve o direito ao próprio corpo e a liberdade de construção familiar.

812 Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, inclusive, desenvolveram tabela sobre as possibilidades da gestação por substituição, destacando quais sujeitos podem demandá-la, qual tipo de procedimento e se existe permissibilidade de tal técnica. Ressalta-se que o CFM, então, permitiu que qualquer configuração se aproveite, seja ela formada por um homem e uma mulher, duas mulheres, dois homens ou indivíduos solteiros ou viúvos. SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio biojurídico sobre reprodução humana assistida**. Indaiatuba: Foco, 2024.

813 Conforme ensina Sílvio Rodrigues, negócio jurídico é “(...) ato lícito da vontade humana, capaz de gerar feitos na órbita do direito”. Neste sentido, considerando que o próprio Anteprojeto determina a obrigatoriedade de um acordo de vontades, reduzido a um documento, é patente a evolução do entendimento do legislador, que deixa uma brecha legal para o desenvolvimento de mais negócios jurídicos existenciais. Para mais informações sobre o conceito, cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

3 OS PROBLEMAS DO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Como premissa básica, e reconhecendo a natureza negocial estabelecida pelo Anteprojeto à gestação de substituição, é necessário esclarecer que o problema do direito ao arrependimento deve ser analisado em relação à gestante e não aos beneficiários, como reflexo volitivo-responsabilizante, pois, por meio da vontade (elemento central para estabelecimento de uma relação interpessoal com finalidade de constituição familiar), a relação de parentalidade deve ser traduzida em responsabilidade⁸¹⁴. Neste sentido, reconhecer a renúncia dos autores do projeto parental coloca a gestante em uma situação de extrema vulnerabilidade, circunstância essa que a aplicação das arras ou quaisquer indenizações não serão capazes de compensá-la pela grave alteração de vida que terá ao ser obrigada a levar à termo uma gestação que, originalmente, não lhe cabia. Como a filiação deve ser atribuída aos beneficiários pela lei (e como estipula o próprio Anteprojeto), estes não poderão abdicar licitamente desse estatuto, assim como quaisquer outras pessoas que decidem ter filhos por métodos tradicionais, como o ato sexual.⁸¹⁵

Como já mencionado, na proposta do Anteprojeto não há menção alguma sobre a possibilidade de reconhecer o direito da gestante de se arrepender de entregar a criança após o nascimento, o que é uma ausência séria e que contraria a tendência de outros países que já legislam sobre a gestação por substituição. Em Portugal, por exemplo, o seu consentimento é livremente revogável até o momento do registro do bebê e, para defender essa ideia, há autores

814 SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 75.

815 SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 81.

lusitanos, como Guilherme de Oliveira⁸¹⁶ e Stela Barbas,⁸¹⁷ que fazem uma analogia à adoção, pelo fato de o art. 1.982, 3, do Código Civil português determinar que a mãe não pode dar o seu consentimento para abdicar de seu filho antes de um período de reflexão de 6 semanas após o parto.⁸¹⁸

A principal fundamentação da defesa da possibilidade de arrependimento por parte da gestante⁸¹⁹ está no fato de a limitação voluntária dos direitos de personalidade sempre poder ser revogada, notando-se que tal renúncia refere-se à sua renúncia ao estatuto de mãe.⁸²⁰ Contudo, a ligação uterina entre gestante e criança gestada,

816 OLIVEIRA, Guilherme. **Mãe há só uma, duas!** O contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 62 a 65.

817 BARBAS, Stela. Estabelecimento da Maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil Português. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. (Org.). **Bioética e Direitos da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, p. 271-282, 2012, p. 276.

818 Nesta senda, sabe-se que, no Brasil, existe o prazo de 10 dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar, para que os progenitores se arrependam de entregar o infante para adoção, conforme dispõe o art. 166, §5 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, a comparação com a adoção, no caso brasileiro, causa mais problemas do que soluções, pois, no caso da adoção, independentemente de a gravidez ser planejada ou não, a maternidade é imputada à gestante, por ter sido ela quem deu origem à criança e tem ligação tanto genética quanto uterina com ela. É compreensível que seja facultado um período de reflexão a uma mulher que deseja entregar seu filho para a adoção, porque o intuito é proteger o infante. Seu melhor interesse é ficar com a mãe biológica e não em suspensão, enquanto aguarda o procedimento que precede à sua inserção definitiva em um novo ambiente familiar. Porém, um bebê que nasceu pelo recurso à gestação por substituição, deve ser considerado imediatamente como filho da beneficiária, visto que, sem ela, o projeto parental não existiria e a criança também não. SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 82.

819 Como é o caso de BARBAS, Stela. Estabelecimento da Maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil Português. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. (Org.). **Bioética e Direitos da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, p. 271-282, 2012, p. 276. A autora baseia sua opinião no art. 81, 2, do Código Civil português, que determina que: “A limitação voluntária [dos direitos de personalidade], quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

820 É o pensamento de Guilherme de Oliveira, que argumenta que a renúncia ao estatuto de mãe é uma limitação dos direitos de personalidade da mulher, mesmo quando é válida. OLIVEIRA, Guilherme. **Mãe há só uma, duas!** O contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 65.

por si só, não é suficiente para atribuir a filiação à parturiente. Se esta nunca foi mãe da criança que nasceu por meio da técnica, não pode estar em causa uma renúncia desse estatuto.⁸²¹ Trata-se, portanto, da disposição sobre o próprio corpo, pois a gestante o disponibiliza não só para gestar a criança, como durante o período dos tratamentos de fertilização, conseqüentemente, aceita as modificações físicas e psíquicas de seu organismo, para dar à luz ao filho de outrem. Após o parto, já não faz sentido, pela natureza do próprio negócio, discutir sobre o direito de revogabilidade da limitação da disposição sobre o próprio corpo da parturiente.⁸²²

Por isso, é possível discutir, como ocorreu no Acórdão 225/2018 do Tribunal Constitucional português (TC), que uma das características necessárias para que o consentimento e o documento negocial assinado pelos envolvidos sejam válidos é sua atualidade, e que a gestação é um fenômeno complexo que gera desequilíbrios hormonais até mesmo após o nascimento da criança. Prevaleceu a ideia de que isso pode fazer com que a gestante pondere situações que eram inimagináveis no início do procedimento e que é imperioso reconhecer seu direito a se arrepender de entregar o infante. Esse fato também traz à tona a ideia de que é cruel romper os possíveis laços afetivos que podem ser criados entre a mulher contratada e o feto. Assim sendo, o direito de arrependimento pode ser uma armadilha, por fazer supor que as mulheres não são tão racionais quanto os homens ou que sua capacidade é modificada, ou até mesmo anulada, pelos hormônios da gravidez, sentimentos e seu instinto materno.⁸²³

Ainda sobre o vínculo intrauterino entre a gestante e o feto, observa-se que a decisão do TC o supervalorizou, tanto que sustentou a prevalência do projeto parental próprio da mulher caso

821 SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 83.

822 SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 83.

823 SHANLEY, Mary Lyndon. **Making Babies, Making Families**: what Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents. Boston: Beacon Press, 2001, p. 107.

ela se arrependa de entregar a criança, com base no respeito do seu direito ao desenvolvimento da personalidade. Essa é uma solução controversa, pois caso haja um concurso positivo de pretensões entre os beneficiários e a parturiente, em que se decida a favor da última, não só seriam frustradas as legítimas expectativas dos idealizadores da gravidez de ter um filho, como faria com que eles se tornassem meros participantes forçados em projeto parental alheio. Isto porque, para a formação do embrião, em Portugal, faz-se necessário o contributo genético de pelo menos um dos contratantes, sendo assim, a gestante se apropriaria de elementos corpóreos de carácter pessoal dessas pessoas, que não só desejaram a criança antes mesmo dela nascer, como são seus pais biológicos.⁸²⁴

O fator desafiador nesta perspectiva é a frustração de um dito projeto parental próprio da gestante, assumido posteriormente por ela. Entretanto, defende-se que além de ela não ser impedida de ter filhos posteriormente, não é uma medida proporcional determinar que ela constitua família à custa da realização do projeto parental dos pais intencionais.⁸²⁵ Determinar que a parturiente não deve ser obrigada a manter sua palavra é uma solução paternalista e superprotetora, além de reforçar a ideia de que as mulheres são reféns da subjetividade de seus úteros.⁸²⁶ Entende-se que se os requisitos necessários para que ela seja devidamente informada sobre os riscos, benefícios e consequências da gestação por substituição forem cumpridos, e

824 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores, In: ANTUNES, Maria João Antunes; SILVESTRE, Margarida (coords.). **Que futuro para a gestação de substituição em Portugal:** Colóquio internacional. 1ª ed. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 25-42, p. 32.

825 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores, In: ANTUNES, Maria João Antunes; SILVESTRE, Margarida (coords.). **Que futuro para a gestação de substituição em Portugal:** Colóquio internacional. 1ª ed. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 25-42, p. 35.

826 SHALEV, Carmel. **Birth Power:** The Case for Surrogacy. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 121.

seja constatado que seu consentimento foi prestado de forma livre e esclarecida, não há razão para questionar sua decisão.⁸²⁷

Reconhecer a vulnerabilidade que a gestação eventualmente ocasiona, assim como a possível existência de uma ligação a nível uterino entre o feto e a mulher, não é suficiente para afirmar que as informações prestadas para a parturiente sobre as variáveis condições da gravidez foram diminutas, em termos que seriam incompatíveis com o respeito à sua personalidade.⁸²⁸

4 ESTATÍSTICA DO ARREPENDIMENTO: É REALMENTE TÃO COMUM QUE A GESTANTE SE ARREPENDA DE ENTREGAR A CRIANÇA?

Como defendemos que não deve ser reconhecido o direito da gestante de se arrepender, é importante demonstrar que as pesquisas sobre o tema demonstram que essa situação sequer ocorre com frequência, ao contrário do que pensa a população no geral. Debra Katz realizou um estudo sobre o assunto em 2002, nos EUA, e concluiu que dos 14.000 a 16.000 nascimentos, a partir do recurso à gestação por substituição, apenas em 88 deles foram identificadas alguma controvérsia entre a parturiente e os beneficiários. Desse número, 23 mulheres foram resistentes à entrega da criança, contudo, na maioria

827 LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 281 e 282.

828 BONE, Leonardo Castro de. **A gestação de substituição**: do acordo de vontades à solução dos problemas jurídicos que suscita. 2021. Tese de mestrado - Universidade de Lisboa, p. 87. Sobre o tema, é relevante destacar que um número significativo de pesquisas realizadas nos EUA, Canadá e Reino Unido, demonstra que há plena conscientização dos riscos assumidos pela maior parte das gestantes de substituição, antes de se submeter aos procedimentos da técnica. É o que indica, por exemplo, os dados publicados por (PENG, Lina. *Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative*. **American University Journal of Gender Social Policy and Law**, v. 21, n. 3, 2013, p. 555-582, p. 559-560); (JADVA, Vasanti; IMRIE, Susan; GOLOMBOK, Susan. *Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child*. **Human Reproduction**, v. 30, n. 2, 2015, p. 373-379, p. 373) e (BUSBY, Karen; VUN, Delaney. *Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers*. **Canadian Journal of Family Law**, v. 26, n. 1, 2010, p. 13-94, p. 51 e 52).

dos casos, o motivo não era porque realmente desejavam mantê-la para si, mas sim para se aproveitar de algum benefício contratual. As outras situações se referiam a casos de contratantes que desistiram de ficar com o bebê,⁸²⁹ isso quer dizer que houve uma taxa de êxito de mais de 99,5% desses acordos.⁸³⁰

Elly Teman, em 2008, também se referindo à situação dos EUA, ao analisar pesquisas realizadas por outros autores, concluiu que, desde o final da década de 70, em média 25.000 gestantes de substituição receberam uma contraprestação e deram à luz a filhos de outrem no país. Estima-se que mais de 99% delas renunciaram voluntariamente à criança, como haviam concordado contratualmente em fazer, menos de um décimo de 1%, isto é, 0,001 desses casos deram origem a ações judiciais.⁸³¹

Em relação à experiência britânica, em 2012, Natalie Gamble discorre que nos 20 anos anteriores à pesquisa, aproximadamente 1.000 ordens parentais⁸³² foram concedidas no Reino Unido, e em apenas 2 casos a gestante manifestou interesse de manter o infante para si, o que significa que houve uma eficácia ainda maior desses acordos, de 99,95%.⁸³³ A partir disso, conclui-se que apesar de os dados

829 KATZ, Debra. Why more and more infertile women are turning to others to bear their babies. **Parenting Magazine**, 2002, p. 88 apud LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 290.

830 LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 290.

831 TEMAN, Elly. The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood. **Social Science and medicine**, v. 67, n. 7, 2008, p. 1104-1112, p. 1104.

832 No Reino Unido, em um primeiro momento, a criança é havida como filha da gestante, mesmo que não tenha contribuído com seus gametas. Se a mulher for casada, seu marido será considerado pai do bebê, exceto se demonstrar que não consentiu com o acordo de gestação por substituição. Em até 6 meses, mas nunca antes de 6 semanas contados do nascimento, os beneficiários devem solicitar a transferência da parentalidade, mediante a ordem parental. O pedido é apreciado pelo juiz competente, que verifica se a medida condiz com o melhor interesse da criança. BONE, Leonardo. **A gestação de substituição: do acordo de vontades à solução dos problemas jurídicos que suscita**. 2021. Tese de mestrado - Universidade de Lisboa, p. 56.

833 GAMBLE, Natalie. Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds? **PET**, 2012.

empíricos demonstrarem que não é comum que a gestante desista de entregar a criança, o desconforto com o tema e, conseqüentemente, com a gestação por substituição, ainda permanece. Talvez isso continue a ser o principal fator por trás da oposição da técnica,⁸³⁴ o que reforça a premissa de que muitas críticas a ela se baseiam em questões em convicções morais, pessoais, éticas e religiosas,⁸³⁵ que rejeitam estudos de experiências reais.

5 UMA PROPOSTA AO ANTEPROJETO DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Conforme já foi dito, não concorda-se com a solução de facultar à gestante o direito ao arrependimento após o termo da gravidez, porém, advoga-se que seu bem estar não deve deixar de ser uma preocupação do legislador. Caso ocorra situações em que a ela se arrependa e que a circunstância de não ficar com a criança lhe cause danos para a saúde psíquica, sugere-se que ela deve ter direito a um adequado acompanhamento clínico e psicológico, custeado pelos beneficiários. Neste ínterim, é patente que a relação das partes envolvidas não termina com o parto, mas deve manter-se pelos deveres de probidade, lealdade e transparência.⁸³⁶

Apesar de também não concordar com os motivos que são utilizados para defender o direito ao arrependimento, como a pesquisa se propõe a explorar as opções que o legislador brasileiro pode acatar, é importante esclarecer que há soluções no direito comparado para a preocupação quanto ao fato de a gestante não poder prever como se sentirá com os hormônios da gestação e do parto. Frente a isso, a

834 PENG, Lina. Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative. *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, v. 21, n. 3, 2013, p. 555-582, p. 557.

835 COSTA, Lima; LIMA, Catarina. A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. *Lusíada*, n. 10, 2012, p. 237-289, p. 282.

836 SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. *Lex Medicinæ*, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89, p. 86.

Tailândia, a Rússia, a África do Sul e Israel exigem, por exemplo, que a gestante já tenha um filho.⁸³⁷

Essa norma se baseia na ideia de que a gestante já exerce a parentalidade, conhecendo, pois, todo o processo da gestação e como se sente com as mudanças que tal processo acarreta em seu organismo, o que, nesse viés, garantiria um consentimento mais autêntico.⁸³⁸ Contudo, caso o legislador acredite que essa é uma boa alternativa, ele deve analisar que para alcançar esses resultados, não é necessário que a gestante tenha executado projeto parental próprio ou que o filho esteja vivo, como é recorrente em algumas leis, já que o que importa é que ela tenha vivenciado o processo de gestação e o parto em si.

Porém, acredita-se que cada gravidez é um processo diferente e único, que pode afetar a mulher de formas diversas a cada vez que ocorrer.⁸³⁹ Por essa razão, uma solução viável seria determinar que é aconselhável que a gestante já tenha passado por um processo de gestação, sem prejuízo das situações concretas em que isso não seja possível.

Desta forma, e diante de toda argumentação construída até o momento, sugere-se alterações nos seguintes dispositivos para tratamento do tema do arrependimento na gestação de substituição:

837 FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M. Surrogacy in a Globalised World. In: SCHERPE, Jens; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 518-592, p. 540.

838 Apesar de não ser a opinião da autora, o argumento é citado por MARGOTTI, Alessandra. **Gestação de substituição onerosa no Brasil**: sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. 2021. Tese de doutorado - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 119 e 120.

839 PEREIRA, Maria Margarida. Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de gênero e dos direitos das crianças. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 4, n. 3, 2018, p. 1585-1616, p. 1605.

Dispositivos Propostos

Art. 1.629-L. A gestação por substituição é permitida para casos em que a gestação não seja possível em razão de causa natural ou em casos de contraindicação médica.

Parágrafo único. Não é reconhecido à gestante o direito de arrependimento após o nascimento da criança que foi gerada por esta técnica.

Art. 1.629-N. É garantida a liberdade de constituição do projeto parental no que tange à escolha da gestante de substituição, recomendando-se, porém, que esta já tenha gestado um filho seu ou de outrem e que tenha vínculos familiares com o autor ou autores de tal projeto.

Art. 1.629-O. A gestação por substituição deve ser formalizada em documento escrito, público ou particular, firmado antes do início dos procedimentos médicos de implantação, no qual deverá constar, obrigatoriamente, o vínculo de parentalidade ao(s) autor(es) do projeto parental.

§1º O documento deve conter, também, os riscos e benefícios do procedimento de implantação e do processo de gestação de uma criança.

§2º O documento deve explicitar a obrigação do(s) autor(es) do projeto parental de proporcionar, além do acompanhamento médico, o apoio financeiro e psicológico à gestante, antes, durante e após o parto, enquanto durar os efeitos hormonais típicos do processo gestacional.

NOTAS CONCLUSIVAS

O Anteprojeto optou por uma estratégia correta ao atribuir a filiação da criança nascida por meio da gestação por substituição aos beneficiários, que são as pessoas que idealizaram a gravidez, desejaram o bebê antes mesmo dele nascer, e, sem eles, este sequer existiria. Não faz sentido defender que os doadores de gametas são pais e muito menos que a gestante é mãe, porque os primeiros se limitam a contribuir com o material genético e a segunda com o útero para que o infante seja gestado e nenhum deles participou da idealização da gravidez.⁸⁴⁰ Além disso, o vínculo da verdade biológica não é o único existente e aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro

840 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991, p. 429-507, p. 457.

e a premissa de que a maternidade é definida pelo parto já não condiz com a realidade fática, nem acompanha a evolução da ciência.⁸⁴¹

Porém, o mesmo falhou ao sequer ter citado a (im)possibilidade do reconhecimento do arrependimento da gestante, a fim de proteger pretensos direitos da gestante. Apesar disso, discorda-se da legalidade do arrependimento, pois prever a faculdade de que a parturiente mude de ideia seria como permitir que ela constituísse família à custa da realização do projeto parental dos beneficiários e, eventualmente, até mesmo do material genético deles, o que não é uma opção condizente com a natureza jurídica e social da gestação por substituição. Nesse ínterim, sugeriu-se que o legislador brasileiro expressamente estabeleça a norma de que os autores do projeto parental são pais da criança que vier a nascer desde o início do procedimento, sem possibilidade de que esse fator seja alterado pela vontade da gestante.

Por fim, espera-se que, caso o Anteprojeto se concretize e altere efetivamente o Código Civil, a gestação por substituição possa ser melhor estudada e desenvolvida, tendo como base a autonomia, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de formas do estabelecimento de famílias. Dessa forma, que sejam protegidos os interesses da gestante e o anseio de posteridade dos autores do projeto parental, de maneira coerente com o ordenamento jurídico brasileiro.

841 OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 143.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, 1991, p. 429-507.

BARBAS, Stela. Estabelecimento da Maternidade: a gestação para outrem à luz do Direito Civil Português. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. (Org.). **Bioética e Direitos da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, p. 271-282, 2012.

BARBOSA, Fernanda Nunes. As inseguranças do direito ao nome na reforma do Código Civil e o perigo de novos silenciamentos. **Migalhas**. Disponível em: <https://l1nq.com/jJF25>. Acesso em ago. 2024.

BONE, Leonardo. **A gestação de substituição**: do acordo de vontades à solução dos problemas jurídicos que suscita. 2021. Tese de mestrado - Universidade de Lisboa.

BUSBY, Karen; VUN, Delaney. Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers. **Canadian Journal of Family Law**, v. 26, n. 1, 2010, p. 13-94.

CJCODCIVIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília: 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.320/2022**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em set. 2024.

COSTA, Lima; LIMA, Catarina. A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada**, n. 10, 2012, p. 237-289.

FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M. Surrogacy in a Globalised World. In: SCHERPE, Jens; FENTON-GLYNN, Claire; KANAN, Terry (orgs.). **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 518-592.

GAMBLE, Natalie. Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds? **PET**, 2012.

JADVA, Vasanti; IMRIE, Susan; GOLOMBOK, Susan. Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child. **Human Reproduction**, v. 30, n. 2, 2015, p. 373-379.

KATZ, Debra. Why more and more infertile women are turning to others to bear their babies. **Parenting Magazine**, 2002.

LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Ni maternidade subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013.

LAUFER-UKELES. Gestation: work for hire or the essence of motherhood? A comparative legal analysis. **Duke J Gend Law Policy**, n. 91, 2002, p. 91-134.

MARGOTTI, Alessandra. **Gestação de substituição onerosa no Brasil**: sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. 2021. Tese de doutorado - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Guilherme. **Mãe há só uma, duas!** O contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PENG, Lina. Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative. **American University Journal of Gender Social Policy and Law**, v. 21, n. 3, 2013, p. 555-582.

PEREIRA, Maria Margarida. Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 4, n. 3, 2018, p. 1585-1616.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe** - questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (e o legislador teve medo de responder). **Revista do Ministério Público**, n. 149, ano 38, 2017, p. 9-51.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores, In: ANTUNES, Maria João; SILVESTRE, Margarida (coords.). **Que futuro para a gestação de substituição em Portugal**: Colóquio internacional. 1ª ed. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 25-42.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. São Paulo: Dialética, 2024.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÁ, Mafalda de. O estabelecimento da filiação na gestação de substituição: à procura de um critério. **Lex Medicinæ**, ano 15, n. 30, 2018, p. 67-89.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio biojurídico sobre reprodução humana assistida**. Indaiatuba: Foco, 2024.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 6. Ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SHALEV, Carmel. **Birth Power: The Case for Surrogacy**. New Haven: Yale University Press, 1989.

SHANLEY, Mary Lyndon. **Making Babies, Making Families: what Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents**. Boston: Beacon Press, 2001.

TEMAN, Elly. The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood. **Social Science and medicine**, v. 67, n. 7, 2008, p. 1104-1112.

VALADARES, Amanda de Oliveira. **Reflexão jurídica sobre as diferentes estratégias de regulamentação da gestação por substituição e suas implicações: A busca por uma legislação específica no Brasil**. Tese de Mestrado - Universidade de Lisboa, Lisboa.

VIEIRA, Marcelo de Mello. Reforma do código civil e o direito da criança e do adolescente: quando levaremos os direitos de crianças e de adolescentes a sério? **Empório do Direito**. Disponível em: <https://encr.pw/DbA25>. Acesso em ago. 2024.

YOUNG, Beatriz Capanema. Contratos nas técnicas de reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira;

ALMEIDA, Vitor (orgs). **Biodireito**: Tutela jurídica das dimensões da vida. Indaiatuba: Foco, 2020.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO À SAÚDE: PERSPECTIVAS JURÍDICAS E A NECESSIDADE DE REFORMAS NO CÓDIGO CIVIL

*Samuel Faustino de Oliveira*⁸⁴²

RESUMO: O presente artigo analisa a relação entre o direito à saúde e a reprodução assistida, com foco na necessidade de reforma do Código Civil brasileiro. *Ab initio*, discute o direito à saúde no contexto da reprodução assistida, ressaltando os princípios constitucionais e internacionais que garantem a autonomia reprodutiva e a dignidade da pessoa humana. A reprodução assistida é apresentada como um desdobramento do direito à saúde, que deve assegurar acesso igualitário às tecnologias reprodutivas, em consonância com os princípios constitucionais e norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS). Na sequência, o estudo aborda a jurisprudência brasileira, evidenciando decisões relevantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre questões como inseminação *post mortem*, filiação e direitos sucessórios. As decisões judiciais têm desempenhado um papel fundamental na proteção dos direitos reprodutivos, dada a ausência de uma regulamentação clara no Código Civil, gerando precedentes que buscam preservar a dignidade e igualdade dos envolvidos. Por fim, o artigo examina o projeto de reforma do Código Civil em tramitação no Senado, que propõe a inclusão de normas específicas sobre reprodução assistida. As propostas visam regular de forma precisa a filiação, os direitos sucessórios e o acesso a essas tecnologias, especialmente para casais homoafetivos e pessoas solteiras, promovendo maior segurança jurídica. Ao final, conclui-se que a reforma do Código Civil é indispensável para harmonizar o direito com os avanços médicos, assegurando a proteção dos direitos reprodutivos e a promoção do direito à saúde de maneira mais inclusiva e equitativa.

842 Bacharel em direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), advogado, pós graduado em direito público

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Reprodução assistida. Perspectivas.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, reconhecido como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, abrange uma série de garantias, incluindo o acesso a tratamentos médicos, medicamentos e procedimentos que preservem a integridade física e mental do indivíduo. Com os avanços tecnológicos e científicos na área da medicina, a reprodução assistida emerge como uma importante prática, proporcionando a diversas famílias a possibilidade de gerar descendentes por meios não convencionais. No entanto, essa evolução coloca desafios jurídicos, especialmente no que tange à regulamentação do uso dessas tecnologias e aos direitos dos indivíduos envolvidos. Nesse contexto, a adequação do Código Civil às novas demandas sociais e tecnológicas torna-se imprescindível.

A reprodução assistida, com seus aspectos éticos, legais e médicos, coloca em debate a forma como o ordenamento jurídico deve acompanhar os avanços científicos, garantindo o respeito aos direitos reprodutivos e à saúde dos cidadãos. Ao tratar dessa questão, o Código Civil de 2002 apresenta lacunas importantes, especialmente em temas relacionados à filiação, guarda, herança e responsabilidade parental. O projeto de reforma do Código Civil atualmente em discussão no Senado Federal busca sanar algumas dessas falhas, propondo novas disposições que abarquem de maneira mais adequada as particularidades da reprodução assistida.

O presente artigo adota uma abordagem metodológica documental e jurisprudencial baseada na análise de julgados e de propostas legislativas. Primeiramente, será realizada uma pesquisa de jurisprudência nas cortes superiores brasileiras, especialmente em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), para identificar como os tribunais têm enfrentado

questões relativas à reprodução assistida e o direito à saúde. A jurisprudência serve como um reflexo das lacunas normativas existentes e evidencia a necessidade de uma reforma legislativa mais abrangente.

Além disso, o estudo abarca a análise crítica do projeto de reforma do Código Civil em tramitação no Senado Federal, identificando as principais mudanças propostas em relação à regulamentação da reprodução assistida e os impactos dessas alterações para o direito à saúde. A metodologia envolverá a comparação do texto atual do Código Civil com o projeto de reforma, avaliando em que medida as novas disposições respondem aos desafios práticos enfrentados por famílias e profissionais de saúde.

Por fim, este artigo será estruturado em três tópicos principais: (i) uma análise do direito à saúde no contexto da reprodução assistida, com ênfase nos princípios constitucionais e internacionais que orientam a proteção desse direito; (ii) um estudo da jurisprudência sobre reprodução assistida e suas implicações legais; e (iii) uma análise do projeto de reforma do Código Civil e suas potenciais contribuições para a harmonização entre as normas jurídicas e os avanços médicos. Na conclusão, serão apontadas as possíveis consequências dessas mudanças legislativas para o direito à saúde e os desafios futuros no campo da reprodução assistida.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS

O direito à saúde é consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um direito social fundamental, previsto no artigo 6º e regulamentado nos artigos 196 a 200. Ele abrange a obrigação do Estado de fornecer condições que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

No contexto da reprodução assistida, esse direito assume uma dimensão ainda mais complexa, pois envolve o acesso a tecnologias médicas avançadas que permitem a realização do desejo de ter filhos, assegurando o exercício pleno dos direitos reprodutivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição, é a base do direito à saúde no Brasil e permeia todo o ordenamento jurídico. Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,⁸⁴³ o princípio da dignidade impõe ao Estado o dever de promover o bem-estar físico, psíquico e social dos cidadãos, garantindo que eles possam exercer seus direitos fundamentais de forma plena, o que inclui o acesso à reprodução assistida. Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida não apenas ampliam o direito à saúde, mas também fortalecem a autonomia reprodutiva dos indivíduos e casais, conferindo-lhes o direito de decidir sobre o planejamento familiar, conforme assegurado pelo artigo 226, §7º da Constituição Federal.

Outro princípio relevante no contexto da reprodução assistida é o da igualdade, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal. Esse princípio garante que todos os indivíduos devem ter acesso igualitário às técnicas de reprodução assistida, sem discriminação de qualquer natureza, seja de gênero, orientação sexual, estado civil ou condição econômica.

Nesse ponto, Rodrigo de Souza⁸⁴⁴ argumenta que o direito à saúde deve ser interpretado de maneira inclusiva, de forma a assegurar que as barreiras econômicas e sociais não impeçam o acesso às tecnologias de reprodução assistida para aqueles que delas necessitam. A reprodução assistida, portanto, deve ser vista como parte integrante do direito à saúde, não devendo ser um privilégio restrito àqueles com condições financeiras para custeá-la.

843 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

844 SOUZA, Rodrigo de. **Direito à Saúde e os Desafios da Inclusão: reprodução assistida como um direito fundamental**. São Paulo: Atlas, 2014.

Em âmbito internacional, o direito à saúde é garantido por diversos tratados e convenções, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁸⁴⁵ do qual o Brasil é signatário, que estabelece, em seu artigo 12, o direito de todos ao mais alto nível possível de saúde física e mental.

Artigo 12

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.
2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW),⁸⁴⁶ promulgada pelo Decreto Federal nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, em seu artigo 16, reforça o direito das mulheres de decidirem livremente sobre o número e o espaçamento de seus filhos, o que inclui o acesso a serviços médicos

845 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Nova York, Estados Unidos; 1966.

846 BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: 2002.

adequados para realizar esse planejamento, inclusive por meio de técnicas de reprodução assistida.⁸⁴⁷ Senão vejamos a transcrição do artigo 16 da referida Convenção:

Artigo 16.

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão:

- a) O mesmo direito de contrair matrimônio;
- b) O mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento;
- c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução;
- d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
- e) Os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos;
- f) Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração primordial;
- g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação;
- h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração,

847 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

Além disso, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (2005)⁸⁴⁸ destaca, em seu artigo 14, que a promoção da saúde e o acesso às inovações biomédicas devem ser feitos de forma equitativa, respeitando os princípios de justiça e não discriminação.

Artigo 14 – Responsabilidade Social e Saúde

a) A promoção da saúde e do desenvolvimento social para a sua população é objetivo central dos governos, partilhado por todos os setores da sociedade.

b) Considerando que usufruir o mais alto padrão de saúde atingível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve ampliar: (i) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e a medicamentos essenciais, incluindo especialmente aqueles para a saúde de mulheres e crianças, uma vez que a saúde é essencial à vida em si e deve ser considerada como um bem social e humano; (...)

A reprodução assistida, sendo uma inovação no campo da saúde, deve, portanto, ser acessível de forma justa e igualitária, respeitando esses princípios bioéticos internacionais.

Ainda no contexto constitucional, o princípio da proteção integral, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que assegura prioridade absoluta à criança, também se relaciona com a reprodução assistida. Essa prioridade deve ser levada em consideração tanto no processo de acesso às técnicas de reprodução assistida quanto nas

848 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração universal de bioética e direitos humanos**. Genebra: Unesco; 2005, p. 9.

questões decorrentes, como filiação e proteção do nascituro. Segundo Maria Helena Diniz,⁸⁴⁹ o direito à saúde e o direito à reprodução assistida estão intrinsecamente ligados à proteção dos interesses da criança, uma vez que o resultado dessas técnicas impacta diretamente o núcleo familiar e os direitos da criança.

Portanto, os princípios constitucionais e internacionais estabelecem um marco jurídico robusto que orienta o direito à saúde no campo da reprodução assistida. Eles asseguram que esse direito não seja apenas teórico, mas efetivamente garantido por meio de políticas públicas que tornem as tecnologias reprodutivas acessíveis a todos os cidadãos, de forma igualitária e digna, respeitando tanto os direitos individuais quanto os valores fundamentais da sociedade.

2.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

A reprodução assistida, enquanto tecnologia que facilita o planejamento familiar, apresenta uma série de desafios para o direito brasileiro, especialmente diante das lacunas legislativas existentes no Código Civil de 2002. Embora algumas questões sejam tratadas pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), grande parte das demandas relativas à reprodução assistida têm sido resolvidas pelo Poder Judiciário, o que levou à formação de uma jurisprudência relevante no tema.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), várias decisões têm tratado das implicações legais da reprodução assistida, especialmente em questões de filiação e herança. Um dos principais casos julgado pelo STJ (REsp 1.918.421 - SP)⁸⁵⁰ tratou da possibilidade de inseminação *post mortem* e do destino dos embriões excedentários. A decisão

849 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

850 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)**. RELATOR: MINISTRO MÁRCO BUZZI R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento).

estabeleceu que, nos casos em que há consentimento prévio do falecido, é possível o reconhecimento da paternidade, reforçando a necessidade de respeito ao direito à autonomia reprodutiva, garantido pela Constituição Federal.

Ademais, restou estabelecido pelo STF no referido julgado que a decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, concatena intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, ou seja, a declaração por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia da vontade do *de cujos*. Esse entendimento demonstra a preocupação do tribunal em assegurar a dignidade, autonomia reprodutiva e a proteção familiar, conforme o artigo 226, §7º, da Carta Magna.

Outro ponto relevante em discussão é o direito sucessório nos casos de reprodução assistida *post mortem*. O entendimento do STJ acompanhado dos Tribunais de Justiça, é que o reconhecimento da filiação (filho gerado após a morte do pai) e o direito de acessar a herança deve ser feito mesmo nos casos de inseminação póstuma, desde que haja prova do consentimento do falecido. Esta decisão está alinhada com a interpretação de que a reprodução assistida envolve questões que ultrapassam o simples direito reprodutivo, tocando no direito à herança e à proteção da família, conforme defende Gagliano.⁸⁵¹

No Supremo Tribunal Federal (STF), uma decisão de grande relevância foi tomada no julgamento do RE 898.060,⁸⁵² que discutiu

851 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral e Direito das Famílias. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

852 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. Prosseguindo, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação

a possibilidade de adoção de técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos. O STF reafirmou o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ao permitir que casais homoafetivos possam se valer das técnicas de reprodução assistida para constituir família, conforme o artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988). A decisão reforça a importância do reconhecimento das novas configurações familiares e da adaptação do direito à saúde para assegurar que todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual, tenham acesso às tecnologias de reprodução assistida.

Além das questões de filiação e sucessão, a jurisprudência tem enfrentado casos envolvendo o direito de acesso a tratamentos de reprodução assistida custeados pelo Estado. O STJ, em decisão no Resp nº 1.617.970 – RJ,⁸⁵³ decidiu que, nos casos em que o casal comprovar a impossibilidade de arcar com os custos do tratamento de reprodução assistida, o Estado deve fornecer o procedimento, tendo em vista o direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana. Segundo Nunes,⁸⁵⁴ a jurisprudência que vem se formando é um reflexo do caráter expansivo do direito à saúde no Brasil, abrangendo tanto tratamentos médicos convencionais quanto aqueles relacionados ao exercício da autonomia reprodutiva.

A jurisprudência sobre reprodução assistida, portanto, reflete o papel ativo do Judiciário na criação de soluções para temas que ainda não foram plenamente regulados pelo legislador. Maria Helena Diniz⁸⁵⁵ argumenta que as decisões judiciais têm sido fundamentais para o reconhecimento de direitos reprodutivos e para a ampliação do direito à saúde no Brasil, ao mesmo tempo em que revelam a necessidade de

concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília (DF), 29 de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

853 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.617.970 – RJ (2016/0203784-1)**. RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

854 NUNES, Rogério. **Direito à Saúde e Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida: Uma Perspectiva Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2018.

855 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

uma reforma legislativa que consolide essas inovações e proporcione maior segurança jurídica.

Além disso, a jurisprudência tem evoluído no sentido de reconhecer a pluralidade das famílias contemporâneas, a autonomia dos indivíduos em suas escolhas reprodutivas e a necessidade de garantir que o direito à saúde inclua o acesso à reprodução assistida. Embora as decisões judiciais ofereçam uma solução pontual para essas questões, há um consenso entre os estudiosos de que a falta de uma legislação específica ainda gera insegurança jurídica, como aponta Silveira,⁸⁵⁶ ao defender que o Código Civil deve ser reformado para incluir disposições claras sobre os direitos e deveres envolvidos nas práticas de reprodução assistida.

Portanto, as decisões judiciais sobre reprodução assistida no Brasil têm desempenhado um papel crucial na construção de um arcabouço jurídico que garanta o exercício do direito à saúde e dos direitos reprodutivos. Ao mesmo tempo, as implicações dessas decisões revelam a urgência de uma reforma legislativa que adeque o Código Civil às demandas da sociedade contemporânea e às inovações tecnológicas no campo da medicina reprodutiva.

2.3 ANÁLISE DO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E SUAS POTENCIAIS CONTRIBUIÇÕES PARA A HARMONIZAÇÃO ENTRE NORMAS JURÍDICAS E AVANÇOS DA MEDICINA

A necessidade de uma reforma do Código Civil no que tange à regulamentação da reprodução assistida tem sido amplamente reconhecida por doutrinadores e legisladores, dado o avanço das tecnologias médicas e a crescente demanda social por regulamentações mais claras. O projeto de reforma⁸⁵⁷ do Código Civil, atualmente em

856 SILVEIRA, Gustavo Tepedino. Reprodução Assistida e o Direito Brasileiro: Lacunas e Desafios na Jurisprudência Atual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 15, p. 85-102, 2017.

857 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Reforma do Código Civil. Proposta em tramitação, Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

tramitação no Senado Federal, visa preencher lacunas legislativas e adaptar o ordenamento jurídico às inovações tecnológicas e aos novos modelos familiares que emergem, sobretudo no contexto da reprodução assistida. A proposta visa fornecer diretrizes mais precisas sobre questões como filiação, sucessão e direitos reprodutivos, facilitando a harmonização entre as normas jurídicas e os avanços médicos.

Uma das principais inovações trazidas pelo projeto de reforma é a inclusão de disposições específicas sobre a filiação em casos de reprodução assistida. O artigo 1.597 do Código Civil, que trata da filiação presumida, tem sido alvo de críticas por sua limitação em reconhecer a diversidade de situações derivadas das técnicas de reprodução assistida. O projeto propõe a inclusão de novos dispositivos que assegurem o reconhecimento da filiação independentemente da origem biológica, quando houver consentimento prévio para o uso de técnicas de reprodução assistida, seja em vida ou *post mortem*. Segundo Gonçalves,⁸⁵⁸ essa mudança tem o potencial de consolidar a proteção da família e garantir a segurança jurídica tanto para os pais quanto para os filhos gerados por essas técnicas.

A reforma ao Código Civil em tramitação no Senado, propõe a revogação dos incisos do artigo 1.597, acrescentando-se o Capítulo V intitulado “Da filiação decorrente de reprodução assistida”, que inclui os arts. 1.629-A a 1.629-E:

CAPÍTULO V
DA FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO
ASSISTIDA
Seção I
Disposições Gerais
Art. 1.629-A. A reprodução humana medicamente assistida decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas que, ao interferirem

858 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

diretamente no ato reprodutivo, viabilizam a fecundação e a gravidez.

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.

Art. 1.629-C. Pode se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de dezoito anos, apta a manifestar, livremente, a sua inequívoca vontade.

Art. 1.629-D. As técnicas reprodutivas não podem ser utilizadas para:

I - fecundar ócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a da procriação humana;

II - criar seres humanos geneticamente modificados;

III - criar embriões para investigação de qualquer natureza;

IV - criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;

V - intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica para identificação e tratamento de doenças graves via diagnóstico pré-natal ou via diagnóstico genético pré-implantacional.

Art. 1.629-E. O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos pacientes, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como de seus riscos e de suas condições de indicação e aplicação.

À vista do novo texto legal, o art. 1.629-A estabelece que a reprodução humana assistida deve utilizar técnicas médicas em que

sua eficácia está baseada em evidências e que seria imprescindível para o sucesso da reprodução, interferindo diretamente no ato reprodutivo para viabilizar a fecundação e a gravidez. O novo texto normativo objetiva assegurar que os procedimentos utilizados no tratamento sejam seguros e eficazes, baseando-se em evidências científicas consolidadas.

Já o art. 1.629-B, estabelece que todas as pessoas nascidas por meio de técnicas de reprodução assistida têm os mesmos direitos e deveres daqueles concebidos naturalmente, não havendo distinção, conforme preconiza a Constituição Federal. Qualquer forma de discriminação é vedada, com exceção das disposições específicas do art. 1.798, reforçando o princípio constitucional da igualdade, assegurando que a origem do nascimento não interfira nos direitos fundamentais dos indivíduos.

O art. 1629-C, estabelece a autonomia dos indivíduos em decidir sobre sua própria capacidade reprodutiva, na qual, qualquer pessoa plenamente capaz, pode se submeter ao tratamento de reprodução assistida, desde que seja capaz de manifestar sua vontade de forma livre e inequívoca, garantindo a autonomia privada dos indivíduos em decidir sobre sua própria capacidade reprodutiva.

O art. 1.629-D proposto pela reforma do Código Civil, impõe várias restrições ao uso das técnicas reprodutivas, proibindo a fecundação de óvulos humanos para finalidades distintas da procriação, a criação de seres humanos geneticamente modificados, a criação de embriões para investigação científica, a escolha de sexo, eugenia ou criação de híbridos ou quimeras e qualquer intervenção sobre o genoma humano para modificações, exceto para terapias gênicas relacionadas ao tratamento de doenças graves, prevenindo abusos, excessos e desumanidade, garantindo com que as técnicas reprodutivas sejam usadas de maneira ética e responsável.

Por fim, o art. 1.629-E, dispõe que o tratamento com técnicas reprodutivas será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos pacientes e, desde que haja prévia aceitação livre e consciente de

sua aplicação por parte dos envolvidos, respeitando a autonomia dos envolvidos e garantindo que a submissão à técnicas reprodutivas não representem riscos à saúde e à vida humana.

Outro ponto de destaque no projeto de reforma é a regulamentação da inseminação *post mortem*. Atualmente, essa prática carece de uma regulamentação específica no Código Civil, o que tem gerado uma série de decisões judiciais divergentes, como visto na jurisprudência analisada. O novo texto propõe a inclusão de normas que exigem o consentimento expresso do falecido para a utilização de seu material genético após a morte, oferecendo maior clareza quanto aos direitos sucessórios e de filiação. A inclusão dessa previsão é fundamental para evitar conflitos familiares e garantir que o desejo do falecido seja respeitado, conforme destaca Diniz⁸⁵⁹ ao tratar da importância de regulamentar essa questão de forma clara e objetiva.

No campo dos direitos sucessórios, o projeto de reforma busca garantir os direitos dos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida, inclusive aqueles concebidos após a morte de um dos genitores. A proposta estipula que esses filhos terão os mesmos direitos sucessórios que os filhos concebidos de forma natural, desde que haja comprovação de consentimento prévio do falecido para a utilização do material genético. Essa mudança atende ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, e visa evitar discriminações entre filhos biológicos e aqueles gerados por reprodução assistida. Segundo Venosa,⁸⁶⁰ essa equiparação é essencial para garantir que o direito à herança não seja condicionado à forma de concepção, consolidando o princípio da igualdade nas relações familiares.

Além das questões de filiação e sucessão, o projeto de reforma também busca regulamentar o acesso às técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos e pessoas solteiras. Atualmente,

859 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

860 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

não há previsão expressa no Código Civil sobre essas possibilidades, o que gera insegurança jurídica e demanda por decisões judiciais. A proposta de reforma visa assegurar, de maneira inequívoca, o direito de qualquer pessoa, independentemente de orientação sexual ou estado civil, de acessar essas tecnologias, respeitando o princípio da igualdade e o direito à autonomia reprodutiva. Conforme ensina Nunes,⁸⁶¹ essa previsão é fundamental para garantir que todos os indivíduos possam exercer seus direitos reprodutivos de forma plena, sem discriminação, fortalecendo a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto relevante do projeto é a previsão de maior proteção para os embriões congelados. A proposta de reforma do Código Civil visa estabelecer diretrizes mais claras sobre o destino dos embriões excedentários, que podem ser descartados, doados para pesquisa ou destinados à adoção, sempre com o consentimento dos envolvidos. Essa regulamentação é de extrema importância para evitar conflitos sobre o destino dos embriões, como já ocorreu em alguns casos que chegaram aos tribunais. Segundo Gagliano,⁸⁶² a falta de uma legislação clara sobre o tema gera incertezas jurídicas, que podem ser sanadas com a inclusão de disposições específicas no Código Civil, assegurando maior previsibilidade e proteção para todos os envolvidos.

Em síntese, o projeto de reforma do Código Civil representa um passo importante para a harmonização entre as normas jurídicas e os avanços médicos no campo da reprodução assistida. Ele propõe soluções legislativas que ampliam os direitos reprodutivos, asseguram maior segurança jurídica nas questões de filiação e sucessão, e garantem o acesso igualitário às tecnologias de reprodução assistida, sem discriminação. Conforme aponta Pereira,⁸⁶³ a atualização do Código Civil é essencial para que o ordenamento jurídico brasileiro esteja em

861 NUNES, Rogerio. **Direito à Saúde e Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida: Uma Perspectiva Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2018.

862 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral e Direito das Famílias**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

863 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

consonância com as transformações sociais e científicas, garantindo o exercício pleno do direito à saúde e dos direitos reprodutivos.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, a reforma do Código Civil brasileiro é de vital importância para a adequação das normas jurídicas às inovações tecnológicas e sociais, especialmente no contexto da reprodução assistida. O desenvolvimento de técnicas avançadas no campo da medicina reprodutiva exige uma regulamentação clara e eficaz, capaz de acompanhar esses avanços e garantir segurança jurídica para os indivíduos que optam por recorrer a essas tecnologias. No cenário atual, o papel desempenhado pela jurisprudência na solução de conflitos e na proteção dos direitos reprodutivos tem sido essencial, mas não suficiente para cobrir todas as lacunas legais que surgem da ausência de legislação específica.

A proposta de reforma do Código Civil, atualmente em tramitação no Senado, apresenta uma oportunidade única para atualizar o ordenamento jurídico brasileiro, assegurando que direitos fundamentais, como o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, sejam plenamente respeitados. A inclusão de disposições claras sobre filiação, sucessão, e acesso a técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos e pessoas solteiras representa uma evolução necessária, que alinha o Brasil aos princípios constitucionais e aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário. Essas mudanças trarão benefícios diretos para os cidadãos, proporcionando maior segurança jurídica e garantindo a igualdade de direitos nas mais diversas configurações familiares.

Além disso, a reforma fortalece a proteção do direito à saúde, que, conforme estabelecido na Constituição Federal, é um direito fundamental de todos os cidadãos. Ao regulamentar o acesso às tecnologias de reprodução assistida, o projeto de reforma amplia o alcance desse direito, garantindo que todos, independentemente de

sua condição financeira, orientação sexual ou estado civil, possam exercer sua autonomia reprodutiva de forma plena. A inclusão de diretrizes claras sobre o acesso a esses tratamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é um avanço crucial, que pode reduzir a judicialização da saúde, ao mesmo tempo em que promove a equidade no acesso às tecnologias reprodutivas.

Portanto, a reforma do Código Civil representa um marco precioso na garantia dos direitos reprodutivos e na promoção da saúde pública no Brasil. A modernização das normas jurídicas, além de proporcionar maior segurança jurídica, beneficiará diretamente os cidadãos ao assegurar que seus direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde e à reprodução, sejam respeitados de maneira justa e inclusiva. As mudanças propostas, se aprovadas, trarão maior harmonização entre as leis e os avanços médicos, promovendo um sistema jurídico mais eficiente e alinhado às necessidades contemporâneas da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: 2002.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília, DF: 2005.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Reforma do Código Civil**. Proposta em tramitação, Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)**. RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.617.970 - RJ (2016/0203784-1)**. RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Brasília (DF), 20 de setembro de 2016 (data do julgamento).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília (DF), 29 de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil, Enunciado 106:** “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 12 set. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 267:** “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 12 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168, de 10 de novembro de 2017.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121/15. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 13 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Jornada de Direito da Saúde, Enunciado n. 68:** “Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017.** Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 13 set. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral e Direito das Famílias.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUNES, Rogerio. **Direito à Saúde e Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida: Uma Perspectiva Jurídica.** São Paulo: Atlas, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração universal de bioética e direitos humanos.** Genebra: Unesco; 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/1TRJ-Fa9>>. Acesso em: 11 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).** Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Nova York, Estados Unidos; 1966. Acesso em: 11 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos**. IBDFAM, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Edwirges Elaine. **Famílias ectogenéticas**: a necessidade de normatização da reprodução assistida e regulamentação das suas consequências jurídicas. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1-21, 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/419>>. Acesso em: 20 set. 2024.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil**. *Revista de Bioética y Derecho*, Dez/2015.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Gustavo Tepedino. **Reprodução Assistida e o Direito Brasileiro**: Lacunas e Desafios na Jurisprudência Atual. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 15, p. 85-102, 2017.

SOUZA, Rodrigo de. **Direito à Saúde e os Desafios da Inclusão**: reprodução assistida como um direito fundamental. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PARTE V:

**A REFORMA E O DIREITO
DAS SUCESSÕES**

O DIREITO DAS SUCESSÕES NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS PROPOSTAS

*Ana Carolina de Mari Rocha Benício Carvalho*⁸⁶⁴

RESUMO: Embora faça parte de um código promulgado em 2002, o livro de direito das sucessões do Código Civil brasileiro em vigor apresenta poucas mudanças em relação ao seu predecessor de 1916, fato que tem provocado muitas lacunas entre as suas normas e as situações sucessórias contemporâneas marcadas cada vez mais pelos avanços da tecnologia. Assim, a presente pesquisa, por meio de vertente jurídico-dogmática, objetivou analisar criticamente as principais sugestões de revisão e atualização do direito das sucessões, as quais foram apresentadas pela comissão de juristas especialmente designada para a formulação do relatório final da elaboração do anteprojeto de lei da reforma do Código Civil. Após a análise crítica das propostas constantes do anteprojeto, foi possível identificar que, a despeito das grandes expectativas depositadas em uma profunda reforma do direito sucessório no Brasil, as modificações, caso aprovadas após o trâmite do processo legislativo, não se traduzirão em transformações proporcionais à grave defasagem do sistema regulatório vigente e às disrupções do século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Sucessões. Reforma. Código Civil.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a segurança jurídica está intimamente ligada à capacidade de transcendência temporal do ordenamento jurídico. Isto é, quanto mais capaz for o corpo normativo de se adaptar às transformações dos tempos sem, contudo, esvair-se em essência,

864 Mestra e Doutoranda em Direito pela UFMG.

tanto mais será estável determinado regramento. A esse respeito, observam Gustavo Andrade e Marcos Ehrhardt Júnior que os mais diversos institutos jurídicos devem “ser compreendidos no contexto de uma época e de um lugar, e inseridos ou ligados a uma experiência social”⁸⁶⁵. Assim, a segurança jurídica, enquanto princípio a ser buscado, não deve ser outra senão aquela que se desenvolve a partir das transformações sociais em conjunto com as normas cuja estabilidade procura efetivar.

No caso do direito das sucessões brasileiro, tem-se atualmente um extenso corpo normativo a fazer cadavericamente no sepulcro da obsolescência. Tais normas antiquadas, quando aplicadas às mais diversas situações fáticas de uma contemporaneidade disruptiva, são um bilhete somente de ida para a insegurança jurídica. Isso ocorre porque tais disposições regulam relações sociais de um contexto histórico que já não existe mais. O resultado, evidentemente, é o surgimento de uma profusão de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que não raramente se digladiam entre si para o mais completo prejuízo da sociedade brasileira.

Assim, é certo dizer que o arcabouço normativo vigente foi estruturado para um cenário puramente analógico, mas está sendo aplicado “num contexto de relações jurídicas que cada vez mais se desenvolvem num mundo digital, sem nenhum tipo de suporte físico, sujeito a impactos tecnológicos verdadeiramente disruptivos que põem em xeque categorias tradicionais que precisam ser ressignificadas”⁸⁶⁶.

Com efeito, para além das questões relacionadas à tecnologia, outros fatores, sobretudo demográficos, como a diminuição do número de filhos, o aumento da expectativa de vida e a situação econômica mais favorável da geração mais velha, fizeram com o que o direito das sucessões ganhasse especial relevo nos mais diversos países nos

865 ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A importância do direito comparado no estudo do direito das sucessões. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord.). **Direito das sucessões: problemas e tendências**. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 484.

866 ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A importância do direito comparado no estudo do direito das sucessões, cit., p. 483.

últimos anos⁸⁶⁷, tendência essa que, ao que tudo indica, finalmente atracou em águas brasileiras.

No ano de 2023, o Presidente do Senado Federal instituiu uma comissão de juristas para apresentar o anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil⁸⁶⁸. A comissão, presidida pelo Ministro Luís Felipe Salomão e sob a relatoria-geral dos professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery, foi dividida em nove subcomissões de acordo com as grandes áreas do direito civil, sendo uma delas o direito das sucessões. A subcomissão de direito das sucessões teve como relator o professor Mário Luiz Delgado e como integrantes os professores Giselda Maria F. Novaes Hironaka, Gustavo Tepedino e Cesar Asfor Rocha. Após a elaboração dos trabalhos, em abril de 2024, a comissão entregou o seu Relatório Final ao Presidente do Senado com o anteprojeto de lei acompanhado das justificativas das propostas ali apresentadas⁸⁶⁹.

Diante disso, o presente trabalho, de vertente jurídico-dogmático e tipo jurídico-compreensivo, tem por escopo analisar criticamente as principais alterações em relação ao direito das sucessões apresentadas no anteprojeto acima mencionado, dentro do contexto social da contemporaneidade, a fim de averiguar seus pontos positivos e negativos, de modo a contribuir para a discussão pública que orbita a modernização do direito sucessório no Brasil, fato de extrema necessidade à luz das atuais configurações sociais, tecnológicas, culturais e políticas.

867 TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do Direito das Sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 40-41.

868 SENADO FEDERAL. Ato do Presidente do Senado nº 11 de 2023. Publicado em 24 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448987&disposition=inline>>.

869 CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. 17 de abril de 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>.

1 OS VENTOS DE MUDANÇA

O Código Civil, na tentativa de disciplinar os fatos jurídicos que comumente costumam ocorrer no cotidiano das pessoas, organiza-se pelo curso natural da vida humana: começa pela aurora do nascimento e termina nos raios crepusculares da morte. Manuel Frada não estava sem razão ao observar que “um Código Civil pode lembrar mais as pessoas do que à primeira vista se poderia supor”⁸⁷⁰.

Nesse empreendimento regulatório, o direito das sucessões, como não poderia deixar de ser, torna-se a “foz do direito civil”⁸⁷¹, uma vez que “todo o corpo de normativas e de situações jurídicas calcorreadas pelos particulares na condução de sua vida civil deságua na sucessão com esperança à continuidade e à permanência”⁸⁷². Assim, nesse afã sempre inexitoso de tentar se fazer eterno, o ser humano procura disciplinar os últimos aspectos da sua vida naquilo que se convencionou chamar de sucessão *mortis causa*.

Não obstante, uma vez que tratar do fim da existência, sobretudo da pessoa humana, nunca foi tarefa agradável - e muito menos simples-, as discussões acerca da necessidade de modernização do direito das sucessões permanecem muitas vezes preteridas da maior parte dos debates acadêmicos e legislativos. Como observa María Ángeles Lucán, o direito das sucessões, via de regra, não se expõe a reformas legais na mesma intensidade que outros ramos do direito civil⁸⁷³. Não é sem motivo que, no tocante à sucessão, o Código Civil de

870 FRADA, Manuel A. Carneiro da. Nos 40 anos do Código Civil português. Tutela da personalidade e dano existencial. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 82, jan./abr. 2017, p. 175.

871 RAMOS, André Luiz Arnt. Sobre a invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.018 do Código Civil. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 303.

872 RAMOS, André Luiz Arnt. Sobre a invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.018 do Código Civil, cit., p. 303.

873 LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), **Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio**, CGPJ, Madrid, 2009, p. 484.

2002 “praticamente repetiu as disposições já vigentes desde 1916”⁸⁷⁴, fato que demonstra o descompasso entre a realidade e a legislação brasileira.

Atualmente, a existência de verdadeiros cemitérios digitais⁸⁷⁵, a integração de tecnologia nos cemitérios físicos, como, por exemplo, a partir da inclusão de QR Codes em túmulos⁸⁷⁶, o surgimento da herança digital e o advento das criptomoedas, dentre outras ocorrências inimagináveis há duas décadas, têm se tornado parte da vida – e da morte – dos brasileiros. Nesse cenário, como refletem Andrade e Ehrhardt, é cada vez mais difícil imaginar “a celebração de um testamento cerrado (arts. 1.868 a 1.875, CC) com a formalidade prevista no art. 1.869 do Código Civil, o qual determina que, após a sua aprovação, o instrumento deve ser cerrado e cosido”⁸⁷⁷, ou, como ressaltam Sílvia Marzagão e Eleonora Mattos, “que, em pleno século XXI, não se tenha a possibilidade de testar via vídeo”⁸⁷⁸.

874 ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A importância do direito comparado no estudo do direito das sucessões, cit., p. 483.

875 Atualmente, tornou-se comum em algumas redes sociais, como o Facebook, por exemplo, a transformação do perfil dos usuários falecidos em um “memorial”, administrado por um “contato herdeiro” previamente indicado, em que os amigos do falecido podem postar homenagens e fotos. Ver FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?**. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>>.

876 É o caso, por exemplo, do cemitério Nossa Senhora do Desterro, em Jundiá (SP). Alguns túmulos do cemitério, principalmente de pessoas que eram famosas na cidade, ganharam QR Codes que, quando escaneados, direcionam para uma espécie de memorial do falecido, com biografia, homenagens de parentes e fotos. Ver TV Vem. QR Code em sepulturas ajuda a divulgar histórias de pessoas em cemitério de Jundiá. **G1**. 02/11/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/11/02/sepulturas-com-qr-code-permitem-que-visitantes-conhecam-historias-de-pessoas-em-cemiterio-de-jundiai.ghtml>>.

877 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Seria possível o reconhecimento de indignidade sucessória por manifestação nas redes sociais?. In: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias e Sucessões na era digital**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021, p. 503.

878 MARZAGÃO, Sílvia Felipe; MATTOS, Eleonora G. Testamento e suas formalidades: o hoje e o amanhã. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord.). **Direito das sucessões: problemas e tendências**. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 318.

A tecnologia tem transformado tanto o mundo contemporâneo que muitos elementos físicos estão se desmaterializando e adquirindo versões parcialmente ou totalmente virtuais. Basta pensar, por exemplo, que enquanto “antes a sociedade tinha verdadeira fixação por bens corpóreos - metais valiosos, pedras preciosas, imóveis -, hoje a riqueza circula naquilo que não se vê - perfis digitais, criptomoedas, cotas em startups”⁸⁷⁹.

O impacto tecnológico na seara sucessória foi tão forte que não apenas parte dos bens a ser transmitida na sucessão agora se encontra em uma realidade virtual – fato que fez surgir, inclusive, o termo “herança digital”⁸⁸⁰ –, mas os próprios conceitos de morte e de luto têm sido ressignificados em uma sociedade em que a imagem, voz e trejeitos de pessoas falecidas podem ser emulados em vídeo pela inteligência artificial⁸⁸¹.

Para além de todas as questões tecnológicas que, por si somente, já são suficientes para demonstrar a obsolescência das normas sucessórias em vigor, verifica-se que outras discussões em torno dos pilares do direito privado, envolvendo precipuamente a autonomia, também precisam ganhar espaço para a construção de um direito sucessório moderno.

879 MARZAGÃO, Silvia Felipe; MATTOS, Eleonora G. Saltão de Q. Testamento e suas formalidades: o hoje e o amanhã, cit., p. 321.

880 Quanto à expressão vale a crítica de Mariana Lara e Fábio Pereira no sentido de que o termo “herança digital” não é totalmente adequado para se referir às situações que tem sido usado para designar, “uma vez que a complexidade das questões envolvidas extrapola os contornos do direito sucessório”. Ver PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. O que acontece com o perfil de quem já se foi? Repercussões da morte do usuário nas redes sociais. **IRIS - Instituto de Referência em Internet e Sociedade**. 20 julho de 2020. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/o-que-acontece-com-o-perfil-de-quem-ja-se-foi-repercussoes-da-morte-do-usuario-nas-redes-sociais/>>.

881 Para exemplos, ver: REDAÇÃO. Rogue One: Veja como ator morto há 20 anos foi “ressuscitado” no filme. **Uol**. 17 de junho de 2020. Disponível em: <<https://observatoriodocinema.uol.com.br/filmes/2020/06/rogue-one-veja-como-ator-morto-ha-20-anos-foi-ressuscitado-no-filme>> e VIEIRA, Nathan. Mãe “reencontra” filha morta graças a realidade virtual. **Canaltech**. 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/bizarro/mae-reencontra-filha-morta-gracas-a-realidade-virtual-160298/>>.

Enquanto o direito de família, por exemplo, tem evoluído “de maneira a trazer uma maior valorização à pessoa de cada um de seus membros, seus projetos, suas realizações, sua dignidade”⁸⁸², o direito das sucessões concede não mais do que um reduzido espaço à autonomia privada daquele que é o seu principal personagem: o autor da herança.

No sistema sucessório atual, o autor da herança somente encontra, de fato, um *locus* privilegiado para a manifestação de sua própria vontade enquanto no exercício da função de testador e, mesmo assim, podendo testar somente em relação à metade dos seus bens e diante da observância de uma série de formalidades para que o seu testamento seja considerado válido.

A outra metade do patrimônio do autor da herança é forçosamente destinada a herdeiros que a lei reputa como necessários, independentemente de suas condições econômicas, afetivas, pessoais ou sociais. Assim, vigora no Brasil um sistema que, “além de defasado, é estéril para compor, satisfatoriamente, conflitos advindos da complexidade factual”⁸⁸³, quando, na realidade “de muito maior efetividade seria um modelo que privilegie, amplamente, a liberdade de testar, sem prejuízo da aplicação subsidiária da sucessão legítima”⁸⁸⁴.

Soma-se a isso o fato de que os processos de inventário, no geral, são extremamente morosos e quando, finalmente, a prestação jurisdicional é entregue, os envolvidos se sentem frustrados com a sentença de partilha que os obriga “a iniciar novas ações, igualmente demoradas, custosas e angustiantes, para extinguir ou dissolver o

882 ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A importância do direito comparado no estudo do direito das sucessões, cit., p. 471.

883 JUNIOR CORTIANO, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**. 4 ed, n.4, maio 2015. Cascavel: NEJUS, 2015, p. 65.

884 JUNIOR CORTIANO, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro, cit., 65.

condomínio imposto pela sentença proferida nos autos do inventário judicial litigioso, que poderia e deveria ser evitado”⁸⁸⁵.

É diante desse contexto que as propostas para revisão e atualização do direito das sucessões foram inseridas no anteprojeto apresentado. Não se espera que o anteprojeto tenha resolvido satisfatoriamente todas essas questões, afinal, certamente, “como todo resultado do agir humano, marcado pela falibilidade, há, em sua densa arquitetura normativa, erros e acertos”⁸⁸⁶. Cabe analisar, no entanto, se as propostas enviadas se demonstram razoáveis e adequadas para, minimamente, diminuir esse distanciamento entre o regramento sucessório brasileiro e a realidade.

2 PRINCIPAIS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO PARA O DIREITO SUCESSÓRIO

Como o livro do direito das sucessões é extenso, optou-se no presente trabalho pela análise das propostas que, se aprovadas e promulgadas, mais trarão impactos para a normatividade da sucessão *mortis causa* no Brasil em cada uma de suas quatro subdivisões (“sucessão em geral”, “sucessão legítima”, “sucessão testamentária” e “inventário e partilha”).

Quanto à parte relativa à sucessão em geral, tem-se dois destaques de atualização normativa influenciados pelas novas possibilidades trazidas pela tecnologia ao cotidiano das pessoas. O primeiro deles é referente à proposta de inclusão dos arts. 1.791-A, 1.791-B e 1.791-C, que tratam do que comumente se tem chamado de “herança digital”, conceituando como bens digitais o patrimônio intangível do falecido,

885 OTERO, Marcelo Truzzi. Inventário judicial sucessório: para além da adjudicação fracionada dos quinhões hereditários com instalação de condomínio forçado entre herdeiros. Efetividade no inventário sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord.). **Direito das sucessões: problemas e tendências**. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 560.

886 GAGLIANO, Pablo Stolze. A reforma do Código Civil. In: **Migalhas**. 2 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/1/75D5CACA9ED958_AReformadoCodigoCivil-PabloSto.pdf>.

que abrange, as senhas, dados financeiros, perfis de redes sociais, contas, arquivos de conversas, vídeos, fotos, pontuação em programas de recompensa e quaisquer outros tipos de conteúdo de natureza econômica que estejam armazenados ou acumulados em ambiente virtual e que pertençam ao autor da herança⁸⁸⁷. Segundo o *caput* do art. 1.791-A, farão parte da herança somente os bens digitais do falecido que tiverem “valor economicamente apreciável”, isto é, aqueles que possuírem aspecto patrimonial, sendo que os bens digitais existenciais e os híbridos que apresentarem conteúdo pessoal só integrarão a herança caso o *de cuius* tenha manifestado esse desejo⁸⁸⁸.

Em segundo lugar, além da previsão acerca dos bens digitais, a tecnologia também influenciou as propostas para a alteração dos arts. 1.798 e 1.799, de modo a disciplinar expressamente a questão referente à legitimidade sucessória dos filhos do autor da herança gerados por técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. Segundo as sugestões de parágrafos para o art. 1.798, “aos filhos gerados após a abertura da sucessão, se nascidos no prazo de até cinco anos a contar dessa data, é reconhecido o direito sucessório”⁸⁸⁹, mas, aos filhos concebidos ou gerados por meio de técnicas de reprodução humana assistida concluída após a morte do ascendente, o direito à sucessão legítima dependerá de autorização expressa e inequívoca do autor da herança para o uso de seu material criopreservado, mediante escritura pública ou testamento público⁸⁹⁰.

Quanto à sucessão legítima, uma das principais alterações constantes do anteprojeto é relativa à sucessão do cônjuge. A proposta para o art. 1.829 sugere afastar do cônjuge ou companheiro o direito concorrencial. Isto é, embora ainda estejam na ordem de vocação hereditária, o cônjuge ou companheiro não concorreria mais com os descendentes e os ascendentes. Além disso, também se sugeriu a exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários do art. 1.845 que,

887 Segundo definição apresentada na sugestão de §1º do art. 1.791-A.

888 Ver propostas para o art. 1.791-B e 1.918-A.

889 Sugestão apresentada para o §1º do art. 1.798.

890 Ver proposta para o §2º do art. 1.798.

pela nova redação, passaria a contar apenas com os descendentes e os ascendentes.

Continuam, no entanto, o cônjuge e o companheiro sobreviventes com o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, mas a proposta sugere uma extensão desse direito, pelos arts. 1.830 e 1.830-A, aos descendentes incapazes ou com deficiência, aos ascendentes vulneráveis e às pessoas remanescentes da família parental que demonstrarem o convívio familiar comum. Além do direito real de habitação, o cônjuge e o companheiro sobrevivente, nos termos da nova redação sugerida para o art. 1.850, também passariam a ter direito de usufruto instituído pelo juiz sobre determinados bens da herança para garantir sua subsistência quando comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio, já que, com as alterações propostas, podem ser excluídos da herança por disposição expressa do testador ou se não forem contemplados no testamento.

Outra inovação impactante para a sucessão legítima reside na proposta de inserção de um parágrafo único no art. 1.846, inspirado no atual Código Civil argentino⁸⁹¹, para prever que “o testador, se quiser, poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes”⁸⁹². Além disso, conforme a sugestão para o art. 1.848, o testador também passaria a poder gravar a legítima com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sem a necessidade de justa causa que atualmente é obrigatória, além de poder converter os bens da legítima em dinheiro.

O campo da sucessão testamentária também contou com muitas propostas de revisão. As mais significativas certamente se referem à inclusão da possibilidade de elaboração de todos os tipos de

891 Como ressaltado pela própria comissão na exposição de motivos constante do Relatório Final. Ver CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**, cit., p. 304.

892 Redação sugerida pela comissão para o parágrafo único do art. 1.846.

testamento e de codicilo a partir de recursos digitais e de audiovisual, com tecnologia assistiva para testadores que tiverem qualquer tipo de restrição em razão de deficiência, além da possibilidade de utilização da escrita em Braille ou do uso da Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS)⁸⁹³.

Ainda no tocante à sucessão testamentária, propõem-se a revogação dos testamentos especiais, já que compreendidos pelo testamento hológrafo feito em situações de emergência⁸⁹⁴, e o retorno da admissão do testamento conjuntivo recíproco entre cônjuges por meio da inserção de um parágrafo único que excepciona essa possibilidade no art. 1.863. Também é proposta a possibilidade de individualização dos bens da legítima no testamento, com alteração da redação do art. 1.857, bem como a previsão de desamparo material e abandono afetivo voluntário e injustificado do ascendente pelo descendente ou do filho ou neto como causa de deserdação nos arts. 1.962 e 1.963.

Por fim, em relação à última subdivisão do livro das sucessões, referente ao inventário e a partilha, as mudanças foram direcionadas, segundo a exposição de motivos da comissão, “à simplificação e desjudicialização dos procedimentos”⁸⁹⁵. Assim, foi proposta a inclusão de parágrafos no art. 1.991 para reforçar a preferência da pessoa designada pelo testador como inventariante, bem como para incluir a possibilidade de nomeação de pessoa jurídica para exercer a inventariança.

No tocante à colação, para colocar fim ao conflito surgido com o art. 639 do atual Código de Processo Civil em relação ao momento de averiguação do valor dos bens a serem colacionados, isto é, se o valor

893 Conforme propostas para os arts. 1.860, 1.862, 1.867, 1.871 e 1.872.

894 Conforme justificativa apresentada na exposição de motivos constante do Relatório Final. Ver CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil), cit., p. 306.

895 CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil), cit., p. 306.

a ser considerado seria o do tempo da liberalidade ou o da abertura da sucessão, a proposta de nova redação do art. 2.004 sugere a utilização da orientação original do Código Civil no sentido de que o valor da colação dos bens doados seja o da data da liberalidade⁸⁹⁶.

Ademais, o art. 2.006 passaria a prever mais uma possibilidade de dispensa da colação por instrumento diverso do testamento, qual seja uma simples declaração do doador, por escritura pública, subsequente ao ato de liberalidade. A proposta também sugere que a exclusão da colação dos gastos ordinários previstos no art. 2.010 seja estendida ao descendente incapaz ou dependente econômico do autor da herança de até vinte e cinco anos de idade.

Um último destaque deve ser dado à previsão do art. 2.016 quanto à possibilidade de realização de inventário extrajudicial, mesmo com a presença de herdeiro incapaz ou de testamento, desde que com a anuência do Ministério Público.

Apresentadas as alterações e inovações consideradas como as principais dentro das quatro subáreas do direito das sucessões, faz-se necessário analisá-las criticamente à luz dos princípios que regem o ordenamento jurídico como um todo e da realidade atualmente experimentada pela população brasileira.

3 BALANÇO CRÍTICO DAS PRINCIPAIS PROPOSTAS

Em relação às propostas apresentadas para a parte da sucessão em geral, verifica-se, como já mencionado, que elas são frutos, ainda que tímidos, dos novos horizontes descortinados pelo avanço tecnológico. Assim, no tocante à sucessão dos bens digitais, por exemplo, a proposta seguiu o que já vinha sendo defendido pela doutrina em torno do assunto, no sentido de que os interesses patrimoniais relativos a esses bens devem ser separados dos interesses existenciais que também se originam deles, “conferindo-se a cada um tratamento próprio. Ou seja,

896 CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). *Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* (Código Civil), cit., p. 307.

transferem-se aos herdeiros os direitos patrimoniais e resguardam-se os existenciais”⁸⁹⁷.

Contudo, como ressaltam Mariana Lara e Fábio Pereira, “realizar essa distinção não é tarefa fácil”⁸⁹⁸, sobretudo diante da atual arquitetura das redes sociais, em que, a princípio, não é possível separar os *chats* privados das postagens públicas, fato que talvez demande novos arranjos das redes, mas que certamente não poderia ficar à margem de regulação.

Quanto à extensão expressa da legitimidade sucessória aos embriões extracorpóreos, tem-se uma alteração necessária e importante, já que a reprodução assistida *post mortem* é permitida no país e que a medicina reprodutiva tem evoluído cada vez mais em relação às técnicas de criopreservação de gametas e embriões. No mesmo sentido, também é igualmente importante que seja estabelecido um prazo máximo para a possibilidade de atribuição dos direitos sucessórios, “sob pena de grave insegurança jurídica aos herdeiros já existentes e conhecidos na data de abertura da sucessão”⁸⁹⁹. Assim, quanto a esse assunto, trata-se de pontuação importante que sana eventuais divergências que poderiam rondar o tema.

Já na parte referente à sucessão legítima, algumas críticas podem ser observadas em relação à exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários. Segundo a justificativa apresentada pela comissão, diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres, do ingresso da mulher no mercado de trabalho e do crescente aumento de famílias recompostas, “foi preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão legítima, chegando-se à conclusão de

897 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. O que acontece com o perfil de quem já se foi? Repercussões da morte do usuário nas redes sociais, cit.

898 PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. O que acontece com o perfil de quem já se foi? Repercussões da morte do usuário nas redes sociais, cit.

899 CJC/CODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil), cit., p. 305.

que eles não deveriam mais figurar como herdeiros necessários⁹⁰⁰. Contudo, essa exclusão do cônjuge e do companheiro do rol de herdeiros necessários diante das novas realidades familiares e sociais não se coaduna com a manutenção dos ascendentes nesse mesmo rol.

Pelo curso natural da vida, quando da morte de uma pessoa, seus ascendentes já terão falecido. Além disso, como demonstram dados estatísticos gerais, o comum é que os ascendentes tenham mais riquezas acumuladas que seus descendentes⁹⁰¹. Sendo assim, se os cônjuges e companheiros passariam a não ser mais contemplados pela legítima, menos ainda os ascendentes deveriam ser, fato que inclusive já tem se verificado por meio da supressão da legítima dos ascendentes em vários países⁹⁰². Assim, o mais coerente seria propor uma espécie de usufruto sobre determinados bens da herança para ascendentes que comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio, tal como proposto para os cônjuges e companheiros com a sugestão de nova redação do art. 1.850.

Ao que tudo indica, a exclusão do cônjuge ou companheiro da sucessão legítima guarda maior relação com o incremento exponencial da efemeridade e rotatividade dos matrimônios, em contraposição à perenidade presumida dos vínculos consanguíneos e vitalícios com pais e filhos.

No tocante à extensão do direito real de habitação a descendentes incapazes ou com deficiência, ascendentes vulneráveis e pessoas remanescentes da família parental que demonstrarem o convívio familiar comum, percebe-se que foi uma sugestão razoavelmente pertinente, pois se volta para a análise do caso concreto e garante maior proteção a herdeiros em situação de vulnerabilidade que

900 CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil), cit., p. 305.

901 ALOY, Antoni Vaquer. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: **Indret - Revista para el Análisis del Derecho**, 2007, p. 9.

902 LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio, cit., p. 501-502 e FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbão. Ano VIII, nº 19, maio, 2010, p. 78.

também dependiam da moradia do autor da herança. Não obstante, há sempre o perigo de sobrevalorização da subjetividade do julgador em detrimento da *mens legis*, especialmente quando o termo “convívio familiar comum” é positivado pelo legislador sem quaisquer lastros objetivos de aferição.

Quanto à possibilidade de destinação de até um quarto da legítima para descendentes e ascendentes vulneráveis e hipossuficientes, apesar de advir de um motivo louvável, é possível que essa sugestão apresente mais problemas do que soluções⁹⁰³. Isso, porque a realização de tais destinações e eventuais contestações judiciais acerca dos critérios de vulnerabilidade e hipossuficiência têm o condão de aumentar ainda mais a complexidade dos processos sucessórios que já são suficientemente problemáticos⁹⁰⁴. Não é sem razão que, com a exceção da Argentina, que fez ressurgir uma previsão parecida em seu atual Código Civil, muitos países da América Latina que possuíam institutos semelhantes em seus sistemas sucessórios já os aboliram de seus ordenamentos⁹⁰⁵. Todavia, ressalva-se que, em um sistema sucessório marcado sobretudo pelo esmagamento da autonomia privada a partir da imposição da vontade estatal, tal disposição pode ser vista como um aceno, ainda que mínimo, à liberdade do testador.

No mesmo sentido, em relação à possibilidade de gravar a legítima sem justa causa, verifica-se que a proposta é favorável a uma maior autonomia do autor da herança. Como ressalta Eroulths Cortiano, as cláusulas restritivas “são instrumento lícito de planejamento sucessório, uma vez que permitem ao testador, vislumbrando as

903 Segundo Maria Berenice Dias, essa é “claramente uma prerrogativa que vai acabar nos tribunais, pela abrangência e indefinição do conceito de vulnerabilidade e hipossuficiência. DIAS, Maria Berenice. Reforma Código Civil: Direito das Sucessões. **IBDFAM**. 15 de abril de 2024. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/2121/Reforma+C%C3%B3digo+Civil%3A+Direito+das+Sucess%C3%B5es>>.

904 Como ressalta Jan Schmidt, esse tipo de instituto, embora atraente na teoria, gera problemas de cálculo desnecessários e torna o balanceamento entre a liberdade de testar e a herança forçada uma tarefa algo ainda mais obscuro. SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. **Max Planck Institute of Comparative Law**. N 18.19, 2019, p. 31 e 34.

905 Para exemplos ver SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America, cit., p. 30 e 31.

perspectivas de vida de seus sucessores, auxiliá-los e protegê-los”⁹⁰⁶. O autor acrescenta, ainda, que, muitas vezes, essa proteção se dá mesmo pela limitação dos poderes de propriedade sobre os bens herdados.

Ademais, a possibilidade de conversão da legítima em dinheiro se revela condizente com as tendências internacionais de pagamento da legítima aos herdeiros necessários como uma espécie de direito de crédito⁹⁰⁷, o que também facilita o planejamento sucessório.

No campo da sucessão testamentária, as propostas em relação às modificações das formalidades dos testamentos se demonstram razoavelmente positivas, constituindo algum avanço no longo caminho rumo a uma sociedade tecnológica e inclusiva.

A possibilidade de se produzir testamentos gravados por mecanismo audiovisual, além do uso de tecnologias assistivas para o auxílio de testadores com deficiência e da inserção dos testamentos conjuntivos recíprocos entre cônjuges, tem o condão de gerar uma popularização do testamento entre os brasileiros que, via de regra, fazem pouco uso do instrumento. Como observam Marzagão e Mattos, “a incorporação do testamento na cultura brasileira poderá, inclusive, permitir que o planejamento da sucessão patrimonial se dê até mesmo para aqueles que tenham um acervo de bens mais modesto, garantindo economia e praticidade na hora da morte”⁹⁰⁸. Assim, entende-se que a adoção dessas propostas pode trazer múltiplos benefícios para a sociedade.

A revogação dos testamentos especiais também é medida consentânea ao próprio sistema sucessório vigente, uma vez que não faz mais sentido prever testamentos extraordinários que, por exemplo, devem ser feitos na presença de comandante de navio ou de

906 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 478.

907 Ver ALOY, Antoni Vaquer. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, cit., p. 18 e FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar, cit., p. 78.

908 MARZAGÃO, Silvia Felipe; MATTOS, Eleonora G. Saltão de Q. Testamento e suas formalidades: o hoje e o amanhã, cit., p. 317.

aeronave com registro em diário de bordo⁹⁰⁹, se o art. 1.879 já admite que um testamento particular escrito de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, seja confirmado judicialmente.

Já a proposta de introdução do “abandono afetivo voluntário e injustificado” como causa de deserção deve ser vista com bastante cautela. Como asseveram Esther Amayuellas e Esther Amorós, qualquer tentativa de aumentar a liberdade do testador que não seja feita por meio de supressão da legítima, mas sim mediante a atualização das causas de deserdação gera mais problemas do que os que pretende solucionar⁹¹⁰.

A caracterização do que deve ser entendido como “abandono afetivo” pode gerar grandes celeumas jurisprudenciais. A necessidade de averiguar se tal abandono é “injustificado” evoca a ideia de culpa pelo rompimento da relação familiar, o que significa que o juiz terá que valorar situações delicadas que envolvem a esfera íntima dos indivíduos e que são extremamente difíceis de sopesar, já que é virtualmente impossível comprovar que uma ruptura afetiva foi exclusivamente causada por uma única parte⁹¹¹. Assim, o uso de cláusulas mais abertas e flexíveis entre as hipóteses de deserdação, além de potencialmente aumentar a litigiosidade, não se traduz, necessariamente, em resultados mais justos⁹¹².

Por fim, no tocante às sugestões para à área do inventário e da partilha, tem-se que as propostas apresentadas são pertinentes ao ordenamento jurídico, já que garantem mais autonomia e respeito à vontade do autor da herança, além de propiciar um certo

909 Trata-se de formalidades previstas nos arts. 1.888, 1.889 e 1.890 do Código Civil.

910 AMAYUELLAS, Esther Arroyo; AMORÓS, Esther Farnós. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado. ¿A quién prefieren los tribunales? **InDret – Revista para el Análisis del Derecho**, v. 2, 2015. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/1132_es.pdf>, p. 22.

911 AMAYUELLAS, Esther Arroyo; AMORÓS, Esther Farnós. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado. ¿A quién prefieren los tribunales?, cit., p. 18.

912 AMAYUELLAS, Esther Arroyo; AMORÓS, Esther Farnós. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado. ¿A quién prefieren los tribunales?, cit., p. 23.

desafogamento do judiciário diante das possibilidades de realização dos procedimentos de forma extrajudicial.

CONCLUSÃO

É cediço que o Direito, em seu papel regulatório, não consegue acompanhar, na mesma velocidade, todas as novidades e vicissitudes que experimenta o mundo dos fatos. Assim, não é possível exigir um corpo normativo civil que seja completamente atualizado e adequado à realidade.

Não obstante, o Código Civil brasileiro vigente, a despeito de ter sido promulgado no ano de 2002, muito ainda guarda de regramentos antigos herdados de seu antecessor e, por isso mesmo, originários do início do século passado. Até pouco tempo, isso não seria um grande problema ou não traria tantas incongruências entre os fatos, os valores e as normas que integram o Direito.

Contudo, diante de todas as transformações disruptivas sem precedentes cujo advento se deu já no início do presente século, pode-se dizer que o Código Civil de 2002 é um diploma legal natimorto. Nesse contexto, vale buscar socorro nas palavras divinas que afirmam que “não se pode colocar vinho novo em odres velhos”. Assim, em que pese o esforço reformista, esperava-se que a intensidade da reforma se daria em proporções ao menos parecidas com as das transformações que divisam a primeira da sexta república brasileira.

Embora se verifique modificações pontuais, o sistema que rege o direito das sucessões brasileiro e a lógica interna em que foi concebido há mais de cem anos permanecem exatamente as mesmas, em completa alienação ao mundo em que se encontra inserido. Continua-se assim, na prática, a sucessão dos testamentos cerrados e cosidos, se não textualmente, espiritualmente, a ditar todo o sentido da lei.

Nessa senda, a proposta de anteprojeto enviada ao Senado Federal pela comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, a despeito de seu grande esforço, pode se demonstrar

bastante frustrante para aqueles que esperavam modificações condizentes com a importância da matéria e com a raridade do evento, já que reformas substanciais dessa estirpe, tal como o cometa Halley, ocorrem somente entre os confins de várias décadas.

Não obstante, embora um estudo propositivo que apresente possibilidades de mudanças mais veementes no Código Civil mereça um trabalho à parte, sabe-se que o trabalho da comissão que elaborou o relatório final do anteprojeto reformista é forte e decididamente condicionado pelo clima político e pelo panorama geral dos grupos de interesse que compõem o debate público no país.

De todo modo, pequenas modificações são melhores do que a estagnação completa. No pouco tempo que se propôs a reformar a sucessão no Brasil, o anteprojeto apontou a direção clara do incremento, ainda que tímido, da autonomia privada, da proteção do hipossuficiente e do dinamismo das relações sociais, pilares do que se espera de um mundo verdadeiramente moderno. Logo, conquanto ainda não seja possível prever com segurança em que termos se dará o produto final desse empreendimento atualizador, é certo que uma pequena brisa suave de mudança começou a soprar em terras brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALOY, Antoni Vaquer. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. Barcelona: **Indret - Revista para el Análisis del Derecho**, 2007.

AMAYUELLAS, Esther Arroyo; AMORÓS, Esther Farnós. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado. ¿A quién prefieren los tribunales?. **Indret – Revista para el Análisis del Derecho**, v. 2, 2015. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/1132_es.pdf>.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. A importância do direito comparado no estudo do direito das sucessões. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luíza Maia (coord.). **Direito das sucessões: problemas e tendências**. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). 17 de abril de 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Sucessão e cláusulas restritivas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022

DIAS, Maria Berenice. Reforma Código Civil: Direito das Sucessões. **IBDFAM**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/2121/Reforma+C%C3%B3digo+Civil%3A+Direito+das+Sucess%C3%B5es>>.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Seria possível o reconhecimento de indignidade sucessória por manifestação nas redes sociais?. In: SANCHES, Patrícia Corrêa

(Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias e Sucessões na era digital**. Belo Horizonte: IBD-FAM, 2021.

FACEBOOK. O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/1568013990080948>>.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**. Bilbao. Ano VIII, nº 19, maio, 2010.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Nos 40 anos do Código Civil português. Tutela da personalidade e dano existencial. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 82, jan./abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A reforma do Código Civil. In: **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/1/75D5CACA9ED958_AReformadoCodigoCivil-PabloSto.pdf>. 2 de janeiro de 2024.

JUNIOR CORTIANO, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**. 4 ed, n.4, maio 2015. Cascavel: NEJUS, 2015.

LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. En CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Ed.), **Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio**, CGPJ, Madrid, 2009.

MARZAGÃO, Silvia Felipe; MATTOS, Eleonora G. Saltão de Q. Testamento e suas formalidades: o hoje e o amanhã. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord.). **Direito**

das sucessões: problemas e tendências. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

OTERO, Marcelo Truzzi. Inventário judicial sucessório: para além da adjudicação fracionada dos quinhões hereditários com instalação de condomínio forçado entre herdeiros. Efetividade no inventário sucessório. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NEVARES, Ana Luiza Maia (coord.). **Direito das sucessões:** problemas e tendências. 2ª ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. O que acontece com o perfil de quem já se foi? Repercussões da morte do usuário nas redes sociais. **IRIS - Instituto de Referência em Internet e Sociedade**. 20 julho de 2020. Disponível em: < <https://irisbh.com.br/o-que-acontece-com-o-perfil-de-quem-ja-se-foi-repercussoes-da-morte-do-usuario-nas-redes-sociais/>>.

RAMOS, André Luiz Arnt. Sobre a invalidade da partilha feita em vida e a necessidade de revisitar o texto do art. 2.018 do Código Civil. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

REDAÇÃO. Rogue One: Veja como ator morto há 20 anos foi “ressuscitado” no filme. **Uol**. 17 de junho de 2020. Disponível em: <<https://observatoriodocinema.uol.com.br/filmes/2020/06/rogue-one-veja-como-ator-morto-ha-20-anos-foi-ressuscitado-no-filme>>.

SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. **Max Planck Institute of Comparative Law**. N 18.19, 2019.

SENADO FEDERAL. **Ato do Presidente do Senado nº 11 de 2023**. Publicado em 24 de agosto de 2023. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448987&disposition=inline>>.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do Direito das Sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 3. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TV Vem. QR Code em sepulturas ajuda a divulgar histórias de pessoas em cemitério de Jundiá. **G1**. 02 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/11/02/sepulturas-com-qr-code-permitem-que-visitantes-conhecam-historias-de-pessoas-em-cemiterio-de-jundiai.ghtml>>.

VIEIRA, Nathan. Mãe “reencontra” filha morta graças a realidade virtual. **Canaltech**. 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/bizarro/mae-reencontra-filha-morta-gracas-a-realidade-virtual-160298/>>.

PACTA CORVINA E AS DIRETIVAS SUCESSÓRIAS NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: UMA MUDANÇA IRREFLETIDA?

*Fabrcio Manoel Oliveira*⁹¹³

*Raissa de Carvalho Anatólio*⁹¹⁴

RESUMO: A partir de uma metodologia descritiva-exploratória, o raciocínio dedutivo e o método teórico, notadamente a partir de uma abordagem bibliográfica e jurisprudencial, o presente estudo tem como objetivo compreender, em vista da proposta de inclusão de diretivas sucessórias no plano de exceção do instituto da *pacta corvina*, apresentada pela comissão de revisão e atualização do Código Civil (artigo 426, § 1º, inciso I do projeto), se estas encontram respaldo no estado da arte da doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas, ou se se está diante de mero experimentalismo, sem sedimentação suficiente para tanto. Não propõe, desse modo, a empreender análise meritória do conteúdo e dos impactos intra e extrassistemáticos do novel instituto, antes, procura encontrar justificativas prévias que sustentem tal modificação. Ao final, é possível concluir que a referida proposta de alteração não encontra lastro no atual paradigma jurídico que debate a matéria: não existem reflexões aptas o suficiente a lhe justificar, de sorte que se equilibra em polos de justificação outros, aparentemente na importação não refletida de legislação alemã.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do código civil. *Pacta corvina*. Diretivas sucessórias.

1 INTRODUÇÃO

No dia 24 de agosto de 2023, há pouco mais de um ano, foi nomeada, pelo presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, uma comissão

913 Mestre em Direito Civil pela UFMG.

914 Estudante da graduação em direito da UFMG, participante do Grupo de Estudos sobre Reforma do Código Civil e monitora da disciplina de Teoria Geral do Direito Privado II.

de juristas com a finalidade de empreender uma revisão e atualização do Código Civil, a qual deveria apresentar um anteprojeto de reforma em consonância com os anseios e necessidades da população, em razão de uma alegada evolução da sociedade brasileira, dos institutos jurídicos e das relações sociais em geral⁹¹⁵.

Assim, resumidamente, estabeleceu-se um plano de trabalho para cada uma das oito subcomissões temáticas, em geral, composto por pelo menos três reuniões e três fases, englobando estas últimas, em maior ou menor totalidade, a elaboração de um plano de ação interno, a apresentação, discussão e aprovação de propostas, e a entrega do relatório final da subcomissão, planejamento atravessado por contribuições da sociedade civil e reuniões abertas, para, em seguida, também após discussões, nos moldes do regulamento interno da comissão, passar-se para a votação do relatório final em plenário e, após aprovação, proceder-se ao envio do documento ao presidente do Senado Federal⁹¹⁶.

Em que pese a inexistência de uma metodologia que atravessasse todas as subcomissões, elas parecem ter tomado como eixo ou caráter vetorial central preservar as tradições do Código Civil e proceder com a incorporação de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais consolidados, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além daqueles estampados nos enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, não obstante a inclusão de uma série de novos arranjos e institutos jurídicos⁹¹⁷.

915 BRASIL. TV Senado. **Senado cria comissão de juristas para atualizar Código Civil**. YouTube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KMtfatGBfNs&sttck=0>>. Acesso em: 15/08/2025.

916 BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. **Plano de Trabalho da CJCODCIVIL**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/mna/planos-de-trabalho>>. Acesso em: 15/08/2024. BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. **Regulamento Interno da Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Lei para Revisão e Atualização da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7950>>. Acesso em: 15/08/2024.

917 SALOMÃO, Luis Felipe; MORAES, Luciano Oliveira. **A necessária atualização do Código Civil no Brasil e o papel do Superior Tribunal de Justiça**. Senado.leg.br, 2024,

Linhas gerais, diferentemente do que se deu com as recentes reformas do direito francês e alemão⁹¹⁸, a reforma em destaque tem caráter muito mais profuso: pretende-se alterações em todos os livros do Código Civil, bem como a inclusão de um novo, sobre direito digital. Dos atuais 2.027 artigos do Código Civil, busca-se alterar cerca de 842 e inserir outros 242, isso sem contar o livro de direito digital, que pretende a inclusão de outros 86, o que perfaz uma mudança total, entre dispositivos alterados e inseridos, de 1.170 novos artigos, implicando em uma alteração de quase 60% (57, 70%) do texto em vigor⁹¹⁹, percentual que abre margem não apenas para discussões a respeito dos micro e macro impactos da reforma⁹²⁰, como também de sua classificação mesma enquanto dogmática de modernização, atualização ou revisão.

A par dessas questões, no entanto, o presente estudo busca dar um passo atrás e operar na ótica diagnóstico-resposta, isto é, tem como objetivo principal compreender se a proposta apresentada pela comissão de revisão e atualização do Código Civil para a inclusão do §

p. 15. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/646160>>. Acesso em: 16/09/2024.

918 A *Ordonnance*, engendrada em 2016, teve como foco principal os contratos, a teoria geral das obrigações e as provas das obrigações. ALCIATI VALIM, Thalles Ricardo. La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil, por Gaël Chantepie e Mathias Latina. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S. l.], v. 19, 2020. A reforma do direito civil alemão, engendrada em 2002, teve como foco principal os contratos de compra e venda e prestação de serviços, a prescrição e a execução defeituosa e a inexecução das obrigações, além de incluir no corpo do BGB estatutos referentes à proteção do consumidor, então esparsos. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

919 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Reforma do Código Civil ou Novo Código Civil?**. LinkedIn. Disponível em: <https://www.linkedin.com/posts/eduardo-tomasevicius-filho_reforma-do-c%C3%B3digo-civil-ou-novo-c%C3%B3digo-civil-activity-7195198503155838976-RA8e?utm_source=share&utm_medium=member_desktop>. Acesso em: 15/08/2024.

920 FRAZÃO, Ana; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; PARGENDLER, Mariana. **O anteprojeto de reforma do Código Civil é adequado? NÃO**. Folha de São Paulo. 24 de maio de 2024. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-nao.shtml>>. Acesso em: 15/08/2024.

1º, inciso I ao artigo 426 do Código Civil encontra lastro no estado da arte da doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas.

Trata-se, portanto, de uma abordagem afunilada, que versará tão somente sobre as diretivas negociadas no domínio de exceção do instituto da *pacta corvina*, o que se convencionou por ora a chamar de diretivas sucessórias (artigo 426, § 1º, inciso I do projeto), e não sobre a nova previsão a respeito dos pactos sucessórios renunciativos, *de non succedendo* (artigo 426, § 1º, inciso II do projeto) que, por sua complexidade, merece estudo próprio.

Estabelecidas tais premissas, tem-se como tema-problema o seguinte questionamento: as propostas de inclusão de diretivas sucessórias no âmbito de exceção do instituto da *pacta corvina* encontram respaldo no estado da arte da doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas? Nesse sentido, parece cabível hipótese de vigor negativo, por, aparentemente, tratar-se o caso não de unidade em progresso, de uma articulação prévia imanente e orgânica entre tais elementos, representantes de uma sincronia de saturação de pressões do presente, mas de incitação de possibilidade *a posteriori*, verdadeiro experimentalismo no âmbito legislativo.

Nesse sentido, o estudo encontra justificativa não somente na potencialidade de estabelecimento de reflexões e contribuições, em maior ou menor medida, ainda que a nível de *insights*, a respeito de questão que se encontra na ordem do dia, como no desvelamento de eventual necessidade de uma maior concentração de esforços para a exploração da matéria, se se comprovar que se está diante de mero experimentalismo.

Para desenvolver o assunto, o estudo será dividido em três espaços para além da presente introdução. Em um primeiro momento, busca-se um enveredamento pelas justificativas de reforma do Código Civil em relação às diretivas sucessórias como exceção ao instituto da *pacta corvina*, com o fito de compreender o *iter* e as discussões a respeito, não como simples elemento estático, mas como caráter norteador e transcendente, de geração de determinabilidade e consequências reais no produto legislativo. Em um segundo momento, busca-se apresentar

a história do instituto da *pacta corvina* no ordenamento jurídico brasileiro até então, em uma espécie de rememoração filogenético, a fim de reconstruir suas bases longínquas e contemporâneas e, também, delimitar ou realizar uma cartometria dos seus principais contornos e predicamentos. Em um terceiro momento, por fim, busca-se mobilizar o paradigma jurídico atual a respeito da *pacta corvina* e das diretivas sucessórias, a fim de verificar se se trata de mudança irrefletida ou, em sentido contrário, encontra sustentação na doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas. Para tanto, busca-se compreender o estado da arte a respeito na jurisprudência e nas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nos enunciados das Jornadas do Conselho da Justiça Federal, nas dissertações e teses dos PPGD'S que possuem nota 6 e 7 na última avaliação realizada pela CAPES, e na doutrina manualesca e especializada, conforme metodologia própria em cada um dos casos.

2 A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E O INSTITUTO DA *PACTA CORVINA*

Pacta corvina é o nome atribuído aos contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva, isto é, o ato entre vivos pelo qual uma pessoa dispõe sobre sua própria sucessão ou de direitos que lhe possa caber em sucessão ainda não aberta, a título de exemplo, a pretensão de dispor de bens de herança de pessoa viva como forma de pagamento em um determinado negócio jurídico⁹²¹.

A atual redação do artigo 426 do Código Civil não deixa dúvidas acerca da proibição de tais acordos, o que resulta em uma posição

921 “*Pacta Corvina* é um empréstimo linguístico do latim ao léxico jurídico brasileiro que tem como acepção pura ‘Acordo do Corvo’. Na verdade, o direito brasileiro entende a expressão como uma espécie de acordo sucessório que tem como objeto a herança de pessoa viva [...]”. NIMER NETO, Pedro; MARTOS, Frederico Thales de Araújo. Indignidade e Deserção A inclusão do Pacta Corvina como causa para exclusão sucessória. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**. Vol. 8, n. 1, 2023.

lateral do tema nos estudos da doutrina pátria⁹²². Em verdade, como demonstrado adiante, a literatura disponível indica um estágio de imaturidade para uma mudança vital no regime hereditário brasileiro.

A redação final do projeto de reforma do artigo 426, § 1º, inciso I, que incorpora as diretivas sucessórias, foi apresentada no Relatório Geral no trecho redigido pela relatora-geral Rosa Nery de 26 de fevereiro 2024⁹²³. A versão em nada se relaciona com a sugestão da Subcomissão de Contratos, que propunha apenas o acréscimo de um parágrafo único⁹²⁴ sobre a herança digital e a criação do artigo 426-A⁹²⁵ acerca da

922 POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo **Legítima Hereditária e Sucessão Contratual**: estudo comparado da autonomia privada sucessória. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

923 Versão Rosa Nery: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Parágrafo único. 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, por pacto antenupcial ou convencional, renunciar à condição de herdeiro”. BRASIL. Senado Federal. **Emendas e Destaques ao Texto Final da CJCODCIVIL**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/8032>>. Acesso em 16/09/2024.

924 A proposta continha a seguinte redação: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Parágrafo único. São nulas as cláusulas contratuais que limitem, condicionem ou levem a renúncia de direitos imateriais e autorais referentes à herança digital de pessoa viva, ressalvado o direito de testar e o disposto em leis especiais”. BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 - Subcomissão de Contratos da CJCODCIVIL**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>>. Acesso em 16/09/2024.

925 A proposta continha a seguinte redação: “Art. 426-A. Os cônjuges podem, por meio de pacto antenupcial, e os companheiros, por meio de escritura pública de união estável, renunciar reciprocamente à condição de herdeiro do outro cônjuge ou companheiro. § 1º A renúncia pode ser condicionada às hipóteses de concorrência com descendentes ou com ascendentes. § 2º A renúncia pode ser condicionada, ainda, à sobrevivência ou não de parentes sucessíveis de qualquer classe, bem como de outras pessoas, nos termos do artigo 1.829, não sendo necessário que a condição seja recíproca. § 3º A renúncia não implicará perda do direito real de habitação previsto no artigo 1.831, salvo expressa previsão dos cônjuges ou companheiros. § 4º Quaisquer outras disposições sucessórias que não as previstas nos parágrafos anteriores, sejam unilaterais ou bilaterais, ocorrendo em pacto antenupcial, instrumento público ou particular firmados por cônjuges ou companheiros são nulas. § 5º A renúncia será ineficaz se no momento da morte do cônjuge ou companheiro o falecido não deixar parentes sucessíveis, segundo a ordem de vocação hereditária. § 6º O juiz poderá fixar prestação compensatória ao consorte supérstite se verificar, no caso concreto, manifesta vulnerabilidade dele. § 7º A prestação compensatória não poderá exceder o

renúncia prévia do cônjuge à qualidade de herdeiro⁹²⁶. Nem mesmo guarda relação com o Parecer da Subcomissão de Sucessões, que, em abordagem próxima ao tema, sugeria a criação do artigo 1.790-A⁹²⁷, uma tentativa de instituir uma sucessão contratual ao lado da sucessão legítima e testamentária, para harmonizar as regras sucessórias, empresariais e normativas frequentes em contratos digitais.

Durante as reuniões de esforço concentrado para aprovação do projeto, houve apenas discussões acerca da topografia dos dispositivos sobre pactos sucessórios *de non succedendo*, se estes deveriam ser aglutinados na parte geral de contratos, ou regulamentados no livro de direito de família, prevalecendo a posição de manter toda a regulamentação na parte geral⁹²⁸.

Além das versões dos relatores-gerais, foi acolhida a Emenda de nº 64, proposta por Mário Luiz Delgado, relativa ao § 5º da redação final do artigo 426, que enuncia a nulidade de quaisquer outras disposições contratuais sucessórias não previstas no Código Civil, representando um claro limite às disrupções trazidas pela reforma. Assim, a despeito da mudança substancial trazida pela instituição das diretivas sucessórias como exceção à *pacta corvina*, o tema parece ter passado despercebido nas discussões registradas da comissão.

que lhe seria devido a título de sucessão mortis causa à falta da cláusula de renúncia”. BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 - Subcomissão de Contratos da CJCODCIVIL**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>>. Acesso em 16/09/2024.

926 A versão do relator Flávio Tartuce complementa as disposições sobre os pactos de *non succedendo*, e originou os § 2º, 3º, 4º, 5º e 6º da redação final do art. 426.

927 Sobre o tema, ver: BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 - Subcomissão de Direito das Sucessões da CJCODCIVIL**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>>. Acesso em 16/09/2024, p. 9-16.

928 Sobre o tema, ver: BRASIL. SENADO FEDERAL. **8ª Reunião - CJCODCIVIL - Atividade Legislativa - Senado Federal**. Senado.leg.br. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/reuniao/12465>>. Acesso em: 16 set. 2024.

3 PACTA CORVINA E A HISTÓRIA: NOTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO NO BRASIL

Na esteira do que ocorria no direito romano, no direito canônico, nas Ordenações Manuelinas do Reino de Portugal e nas Ordenações Afonsinas do Reino de Portugal⁹²⁹, as Ordenações Filipinas do Reino de Portugal interditarão a realização do contrato de herança de pessoa viva, *pacta corvina*, especificamente no Livro 4, Título 70, § 3⁹³⁰. Note-se o longínquo lastro histórico do instituto, inextricavelmente vinculado às origens da juscivilística nacional. Como explica Teixeira de Freitas, as Ordenações Filipinas do Reino de Portugal vedaram os pactos sucessórios aquisitivos, *de sucedendo*, ao passo que os pactos sucessórios renunciativos, *de non sucedendo*, poderiam ser celebrados, se confirmados por juramento⁹³¹.

A matéria, posteriormente incluída na *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas (“art. 352. As heranças de pessoas vivas

929 BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. 3ª ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 276-277.

930 “3. Outrossim, se em algum contracto torpe fôr posta pena, ou em outro, que segundo razão natural não se pode cumprir, não se pode levar, nem demandar tal pena. Nem quando o contracto fôr per Direito reprovado, de maneira que per juramento não possa ser confirmado; assi como, se algum homem promettesse á outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos sob, certa pena de todos seus bens moveis e de raiz, direitos e auções, havidos e por haver, não reservando delles para si cousa alguma; *Ou fosse feito contracto sobre a herança de pessoa viva, per que aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja sob certa pena, porque taes contratos são assi illicitos e per Direito reprovados, que não podem per juramento ser confirmados*: E por conseguinte as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar” (grifo nosso). PORTUGAL. **Código filipino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I. Por Cândido Mendes de Almeida. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, p. 881-882.

931 Ou seja, um contrato jurado (Livro 4, Título 70, § 4º), instrumento que não muito depois foi abolido do ordenamento jurídico (Livro 4, Título 73), o que, apesar disso, não impediu o firmamento de pactos sucessórios renunciativos, desde que dispensada de tal formalidade por parte do denominado Desembargo do Paço, tribunal régio que compunha uma das estruturas do Estado português, conforme prerrogativa constante do § 87 do seu regimento interno. Contudo, com a abolição do Desembargo do Paço em 1828, tornaram-se impossíveis de uma vez por todas os pactos sucessórios renunciativos, uma vez que tal prerrogativa não foi concedida a qualquer outro órgão. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis Freitas**. Vol. I. prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 236.

não podem sêr igualmente objecto de contracto”⁹³²), ainda appareceria disciplinada nos projetos oitocentistas de Felício dos Santos (“art. 1949. E’ nullo todo e qualquer contracto ou clausula de contracto, que tenha por objecto a successão de pessoa viva, ou se trate de successão dos proprios contratantes, ou de terceiro, ainda com o consentimento destes”⁹³³), Coelho Rodrigues (“art. 290. Art. 290 . Não podem ser objecto de contrato os direitos de família, os bens fóra do commercio, nem a herança de pessoa viva, salvo o disposto sobre as convenções antenupciaes”⁹³⁴) e de Clovis Bevilacqua (“art. 1.228. Não podem ser objecto de contrato os direitos de família nem a herança de pessoa viva”⁹³⁵).

Neste último caso, depois de revisada, a previsão passou a conter a seguinte redação: “art. 1239. Não póde ser objecto de contracto a herança de pessoa viva”⁹³⁶, que, a despeito de mudanças posicionais, foi aprovada sem emendas, tornando-se o artigo 1.089 do Código Civil de 1916⁹³⁷.

Em seu manual sobre direito das sucessões, Clovis Bevilacqua aponta os quatro motivos que justificariam o instituto, a saber a evitação de sentimentos imorais, de morte do progenitor ou mesmo de outro

932 FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis Freitas**. Vol. I. prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 235.

933 FELÍCIO DOS SANTOS, Joaquim. **Projecto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brazil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 190-191.

934 COELHO RODRIGUES, A.. **Projeto do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893, p. 42.

935 BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. 1, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917, p. 238.

936 BRASIL. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 240.

937 BRASIL. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 388. A matéria não foi tratada diretamente por Tavares de Lyra, parecerista responsável pelos artigos 1.228 a 1.324 do projeto. BRASIL. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Vol. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 134-138. Todavia, deve-se dizer que houve debates orais indiretos a seu respeito no âmbito da comissão revisora, principalmente ao tratarem Clovis Bevilacqua, Coelho Rodrigues, Oliveira Figueiredo, Alfredo Pinto e Andrade Figueira de testamentos conjuntivos, simultâneos, recíprocos ou correspectivos. Sobre o tema, ver: BRASIL. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 280-281.

parente; a evitação de uma promessa reprovável, que seria consumada em função da morte, *votum captandae mortis*⁹³⁸; a contrariedade ao princípio da liberdade testamentária, que permite a revogação, a qualquer tempo, do ato de última vontade; e a evitação de convenções lesivas aos sucessíveis⁹³⁹. Em síntese: *inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*⁹⁴⁰. Para Silvio Rodrigues, a previsão estaria assentada em perspectiva outra, a proteção do próprio herdeiro, em face do risco de depreciação de direitos futuros diante da impaciência ou precipitação, à luz das contingências da vida⁹⁴¹.

Ainda de acordo com Clovis Bevilacqua, inobstante a previsão consignada no artigo 1.089 do Código Civil, há pouco referida, o ordenamento jurídico brasileiro permitiria duas exceções a esta regra, a regulação, pelos nubentes, nos pactos antenupciais, da sucessão recíproca e futura entre eles; e o direitos dos pais de partilhar em vida os seus bens entre os seus filhos (artigo 1.776 do Código Civil de 1916)⁹⁴². Além destas duas, a doutrina acrescentava outra, as doações estipuladas nos pactos antenupciais, doação *propter nuptias*, com produção de efeitos para depois da morte do doador (artigo 314 do Código Civil de 1916)⁹⁴³.

Contudo, não tardou para tais exceções receberem críticas, que variaram ao longo dos anos⁹⁴⁴. Atualmente, elas podem ser resumidas

938 “Desejo de apressar a morte”.

939 BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. 3ª ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 278.

940 “É inválida, porque esta estipulação é contrária aos bons costumes”. BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª ed., atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 204.

941 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

942 BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10ª ed., atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955 p. 204. Apesar disso, há quem considere não se tratar de tal aspecto de verdadeira exceção aos pactos sucessórios, conforme se verá adiante.

943 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. VI. 35ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14.

944 Sobre o tema, ver: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Vol. XV. Rio de Janeiro: 1936, p. 194.

mais ou menos nas seguintes posições: há quem entenda pela abolição de todas elas, e há quem entenda pela manutenção de uma ou outra, em um ou outro aspecto⁹⁴⁵. No último caso, a título exemplificativo, há quem considere inexistir no Código Civil de 2002 contemplação da hipótese de recíproca e futura sucessão *causa mortis*⁹⁴⁶; há quem considere que os direitos dos pais de partilhar em vida os seus bens entre os seus filhos não viola a *pacta corvina*, traduzindo mera doação *inter vivos* com efeitos de partilha, partilha-doação, permitida nos termos do artigo 2.018 do Código Civil de 2002⁹⁴⁷; e há quem considere impossíveis estipulações *propter nuptias*, por não prever o Código Civil de 2002 capítulo a respeito das doações entre os cônjuges, no qual se incluía o artigo 314 do Código Civil de 1916⁹⁴⁸.

De todo o exposto, infere-se que até hoje não existe consenso a respeito da matéria, sobre a extensão da proibição. Não obstante, existem discussões contemporâneas que, a partir de certas oxigenações, buscam permitir a sua flexibilização em circunstâncias pontuais⁹⁴⁹, desde que para funcionalizá-la à luz da utilidade social⁹⁵⁰ ou para não obstaculizar planejamentos sucessórios⁹⁵¹, consoante se verá adiante.

945 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 989.

946 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e atos unilaterais, Vol. 3. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82-83. Também pela proibição, ver: GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15^a ed., rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 8-9/90.

947 Sobre o tema, ver: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral dos contratos**. Vol. 3. 4^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 96-97; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 26-27.

948 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. VI. 35^a ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14.

949 SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 531.

950 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. Vol. 72, dezembro de 2016, p. 164-194.

951 TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil: contratos**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 229.

Em retorno ao olhar legislativo, em relação ao Código Civil de 2002, não houve alteração, nem mesmo redacional, da matéria. O artigo 426 repetiu *ipsis litteris* o texto do artigo 1.089 do Código Civil de 1916, acima examinado⁹⁵². Não houve, ainda, reflexões e/ou emendas na Câmara dos Deputados (PL 634/1975 e PL 634-C/1975-1998) e no Senado Federal (PLC 118/1984)⁹⁵³.

4 ENTRE TRADIÇÃO E REFORMISMO: A REFORMA PARCELAR DO INSTITUTO DA *PACTA CORVINA* É IRREFLETIDA?

O instituto da *pacta corvina* sofreu retoques pela comissão reformista, que lhe excepcionou o que no estudo se denominou de diretivas sucessórias (artigo 426, § 1º, inciso I do projeto), além dos pactos sucessórios renunciativos, *de non succedendo* (artigo 426, § 1º, inciso II do projeto). Para verificar a ressonância prévia da primeira proposta, em primeiro lugar, buscou-se avaliar o estado da arte a respeito na jurisprudência e nas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Realizado na data de 15 de agosto de 2024, o levantamento foi feito nos sítios virtuais dos tribunais referidos com base na busca das palavras-chave “*pacta corvina*”, “herança de pessoa viva” e “pactos

952 FIUZA, Ricardo (Coord.) *et al.* **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 513.

953 PASSOS, Edilenice *et al.* **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 119. Dessa forma, ainda que tremelações façam-se presentes, as coordenadas sócio-históricas do Brasil no assunto seguiram mais ou menos uma mesma linha, mesmo que por processos não-lineares, de natureza restritiva: a vedação ao *pacta corvina*, com uma outra exceção, de maneira geral atrelada aos ditames celebrados no pacto antenupcial (objeto de tutela pelo artigo 426, § 1º, inciso II do projeto). Com isso, o Código Civil de 2002 manteve-se ao lado da codificação civil de países como Uruguai (art. 1.285) e Chile (art. 1.463), que seguem mais ou menos o mesmo paradigma; e na contramão do que prevê o BGB (§ 311b, 5), o Código Civil austríaco (art. 602), o Código Civil suíço (art. 494 e 636), dentre outros, que permitem e regulam a espécie, de acordo com particularidades próprias. BRASIL. **Projecto do Código Civil Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 238; BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. 3ª ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 278-280; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LVIII. Atual. por Giselda Hironaka. São Paulo: RT, 2012, p. 405-416.

sucessórios”, sem a inserção de qualquer marcador temporal. Após a separação dos julgados que versavam sobre a temática⁹⁵⁴, encontrou-se o seguinte resultado: no Superior Tribunal de Justiça, dois resultados foram encontrados (REsp 1922153/RS, julgado em 20/04/2021 e REsp 1493125/SP, julgado em 23/02/2016); no Supremo Tribunal Federal, quatro resultados foram encontrados (AI 37354/SE, julgado em 18/04/1966, RE 80426/GB, julgado em 11/03/1975; RE 29441/SP, julgado em 13/10/1955; e RE 6773, julgado em 28/08/1944). Quanto às súmulas, nada foi encontrado.

No Superior Tribunal de Justiça, ambos os julgados trabalharam a matéria de modo a rechaçar a *pacta corvina*, ainda que como *obiter dictum*, como se pode notar: “O ordenamento pátrio veda o *pacta corvina* e o venire contra *factum proprium*”⁹⁵⁵. No Supremo Tribunal Federal, a corte rechaçou a *pacta corvina* nos três primeiros julgados. Em um deles, aparentemente, como *ratio*, e, em outros dois, como *obiter dictum*. E, no último, apenas afirmou a validade de doação inter vivos, com reserva de usufruto, feita em sede de pacto antenupcial, desde que respeitadas os limites legais de disposição voluntária. Dessa forma, parece ser possível dizer que, linhas gerais, tem-se como defesa a negociação de herança de pessoa viva no âmbito das referidas cortes.

Em segundo lugar, buscou-se examinar os enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, e, em terceiro lugar, as dissertações e teses dos PPGD’S que possuem nota 6 e 7 na última avaliação realizada pela CAPES (PUC-MINAS, PUC-PR, PUC-RS, PUC-RIO, UNIFOR, UNISINOS, UNIVALI, USP, UERJ, UFMG, UFPR, UFRGS, UFRJ, UFS, UNB). Tanto numa, quanto noutra, não foi possível observar resultados frutíferos. Não se encontrou enunciados e dissertações ou teses defendendo a pactuação entre herdeiros

954 No STJ, 3 processos não versavam sobre a temática, a saber AREsp 2059739, REsp 1862477 e AREsp 1080141; no STF, outros 8 processos não versavam sobre a matéria, quais sejam RE 74100 EDv, RE 94931, RE 10489, AI 19440, RE 93603, RE 646721, RE 878694 e RE 7126.

955 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1493125/SP**, julgado em 23/02/2016.

necessários, descendentes, como forma de sopesar a fixidez da *pacta corvina*⁹⁵⁶.

Na doutrina da segunda metade do século XX, para além dos já citados, em três autores tidos como clássicos, Pontes de Miranda⁹⁵⁷, Orlando Gomes⁹⁵⁸ e Caio Mário da Silva Pereira⁹⁵⁹, nada foi encontrado a esse respeito da necessidade de desenvolvimento nos termos propostos pela reforma. O mesmo se diga em relação aos manuais dos relatores gerais, Flávio Tartuce⁹⁶⁰ e Rosa Maria Nery, no último caso, em colaboração com Nelson Nery Júnior⁹⁶¹, que, de igual sorte parecem apenas trabalhá-la explicativamente, nos estreitos limites da legislação atual, e não em perspectiva propositiva. Outrossim, tendo em vista que os membros da subcomissão de contratos, Carlos Elias de Oliveira, Angélica Carlini, Cláudia Lima Marques e Carlos Pianovski Ruzyk, não possuem obras manualescas sobre contratos ou sucessões, não se pôde realizar a busca. Contudo, os demais trabalhos dos autores, especialmente artigos científicos e de opinião, por seu volume e complexidade, não foram inseridos no escopo da pesquisa, por merecerem levantamento mais minucioso.

956 Apesar disso, encontrou-se trabalhos dissertativos que, em geral, abrangem uma série de questões envolvendo os pactos sucessórios e a necessidade de sua reformulação, sobretudo os renunciativos. Sobre o tema, ver por todos: SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos Sucessórios**: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. n 2017. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro.

957 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LVIII. Atual. por Giselda Hironaka. São Paulo: RT, 2012, p. 405-416.

958 GOMES, Orlando. **Contratos**. 26^a ed. Atual. por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 54/184-185; GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15^a ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 8-9/90.

959 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 21^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 78; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. 25^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 144.

960 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

961 NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**: família e sucessões. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 616-617.

Nos manuais contemporâneos, de forma geral, é possível destacar duas linhas de força a respeito. A primeira delas, não suscita novas formas de visualização do instituto, nem se propõem a pensá-lo em rearranjos para além de sua dogmática clássica, apesar das discussões a respeito das exceções, há pouco comentadas. Não se trata, no entanto, de inatualidade das obras, mas mera opção metodológica de alçada e finalidade, de exposição e não proposição⁹⁶². A segunda delas, por outro lado, tende a enxergar a possibilidade de flexibilização da *pacta corvina*, a despeito de não aprofundar o assunto, não explicar como isso ocorreria⁹⁶³.

Em artigos científicos e textos de opinião, após busca no dispositivo de pesquisa Google Acadêmico, realizada em 05 de setembro de 2024, com análise das 10 primeiras páginas de resultados, após selecionamento dos estudos que abordam a temática, foi possível notar que muitos são os autores que defendem os pactos renunciativos em sede de convenção antenupcial, a partir de vários ângulos, na esteira de movimentos crescentes na França (Lei de 23 de junho de 2006), Itália (artigo 768 do Código Civil), Portugal (Lei 48/2018) e Argentina (artigo 1.010 do Código Civil e Comercial da Nação)⁹⁶⁴. Para

962 Formada por autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Salomão de Araújo Cateb, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Paulo Lobo e Sílvio de Salvo Venosa. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 7: direito das sucessões. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 305/386-387; CATEB, Salomão de Araújo **Direito das Sucessões**. 7^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15/27; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 397-399; LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 7. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49-50.

963 Formada por autores como formada por autores como Gustavo Tepedino *et al*, Anderson Schreiber *et al*. TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil: contratos**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 229; SCHREIBER, Anderson *et al*. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 531.

964 A exemplo de Rolf Madaleno, Daniel Bucar, Mário Delgado e Jânio Marinho Júnior, José Fernando Simão e Luiz Paulo Vieira de Carvalho. MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, vol. 27. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018; BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões: diálogos complementares**. Indaiatuba: Editora

esses, ou ao menos parte deles, pode-se dizer que os seus anseios foram encampados pelo artigo 426, § 1º, inciso II do projeto.

Não obstante, deve-se lembrar que o tema foi recentemente ventilado no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei nº 3799, de 2019, de autoria da Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), tendo recebido uma série de desaprovações dos parlamentares, “[...] o dissenso que emergiu dos debates impediu a incorporação da proposta ao texto projetado”⁹⁶⁵, o que parece revelar o caráter espinhoso do assunto e, em algum nível, adiantar o porvir dos debates no Congresso Nacional.

Seja como for, sem se questionar sobre o mérito da proposta constante do artigo 426, § 1º, inciso I do projeto, sobre o fato de importarem ou não as diretivas sucessórias, direta ou indiretamente, contratação envolvendo herança de pessoa viva, do seu patrimônio, acervo de bens que compõe a herança, aspecto que merece estudo apartado, e salvo os que parecem entender tal alteração como mera reafirmação de uma prática corrente na atividade notarial e registral⁹⁶⁶, que não parece corresponder à realidade, não se encontrou defesa doutrinária expressa e com contornos que tenham mais ou menos o mesmo sentido do ferramental disposto na proposta. Apesar de muitos, genericamente, ensaiarem traços do que se poderia chamar de ontologia primitiva da reforma do instituto da *pacta corvina*, sobretudo os que defendem uma maximização da autonomia privada no campo

Foco, 2019; DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões nº 31, 2019; SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: de ‘lege ferenda’: divórcio e morte precisam produzir efeitos idênticos?. **Jornal Carta Forense**, 2017, p. 1; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Da renúncia à herança ou da concorrência sucessória por meio de pacto antenupcial ou pacto de convivência. **Revista IBDFAM. Família e Sucessões**. Vol. 49 (jan/fev), Belo Horizonte, IBDFAM, 2022.

965 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3799, de 2019**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7972711&ts=1674177560118&disposition=inline>>. Acesso em: 07/09/2024.

966 AGAPITO, Priscila Lopes Teixeira; GONÇALVES, Thomas Nosch. **Principais alterações da proposta do CCB sob a perspectiva notarial e registral**. IBDFAM. 26/03/2024. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/2111/Principais+alterectiva+notarial+e+registral>>. Acesso em: 07/09/2024.

sucessório, inclusive para fins de planejamento sucessório⁹⁶⁷, parece não ser possível falar em linha ou pujança doutrinária firme que defenda a pactuação entre herdeiros necessários, descendentes, como forma de sopesar a fixidez da *pacta corvina*. Não há chaleira dogmática, em alta temperatura, prestes a entrar em ebulição, clamor doutrinário mais ou menos pacífico, ainda que em vertentes heteróclitas, apto o suficiente a justificar tal modificação.

É dizer, no ponto enfocado, a reforma não encontra respaldo no atual paradigma jurídico, não existem estudos ou sedimentação dogmática suficiente para tanto, tratando a hipótese de verdadeiro experimentalismo reformista. Com efeito, aparentemente está-se diante da importação de uma das exceções à avença dispositiva (*Erbschaftsvertrag*) do direito alemão, que de igual sorte permite que os herdeiros legais celebrem pactos, desde que pela via notarial, dispondo sobre questões hereditárias, e também não necessita do assentimento do autor da herança⁹⁶⁸. Observe-se o que consta do § 311b, 4 e 5 do BGB:

Sección 311. Obligaciones creadas por transacciones y obligaciones similares a las transacciones legales legal. (4) A los contratos relativos a la propiedad de un tercero que aún vive es nula. Lo mismo se aplica a un contrato relativo a una parte obligatoria o un legado de la herencia de un tercero que aún vive. (5) *El apartado (4) anterior no se aplica a un contrato celebrado entre futuros herederos abintestato en relación a la cuota hereditaria de la sucesión intestada o la parte obligatoria*

967 Sobre o tema, ver por todos: OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva; CUNHA, Juliana Marques. A autonomia da vontade e os limites ao pacto sucessório. **Civilística**, Rio de Janeiro, Vol. 12, n. 3, 2023, p. 1-19.

968 POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo **Legítima Hereditária e Sucessão Contratual: estudo comparado da autonomia privada sucessória**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

*de uno de ellos. Este contrato debe ser registrado por un notario (grifo nosso)*⁹⁶⁹.

Contudo, questiona-se: há espaço para experimentalismo na reforma do Código Civil?

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou reconstruir as bases da *pacta corvina* no ordenamento jurídico brasileiro, as quais permitiram inferir que as coordenadas sócio-históricas que enlaçam a matéria seguiram até os dias atuais mais ou menos a mesma toada, de índole restritiva: a vedação ao negócio jurídico que tenha por objeto herança de pessoa viva, com uma outra exceção; além disso, estudou-se a reforma do Código Civil e a *pacta corvina* e as diretivas sucessórias, a fim de compreender o *iter* e as discussões a respeito; por fim, buscou-se averiguar se a proposta de alteração estampada no artigo 426, § 1º, inciso I, do projeto, que trata das ora denominadas diretivas sucessórias, encontra reflexões aptas o suficiente a lhe justificar, ou representa experimentalismo jurídico.

Em resumo, constatou-se que não há maturidade científica para tanto. Não há articulação orgânica entre o estado da arte da doutrina e jurisprudência nacionais contemporâneas e a proposta, em outras palavras, inexistente qualquer sincronia de saturação de pressões aptas o suficiente para justificar tal modificação, seja na jurisprudência ou nas súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nos enunciados das Jornadas do Conselho da Justiça Federal, nas dissertações e teses dos PPGD'S que possuem nota 6 e 7 na última avaliação realizada pela CAPES, ou mesmo na doutrina, manualesca ou específica.

Em sentido contrário, parece se estar diante de experimentalismo, possivelmente de importação direta e imediata de legislação dura

969 ARRASCUE, Santiago Osorio. **Codificación Civil de Alemania**. Lima: B. N. P., 2017, p. 174.

alemã, de uma das exceções à avença dispositiva (*Erbschaftsvertrag*) constante do § 311b, 5 do BGB, feita por sugestão de Rosa Nery, aspecto não debatido nas discussões registradas das comissões analisadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAPITO, Priscila Lopes Teixeira; GONÇALVES, Thomas Nosch. **Principais alterações da proposta do CCB sob a perspectiva notarial e registral**. IBDFAM. 26/03/2024.

ALCIATI VALIM, Thalles Ricardo. La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil, por Gaël Chantepie e Mathias Latina. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S. l.], v. 19, 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral dos contratos**. Vol. 3. Saraiva, 2019.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10^a ed., atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. 3^a ed., rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

BUCAR, Daniel. Pactos sucessórios: possibilidades e instrumentalização. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões: diálogos complementares**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Da renúncia à herança ou da concorrência sucessória por meio de pacto antenupcial ou pacto de convivência. **Revista IBDFAM**. Vol. IBDFAM, 2022.

CATEB, Salomão de Araújo **Direito das Sucessões**. 7^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões** n^o 31, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FIUZA, Ricardo (Coord.) *et al.* **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRAZÃO, Ana; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; PARGENDLER, Mariana. **O anteprojeto de reforma do Código Civil é adequado? NÃO**. Folha de São Paulo. 24 de maio de 2024.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis Freitas**. Vol. I. prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 7: direito das sucessões. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26^a ed. Atual. por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15^a ed. rev. e atual. por Mario Roberto. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Contratos e Atos Unilaterais, Vol. 3. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões, vol. 27. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. Vol. 72, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. Vol. VI. 35ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**: família e sucessões. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NIMER NETO, Pedro; MARTOS, Frederico Thales de Araújo. Indignidade e Deserção A inclusão do Pacta Corvina como causa para exclusão sucessória. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**. Vol. 8, n. 1, 2023.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva; CUNHA, Juliana Marques. A autonomia da vontade e os limites ao pacto sucessório. **Civilística**, Rio de Janeiro, Vol. 12, n. 3, 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 21ª ed. RJ: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. 25ª ed. RJ: Forense, 2018.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo **Legítima Hereditária e Sucessão Contratual**: estudo comparado da autonomia privada sucessória. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LVIII. Atual. por Giselda Hironaka. São Paulo: RT, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

SALOMÃO, Luis Felipe; MORAES, Luciano Oliveira. **A necessária atualização do Código Civil no Brasil e o papel do Superior Tribunal de Justiça**. Senado.leg.br, 2024, p. 15.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Vol. XV. Rio de Janeiro: 1936.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos Sucessórios**: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*.n 2017. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro.

SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: de 'lege ferenda': divórcio e morte precisam produzir efeitos idênticos?. **Jornal Carta Forense**, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil: contratos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 229.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Reforma do Código Civil ou Novo Código Civil?**. LinkedIn. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 7. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL: UMA PROPOSTA *VINTAGE*

*Bruno Marques Ribeiro*⁹⁷⁰

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar a situação dos direitos sucessórios do cônjuge na proposta de reforma do Código Civil apresentada ao Congresso Brasileiro, especialmente no que tange ao direito à legítima e a concorrência sucessória do cônjuge com outros herdeiros, visando verificar se a nova redação legal proposta quanto a estes pontos específicos representa melhorias ao nosso sistema positivado. Constatou-se que, embora o texto final da comissão de juristas responsáveis pela reforma retome, basicamente, o sistema sucessório vigente no Código Civil de 1916, em que cônjuge não era considerado herdeiro necessário, assim como não havia concorrência sucessória deste com as demais classes de herdeiros, tal retomada parece ser adequada, especialmente em razão das problemáticas trazidas pelo atual sistema sucessório vigente no Código Civil de 2002.

PALAVRAS-CHAVES: Reforma do Código Civil. Herdeiros necessários. Concorrência sucessória.

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2023, por iniciativa do presidente do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, foi criada uma comissão de juristas destinada a trabalhar na atualização do Código Civil vigente, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do STJ. No total, 38 integrantes, divididos em oito subcomissões temáticas (cada uma

970 Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). MBA em Direito de Família e Planejamento Sucessório pela EBPOS. Docente efetivo e bolsista de produtividade em pesquisa da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG – unidade Ituiutaba). Docente em cursos de pós-graduação lato sensu. Membro associado ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e à AMPDIC (Associação Mineira de Professores de Direito Civil). Advogado com atuação especializada em Direito das Famílias e das Sucessões.

com um sub-relator) discutiram a parte geral do Código, obrigações e responsabilidade civil, contratos, direito das coisas, direito das famílias, sucessões, direito digital e direito empresarial.

Encerrados os trabalhos da comissão, produziu-se um relatório final⁹⁷¹ com sugestões de alterações do Código Civil, a fim de promover sua atualização. O relatório deverá ser transformado em projeto de lei e iniciará sua tramitação pelo Congresso Nacional.

Embora louvável a iniciativa de atualização do Código Civil, a celeridade dos trabalhos da mencionada comissão foi objeto de bastante discussão no mundo jurídico, visto que a proposta de reforma abrangeu a modificação de um grande número de artigos do Código vigente, mesmo tendo os trabalhos tendo acontecido de forma tão célere.⁹⁷²

Especificamente no que se refere às alterações que se pretende promover no livro do Direito das Sucessões, duas proposições constantes do texto final apresentado pela comissão de juristas causaram bastante discussão e gerou enorme repercussão social: a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários e exclusão das regras de concorrência sucessória na sucessão legítima. Basicamente, o texto da reforma retorna o estado das coisas ao Código Civil de 1916.

Dessa forma, este artigo pretende analisar as alterações sugeridas pela comissão de juristas quanto a estes pontos especificamente, a fim de concluir se tais sugestões de reformas são justificáveis ou não.

971 Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>>. Acesso em 18 set. 2024.

972 Este trabalho não será focado nas críticas referentes à celeridade dos trabalhos da comissão, mas, para que se entenda melhor a celeuma, recomenda-se a leitura do artigo de Thaís Fernanda Tenório Sêco, intitulado “A vocação do nosso tempo para a codificação civil”, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/405352/a-vocacao-do-nosso-tempo-para-a-codificacao-civil>>. Acesso em 20 set. 2024.

1 DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE NOS CÓDIGOS CIVIS PÁTRIOS

Antes de falarmos sobre o texto do relatório final apresentado pela comissão responsável pela reforma do Código Civil e abordarmos o que nele é tratado a respeito dos direitos sucessórios dos cônjuges, é importante que apresentemos, brevemente, a situação jurídica do cônjuge nos Códigos Civis de 1916 e 2002.

Historicamente, a situação sucessória do cônjuge no direito brasileiro nunca lhe foi muito favorável⁹⁷³, panorama que só mudou a partir do século XX. Entretanto, antes mesmo da promulgação do CC/1916, o art. 1º do Decreto 1839, de 31.12.1907, conhecido como “Lei Feliciano Pena”, alterou a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, posicionando o cônjuge à frente dos colaterais e após os descendentes e ascendentes. O CC/1916, em seu art. 1611, conservou a mesma ordem de vocação sucessória: “Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

Assim, desde a promulgação do CC/1916, o cônjuge estava posicionado na terceira classe da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima. Vale lembrar que aquele Código manteve o regime da comunhão universal de bens como regime supletivo legal⁹⁷⁴ e, desse modo, assegurou ao cônjuge a meação do patrimônio comum, viabilizando a satisfação de suas necessidades após a morte do outro.

973 “As regras das Ordenações Filipinas, cuja origem primeira remonta ao Código Visigótico, não favoreciam o cônjuge. Pelo contrário, o cônjuge era chamado a suceder somente após os colaterais do 10º grau e desde que estivesse casado ao tempo da abertura da sucessão o que, na prática e na maioria das vezes, implicava sua exclusão da sucessão do cônjuge falecido, em prol de parentes distantes, ou até mesmo desconhecidos” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 511.)

974 Registre-se que o regime da comunhão parcial de bens passou a ser o regime supletivo a partir da entrada em vigor da Lei 6515/1977, a “Lei do Divórcio”, regra que se manteve no CC/2002 em seu art. 1640.

Talvez, por isso, não tenha sido instituído no CC/1916 a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes e ascendentes, sendo chamado a suceder apenas na ausência de ambos.

Da mesma forma em que ao cônjuge não foi garantida a concorrência sucessória, o CC/1916 também não o posicionou no rol de herdeiros necessários, que em seu art. 1721 consagrava como tais apenas os descendentes e ascendentes, assim dispendo:

Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

Já o CC/2002, é bem verdade, fortaleceu a posição do cônjuge na sucessão legítima. O texto do art. 1.829 inseriu-o conjuntamente com os descendentes, a depender do regime de bens, concorrendo em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária; e concorrendo conjuntamente com os ascendentes, na ausência de descendentes, além de assegurar-lhe a totalidade da herança na ausência destas duas classes anteriores, preferindo aos colaterais e excluindo-os da sucessão.

Atribuiu-lhe, igualmente, a qualidade de herdeiro necessário, conforme redação do art. 1845, tornando compulsória sua participação na sucessão.

Tais modificações inauguradas pelo CC/2002 despertaram grande discussão no cenário jurídico nacional, vez que romperam com uma ordem jurídica consolidada pelo Código Civil anterior.

No que se refere à concorrência sucessória, as principais críticas diziam respeito à confusa redação trazida pelos incisos do art. 1829, especialmente o inciso I, cujas interpretação divergentes poderiam gerar insegurança jurídica em razão de aplicações diferentes nos casos

concretos colocados à análise do Poder Judiciário. E, como veremos mais adiante, isso de fato aconteceu.

Já quanto a inserção do cônjuge no rol de herdeiros necessários, a principal crítica se relacionava ao fato de que a nova ordem civil brasileira, fundada na emancipadora principiologia constitucional de 1988, passou a valorizar muito mais o “ser” em detrimento do “ter”⁹⁷⁵. Dessa forma, entendendo que a legítima representa uma evidente limitação à autonomia privada do sujeito, pois limita sua liberdade testamentária, a ampliação do rol de herdeiros necessários representou um equívoco legislativo.

O fato é que o texto do relatório final da comissão de juristas responsáveis pela revisão e atualização do Código Civil resgata as regras do CC/1916, excluindo o cônjuge do rol de herdeiros necessários do art. 1845, bem como extirpando a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes e ascendentes. Quanto a estas questões pontualmente, assim consta das justificativas do relatório final:

Uma das preocupações, na condução dos trabalhos, foi a de atender a determinadas demandas da sociedade civil, a exemplo da extinção do direito de concorrência sucessória de cônjuges e companheiros com descendentes e ascendentes, especialmente quando submetidos ao regime de separação convencional de bens, alvo de grande rejeição da sociedade em geral. O mesmo se diga em relação à ampliação do rol de herdeiros necessários, promovida pelo CCB/2002, a incluir o cônjuge sobrevivente no rol taxativo do art. 1.845. Diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente

975 O fenômeno da repersonalização do direito civil foi definido por Luiz Edson Fachin como sendo “[...] ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.)

das famílias recompostas, foi preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão legítima, chegando-se à conclusão de que eles não deveriam mais figurar como herdeiros necessários, nem muito menos concorrer com os descendentes e ascendentes do autor da herança. Importante destacar que grande parte das sugestões recebidas nos canais disponibilizados pelo Senado Federal e por outras instituições tiveram por objeto afastar do cônjuge a condição de herdeiro necessário e de herdeiro concorrente. Dessa forma, estão sendo propostas alterações na ordem da vocação hereditária (art. 1.829), para que cônjuges e companheiros permaneçam como herdeiros legítimos da terceira classe, mas sem direito à concorrência sucessória; bem como no rol de herdeiros necessários (art. 1.845), restrito, de *lege ferenda*, a descendentes e ascendentes.

Necessário, pois, apresentar as razões pelas quais, neste ponto, agiu bem a comissão.

2 UMA DEFESA PELA EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS

A inclusão do cônjuge como herdeiro necessário foi uma das novidades do Código Civil de 2002 (art. 1.845), provavelmente inspirado, dentre outros, pelo Código Civil português de 1966 (art. 2.157), cuja explicação evidente é conferir-lhe uma maior proteção, porque “não se pode mais relegar o vínculo conjugal ao segundo plano. Na família nuclear, o cônjuge é o único componente estável e essencial, uma vez que os filhos, em um determinado momento, irão se desprender daquela unidade, formando a sua própria comunidade familiar”⁹⁷⁶. De fato, a valorização do cônjuge já era defendida por

976 NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 74.

parte da doutrina brasileira há tempos, conforme reclamos de Caio Mário da Silva Pereira:

Tal qualificação sempre sustentamos que deveria estender-se ao cônjuge sobrevivente, variando, contudo, a fração disponível, segundo fosse o casamento em regime de separação ou de comunhão de bens (v. n° 447, *infra*). Assim nos manifestamos na Comissão elaboradora do Projeto de Código Civil de 1965, e assim nos pronunciamos em *Crítica ao Anteprojeto de 1972*.⁹⁷⁷

Entretanto, segundo Mário Luiz Delgado, é possível – ao menos abstratamente – questionar tal argumento, pois esse “desconsidera a fluidez, a fácil dissolubilidade e a rápida recomposição dos vínculos conjugais atuais”.⁹⁷⁸

Não é de hoje que se nota uma mudança na estrutura familiar brasileira, principalmente impulsionada pelo elevado número de divórcios e o crescimento das famílias reconstituídas, que “transformou o estado civil de casado, e a posição do cônjuge, em verdadeiro ‘cargo interino’, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação”.⁹⁷⁹ A marca da fluidez é uma característica das atuais relações. Consoante já ponderou Bauman,

Uma inédita fluidez, fragilidade e transitoriedade em construção (a famosa “flexibilidade”) marcam todas as espécies de vínculos sociais que, uma década atrás, combinaram-se para constituir um arcabouço

977 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 27.

978 DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **RJLB**, Ano 4 (2018), n° 5, p. 1256.

979 *Idem*.

duradouro e fidedigno dentro do qual se pôde tecer com segurança uma rede de interações humanas.⁹⁸⁰

O mesmo raciocínio é realizado por Mario Delgado:

Em tempos de afetos líquidos, de vínculos fluidos e de instituições familiares rarefeitas pela informalidade e pelo descompromisso, ampliar a liberdade testamentária não incentivaria mais uma solidariedade familiar autêntica, fundada no afeto em direção a uma herança conquistada em substituição a uma transmissão hereditária forçada?⁹⁸¹

Esse é, certamente, um aspecto que diferencia sobremaneira a posição dos cônjuges em relação aos descendentes e ascendentes. Outra diferença diz respeito à relação de dependência econômica. Realmente, essa pode estar presente em muitos casos, mas não é um fato inexorável, principalmente se lembrando que, hoje em dia, observa-se um crescimento das famílias recompostas, formadas por pessoas maduras, economicamente estáveis. Daí a conclusão de Marcos Alves da Silva:

Se assim é, a intensiva intervenção protetiva do Estado, elevando o cônjuge à condição de herdeiro necessário, com o Código Civil de 2002, veio no momento errado, isto é, no refluxo de uma demanda esgotada. Evidentemente, não se desconsidera que boa parte dos casamentos ainda é instituído sob o signo da dominação masculina. O processo de superação dos desdobramentos do patriarcalismo instaurado a

980 BAUMAN, Zygmund. **Amor Líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 53.

981 DELGADO, Mário Luiz. Chegou a hora de revisitar a legítima dos descendentes e ascendentes. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-precisorevisitar-legitima-descendentes> > Acesso em 14 set. 2024.

milênios não desaparecerá de um momento para o outro. É certo, contudo, que a proteção excessiva do vulnerável o cristaliza naquela condição. Há pessoas que, com toda razão, não querem um Estado que deles retire a vontade, predeterminando os efeitos de seu casamento até para além da morte.⁹⁸²

Esses questionamentos não são exclusivos da doutrina brasileira. Também em Portugal o estatuto sucessório do cônjuge, previsto no Código Civil português reformado em 1978, tem sofrido críticas por parte de importantes setores da sociedade e do meio jurídico, decorrente da sua excessiva proteção, quer pela posição privilegiada na concorrência com outros herdeiros legítimos, quer pela posição de herdeiro legitimário, bem como do direito de habitação da morada da família e do direito de uso do respectivo recheio. Nessa perspectiva é que Diogo Leite de Campos ressalta a necessidade de se harmonizar os diversos interesses existentes da família e do casal, afirmando que

Mas a definição do estatuto patrimonial dos cônjuges joga com interesses e levanta problemas pertencentes aos Direito de Família e das Sucessões que têm de ser harmonizados. Os pontos de vista patrimonial e pessoal, a afeição entre esposos e para com os filhos, a necessidade de manter a linhagem familiar e de assegurar a sobrevivência do viúvo, etc., serão outros tantos pontos de referência.⁹⁸³

O autor, evidentemente, não desconsidera o fato de que, muitas vezes, os cônjuges formam o principal ou mesmo o único núcleo

982 SILVA, Marcos Alves da. *Cônjuge: Herdeiro Desnecessário*. In: RUZYK; Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES; Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (orgs.). **Direito Civil Constitucional**. A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 517.

983 CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 604.

afetivo, em detrimento da convivência menor com os filhos. “Não há que pôr em causa a consideração de cada cônjuge como o familiar mais próximo do outro, com todas as consequências, nomeadamente patrimoniais, que daí derivam. Sempre assim foi, pelo menos no plano social”.⁹⁸⁴ No entanto, pondera que atualmente os casamentos são menos estáveis, mais flexíveis, havendo um certo afrouxamento dos laços pessoais entre os cônjuges e uma desinstitucionalização do casamento, de maneira que a introdução do regime da comunhão de adquiridos parece ser suficiente para garantir a justiça da atual posição do cônjuge nos arranjos familiares, porque garante a colaboração na produção e conservação dos bens seja contemplada e evita que o casamento se transforme num meio de adquirir ou que os bens mudem de linhagem, quando assim não quiserem os cônjuges. Como disse, “o novo casamento ‘valerá o que valerem os cônjuges’. O seu fim estará (ou deveria estar) sem constrangimentos externos, nas mãos dos interessados”. Por fim, remata que “a proteção do cônjuge sobrevivente é um interesse socialmente legítimo, mas que deve ser assumido em termos sociais. Resultará, antes de mais, do regime de bens que os cônjuges tenham decidido livremente estabelecer”, podendo ainda essa proteção resultar das deixas testamentárias que um dos cônjuges entenda fazer ao outro.⁹⁸⁵

No mesmo sentido, as críticas de Jorge Duarte Pinheiro, que destaca as mesmas críticas sofridas pela lei portuguesa

[...] por ter atribuído uma posição excessivamente favorecida ao cônjuge pelo menos perante os filhos (designadamente, menores), por ter conferido a este a propriedade de uma quota, em vez do usufruto, ou por não ter articulado os benefícios conjugais decorrentes da sucessão legitimária com o regime matrimonial de bens.⁹⁸⁶

984 *Ibidem*, p. 606.

985 *Ibidem*, p. 607.

986 PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2 ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 179.

Inocência Galvão Telles também critica a elevação do cônjuge a herdeiro legitimário em propriedade plena, defendendo que a legítima do cônjuge deveria ter sido assegurada em usufruto e não em propriedade. Para ele:

Constitui grande e pernicioso absurdo atribuir ao cônjuge (seja homem ou mulher) a legítima em propriedade. Se o cônjuge se torna proprietário dos bens integrantes do seu quinhão legitimário, pode livremente dispor deles, ainda em vida, a favor de quem quiser. E, por sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras da sucessão legal ou testamentária, curso que eventualmente os afastará do círculo da família do cônjuge a que primeiro pertenciam. Diversamente se passariam as coisas se ao cônjuge sobrevivido coubesse apenas o usufruto vitalício... O cônjuge teria até à morte o pleno gozo dos bens, usando as coisas e auferindo os rendimentos. Quando falecesse, o usufruto extinguir-se-ia e a nua propriedade seguiria o seu curso normal, não entregue à sorte nem comandada pela vontade do cônjuge beneficiário da legítima, que a recebeu para seu benefício pessoal e não para lhe dar, injustificadamente, o destino que muito bem lhe aprouver.⁹⁸⁷

O fato é que, ao longo do século XX, não só no Brasil, mas também em diversos países de origem romano-germânico, assistiu-se à elevação do cônjuge de uma posição caudatária na ordem de vocação hereditária, renegado até mesmo em relação aos colaterais, para outra de destaque, em que concorre com ascendentes e descendentes e é alçado à categoria de herdeiro necessário. Tal tendência é que se questiona, pelas diversas razões já apontadas, como a desinstitucionalização do matrimônio, com surgimento de novos

987 TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Sucessões**: noções fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 148.

arranjos familiares, cada vez mais fluidos, marcados primordialmente pelos laços de afetividade. Como anota Fernando Rodrigues Martins⁹⁸⁸, o incremento da proteção do cônjuge justificou-se pela proteção ao potencial cônjuge debilitado, cujo foco era a mulher não trabalhadora, em um contexto sociojurídico caracterizado pela estabilidade das famílias nucleares e da indissolubilidade do vínculo matrimonial. No entanto, a matriz social se alterou, diante da constatação de uma variedade de modelos familiares: divórcios, famílias recompostas e o nascimento de filhos de uma pluralidade de uniões sucessivas são fenômenos em constante crescimento, justificando uma modificação da posição do cônjuge.

Seguindo essa mesma orientação, reflete Daniele Chaves Teixeira:

A necessidade de se reavaliar o instituto é nítida, tanto que muito em foco está a questão da inserção do cônjuge como herdeiro necessário. Entretanto, o problema não se resume a isso, ele é muito mais profundo. Apesar da significativa transformação pela qual a família passou, o centro da problematização não está na tutela constitucional, que só trouxe ganhos para a família.

Na realidade, o problema está na possibilidade de término das relações, na temporalidade reduzida que as relações têm hoje, principalmente com as famílias recompostas. Pensar que o patrimônio construído não vai permanecer em família provoca receio por parte da sociedade. Entretanto, vale refletir: é justificado permanecer, no século XXI, com um instituto que foi pensado para uma sociedade do século XIX? Que proteção se quer possibilitar e a quais membros se quer estender essa tutela? [...] ⁹⁸⁹

988 MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v.9, n° 33, jan. 2008, p. 97-109.

989 TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 94.

Existem, portanto, importantes razões para se questionar a permanência do cônjuge como herdeiro necessário. Atualmente, a realidade social é marcada por uma interinidade dos vínculos conjugais⁹⁹⁰, principalmente as uniões informais, que se estabelecem e se dissolvem com maior facilidade, de modo que seria um absoluto descompassado com uma restrição da liberdade do autor herança.⁹⁹¹

Neste ponto, conclui-se reiterando, como já mencionado anteriormente, que não se concorda com a alteração promovida pelo Código Civil de 2002 em elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, *data venia* de todas as respeitadas posições doutrinárias em contrário⁹⁹², pelo que se entende acertada a decisão da comissão reformante em promover tal exclusão.

3 UMA DEFESA PELA EXCLUSÃO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA (EM FAVOR DO CÔNJUGE)

Outro ponto sensível na reforma proposta pela comissão de juristas é a exclusão da concorrência sucessória do cônjuge, novidade inaugurada no CC/2002. No sistema vigente, o cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro concorrente à herança junto aos descendentes,

990 “Se os brasileiros estão se casando mais, eles também estão se divorciando com mais facilidade. Em 2014, o número de separações aumentou 5% em relação a 2013. O IBGE começou a coletar informações sobre divórcios em 1984. Nesses 30 anos, o número cresceu mais de dez vezes: passou de 30,8 mil para 341,1 mil. O divórcio ganha força desde 2010, com o fim da necessidade de separação prévia do casal (ou seja, quem quer desfazer o casamento passou a poder se divorciar a qualquer momento, extinguindo-se os prazos que eram obrigatórios para dar entrada no pedido). A facilitação do divórcio também elevou a estatística de novos casamentos, pois as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente”. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/ibge-brasileiro-esta-se-casando-mais-mas-uniao-dura-menos/>>. Acesso em 17 set. 2024.

991 DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **RJLB**, Ano 4 (2018), nº 5, p. 1280.

992 Cite-se como exemplo Paulo Lôbo, para quem a promoção do cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário foi uma das mais significativas mudanças do direito sucessório, superando, a partir do século XX, a vetusta ideia de que o patrimônio circular entre os parentes consanguíneos em detrimento do cônjuge sobrevivente, que era considerado um estranho na família sanguínea do falecido. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 131.)

a depender do regime de bens em que estivesse casado com o falecido, assim como também concorre à herança junto aos ascendentes, neste caso independentemente do regime de bens.

A concorrência foi uma novidade legislativa bastante problemática. A má redação empregada no texto legal, especialmente no inciso I do art. 1829, causou extrema insegurança jurídica, gerando debates intensos na doutrina e na jurisprudência.

A respeito da inserção deste instituo no CC/2002, vale ressaltar a posição de Giselda Hironaka:

Um fato parece-nos absolutamente certo, contudo, nos caso de concorrência sucessória, aos quais nos referimos como de difícil ou complicada a solução do dimensionamento dos quinhões para cada concorrente, em razão do que existe na Legislação Civil de 2002: os eventuais desacertos, ou as eventuais decisões judiciais díspares que acontecem aqui e ali, neste país imenso, não resultam, ao menos desta feita, da insuficiência ou do desmando judiciário, mas tão somente da falha do legislador brasileiro, por ter produzido, não acidentalmente, um vazio de previsão.⁹⁹³

O que se seguiu à vigência do CC/2002 foi exatamente essa conturbada aplicação dos dispositivos legais constantes do texto legal. No âmbito doutrinário, as mais variadas interpretações foram defendidas por vários juristas, o que, por consequência, se refletiu na jurisprudência dos tribunais brasileiros, que aplicaram os dispositivos das mais variadas formas possíveis, culminando vários episódios de injustiça em casos concretos.

Apenas para ilustrar o que aqui se diz, vale comentar o que se viu na doutrina e na jurisprudência em relação à concorrência do cônjuge

993 HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Morrer e Suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 389.

com os descendentes nos casos de casamento em regime de separação. Ao passo que o cônjuge foi excluído na sucessão no caso do regime da separação obrigatória, ele foi considerado herdeiro concorrente no caso do regime de separação convencional/voluntária.

O fato é que a menção ao regime da separação obrigatória de bens, no inciso I do art. 1829, como causa de exclusão da legitimidade sucessória do cônjuge, quando concorresse com descendente na sucessão do cônjuge falecido, ensejou dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto à sua interpretação e extensão, se restrita ao regime de separação obrigatória ou se abrangeria o regime de separação voluntária de bens.

Inicialmente, a posição preponderante no STJ não reconheceu a capacidade do cônjuge casado no regime de separação de bens, tanto no caso de separação obrigatória como separação voluntária de bens, para concorrer com os descendentes na sucessão do cônjuge falecido, conforme decisão de outubro de 2009, no julgamento do REsp 1.111.095/RJ⁹⁹⁴.

O julgamento gerou grande questionamento, sendo apresentado votos-vista tanto acompanhando o entendimento do Relator, como dele divergindo. No sentido do voto apresentado pelo Relator, apresentaram votos-vista os Ministros Luiz Felipe Salomão e Fernando Gonçalves. Em voto-vista, o Min. Otávio Noronha divergiu do relator, compreendendo que o cônjuge supérstite seria herdeiro naquele caso.

Assim, alicerçados na ideia de uma suposta obrigatoriedade do regime de bens “na vida e na morte”, prevaleceu a tese defendida pelo Relator, apesar da correção dos fundamentos apresentados pela divergência. Saliente-se que as regras dos regimes de bens, na vigência da sociedade conjugal, têm por finalidade disciplinar a forma pela qual se adquire a titularidade dos bens pelos cônjuges, sua administração e disponibilidade. Mas, com a extinção da sociedade conjugal, cessam os efeitos dos regimes de bens, devendo-se, então, afastar o que a lei

994 STJ, REsp 1.111.095/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 01.10.2009.

regulamentou para o patrimônio do casal na vigência do matrimônio, para se aplicar aquilo que o legislador dispôs para após a morte.

A questão voltou à tona em 01/12/2009, no julgamento do REsp 992.749/MS⁹⁹⁵, relatado pela Min. Nancy Andrighi. O julgamento reiterou o posicionamento anterior não reconhecendo legitimidade sucessória ao cônjuge casado no regime de separação voluntária de bens, sob a alegação indevida de que a separação voluntária de bens seria uma espécie da separação obrigatória de bens, afastando o cônjuge sobrevivente da sucessão também nesse caso.

Algum tempo depois, o tema retornou à pauta do STJ em 23/10/2014, em caso sob a relatoria do Min. Villas Boas Cuêva (REsp. nº 1.472.945/RJ). Nesse caso, de forma contrária aos precedentes anteriormente mencionados, o STJ reconheceu a legitimidade sucessória do cônjuge casado no regime de separação convencional de bens em concorrência com os descendentes do falecido, afastando a tese de “ultratividade” dos efeitos do pacto antenupcial, compreendendo-se que ele rege a forma de administração e comunicação de bens tão somente na vigência da sociedade conjugal.

Como dito, este foi apenas um dos casos em que a jurisprudência titubeou quanto à aplicação do CC/2002, situação que causou (e continua a causar) extrema insegurança jurídica, prejudicando até mesmo as perspectivas de planejamento sucessório daqueles que buscam neste instrumento um meio seguro de organizar seus interesses patrimoniais *post mortem*.

Logo, a melhor forma de resolver os problemas de insegurança jurídica que a concorrência sucessória já causou e ainda tem aptidão para causar é a sua retirada do Código Civil, proposta que se verifica no texto do relatório final da comissão de juristas que elaborou o texto. A esse respeito, consigne-se as considerações de Flávio Tartuce:

[...] Não se pode negar que esses temas foram de grande divergência nos mais de vinte anos de vigência

995 STJ, REsp 992.749/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.12.2009.

do Código Civil, gerando enormes problemas práticos e tornando a sucessão hereditária confusa, de difícil solução e distante da desejada solução consensual das controvérsias. Em uma realidade de novos vínculos familiares que são formados, as disputas entre cônjuges e conviventes sobreviventes com os filhos dos falecidos se arrastam no tempo, gerando perdas patrimoniais consideráveis e prejuízos para terceiros e para toda a sociedade brasileira. Muitos recursos acabam se perdendo no meio do caminho, por anos de discussões judiciais.

Por tudo isso, a Comissão de Juristas concluiu pela necessária extinção da concorrência sucessória do cônjuge ou convivente com os descendentes e ascendentes do falecido, estando ela muito distante de uma segura e justa pacificação das controvérsias. [...]⁹⁹⁶

Não se descuida aqui do aspecto relacionado à vulnerabilidade feminina no âmbito das relações familiares, especialmente pelo viés econômico. Muitas das críticas à exclusão da concorrência sucessória dizem respeito à situação da mulher no contexto familiar, que, se excluída da sucessão, poderá ficar desamparada patrimonialmente, especialmente nos casos dos casamentos celebrados em regime de bens em que se não se forma patrimônio comum.

Crítica nesse sentido é feita por Ana Luiza Maia Nevares:

[...] Com efeito, se é inegável que deve haver maior espaço de liberdade em relação ao cônjuge ou ao companheiro quanto à sua posição na sucessão hereditária do consorte falecido, não se pode descuidar que o fim de um relacionamento conjugal pela morte é evento que, além de trazer estresse

996 TARTUCE, Flávio. A reforma do Código Civil e a sucessão legítima. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/414057/a-reforma-do-codigo-civil-e-a-sucessao-legitima>>. Acesso em 12 set. 2024.

psíquico, afetando a saúde física e mental do sobrevivente, pode ensejar queda brusca do padrão de vida e o surgimento de necessidades econômicas que não existiam durante a relação conjugal. [...] ⁹⁹⁷

Em que pese as relevantes considerações acima trazidas, ainda se acredita que a exclusão da concorrência sucessória é medida adequada, mesmo porque houve ampliação considerável da comunicação de bens na comunhão parcial (art. 1.660) e a participação patrimonial do cônjuge e do convivente na separação convencional (art. 1.668), que compensarão a retirada da hoje injustificada concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes do falecido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou analisar especificamente dois pontos da reforma do Código Civil proposta pela comissão de juristas designada pelo Congresso Nacional: a reformulação do rol de herdeiros necessários e a exclusão da concorrência sucessória.

O texto apresentado pela mencionada comissão pretende retomar as regras que eram previstas no revogado Código Civil de 1916, visto que excluem o cônjuge da condição de herdeiro necessário e também afastam as hipóteses de concorrência sucessória, permitindo que o cônjuge herde apenas diante da ausência de descendentes e ascendentes.

Embora tais propostas possam parecer antiquadas, vez que retomam um sistema normativo há bastante tempo revogado, conclui-se que ambas foram acertadas, especialmente em razão da análise da experiência oferecida pelo Código Civil de 2002 a partir de sua vigência.

997 NEVARES, Ana Luiza Maia. Do “super” cônjuge ao “mini” cônjuge: a sucessão do cônjuge e do companheiro no Anteprojeto do Código Civil. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/406048/do-super-conjuge-ao-mini-conjuge-a-sucessao-do-conjuge>>. Acesso em 12 set. 2024.

A posição amplamente majoritária na doutrina sempre foi no sentido de se criticar duramente a concorrência sucessória, propondo-se inclusive a sua extinção. O mesmo se diga quanto aos julgadores, diante das dificuldades em se resolver os inventários pelo país em face da insegurança jurídica decorrente da oscilação do entendimento jurisprudencial até mesmo nos Tribunais Superiores.

Nessa linha de raciocínio, para a posição que ali prevaleceu, não faria sentido retirar a concorrência sucessória do cônjuge e do convivente e mantê-los no rol dos herdeiros necessários, por haver uma relação de interdependência entre os dois tratamentos legais, presente um grave desvio técnico se houvesse uma regulação fracionada e diferenciada quanto a esses institutos.

Conclui-se, portanto, que a proposta *vintage* apresentada pela comissão de juristas responsáveis pelo texto final da reforma é adequada, especialmente porque visa retomar a estabilidade jurídica do sistema sucessório brasileiro, pois a prática e a experiência demonstraram que esses tratamentos não foram eficientes nos vinte anos de vigência do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmund. **Amor Líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. Chegou a hora de revisitar a legítima dos descendentes e ascendentes. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-precisorevisitar-legitima-descendentes>> Acesso em 14 set. 2024.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **RJLB**, Ano 4 (2018), nº 5, p. 1253-1283.

DELGADO, Mário Luiz. Sobre as críticas ao anteprojeto de reforma do Código Civil. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jul-21/sobre-as-criticas-ao-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil/>> Acesso em 14 set. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Morrer e Sucedor**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A afirmação feminina na igualdade substancial familiar. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 9, n. 33, jan. 2008, p. 97-109.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Vocação sucessória do cônjuge e regime de bens: o capítulo conclusivo de uma evolu o jurisprudencial (?). **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, janeiro/abril 2018, p. 10 - 21.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Do “super” cônjuge ao “mini” cônjuge: a sucessão do cônjuge e do companheiro no Anteprojeto do Código Civil. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/406048/do-super-conjuge-ao-mini-conjuge-a-sucessao-do-conjuge>>. Acesso em 12 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institui es de direito civil: direito das sucessões**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2 ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

SILVA, Marcos Alves da. Cônjuge: Herdeiro Desnecessário. In: RUZYK; Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MEZEZES; Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (orgs.). **Di-reito Civil Constitucional**. A ressignifica o da fun o dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

TARTUCE, Flávio. A reforma do Código Civil e a sucessão legítima. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/414057/a-reforma-do-codigo-civil-e-a-sucessao-legitima>>. Acesso em 12 set. 2024.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões**: noções fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

ANÁLISE CRÍTICA DA RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO ENTRE CÔNJUGES OU COMPANHEIROS NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Renan Marcel Dias de Oliveira*⁹⁹⁸

*Rillary Ferreira Cardoso*⁹⁹⁹

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar o art. 426, § 1º, II, do anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil entregue ao Senado em 2024, que permite a renúncia à condição de herdeiro entre cônjuges ou companheiros nos pactos antenupcial e convivencial, respectivamente. A pesquisa é feita por meio de metodologia de análise bibliográfica e jurisprudencial, a fim de compreender se a alteração está amparada na atual da jurisprudência e doutrina brasileiras. Ao final, constatou-se que o objetivo de ampliação da autonomia sucessória em relação ao direito concorrencial de cônjuges e conviventes, em especial a sua exclusão da sucessão, foi alcançado com a reclassificação destes enquanto herdeiros facultativos, que podem ser excluídos da sucessão via testamento. Assim, apesar de não ser possível aferir objetivamente se a proposta encontra amparo na jurisprudência e na doutrina, conclui-se incidentalmente que é desnecessária a criação de outra ferramenta para regulação sucessória por meio dos pactos antenupcial e convivencial, uma vez que o testamento já se mostra instituto consolidado no ordenamento jurídico e suficiente para realizar a flexibilidade desejada.

PALAVRAS-CHAVE: Renúncia. Pacto antenupcial. Cônjuge.

INTRODUÇÃO

998 Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, servidor público do Tribunal de Justiça de São Paulo

999 Graduanda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

A Comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL) foi instalada em 04 de setembro de 2023, pelo Ato do Presidente do Senado nº 11, de 2023, tendo como motivação as novas tecnologias, as novas relações sociais e a segurança jurídica.

O anteprojeto foi entregue ao Senado em 17 de abril de 2024, ocasião em que pelo presidente da Comissão foi dito que o texto apresentado contempla os avanços técnico-jurídicos obtidos “seja pelo consenso da doutrina, seja pelos avanços da jurisprudência, seja pelos enunciados em jornadas que foram realizadas ao longo desse tempo”¹⁰⁰⁰.

Nesse recorte, a subcomissão de contratos, integrante da CJCODCIVIL, cujos trabalhos foram conduzidos sob a justificativa de “prestigar os institutos milenarmente amadurecidos, sem, porém, fechar as portas para novos arranjos e comportamentos contratuais da sociedade”¹⁰⁰¹, propôs a inclusão de exceções à proibição dos pactos sucessórios, de modo a autorizar a renúncia recíproca à condição de herdeiro entre cônjuges ou conviventes (art. 426, § 1º, II, do anteprojeto), tema que será objeto de estudo do presente artigo.

O presente artigo tem por objetivo compreender se a inovação legislativa acima apontada representa a síntese majoritária do atual momento da ciência jurídica pátria, tendo como base incursões às origens históricas (CC/16) e próximas (CC/02) que abrangem a temática; o relatório da subcomissão de contratos e o relatório final do texto entregue ao Senado; a jurisprudência atual e a doutrina, tudo isto, a fim de verificar a pertinência da norma no ordenamento jurídico. Preliminarmente, ante a ausência de diretrizes metodológicas para a

1000 BAPTISTA, Rodrigo. **Novo Código Civil**: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. Brasília, Agência Senado, 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 21/09/2024.

1001 BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 21/09/2024.

condução dos trabalhos¹⁰⁰² e a celeridade com a qual o texto final foi entregue, partimos da hipótese de que o anteprojeto não está amparado na doutrina majoritária e jurisprudência. Justifica-se, assim, o esforço aqui empreendido a fim de contribuir para maior qualificação do debate em torno de propostas de mudanças tão relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, dando fôlego para as discussões que ocorrerão no Congresso Nacional sobre o relatório final apresentado.

1 ORIGENS

O direito privado português vigorou no Brasil até a promulgação do CC/16 e, durante esse período, eram permitidos os pactos renunciativos de herança, desde que confirmados por juramento, cujo ato era tomado perante o Tribunal do Desembargo do Paço, conforme Livro IV, Título 70, § 3, da Ordenações Filipinas¹⁰⁰³. Contudo, a referida instituição foi extinta pela lei de 22 de setembro de 1828, impossibilitando a tomada do juramento. Consequentemente, não era mais possível formalização de pactos renunciativos de herança.

Na *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas¹⁰⁰⁴, o tema ora estudado aparece regulado nos arts. 352 e 353, sendo expressamente vedados os pactos sucessórios, com exceção dos “pactos e condições em contratos matrimoniais sobre a sucessão recíproca dos esposos”, conforme previsão do art. 354¹⁰⁰⁵ da mesma obra.

Entretanto, Lafayette divergia da possibilidade de cônjuges regularem a sucessão através de pacto antenupcial¹⁰⁰⁶, sob o entendimento de que se reservava ao testamento o *locus* da realização da autonomia sucessória patrimonial, justificando, em nota de

1002 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Dialética Editora, São Paulo, 2024. P. 33.

1003 SIMÃO, José Fernando. **Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo** de Luiz Edson Fachin. Revista Entre Aspas. Salvador: UNICORP, 2005, p. 47.

1004 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal. 2003.

1005 Art. 354. Não é aplicável a disposição do Art. antecedente aos pactos e condições em contratos matrimoniais sobre a sucessão recíproca dos esposos.

1006 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889. P. 95.

rodapé, que “sucessão é direito público que os pactos privados não podem mudar”¹⁰⁰⁷, não sendo dado aos cônjuges alterar a ordem legal de sucessão.

Nesse compasso, Bevilacqua fez inserir no projeto do Código Civil de 1916 tanto a proibição dos contratos de herança de pessoa viva quanto a vedação ao ajuste de cláusulas relativas a sucessão dos cônjuges nas convenções antenupciais. Porém, segundo comentários do citado jurista, o Senado suprimiu a parte relativa aos pactos antenupciais, decisão referendada pela Câmara de forma acrítica e sem debate. Com a evidente lacuna deixada, Bevilacqua concluiu, portanto, que “nas convenções antenupciais, é lícito aos cônjuges estabelecer cláusulas relativamente a sua sucessão”¹⁰⁰⁸.

Carvalho Santos aponta as motivações da norma que proíbe pactuação sob herança de pessoa vivas: (i) são contrários aos bons costumes e despertam sentimentos imorais; (ii) poderiam ser usados para burlar normas de ordem pública, como a destinação de patrimônio *contra legem*; e (iii) contrariam a liberdade da última vontade que deve ser revogável até o último momento de vida, razões ainda presentes no Código vigente¹⁰⁰⁹.

Segundo Felipe Frank, em razão da assimilação pela doutrina da categoria do pacto antenupcial como espécie de contrato, foram estendidos àqueles a mesma noção dos pactos sucessórios, que encontrava vedação genérica no art. 1.089 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 426 do Código vigente¹⁰¹⁰. Disso resulta que a autonomia sucessória é exclusivamente contemplada no testamento, instituto consolidado e conhecido no direito brasileiro para que o

1007 LAFAYETTE, 1889, p. 95 *apud* FRANK, Felipe. **Autonomia Sucessória e Pacto Antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. URI: <https://hdl.handle.net/1884/52021>. P. 138.

1008 BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Bevilacqua**. 6 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941. v. 2.

1009 SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. XV. 1951. p. 192-194.

1010 *Op. cit.*, p. 138.

autor da herança possa destinar a parte disponível do seu patrimônio como lhe aprouver.

O Código Civil de 1916 incorporou, também, o Decreto nº 1.839 de 1907, chamada de “Lei Feliciano Pena”, que alterou a ordem de sucessão entre cônjuges, que antes figurava no quarto lugar da ordem de vocação hereditária, chamado a concorrer somente na ausência de parentes colaterais até o décimo grau. Após a vigência da referida lei, o cônjuge passou a ocupar o terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, melhorando significativamente a posição sucessória dos cônjuges.

No mesmo compasso, o Código anterior não fazia distinção entre o direito de sucessão de cônjuges de diferentes regimes de bens, de modo que, ainda no regime de separação de bens, o cônjuge tinha direito à sucessão, conforme ensina Maria Helena Daneluzzi, o que gerava maior previsibilidade da destinação patrimonial¹⁰¹¹.

Nesse cenário, o aumento da proteção à posição sucessória do cônjuge não se mostrou um óbice à autonomia sucessória na ordem jurídica do CC/1916, tendo em vista que o consorte ainda era classificado como herdeiro facultativo, podendo ser excluído da concorrência sucessória pela via do testamento.

Com efeito, o Código de 2002 realizou grande alteração no livro de Direito das Sucessões, inovando por completo a situação do cônjuge ora descrita, que passou a figurar na ordem de vocação hereditária como herdeiro de primeira e segunda classe, em concorrência com os descendentes e ascendentes, bem como figurar, sozinho, na terceira classe.

Desde o início da vigência do Código, os cônjuges têm direito na herança do falecido junto com os descendentes a depender do regime de bens adotado no casamento e ascendentes em qualquer hipótese, por meio do instituto da concorrência sucessória, além de ter sido incluído no rol de herdeiros necessários (art. 1.845, CC), impossibilitando o seu afastamento da sucessão pela via do testamento.

1011 DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 61.

A inclusão do cônjuge na legítima permite que o art. 1.829, I, do CC/02 exerça seus efeitos em quase todos os casos, exceto nos casos em que o casamento tenha se dado pelo regime da separação legal, da comunhão universal, da comunhão parcial quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ressalte-se que o cônjuge pode ser excluído da herança nos casos de deserdação ou indignidade previstos em lei.

Atendo-se à análise da renúncia à condição de herdeiro entre cônjuges, tem-se que é possível renunciar à herança do cônjuge morto somente após a abertura da sucessão. O ordenamento jurídico proíbe os pactos sucessórios entre pessoas vivas, veda a renúncia da herança antes da morte do *de cuius* e inadmite promessa de renúncia, vide art. 426 do CC.

Fato é que tal proibição não trouxe, no limite, prejuízos para a autonomia sucessória até o ano de 2018, pois os casais que não queriam ter o outro como herdeiro, poderiam constituir união estável. De modo que o companheiro só herdava os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Assim, em que pese não haver possibilidade de renúncia ao direito de herdar, a autonomia do planejamento sucessório poderia ser protegida pela união estável. Contudo, o Tema 809 do STF fixou a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros do art. 1.790, aplicando-se às hipóteses de casamento e união estável, o regime do art. 1.829 do CC/02.

Por consequência, houve maior restrição à disposição patrimonial na sucessão à medida que se protegia em maior grau a posição sucessória dos cônjuges e conviventes.

2 TRABALHOS DA CJCODCIVIL

Diante do atual cenário legislativo, a subcomissão de contratos propôs inovação legislativa para autorizar cônjuges e conviventes a renunciar reciprocamente à condição de herdeiro.

Inicialmente, o texto do relatório da subcomissão de contratos incluiu o art. 426-A, que dispunha sobre a possibilidade dos cônjuges e conviventes renunciarem reciprocamente à condição de herdeiro no pacto antenupcial ou convivencial, respectivamente. Todavia, a proposta foi sintetizada no Relatório Final, em uma nova redação para o art. 426, especialmente na inclusão do §1º, inciso II, objeto deste estudo:

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.

O norte para esta mudança pode ser capturado pelo objetivo descrito pelo sub-relator da comissão de sucessões para condução dos trabalhos, como sendo o de “ampliar a autonomia privada na sucessão, ampliar as hipóteses de planejamento patrimonial e sucessório”, querendo dizer, com isso, “ampliar, por exemplo, o poder de disposição do testador em relação à legítima”¹⁰¹².

Ainda, o relator-geral Flávio Tartuce pontuou que a alteração do art. 426 se justifica (i) pela influência recebida da experiência portuguesa recente - isto é, a Lei 48/2018 de Portugal¹⁰¹³; (ii) necessidade

1012 RÉGIS, Mário L. Delgado. **3ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: TV Senado, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=11983&codcol=2630>. Acesso: 21/09/2024.

1013 PORTUGAL. **Lei nº 48, de 14 de agosto de 2018**. Altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, reconhecendo a possibilidade

de pacificar o conflito entre a posição do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo e o recente Provimento CGJ n. 87/2022 do TJRJ, por exemplo; e (iii) pelo “consenso na Comissão de Juristas a respeito da possibilidade de renúncia prévia à herança em contrato de convivência e pacto antenupcial”¹⁰¹⁴, que serão melhor explorados a seguir. Por votação unânime, a questão foi regulada no art. 426 do anteprojeto, descartado o art. 426-A proposto pela subcomissão de contratos.

3 ANÁLISE DO TEMA SOB PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA

Nesse tópico, vale esclarecer de antemão que diante da rigidez da norma do art. 426 do Código Civil de 2002, a jurisprudência não admite flexibilizar a sua interpretação, de modo que os tribunais pátrios assumem posição firme ao reconhecer a nulidade de cláusulas que disponham sobre a renúncia à herança entre cônjuges e companheiros nos pactos antenupcial e convivencial.

Relevante citar que, em 2009, foi proferido voto pela Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº. 992.749/MS, em que foi reconhecida a soberania da escolha bilateral dos nubentes ao escolherem a separação de bens convencional para estender a eficácia deste regime de bens após a morte.

Esse julgado insere-se em um contexto de tentativa de dar fôlego à autonomia sucessória no casamento diante das relevantes alterações promovidas pelo Código Civil de 2002, privilegiando as escolhas feitas

de renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo na convenção antenupcial. Diário da República n.º 156/2018, Série I de 2018-08-14, páginas 4071 - 4072.

1014 TARTUCE, Flávio. **7ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: TV Senado, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=12267&codcol=2630>. Acesso: 21/09/2024.

pelos cônjuges no pacto antenupcial quando da escolha do regime de bens adotado no casamento¹⁰¹⁵.

Contudo, tal entendimento foi superado em 2014, por meio do REsp nº 1.472.945, no qual foi reconhecido o direito do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens à concorrência sucessória com os descendentes do *de cuius*, entendimento esse, posteriormente pacificado pela Corte.

Vale mencionar, entretanto, que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio de ato administrativo, publicou o Provimento CGJ n. 87/2022, que prevê a possibilidade de inclusão de cláusula de renúncia à condição de herdeiro entre cônjuges nos pactos antenupciais desde que o casal seja advertido sobre eventual nulidade da cláusula, vide art. 390, §3º do Código de Normas. A norma é restrita apenas ao Estado do Rio de Janeiro, não possuindo condão de demonstrar alguma mudança significativa no judiciário.

Conclui-se parcialmente que o critério da análise jurisprudencial não representa argumento forte para subsidiar ou não a alteração proposta pela CJCODCIVIL ante a rigidez do art. 426 do Código vigente. A seguir é investigado o estado atual da doutrina em relação ao tema estudado e se esta fornece subsídios para o relatório final apresentado ao Senado.

4 ANÁLISE DO TEMA SOB PERSPECTIVA DA DOUTRINA

Para Davi Guimarães Mendes e Maria Vital da Rocha, renúncia é “negócio jurídico unilateral de caráter dispositivo e abdicativo”¹⁰¹⁶ e,

1015 REALE, Miguel. **O cônjuge no novo Código Civil**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 12 abr. 2003.

1016 “É unilateral, pois seu suporte fático é composto por apenas uma declaração negocial. É dispositiva, pois separa do patrimônio jurídico de seu então titular uma posição jurídica preexistente. É, finalmente, abdicativa, pois compreende a disposição de posição jurídica sem que o seu titular a atribua a outrem”. ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. **Admite-se a exclusão negocial do direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança?** Revista Jurídica da FA7, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 137–156, 2022. DOI: 10.24067/rjfa7;19.2:1754. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1754>. Acesso em: 29/08/2024.

portanto, não se mostra, juridicamente, a expressão mais adequada, uma vez que só se pode renunciar “sobre uma posição jurídica já titularizada, eis que não se pode separar do patrimônio jurídico aquilo que não o integra”. Nesse compasso, não se poderia renunciar antecipadamente à herança, à medida que o direito não existe antes da morte. A solução, para afastar esta atecnia terminológica, seria enquadrar a hipótese aqui tratada como “modificação do estatuto jurídico sucessório”¹⁰¹⁷, revelando eventual disputa ainda existente em relação à expressão adotada pela CJCODICIVIL no art. 426, §1º, II do anteprojeto.

Há alguma convergência doutrinária no sentido de que o pacto antenupcial é figura jurídica distinta dos contratos regulados no Livro das Obrigações e, portanto, não sendo contrato, seu conteúdo não pode ser alcançado pela vedação que é própria dos contratos de herança, conforme interpretação literal do art. 426 do CC. Na mesma linha é o pensamento de Carolina Ducci¹⁰¹⁸, Luciano Figueiredo¹⁰¹⁹ e Felipe Frank por exemplo, que atribuem ao pacto antenupcial a natureza de negócio jurídico especial, e ainda que contrato seja, não se alinha aos contratos em geral do direito das obrigações, como é visto em Orlando Gomes, que “o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados nos Livros das Obrigações”¹⁰²⁰, o que causa estranheza, nesse diapasão, a inclusão do inciso II ao art. 426 do anteprojeto de Reforma do atual Código Civil no Livro do Direito das Obrigações.

1017 *Idem*, p. 142.

1018 BARCELOS, Carolina Ducci Maia. **A possibilidade de alteração dos regimes de bens do casamento por meio de pacto pós-nupcial**: alternativas à atual forma de alteração de regime de bens do casamento prevista no §2º do artigo 1.639 do Código Civil. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02052021-223335/>. Acesso em: 18/09/2024, p. 54.

1019 FIGUEIREDO, Luciano. **Pacto Antenupcial**: limite da customização matrimonial. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2024. Disponível em: <https://juspodivmdigital.com.br/cdn/pdf/JUS3140-Degustacao.pdf>. Acesso em 14/09/2024.

1020 GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 169-170.

Mário Luiz Delgado, defendeu, noutra linha, que a hipótese ventilada seria de renúncia à direito futuro, não defeso em lei, caso contrário o legislador pátrio o teria feito, como é possível verificar no art. 556 do Código vigente¹⁰²¹.

Todavia, mantém-se uma corrente sólida na doutrina no sentido de ser vedada a inclusão de cláusulas que disponham sobre direito sucessório¹⁰²², sob pena de nulidade do pacto antenupcial e convivencial.

Noutro giro, Rolf Madaleno, um dos principais defensores da interpretação restritiva da vedação do art. 426, citando a linha do argumento de Roberto de Ruggiero¹⁰²³ ao comentar o Direito Civil italiano, explica que o cônjuge e o companheiro sobrevividos são “sucessores *ex lege*” e “adquirem um direito concedido causa mortis, um legado adicional e *ex lege*, conferido por força de lei, assim como por força de lei era o legado *ex lege* ao usufruto vidual” e, portanto, não seriam herdeiros próprios ou necessários, autorizando a pactuação sucessória entre cônjuges ou conviventes, para franquear. Contra esse argumento, Mendes e Rocha demonstraram sua inadequação, que decorre de “grave falha de emprego do método de estudo comparatista”¹⁰²⁴.

Do quadro descrito, nota-se uma busca em subsidiar a alteração do estatuto sucessório do cônjuge e convivente por convenção pré-nupcial ou convivencial, cujo “propósito almejado é evitar que o

1021 DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?** Revista IBDFAM: Famílias e sucessões, v. 31, p. 9-21, jan./fev., 2019.

1022 Nesse sentido DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 484; CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009; ZANETTI, Pollyana Thays. Possibilidade de renúncia ao direito de concorrência sucessória pelo cônjuge: estudo comparativo Brasil-Portugal. **Revista de Direito de Família e Sucessão**. Vol. 8, n. 1m p. 36-52, jan/jul 2022. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/8769>.

1023 MADALENO, Rolf. **Renúncia de herança no pacto antenupcial**. Revista IBDFAM: Famílias e sucessões, v. 27, p. 9-58, maio/jun., 2018.

1024 *Op. cit.*, p. 144.

cônjuge ou companheiro do falecido figurem no rol de herdeiros em concurso com os filhos ou descendentes deste”, em consonância com o diagnóstico de Mendes e Rocha¹⁰²⁵.

Nessalinha, Felipe Frank, em sua tese de doutorado, orientado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, membro da subcomissão de contratos da CJCODCIVIL, chama a atenção ao constatar que, no Código Civil de 1916, “verificava-se que era correto dizer que o pacto antenupcial em nada influenciava a sucessão”. Isso se justifica principalmente por duas assertivas: i) a legitimidade do cônjuge para concorrer com descendentes e ascendentes do falecido independentemente do regime de bens, conforme art. 1.603 daquele Código e ii) ao autor da herança era facultado excluir o cônjuge da sucessão através do testamento. Revelava-se, portanto, “despicienda qualquer ilação a respeito da autonomia sucessória do pacto antenupcial”¹⁰²⁶.

Veja-se que, ao propor a reforma, também, do direito das sucessões pátrio, foi apresentada pela CJCODCIVIL nova redação aos artigos 1.829 e 1.845 que, respectivamente, propõem: i) o rebaixamento do cônjuge e convivente à terceira posição na ordem de vocação hereditária, desvinculando-se a sucessão do cônjuge sobrevivente do regime de bens adotado no casamento e ii) o rebaixamento do cônjuge à posição de herdeiro facultativo.

Ora, haveria, portanto, no novo sistema jurídico proposto pela Comissão de Juristas, o preenchimento das assertivas elencadas por Frank para rechaçar a influência do pacto antenupcial na sucessão, como o era na ordem jurídica anterior.

Constata-se uma série de dificuldades em identificar um suporte doutrinário suficiente para amparar a reforma nos moldes propostos no anteprojeto, primeiro pelo limitado espaço de trabalho do presente artigo e segundo pelas inconsistências acima apontadas.

O relatório final caminha para a criação de dispositivo de regulação sucessória desnecessário e equivocado para o fim almejado, incoerente

1025 *Idem*, p. 139.

1026 *Op. cit.*, p. 140.

internamente ao sistema, uma vez que cabe ao testamento, ferramenta de disposição patrimonial do autor da herança por excelência, receber as cláusulas de exclusão do cônjuge ou companheiro da concorrência sucessória se assim o quiser, autorizado pela nova redação do art. 1.845 do relatório final, tornando despicienda a atribuição de caráter regulatório da sucessão às convenções pré-nupciais e convivenciais, quando já existe no sistema instituto suficientemente conhecido e consolidado para dar conta ao objetivo pretendido pela CJCODCIVIL.

5 EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E PRETENSA CONSENSUALIDADE EM RELAÇÃO À REFORMA

Malgrado as conclusões parciais expostas nos tópicos anteriores, o relator-geral, Tartuce, toma a experiência do direito de Portugal como um caminho a ser seguido e entende que o tema seja pacificado entre os membros da Comissão, é o que se passa a analisar.

Ao examinar o ordenamento jurídico de Portugal, especialmente a alteração advinda do Decreto-Lei nº 496/77, revela-se que o cônjuge ocupa, no direito lusitano, a posição de herdeiro legitimário com direito a vocação concorrencial, independente do regime de bens do casal, sendo vedado, até então, a renúncia à herança entre cônjuges sob pena de nulidade do ato. Entretanto, passou-se a admitir a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro entre cônjuges com a entrada em vigor da Lei nº 48/2018 (art. 1700º, “c” do CC Português). Ademais, é lícito que o cônjuge sobrevivente possa exigir alimentos sob a herança (se em situação de vulnerabilidade) e que tenha direito de habitação real sob o imóvel em que o casal residia durante cinco anos (arts. 1707º-A, nº 2 e 1707º-A, nº. 3).

Apesar das aparentes similaridades entre a proposta da CJCODCIVIL e a reforma do Código Civil português de 2018, a Comissão de Juristas, passa ao largo das discussões sobre as diferenças relevantes entre a norma de Portugal e o anteprojeto de Reforma do Código Civil brasileiro. Isto posto, em Portugal, foi mantida a posição

sucessória de herdeiro legitimário, o que encontra coerência com a inovação legislativa de 2018, que autoriza a renúncia recíproca à herança entre cônjuges, já que não poderia fazê-lo por testamento; lado outro, o anteprojeto pretende a exclusão do cônjuge da herança necessária, suprimindo-lhe o direito de concorrência sucessória com descendentes e ascendentes independentemente do regime de bens adotado. As diferenças demonstram uma aplicação de estudo de direito comparado equivocada no contexto do anteprojeto.

Nessa linha, a importação seletiva da experiência portuguesa, sem as críticas que lá ocorreram, torna pobre o debate em torno da mudança. Conforme destacou Zanetti, há severas críticas à Lei 48/2018 de Portugal, pois pouco se preocupou com o contexto social enfrentado pelas mulheres, o qual é cercado por desigualdades e violência em razão de seu gênero, ou foi considerado a maior expectativa de vida das mulheres¹⁰²⁷. Em que pese a norma portuguesa prever alguns direitos ao cônjuge sobrevivente (acima citados), a doutrina oferece crítica a perda de direitos, lançando luz sobre o “impacto das renúncias patrimoniais sobre a qualidade de vida dos cônjuges que tendem a viver mais tempo e que ganham, em geral, menos: as mulheres”¹⁰²⁸.

Sobre esse aspecto, Ana Luiza Nevares, ao analisar as inovações pretendidas pelo anteprojeto no âmbito das sucessões, aponta que a desigualdade social poderá se perpetuar no cenário pretendido pela reforma e alerta a criação da figura de um “mini cônjuge”, subvertendo a ordem instalada pelo CC vigente.

Ademais, o art. 426, § 1º, II, do Relatório Final, ao não prever que “a renúncia não abrangerá direitos conferidos ao sobrevivente por ato de última vontade”¹⁰²⁹, pode atrair insegurança jurídica nos

1027 ZANETTI, Pollyanna Thays. **Possibilidade De Renúncia Ao Direito De Concorrência Sucessória Pelo Cônjuge: Estudo Comparativo Brasil-Portugal**. Revista de Direito de Família e Sucessão, 11.09.2022. Disponível em: 28.08.24.

1028 OLIVEIRA, Guilherme. **Notas Sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)**. Disponível em: <<http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf>>.

1029 NEVARES, Ana L. Maia. **IBDFAM: Do “super” cônjuge ao “mini” cônjuge: a sucessão do cônjuge e do companheiro no anteprojeto do Código Civil**. Publicado em: 29.04.2024.

casos em que o *de cujus* escolher deixar bens ao cônjuge ou convivente sobrevivente que tenham renunciado a herança.

Adiante, quanto ao alegado consenso existente entre os membros da CJCODCIVIL em relação à alteração legislativa proposta ao Senado, a mesma sintonia não se verifica nas casas legislativas federais, conforme foi demonstrado na tramitação do Projeto de Lei 3.799/2019, que pretendia a reforma do direito das sucessões no Brasil, oportunidade em que o dissenso nos debates sequer possibilitou a inclusão dessa sugestão legislativa ao texto projetado¹⁰³⁰. Atribui-se o aludido consenso à carência de debate qualificado, que não enfrenta diretamente as críticas acima expostas, apesar de terem sido atribuídas algumas garantias ao cônjuge e companheiro sobreviventes (art. 1.808 §§ 5º e 6º e 1.850 §1º do anteprojeto).

Nesse cenário, de intenso rebaixamento das posições sucessórias do cônjuge e do convivente, Delgado ventilou na 6ª Reunião da Comissão, ocorrida em 18/03/2023, a possibilidade da Comissão de Juristas incorrer em possível óbice quanto à vedação ao retrocesso, indagando aos seus pares: “considerando que o direito de herança é um direito fundamental, se nós voltássemos à posição do Código de 1916, estaríamos incidindo na violação do princípio da vedação do retrocesso? Porque nós estaríamos reduzindo a posição do cônjuge na titularidade do direito fundamental de herança”¹⁰³¹. Todavia, em artigo mais recente, publicado em 28/04/2024, combate essa tese, defendendo 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,

1030 BRASIL. Senado Federal, **Projeto de Lei nº 3799/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>. Acesso em: 17/09/2024.

1031 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **6ª Reunião da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: TV Senado, 2024. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/12199>. Acesso: 18/02/2024.

de 1907¹⁰³², oscilando entre um e outro entendimento, evidenciando pistas da falta de planejamento com que se deu o anteprojeto.

Há, nesse sentido, uma sensação de que o anteprojeto, de modo geral, revela-se “ambicioso projeto, concebido e implementado com pressa inusual e metodologia inadequada”¹⁰³³. No mesmo compasso é a nota publicada pela União dos Juristas Católicos, que adiciona a fuga da Comissão ao escopo do trabalho entregue, havendo não uma atualização, como proposto pelo Presidente do Senado, mas uma alegada “refundação da própria visão de sociedade, de pessoa e de família que normatiza a nossa nação”¹⁰³⁴. Endossando essa visão, o Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal chegou a se manifestar sobre o tema de forma reflexiva durante sessão de julgamento de Embargos de Declaração no RE 949.297 e no RE 955.227, pontuando que “é difícil ter segurança jurídica em um país que, a cada 20 anos, se reúne para alterar o Código Civil”¹⁰³⁵.

Giordano Roberto destaca¹⁰³⁶: (i) aumento exponencial da insegurança jurídica, uma vez que o anteprojeto traz diversos dispositivos com termos de interpretação aberta; (ii) ausência de indicação clara das diretrizes de atuação/metodologia a ser seguida pela reforma; (iii) alcance exagerado da reforma, uma vez que o anteprojeto foi além da revisão e atualização do Código; (iv) técnica jurídica imprecisa. Para o autor, a reforma foi: “iniciada sem motivo,

1032 RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Reforma do Código Civil, mito do “mini” cônjuge e combate à desigualdade de gênero**. Conjur, 28/04/2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-28/reforma-do-codigo-civil-mito-do-mini-conjuge-e-combate-a-desigualdade-de-genero/>. Acesso em: 21/09/2024.

1033 FRAZÃO, Ana. GUEDES, Gisela. PARGENDLER, M. **O anteprojeto de reforma do Código Civil é adequado? NÃO - Enorme insegurança jurídica; não houve diagnóstico estudado e debatido sobre deficiências do atual regime**. Folha de São Paulo. Publicado em: 24/05/2024.

1034 Juristas católicos criticam “**Novo Código Civil**” proposto pelo Senado. CNN. Publicado em: 06/03/2024.

1035 Toffoli critica reforma do Código Civil: “**É difícil ter segurança jurídica**”. Migalhas. Publicado em: 03/04/2024.

1036 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Editora Dialética, São Paulo, 2024.

conduzida sem método, a reforma falha por ser mais abrangente que o esperado e de qualidade menor do que o aceitável”.

CONCLUSÃO

Verifica-se a existência de uma origem remota dos pactos renunciativos, herdada do direito português que, contudo, passou a encontrar óbice no ordenamento jurídico desde o CC/16. A jurisprudência é inflexível em relação a adoção de uma interpretação restritiva do art. 426 do CC/02 para autorizar pactos sucessórios renunciativos entre cônjuges e conviventes devido característica cogente da norma, argumento que se revela fraco e pouco contribui para a crítica ao relatório final, uma vez que não se espera posição diferente dos órgãos julgadores.

Há, contudo, vertentes doutrinárias que pretendem solucionar a restrita liberdade sucessória existente no Código vigente, que não permite a exclusão do cônjuge e convivente da sucessão pela via do testamento, lançando luz sobre o aspecto da regulação sucessória possível nos pactos antenupciais e convivenciais. Não se pode afirmar com precisão, nessa linha, diante do escopo limitado do presente artigo, se há, de fato, uma tendência clara da doutrina atual para subsidiar a mudança ofertada ao Senado no relatório final.

Contudo, verificou-se que a proposta da CJCODCIVIL incorre em uma série de equívocos através do art. 426, §1º, II do relatório final, que assim destacamos: (i) inviabilidade de renúncia bilateral no ordenamento jurídico; (ii) existência de controvérsia quanto à terminologia jurídica quanto a renúncia à herança ou à condição de herdeiro entre cônjuges ou companheiros; (iii) inadequação da localização do topográfica da alteração proposta, tendo em vista a concepção de pacto antenupcial como figura distinta de contrato, não regulado pelo Livro das Obrigações como propôs a Comissão; (iv) falhas de emprego de método comparatista e, por último, (v) o

rebaixamento da posição sucessória do cônjuge e companheiro no anteprojeto à classificação de herdeiro facultativo.

Daí colhe-se uma conclusão incidental do presente trabalho, a de que o relatório final, ao propor nova redação ao art. 1.845, reconduz o exercício da autonomia sucessória ao testamento, como o era na ordem jurídica do Código Civil de 1916, tornando inócua a proposta de inovar a possibilidade de conteúdo dos pactos antenupcial e convivencial, constatada a incoerência interna ao novo sistema proposto, ante a ausência de sistematização de dispositivos normativos e planejamento legislativo em relação ao objetivo inicial¹⁰³⁷. Assim, é nítida a edição de normas com descuido pela CJCODCIVIL, uma vez que o objetivo de ampliação da liberdade de testar é consequência prática do reposicionamento sucessório de cônjuge e conviventes na condição de herdeiros facultativos.

1037 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística E Desenvolvimento: A Qualidade Da Lei No Quadro Da Otimização De Uma Melhor Legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Rodrigo. **Novo Código Civil**: Senado recebe anteprojeto de juristas e analisará o texto. Brasília, Agência Senado, 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 21/09/2024.

BARCELOS, Carolina Ducci Maia. **A possibilidade de alteração dos regimes de bens do casamento por meio de pacto pós-nupcial**: alternativas à atual forma de alteração de regime de bens do casamento prevista no §2º do artigo 1.639 do Código Civil. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-02052021-223335/>. Acesso em: 18/09/2024.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**. 6 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941. v. 2.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da>. Acesso em: 21/09/2024.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil**: formalidades e conteúdo. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DELGADO, Mário Luiz; MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **Posso renunciar à herança em pacto antenupcial?** Revista IBDFAM: Famílias e sucessões, v. 31, p. 9-21, jan./fev., 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 484.

FIGUEIREDO, Luciano. **Pacto Antenupcial: limite da customização matrimonial**. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2024. Disponível em: <https://juspodivmdigital.com.br/cdn/pdf/JUS3140-Degustacao.pdf>. Acesso em 14/09/2024.

FRAZÃO, Ana. GUEDES, Gisela. PARGENDLER, M. **O anteprojeto de reforma do Código Civil é adequado?** NÃO - Enorme insegurança jurídica; não houve diagnóstico estudado e debatido sobre deficiências do atual regime. Folha de São Paulo. Publicado em: 24/05/2024.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Juristas católicos criticam “**Novo Código Civil**” proposto pelo Senado. CNN. Publicado em: 06/03/2024.

MADALENO, Rolf. **Renúncia de herança no pacto antenupcial**. Revista IBDFAM: Famílias e sucessões, v. 27, p. 9-58, maio/jun., 2018.

NEVARES, Ana L. Maia. IBDFAM: **Do “super” cônjuge ao “mini” cônjuge: a sucessão do cônjuge e do companheiro no anteprojeto do Código Civil**. Publicado em: 29/04/2024.

OLIVEIRA, Guilherme. **Notas Sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)**. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf>.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Typ. da Tribuna Liberal, 1889.

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

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Reforma do Código Civil, mito do “mini” cônjuge e combate à desigualdade de gênero**. Conjur, 28/04/2024. Disponível em: [_https://www.conjur.com.br/2024-abr-28/reforma-do-codigo-civil-mito-do-mini-conjuge-e-combate-a-desigualdade-de-genero/](https://www.conjur.com.br/2024-abr-28/reforma-do-codigo-civil-mito-do-mini-conjuge-e-combate-a-desigualdade-de-genero/). Acesso em: 21/09/2024.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em Defesa do Velho Código Civil**. Dialética Editora, São Paulo, 2024.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. **Admite-se a exclusão negocial do direito de cônjuges e companheiros de concorrer à herança?** Revista Jurídica da FA7, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 137–156, 2022. DOI: 10.24067/rjfa7;19.2:1754. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1754>. Acesso em: 29 ago. 2024.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. XV. 1951. p. 192-194.

SIMÃO, José Fernando. **Os pactos sucessórios ontem e hoje: uma leitura à luz da teoria do patrimônio mínimo de Luiz Edson Fachin**. Revista Entre Aspas. Salvador: UNICORP, 2005.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Legística E Desenvolvimento: A Qualidade Da Lei No Quadro Da Otimização De Uma Melhor Legislação**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal. 2003.

Toffoli critica reforma do Código Civil: “É difícil ter segurança jurídica”. **Migalhas**. Publicado em: 03/04/2024.

TV Senado. **Reuniões da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília, DF: TV Senado, 2024. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?co-lecao=Sess%C3%B5es%20e%20Reuni%C3%B5es&colegiado=CJCOD-CIVIL&ordem=data&situacao=Realizada>. Acesso: 21/09/2024.

ZANETTI, Pollyana Thays. Possibilidade de renúncia ao direito de concorrência sucessória pelo cônjuge: estudo comparativo Brasil-Portugal. **Revista de Direito de Família e Sucessão**. Vol. 8, n. 1m p. 36-52, jan/jul 2022. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/8769>.

O FIDEICOMISSO BRASILEIRO À LUZ DO *TRUST*: ANÁLISE CRÍTICA DO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Alexander Augusto Isac Beltrão*¹⁰³⁸

*Luiz Fernando da Silva Martins Mata*¹⁰³⁹

RESUMO: O Anteprojeto de Reforma do Código Civil busca promover variadas alterações no instituto do fideicomisso, pelo que foram sugeridas modificações em sua natureza jurídica, hipóteses de legitimação e objetos a serem fideicometidos. O objetivo das alterações, conforme apontado no relatório parcial da comissão de reforma e atualização do Código Civil, é possibilitar a instrumentalização, no Brasil, de operações que, no exterior, são veiculadas por meio do *trust*, regulado pela Convenção de Haia. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que, em que pese a tentativa, a ausência da técnica de segregação patrimonial na proposição de reforma da disciplina jurídica do fideicomisso inviabiliza a incorporação, por este, dos efeitos do *trust*. Para tanto, delimita-se a natureza jurídica, o sentido e a estrutura do *trust*. Na sequência, compreende-se a disciplina legal do fideicomisso no Código Civil de 2002, bem como delimita-se a natureza jurídica, o sentido e o alcance do fideicomisso no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Ao final, compreende-se a incorporação dos efeitos do *trust* pelo fideicomisso argentino, a partir da Lei n. 24.441/1995, com vistas à defesa de que a proposta de nova estrutura do fideicomisso brasileiro falha ao não envolver os bens fideicometidos sob o manto do patrimônio de afetação.

PALAVRAS-CHAVE: Fideicomisso. *Trust*. Patrimônio de afetação.

1038 Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador vinculado ao Laboratório de Bioética e Direito – UFLA/CNPq e ao Núcleo de Pesquisa em Biodireito – UERJ/CNPq.

1039 Graduando em Direito, na Universidade Federal de Lavras. Estagiário em Passos & Chaves Sociedade de Advogados. Membro do Laboratório de Bioética e Direito (LABB).

INTRODUÇÃO

Em 17 de abril de 2024, o Senado Federal recebeu a versão final do Anteprojeto do Código Civil, elaborado por uma comissão de juristas especialmente nomeada para essa tarefa. Dentre as inúmeras mudanças operadas no texto legal – algumas menos ou mais questionáveis que outras –, calcadas em uma pretensão modernizante dos institutos jurídicos, ganhou nova estrutura o fideicomisso.

Subutilizado já na disciplina atual do Código Civil, pretendeu-se equipá-lo com a potencialidade de uso em arranjos de planejamento patrimonial e sucessório. Sob o fundamento de evitar que aqueles que têm condições saiam do país para comprar bens no exterior e/ou planejar suas sucessões em lugares onde há maior liberdade negocial, intentou-se o preenchimento de tal lacuna no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, com o intuito de oferecer, ao cidadão brasileiro, a necessária autonomia para proceder aos diversos arranjos negociais, contratuais e sucessórios possibilitados pelo *trust* no exterior, ao fideicomisso foram direcionadas novas hipóteses de instituição, bem como diferentes legitimados às suas três (possíveis) posições jurídicas.

À luz do fato de que o Anteprojeto adotou o *trust* anglo-saxão como parâmetro de reestruturação do fideicomisso brasileiro, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a ausência da técnica de segregação patrimonial, na proposição legal da substituição fideicomissária, inviabiliza a incorporação, por esta, dos efeitos do *trust*.

Em um primeiro momento, delimita-se a natureza jurídica, o sentido e a estrutura do *trust*, com vistas à sua compreensão. Com efeito, a versatilidade e a segurança jurídica que marcam a figura jurídica, como será demonstrado, reclamam a presença de uma titularidade fiduciária e de um patrimônio de afetação. Utiliza-se como referência a “Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento”, assinada durante a Conferência de

Haia de Direito Privado (HCCH) em 1985, a qual teve como objetivo uniformizar o tratamento do instituto no plano internacional.

Em um segundo momento, compreende-se a disciplina legal do fideicomisso no atual Código Civil, a fim de identificar os legitimados às posições de fideicomitente, fiduciário e fideicomissário, bem como as restrições que em tal instituto foram alocadas. O atual fideicomisso, indubitavelmente, requer a revitalização de sua estrutura, sobretudo quanto à roupagem contratual de que carece hoje.

Ainda, delimita-se a natureza jurídica, o sentido e o alcance do fideicomisso no Anteprojeto de Reforma do Código Civil. Nessa esteira, identificam-se as alterações legais endereçadas ao instituto, notadamente a partir de sua maior ou menor similitude funcional com o *trust* do *Common Law*. A titularidade fiduciária permanece elemento insito ao fideicomisso, embora tenha havido a retirada da técnica de segregação patrimonial da versão final do Anteprojeto.

Em um terceiro momento, compreende-se a incorporação dos efeitos do *trust* pelo fideicomisso argentino, a partir da Lei n. 24.441/1995. No ordenamento jurídico argentino, o fideicomisso obteve êxito em conjugar a titularidade fiduciária com a segregação patrimonial, à luz do *trust* anglo-saxão.

Por fim, defende-se que, apesar de o Anteprojeto de Reforma do Código Civil ter apresentado relevantes sugestões ao fideicomisso, aptas à sua parcial revitalização, restou ausente a adoção da técnica de segregação patrimonial. Sem isso, o fideicomisso brasileiro não pode se alinhar ao *trust*, a fim de possibilitar novos arranjos contratuais e sucessórios, tampouco oferecer a necessária proteção à finalidade de sua instituição.

1 O FIDEICOMISSO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: SENTIDO, NATUREZA E ESTRUTURA JURÍDICAS

Disciplinado pelo art. 1.951 e seguintes, do Título III “Da Sucessão Testamentária”, do Capítulo IX “Das Substituições”, da Seção

II “Da Substituição Fideicomissária”, do Código Civil, o instituto do fideicomisso traduz disposição testamentária que institui herdeiros ou legatários sucessivos.¹⁰⁴⁰

O instituto tem como principal função regular a transmissão de bens de forma escalonada, permitindo que determinado bem seja transferido inicialmente ao fiduciário, que o administra temporariamente, com a obrigação de repassá-lo ao fideicomissário em um momento futuro. Assim, permite-se uma sucessão condicionada, que garante a transferência do bem ao fideicomissário sob condições estabelecidas pelo testador, restringindo ao fiduciário que aliene ou comprometa o bem. Por suas particulares características, o fideicomisso é utilizado em contextos de planejamento sucessório e gestão patrimonial.

Trata-se, com efeito, de disposição complexa e triangular ou tripartite,¹⁰⁴¹ na qual participa o fideicomitente (testador), o fiduciário (1º instituído) e o fideicomissário (2º instituído), recebendo este os bens fideicometidos por delação sucessória.¹⁰⁴² No tocante à legitimidade do fideicomissário, o art. 1.952, CC/02, dispõe que o fideicomisso se limita a disposições em benefício de pessoas não concebidas no momento da morte do testador. No Código Civil de 1916, não havia esta limitação, sendo que podia ser beneficiário do fideicomisso qualquer pessoa

1040 TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 7.

1041 DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? *In:* MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões:** problemas e tendências. Indaiatuba: Foco, 2022.

1042 Nada obstante o fato de a disciplina do fideicomisso, no atual Código Civil, ter sido inserida no âmbito das substituições testamentárias, defende-se, há muito, que o testamento não é o único negócio jurídico apto a comportar sua instituição. Já à época do Código Civil de 1916, aduzia-se que: “A substituição constituída por atos dessa natureza não configura cláusula proibida, nem encerra pacto sucessório. Se o Código acolheu o instituto no direito das sucessões, não há motivo para excluí-lo do império dos atos inter vivos, visto não ocorrer qualquer razão de ordem legal na doutrinação contra a sua existência. A única restituição a fazer é a de que o fideicomisso por ato entre vivos se regerá pelos dispositivos do direito das obrigações”. (MAIA, Paulo Carneiro. **Substituição fideicomissária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 223-224).

capaz de ser herdeira ou legatária, o que incluía tanto pessoas físicas como jurídicas.

Argumenta-se que, com a alteração, “o legislador restringiu a autonomia testamentária nesse aspecto subjetivo, de modo a prestigiar a perspectiva funcional do instituto, útil para a transmissão da propriedade em favor da prole futura”.¹⁰⁴³ Por outro lado, defende-se que o Código Civil “trouxe indevida e desnecessária limitação para o fideicomisso”¹⁰⁴⁴, já que não se trata, aqui, de violação à legítima dos herdeiros necessários ou a qualquer norma de ordem pública, mas, antes, de uma escolha pessoal do testador sobre a disposição de seu quinhão disponível.

Importa destacar que, de tal limitação, pode decorrer substancial mudança no direito do primeiro instituído, vez que, conforme o art. 1.952, parágrafo único, CC/02, já existindo o fideicomissário ao tempo da abertura da sucessão, o fideicomisso se transforma *ope legis* em usufruto. É dizer que o fideicomissário, que somente ao final seria o proprietário definitivo da herança ou legado, não precisará mais aguardar o evento aquisitivo do seu direito, porque adquirirá desde logo a propriedade dos bens.¹⁰⁴⁵ O fiduciário, a seu turno, o qual seria proprietário temporário dos bens fideicometidos, se tornará mero usufrutuário - titular, aqui, de um direito real limitado ao uso e gozo.

Somado ao engessamento do fideicomisso, o art. 1.959, CC/02, dispõe que são nulos os fideicomissos além do segundo grau. Nessa toada, não pode o testador determinar que o fideicomissário, após receber os bens fideicometidos, transmita-os a outro fideicomissário.¹⁰⁴⁶

1043 TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 7.

1044 DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? *In:* MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões:** problemas e tendências. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 376.

1045 TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 7.

1046 Situação diversa, entretanto, é a existência de substituição vulgar quanto à pessoa do fideicomissário. Veja-se: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO

Ventila-se que tal proibição encontra fundamento na vedação a que cláusula testamentária interfira indefinidamente nas gerações futuras, de modo a “assegurar o direito fundamental à herança, que poderia sofrer repetidas restrições para cumprimento de substituições fideicomissárias perpétuas”.¹⁰⁴⁷

Outrossim, nos termos do art. 1.953, CC/02, ao fiduciário, primeiro a receber os bens no momento da abertura da sucessão, destina-se a propriedade da herança ou legado, informada pela obrigação legal de proceder ao inventário dos bens gravados e de prestar caução de restituí-los, se exigido pelo fideicomissário. Há, para o fiduciário, um poder-dever ao exercer o domínio sobre os bens fideicometidos, já que a tutela jurídica de sua propriedade encontra exordial fundamento na finalidade para a qual o fideicomisso foi instituído.

TESTAMENTÁRIA. FIDEICOMISSO. FIDEICOMISSÁRIO PREMORIENTE. CLÁUSULA DO TESTAMENTO ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSÁRIO. VALIDADE. COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTITUIÇÃO FIDUCIÁRIA E A SUBSTITUIÇÃO VULGAR. CONDENAÇÃO DE TERCEIRO AFASTADA. EFEITOS NATURAIS DA SENTENÇA. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros. 3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação. 4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, “são nulos os fideicomissos além do segundo grau”. A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. 5. 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.” (STJ. **REsp n. 1.221.817/PE**, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 10/12/2013)

1047 TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 7, p. 285.

O direito dominial do fiduciário é restrito e resolúvel (art. 1.359, CC/02), vez que se consolidará nas mãos de outrem pelo implemento de uma condição ou advento de um termo. Na disciplina jurídica do fideicomisso, o fideicomissário adquire a propriedade, mas sob condição suspensiva - diferentemente do fiduciário, cujo direito está subordinado a uma condição resolutiva.

Visando à revitalização do instituto, a comissão de reforma e atualização do Código Civil propôs a reintrodução da substituição fideicomissária a partir da ampliação da liberdade testamentária. Conforme apontado no relatório parcial dos trabalhos, com a reforma, busca-se possibilitar, na prática, novos arranjos sucessórios que hoje não são possíveis em razão das restrições incidentes sobre o fideicomisso, bem como possibilitar a instrumentalização, no Brasil, de operações que, no exterior, são veiculadas por meio do *trust*.¹⁰⁴⁸

Desponta, em razão disso, salutar proximidade entre o instituto brasileiro do fideicomisso e o *trust*, ainda que não se deva pretender “qualificar institutos de direito estrangeiro forçando a sua integração em categorias do direito nacional; se hão de buscar, ao revés, formas dotadas de possível similitude funcional”.¹⁰⁴⁹ À semelhança do fideicomisso, o traço fundamental do *trust* é a transmissão de direitos a uma pessoa que deve exercê-los em nome próprio, mas em vista do interesse de outra ou para a realização de um fim particular em confiança.¹⁰⁵⁰

Guardadas as diferenças entre tais figuras - notadamente quanto aos sistemas jurídicos nos quais foram forjadas -, em ambas se encontra a noção de titularidade fiduciária. O *trust* e o fideicomisso afastam a noção de titularidade como um instrumento de atribuição de poderes ao titular em simples benefício próprio. Ao contrário, a

1048 RELATÓRIO da Subcomissão de Direito das Sucessões da Comissão de Juristas Responsável pela Revisão e Atualização do Código Civil. Acesso em: 06 set. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>.

1049 MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 04, p. 166, jul./set. 2017.

1050 MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 04, p. 165-209, jul./set. 2017.

propriedade, quer do fiduciário quer do *trustee*, encontra-se adstrita à finalidade inicialmente inscrita no *trust*, pelo *settlor*, ou na substituição fideicomissária, pelo testador.¹⁰⁵¹

A fim de avaliar o mérito da proposta de alteração, bem como se esta cumpre a sua finalidade, é de rigor uma comparação entre a estrutura do fideicomisso proposta pela comissão de reforma e atualização do Código Civil e o instituto do *trust*, cujo principal referencial normativo reside no plano internacional, na Convenção de Haia.

2 O (IN)DEFINÍVEL *TRUST*: SENTIDO, NATUREZA E ESTRUTURA JURÍDICAS

Nos termos da “Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento”, o termo “*trust*” se refere às relações jurídicas estabelecidas, seja durante a vida seja após a morte, nas quais um outorgante (*settlor*) coloca ativos sob o controle de um administrador (*trustee*) em favor de um beneficiário (*cestui que trust*) ou mesmo para uma finalidade específica.¹⁰⁵²

Dessa forma, o aspecto essencial de tal figura reside na transferência de direitos para uma pessoa, incumbida de agir em seu próprio nome, mas em benefício de outrem ou visando à realização de um propósito específico no âmbito da confiança (*trust*).¹⁰⁵³ Essa estrutura é marcada, ainda, em razão de: i) os ativos colocados em *trust* constituírem um patrimônio separado, distinto do patrimônio pessoal do administrador; ii) a propriedade dos ativos em *trust* ser registrada em nome do administrador; iii) ao administrador ser conferido um poder-dever, com obrigação de prestar contas, de administrar,

1051 OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

1052 Art. 2º, da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento.

1053 MAITLAND, Frederic W. **Equity**: A Course of Lectures. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1949, p. 44.

gerenciar ou dispor dos ativos de acordo com os termos do *trust* e os respectivos deveres legais.¹⁰⁵⁴

Adicionalmente, a Convenção prevê que o patrimônio alocado em *trust* estará protegido contra quaisquer credores pessoais do administrador, inclusive em casos de insolvência ou falência. Além disso, esse patrimônio não será considerado parte do patrimônio da sociedade conjugal do administrador ou do seu Espólio.¹⁰⁵⁵

A partir do estabelecido pela Convenção, verifica-se que são duas as principais características do *trust*. Em um primeiro plano, identifica-se a segregação patrimonial, a qual dá origem a um patrimônio separado ou segregado. Por meio de tal segregação, o patrimônio deixa de se confundir com o patrimônio do instituidor e do fiduciário, de modo a assegurar uma especial proteção à consecução da finalidade estipulada pelo *trust*.

O mecanismo da segregação patrimonial implica a funcionalização da titularidade, de forma que o seu exercício não deve ser realizado em benefício de seu titular, mas em atenção aos interesses que justificam a segregação do patrimônio.¹⁰⁵⁶ E está é, em segundo plano, a segunda característica fundamental do *trust*: a titularidade fiduciária, a qual pode ser compreendida pela situação em que a atribuição de poderes ao titular do direito ocorre não em atenção aos seus interesses, mas para a consecução de determinada finalidade.¹⁰⁵⁷

Essas características refletem as principais vantagens do instituto: a flexibilidade e a segurança jurídica. Esta é oriunda justamente da segregação patrimonial, já que o patrimônio alocado

1054 Art. 2º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento.

1055 Art. 1º da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento.

1056 OLIVA, Milena Donato. O Trust e o direito brasileiro patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, jan./jun. 2010, p. 161.

1057 OLIVA, Milena Donato. O Trust e o direito brasileiro patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, jan./jun. 2010, p. 161.

em *trust* constitui um patrimônio separado, que não se confunde com o patrimônio pessoal do instituidor, do fiduciário e do beneficiário. Não à toa, a Convenção assegura que os herdeiros, credores e cônjuges ou companheiros do fiduciário não terão acesso ao patrimônio afetado, podendo exercer suas pretensões apenas contra o seu patrimônio geral.

Além da segurança jurídica, o *trust* demonstra uma enorme versatilidade, permitindo, dentro dos limites da legalidade, que os direitos proprietários conferidos ao fiduciário sejam direcionados para praticamente qualquer finalidade escolhida e declarada pelo instituidor. Por meio do *trust*, por exemplo, o fiduciário pode ser encarregado de fornecer uma renda periódica ao beneficiário, gerada a partir da administração do patrimônio, ou de realizar uma simples gestão dos bens. O *trust* também pode ser constituído para fins altruísticos, de modo a que o fiduciário gerencie o patrimônio em benefício de uma instituição ou causa filantrópica.

A dificuldade em definir o *trust* ou identificá-lo por meio de elementos específicos decorre justamente da ampla gama de possibilidades e da versatilidade funcional que o instituto pode abranger. Decerto, a flexibilidade do *trust* não se restringe apenas à multiplicidade de funções que pode desempenhar, mas alcança também a variedade de suas formas e classificações – fato que torna complexa sua qualificação.¹⁰⁵⁸

Numa breve síntese, o instituto pode ser descrito como um ato jurídico com eficácia real e obrigacional, no qual o instituidor transfere bens a um fiduciário e este se compromete a administrá-los - seja em favor de pessoas indicadas pelo outorgante seja para cumprir uma finalidade específica, estabelecida no seu ato de constituição.

Ressalta-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o *trust* não possui previsão normativa e o Brasil não é signatário da “Convenção da

1058 Para uma análise detida sobre as diferentes tipologias do instituto, veja-se: FOERSTER, Gerd. **O “trust” no Direito Anglo-Americano e os negócios fiduciários no Brasil**: perspectiva de direito comparado (considerações sobre o acolhimento do *trust* pelo Direito brasileiro). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013, p. 113 e ss.

Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento”. Não por outra razão, em nosso ordenamento jurídico apenas incorre aplicação episódica de algumas ferramentas que também compõe o *trust*, como a técnica de titularidade fiduciária e o patrimônio de afetação.¹⁰⁵⁹

3 O FIDEICOMISSO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O *TRUST*: O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE AFETAÇÃO PATRIMONIAL

À semelhança do Código Civil de 2002, o Anteprojeto de Código Civil, cuja versão final do texto foi entregue, ao Senado Federal, em 17/04/2024, manteve o fideicomisso como instituto afeito ao direito sucessório e, mais precisamente, como modalidade de substituição testamentária. A esse respeito, argumenta-se pela atecnia do tratamento legislativo, vez que o fideicomissário não substitui o fiduciário; ao contrário, são ambos sucessores do fideicomitente, em tempos diferentes.¹⁰⁶⁰

O Anteprojeto de Reforma do Código Civil inova ao definir o fideicomisso e agrupar seus objetos, respectivamente no art. 1.952, *caput* e art. 1.952-A:

Art. 1.952, *caput*. O fideicomisso consiste em 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

1059 OLIVA, Milena Donato. Como a incorporação do trust no direito brasileiro pode servir à proteção de pessoas vulneráveis? *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Direito Civil, Constituição e unidade do sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 209.

1060 DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões**: problemas e tendências. Indaiatuba: Foco, 2022.

bens, nos termos previstos no ato de instituição e **com o propósito específico de transmiti-los, sob condição ou termo, a um ou mais beneficiários finais que se qualificam fideicomissários.**

[...]

Art. 1.952-A. Podem ser objeto do fideicomisso quaisquer bens e direitos, incluindo bens digitais. [grifo nosso]

Ademais, o Anteprojeto destrincha o conteúdo da disposição testamentária que institui o fideicomisso e regula as hipóteses de substituição judicial do fiduciário, respectivamente em seu art. 1.952-B e art. 1.952-F:

Art. 1.952-B. A disposição testamentária que institui o fideicomisso deve conter, no mínimo, os seguintes elementos: I - a qualificação precisa do fiduciário e fideicomissário ou os elementos que permitam a determinação dos beneficiários finais, caso não se encontrem perfeitamente identificados pelo testador; II - prazo de vigência, podendo ser vitalício, se o fiduciário ou qualquer dos fideicomissários for pessoa natural, ou por até 20 (vinte) anos, se todos os fideicomissários e o fiduciário forem pessoas jurídicas com prazo indeterminado de existência; III - o propósito a que se destina o patrimônio objeto do fideicomisso; IV - as condições ou termos a que estiver sujeito o fideicomisso; V - a identificação dos bens e direitos componentes do patrimônio objeto do fideicomisso, bem como a indicação do modo como outros bens e direitos poderão ser incorporados; VI - a extensão dos poderes e deveres do fiduciário na gestão do fideicomisso, em especial especificando se há ou não autorização para alienar bens do acervo em fideicomisso, gravar ou onerar os bens do patrimônio correspondente, comprar novos ativos e realizar investimentos, em todos os casos especificando

as situações em que esses atos são permitidos e o modo como devem ser conduzidos; VII - os critérios de remuneração do fiduciário, se houver; VIII - a destinação dos frutos e rendimentos do patrimônio em fideicomisso; IX - as hipóteses e as formas de substituição do fiduciário; X - as hipóteses de sua extinção, antes de cumprida a sua finalidade ou do advento do termo ou do implemento da condição a que estiver sujeito; XI - previsão sobre a possibilidade de o fiduciário contratar, por sua conta e risco, terceiros para exercer a gestão do patrimônio objeto do fideicomisso, inalteradas as suas responsabilidades legais e contratuais.

[...]

Art. 1.952-F. O fiduciário poderá ser substituído, por decisão judicial: I - quando houver conflito de interesses com relação aos interesses do fideicomissário ou com os propósitos estabelecidos pelo testador no instrumento de instituição do fideicomisso; II - quando por dolo ou culpa, causar prejuízo ao patrimônio fideicometido por sua administração; III - por morte ou incapacidade superveniente ou quando se tornar impedido de administrar o fideicomisso ou descumprir as obrigações impostas pelo contrato ou pela lei na administração do patrimônio fideicometido. §1º. A ação de destituição de fiduciário poderá ser intentada pelo fideicomissário, seus sucessores ou qualquer interessado. §2º. Não mencionando o testador quem deva substituir o fiduciário designará o juiz um substituto.

De modo distinto ao atual Código Civil, buscou-se melhor estruturar o instituto, pelo que foram dados contornos mais claros às posições jurídicas titularizadas pelo fideicomitente, fiduciário e fideicomissário. De impacto substancial, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil alterou a legitimidade do fideicomissário - fato que

aproxima o instituto, de disciplina testamentária, a uma feição contratual.

Conforme o art. 1.951, a instituição do fideicomisso pode ser feita em favor de pessoa já nascida ou concebida ou, ainda, de pessoa não concebida, determinada ou determinável. Senão, veja-se:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao **fiduciário, pessoa natural ou jurídica**, resolvendo-se o direito dessa por sua morte, extinção, implemento de condição ou advento de termo, **em favor de outrem, que também pode ser pessoa jurídica ou natural, já nascida ou concebida**, ou ainda pessoas não concebidas, determinadas ou determináveis. (grifos nossos)

Em verdade, a proposta legislativa parece inscrever o fideicomisso como uma espécie do gênero ‘negócio fiduciário’. Nesse sentido,

o fideicomisso contratual, como contrato atípico, poderia limitar direitos e prerrogativas do fiduciário, além de especificar de forma minudente os seus deveres, aproximando-o do *trustee* alienígena. Com isso, e pelo menos até que o negócio jurídico fiduciário venha a ser regulamentado entre nós, poderíamos fazer uso, no planejamento patrimonial, de um mecanismo legal já existente no ordenamento. [...] Não existem motivos razoáveis para a proibição a que o testador institua, como beneficiários sucessivos de seu patrimônio (disponível) duas pessoas já existentes. Por que razão o beneficiário final (fideicomissário) só pode ser uma pessoa natural inexistente e, consequentemente, completamente desconhecida do testador? Por que não se poderia indicar pessoas jurídicas para a posição de fiduciário

ou de fideicomissário, considerando que os entes morais também detêm legitimidade passiva na sucessão testamentária?¹⁰⁶¹

Repisa-se, ainda, que a hipercomplexidade atual das relações socioeconômicas exige que sejam admitidos outros usos ao fideicomisso, de modo a corresponder às novas demandas da sociedade e do setor produtivo.¹⁰⁶² Além disso, a possibilidade de indicação de pessoas jurídicas para a posição de fiduciário mostra-se positiva, vez que incrementa o fideicomisso de grande potencialidade para o planejamento sucessório.

Ato contínuo à possibilidade de o fideicomissário ser pessoa já nascida ou concebida, sucumbe, no Anteprojeto de Reforma do Código Civil, a regra de conversão do fideicomisso em usufruto. A insubsistência da transformação *ope legis* da posição de fiduciário em usufrutuário ruma, acertadamente, à finalidade de instituição do fideicomisso. Isso porque, mantém a propriedade do 1º instituído, não antecipando a aquisição dominial dos bens gravados pelo fideicomissário.

Nada obstante a atenção dada à disciplina do fideicomisso, para fins de lhe conferir maior operabilidade, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil falha sobremaneira ao não criar um patrimônio de afetação em relação aos bens fideicometidos. À revelia do Parecer nº 1, da Subcomissão de Direito das Sucessões, da Comissão de Juristas (CJCODCIVIL), datado de 15/09/2023, foi retirada, da redação final do art. 1.952-A, a previsão da técnica de segregação patrimonial.¹⁰⁶³

1061 DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões: problemas e tendências.** Indaiatuba: Foco, 2022, p. 413.

1062 DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões: problemas e tendências.** Indaiatuba: Foco, 2022.

1063 Art. 1.952-A. Podem ser objeto do fideicomisso quaisquer bens e direitos, incluindo bens digitais. §1º. Os bens e direitos transferidos ao fiduciário compõem **patrimônio de afetação**, que não se confunde com o patrimônio particular do fiduciário e nem responde por suas dívidas pessoais. §2º. Os bens e direitos transferidos

No âmbito do *trust*, como mencionado, seja qual for a sua forma ou modalidade, o patrimônio destinado à sua consecução separe-se da esfera patrimonial do *settlor* e do *trustee*. Inclusive, “a este é cominado o dever de segregação ou marcação (*duty of segregation or earmarking*)”.¹⁰⁶⁴ De tal elemento basilar do *trust*, decorre a flexibilidade da criação de uma nova universalidade de direito, cujos elementos podem ser livremente alterados - desde que em respeito à finalidade da afetação.¹⁰⁶⁵ Evidentemente, isso traduz a garantia de que eventuais vicissitudes obrigacionais referentes ao *trustee* ou percalços financeiros do *settlor* não interferirão no escopo para o qual o *trust* foi instituído.

Por meio da separação patrimonial, promove-se a “afetação de um conglomerado de situações jurídicas subjetivas ativas, erigido em universalidade de direito, à consecução de certo fim valorado positivamente pelo legislador”.¹⁰⁶⁶ À semelhança do *trust*, o fideicomisso também ostenta a peculiaridade de a titularidade ser conferida para a realização de determinado fim ou em prol de um beneficiário.¹⁰⁶⁷

Porém, além da titularidade fiduciária, para incorporação dos principais efeitos do *trust* no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente à versatilidade a ele inerente, mostra-se necessária a reunião dos bens fideicometidos em um patrimônio separado. Diferentemente do patrimônio geral, unificado em razão de o mesmo

serão denominados patrimônio fideicometido, terão contabilidade própria e registro específico perante o Ministério da Fazenda, cujo cadastro deverá possibilitar consultas públicas, incluindo indicação da pessoa que figura como fiduciário responsável pelo fideicomisso. (grifos nossos)

1064 MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 04, p. 172, jul./set. 2017.

1065 OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

1066 OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91.

1067 A respeito de tal semelhança, advinda da titularidade fiduciária, sintetiza-se: “Sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação àquele a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, § 271, 1, p. 115-116).

sujeito titularizar os direitos que o integram, o patrimônio segregado encontra seu fundamento no escopo que persegue.¹⁰⁶⁸

Tal blindagem patrimonial, que proporciona a limitação de riscos e a flexibilidade advinda da mutabilidade dos bens constantes da universalidade patrimonial, é escolha legislativa essencial à revitalização do fideicomisso brasileiro.¹⁰⁶⁹ E, reflexamente, a nova universalidade de direito garantiria autonomia e maior liberdade na atuação do fiduciário, com vistas a realizar o fim pretendido pelo fideicomitente.

Nos moldes da redação final do art. 1.952, do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, a inserção do *trust* via fideicomisso passa completamente ao largo. Estando os bens fideicomitados na propriedade do fiduciário, incidirá a regra geral do art. 391, do Código Civil.¹⁰⁷⁰ Portanto, tais bens não responderão aos credores do fideicomitente ou de seus beneficiários pela simples razão de que estes não o têm - fato que atrai, também, a disciplina do art. 789, do Código de Processo Civil.¹⁰⁷¹

A ampliação e a atualização do fideicomisso, pretendidas pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil, para fins de maior segurança jurídica ao planejamento sucessório, fomento de relações econômicas

1068 OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

1069 Nesse sentido, é salutar destacar que: “À míngua de previsão legal não é possível a constituição de patrimônios de afetação pela iniciativa privada. Somente a lei, de fato, pode estipular as principais consequências jurídicas oriundas da separação patrimonial, haja vista que, em especial, a universalidade patrimonial autônoma constitui, em si mesma, centro autônomo de imputação objetiva composto por situações jurídicas subjetivas ativas unificadas idealmente; condiciona a conduta de seu titular, o qual deve agir com diligência para a persecução do escopo que a unifica, de modo que a titularidade se encontra funcionalmente vinculada ao fim do patrimônio segregado, o qual serve de parâmetro aferidor da validade dos atos praticados pelo titular relativamente às situações ativas integrantes da massa patrimonial destacada; e serve de garantia somente aos credores relacionados ao fim que a unifica” (OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101).

1070 Art. 391, Código Civil. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

1071 Art. 789, Código de Processo Civil. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

e aproximação com a figura alienígena do *trust*, restam frontalmente comprometidas pela retirada da técnica de segregação patrimonial do instituto.

Com efeito, a ausência de uma universalidade de direito (art. 91, CC), afeita ao escopo de instituição do fideicomisso, coloca em flagrante risco o cumprimento de sua função. A titularidade fiduciária de que se reveste o fideicomisso, sem a criação de um patrimônio separado, não é suficiente para que o instituto adote a pretendida configuração aberta, flexível e funcionalizada à tutela dos mais variados interesses – nos moldes em que opera o *trust*.

4 O FIDEICOMISSO ARGENTINO: NOTAS SOBRE A EFETIVA INCORPORAÇÃO DOS EFEITOS DO *TRUST* AO INSTITUTO

Um dos grandes obstáculos à incorporação do *trust* pelos ordenamentos jurídicos fundados na matriz romano-germânica é a concepção de que, no *trust*, há um desmembramento da propriedade em formal e substancial. Tal fato, argumenta-se, seria incompatível com noção de propriedade do *Civil Law*, vez que fundada sob os preceitos de unicidade, tipicidade e exclusividade.¹⁰⁷² Nessa esteira, a propriedade formal seria assumida pelo administrador, ao passo que a propriedade substancial seria atribuída aos beneficiários.

Contudo, à medida de evolução do instituto, tornou-se cada vez mais claro que sua característica fundamental é a segregação patrimonial, não já o desdobramento da propriedade em domínio formal e substancial. Com efeito, a noção de uma “dupla propriedade” revela um anacronismo e encobre a principal característica do *trust*: a criação de um patrimônio de afetação sob a propriedade do fiduciário, destinado aos interesses dos beneficiários ou do seu próprio constituidor, a depender do estabelecido no ato de criação.¹⁰⁷³

1072 NETO, Eduardo Salomão. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996, p. 79.

1073 MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 04, jul./set. 2017, p. 171-172.

No mesmo sentido, para Pierre Lepaulle, em tradução livre, “a essência do *trust* não é [...] uma nova forma de propriedade: é a afetação a fim determinado”.¹⁰⁷⁴ Evidência disso é que o *trust* pode ser instituído a despeito de um beneficiário (“proprietário substancial”), como nos *charitable trusts*, ou, ainda, o proprietário pode outorgar plenos poderes ao administrador (“proprietário formal”), como nos *discretionary trusts*.¹⁰⁷⁵ E, tendo sido superado esse anacronismo da “dupla propriedade”, tornou-se plenamente viável a adoção do *trust* também pelos sistemas jurídicos fundados na matriz romano-germânica.

Nessa toada, a incorporação dos efeitos do *trust* pelos ordenamentos jurídicos fundados na matriz romano-germânica tem-se dado por meio da reforma do instituto do fideicomisso – à maneira do Anteprojeto de Reforma do Código Civil Brasileiro. Na Argentina, com nítida inspiração na “Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento”, restou incorporado o *trust* entre os artigos 1.666 e 1.707, na reforma do Código Civil e Comercial em 2014.

Nos termos do art. 1.666, o fideicomisso pode ser compreendido como um contrato pelo qual o fiduciante transfere bens ou direitos ao fiduciário, que deve administrá-los ou dispor deles em benefício do beneficiário, conforme os termos e condições estabelecidos no instrumento contratual.¹⁰⁷⁶

1074 No original: “(...) l’essence du trust n’est pas (...) une forme nouvelle de propriété: c’ est l’affection à un but déterminé” (LEPAULLE, Pierre. **Traité Théorique et Pratiques des Trusts em droit interne, em droit fiscal et em droit international**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932, p. 354).

1075 OLIVA, Milena Donato. O Trust e o direito brasileiro patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, jan./jun. 2010, p. 158.

1076 Artículo 1666. Definición. Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomissário. Tradução livre: Artigo 1666. Definição. Existe um contrato fiduciário quando uma parte, denominada fiduciário, transmite ou se compromete a transmitir a propriedade dos bens a outra pessoa denominada fiduciário, que se compromete a exercê-la em benefício de outra pessoa denominada

Dentre os mencionados efeitos do *trust*, incorporou-se, na reforma do fideicomisso argentino, a segregação patrimonial.¹⁰⁷⁷ Os bens colocados em fideicomisso passaram a constituir um patrimônio separado, o qual não se confunde com os bens pessoais do fiduciário. Tal separação, repisa-se, é crucial à proteção dos ativos fideicometidos contra credores do fiduciário, vez que garante que os objetivos do fideicomisso sejam cumpridos à luz de seu instrumento instituidor.

Ressalta-se, ainda, que a proteção dos beneficiários é uma preocupação central no fideicomisso argentino, novamente por inspiração do *trust*. O novo Código Civil e Comercial argentino aprimorou os mecanismos de fiscalização e controle sobre as ações do fiduciário, conferindo aos beneficiários meios de garantir que seus direitos sejam respeitados e que a finalidade do fideicomisso seja preservada.

Com as mencionadas alterações legais, o fideicomisso argentino passou a ser utilizado em uma variedade maior de contextos. O novo diploma positivou, por exemplo, o fideicomisso de garantia, de modo a permitir que os bens sejam transferidos ao fideicomisso como

beneficiário, que é designada no contrato, e transmiti-lo mediante cumprimento de termo ou condição ao fideicomissário.

1077 Artículo 1685. Patrimonio separado. Seguro. Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos. Tradução livre: Artigo 1685. Patrimônio separado. Claro. Os ativos fiduciários constituem um patrimônio separado do patrimônio do administrador, do instituidor, do beneficiário e do administrador. Sem prejuízo da sua responsabilidade, o administrador tem a obrigação de subscrever um seguro de responsabilidade civil que cubra os danos causados pelas coisas objecto do trust. Os riscos e montantes pelos quais o seguro deve ser contratado são os estabelecidos pela regulamentação e, na sua falta, os razoáveis. O fiduciário responde nos termos dos artigos 1757.º e artigos conexos quando não tiver contratado seguro ou quando este for desrazoável em termos de cobertura de riscos ou de montantes.

garantia de uma obrigação, conferindo maior segurança jurídica às operações financeiras e comerciais.¹⁰⁷⁸

Positivou, também, o fideicomisso financeiro, cuja principal finalidade é a securitização de ativos e a obtenção de recursos financeiros no mercado.¹⁰⁷⁹ Esse tipo de fideicomisso é amplamente utilizado em operações de mercado de capitais, sendo uma ferramenta crucial para a estruturação de produtos financeiros.

É cediço que o fideicomisso argentino teve seu sentindo e alcance ampliados, de forma que passou a ser utilizado desde planejamentos sucessórios até grandes projetos de infraestrutura e de negócios imobiliários. Essa expansão reflete, inevitavelmente, a versatilidade do instituto como ferramenta jurídica – característica central do *trust* em sistemas de *Common Law*. As inovações no fideicomisso, promovidas pelo Código Civil e Comercial argentino, traduzem um esforço consciente de aproximar o instituto das características e dos efeitos do *trust*, adaptando-o ao contexto jurídico de um país de tradição de *Civil Law*.

1078 Artículo 1680. Fideicomiso en garantía. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes. Tradução livre: Artigo 1680. Fideicomisso como garantia. Se o fideicomisso for constituído para fins de garantia, o administrador poderá aplicar as quantias em dinheiro que ingressarem no patrimônio, inclusive por meio de cobrança judicial ou extrajudicial dos créditos ou direitos do fideicomisso, no pagamento dos créditos garantidos. Quanto aos demais bens, a serem aplicados à garantia, o fiduciário poderá aliená-los conforme o disposto no contrato e, na falta de acordo, particular ou judicialmente, assegurando um mecanismo que busque a obtenção do maior valor possível do ativos.

1079 Artículo 1690. Definición. Fideicomiso financiero es el contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos. Tradução livre: Artigo 1690. Definição. Fideicomisso financeiro é o contrato fiduciário sujeito às regras anteriores, em que o agente fiduciário é uma entidade financeira ou uma empresa especialmente autorizada pelo órgão de controle do mercado de valores mobiliários para atuar como fiduciário financeiro, e os beneficiários são os titulares dos ativos garantidos por títulos. os bens transferidos.

A incorporação de um patrimônio de afetação, somada à noção titularidade fiduciária, fornecem mais segurança jurídica e flexibilidade à gestão de bens e ao planejamento patrimonial. Diferentemente da proposição insuficiente do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, obtém êxito o fideicomisso argentino ao atender às necessidades modernas de negócios e proteção de ativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, aduz-se que a proposta de reforma do Código Civil, ao tentar modernizar o instituto do fideicomisso, aproxima-o, em parte, do modelo do *trust*. É inegável, ainda, que ao modificar o instituto, a proposta trouxe avanços significativos em termos de legitimação e ampliação dos objetos fideicometidos.

Entretanto, a proposta não contemplou de forma adequada a técnica de segregação patrimonial, essencial para a plena incorporação dos efeitos do *trust* dos sistemas de *Common Law* ao direito brasileiro. Tal lacuna representa um intransponível obstáculo para que o fideicomisso brasileiro alcance o mesmo nível de proteção, segurança e eficiência jurídicas observado em ordenamentos outros que adotam o *trust*.

A ausência de um patrimônio de afetação, que permita a separação entre os bens fideicometidos e o patrimônio pessoal do fiduciário, enfraquece a autonomia patrimonial necessária à alocação de riscos econômicos e jurídicos. A omissão impede que o fideicomisso ofereça a proteção adequada aos beneficiários, vez que os bens fideicometidos podem ser atingidos por obrigações alheias ao instituto, expondo-os a áleas funcionalmente estranhas à sua instituição.

A experiência argentina, ao introduzir a técnica de segregação patrimonial por meio do Novo Código Civil e Comercial, demonstra que a incorporação de um patrimônio de afetação é viável e pode ser uma solução eficaz para fortalecer o instituto do fideicomisso. Em razão disso, a legislação argentina serviu como um exemplo positivo

de como o fideicomisso pode ser revitalizado em prol de novas necessidades sociais e econômicas.

Embora o Anteprojeto tenha apresentado importantes avanços, restou ausente a adoção da técnica de segregação patrimonial. Sem isso, o fideicomisso brasileiro não pode, efetivamente, se alinhar ao *trust*, tampouco oferecer maior proteção aos fideicomissários e/ou beneficiários. A modernização completa do instituto – diretriz que guiou a elaboração do Anteprojeto - encontra flagrante óbice na desproteção dos bens fideicometidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Acesso em: 09 set. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494>.

DELGADO, Mário Delgado. O fideicomisso: estrutura e função. Devemos revitalizar o instituto? *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk *et al.* **Direito das sucessões: problemas e tendências**. Indaiatuba: Foco, 2022.

FOERSTER, Gerd. **O “trust” no Direito Anglo-Americano e os negócios fiduciários no Brasil**: perspectiva de direito comparado (considerações sobre o acolhimento do *trust* pelo Direito brasileiro). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.

LEPAULLE, Pierre. **Traité Théorique et Pratiques des Trusts em droit interne, em droit fiscal et em droit international**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1932.

MAIA, Paulo Carneiro. **Substituição fideicomissária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MAITLAND, Frederic W. **Equity**: A Course of Lectures. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1949.

MARTINS-COSTA, Judith. O *trust* e o direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 04, p. 165-209, jul./set. 2017.

NETO, Eduardo Salomão. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

OLIVA, Milena Donato. Como a incorporação do trust no direito brasileiro pode servir à proteção de pessoas vulneráveis? *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **Direito Civil, Constituição e unidade do sistema**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 209-222.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVA, Milena Donato. O *Trust* e o direito brasileiro patrimônio separado e titularidade fiduciária. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 149-177, jan./jun. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RELATÓRIO da Subcomissão de Direito das Sucessões da Comissão de Juristas Responsável pela Revisão e Atualização do Código Civil. Acesso em: 06 set. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>.

STJ. **REsp n. 1.221.817/PE**, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 10/12/2013.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 7.

PARTE VI:

A REFORMA E O DIREITO DIGITAL

DIVERGÊNCIA METODOLÓGICA ENTRE A PROPOSTA APRESENTADA NO RELATÓRIO FINAL DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ANÁLISE DO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL

*Ana Clara Landim de Santana*¹⁰⁸⁰

*Jader Barbosa Moreira Filho*¹⁰⁸¹

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar que a inclusão do livro de Direito Digital não soluciona os problemas elencados em sua justificativa. Na verdade, o conteúdo proposto neste novo livro não é compatível com as razões apresentadas pelo legislador para adicioná-lo ao Código. O que ocorre, ainda que não explicitamente, é uma divergência metodológica entre as bases teóricas utilizadas na elaboração do Código Civil de 2002 e a proposta apresentada pela comissão no relatório final da reforma do Código Civil. Para tanto, o trabalho é dividido em cinco tópicos. O primeiro contextualiza a relevância do Direito Digital e indica a disciplina normativa relacionada ao tema. O segundo discorre sobre a metodologia utilizada na elaboração do Código Civil de 2002, com foco para a diretriz da operacionalidade das normas para que sobrevivam ao tempo. O terceiro apresenta as razões utilizadas pela comissão para incluir o livro de Direito Digital, que em síntese é a ausência de normas que preveem as situações derivadas do ambiente virtual e a insegurança jurídica causada por isso. O quarto demonstra, a partir de exemplos, que o conteúdo do livro de Direito Digital não cumpre com o objetivo de solucionar os problemas que levaram à sua inclusão. O quinto, por fim, demonstra que, na verdade, há uma divergência entre os pressupostos metodológicos do Código Civil de 2002 e a estrutura

1080 Advogada. Pesquisadora integrante do Laboratório de Bioética e Direito, vinculado à Universidade Federal de Lavras.

1081 Advogado Associado na Schalch Sociedade de Advogados e Pesquisador integrante do Laboratório de Bioética e Direito, vinculado à Universidade Federal de Lavras

utilizada no livro de Direito Digital que retoma a teoria da subsunção como solução para os problemas apontados na justificativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital. Reforma do Código Civil. Metodologia

INTRODUÇÃO

O projeto de Reforma do Código Civil, de iniciativa do Senado Federal, expôs dentre as razões para a alteração legislativa, a incapacidade do atual para regulamentar as novas relações jurídicas desenvolvidas no ambiente virtual. Uma das propostas para solucionar este problema foi a inclusão do Livro de Direito Civil Digital. No entanto, a partir do conteúdo apresentado no Livro, questiona-se a compatibilidade da proposta com sua justificativa.

A partir do questionamento acima, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que o Livro de Direito Civil Digital não soluciona aquilo que aponta como um problema da legislação atual. Ou seja, justificativa e proposta são incompatíveis. Ou a proposta apresentada pela comissão não foi tecnicamente capaz de cumprir com os objetivos propostos, ou as razões apresentadas para reforma não refletem, de fato, os objetivos almejados pelo legislador.

Para concluir pela insuficiência metodológica do Livro de Direito Civil Digital, o trabalho compara a metodologia utilizada na elaboração do Código Civil de 2002 e na proposta de reforma apresentada no Relatório Final. Espera-se, assim, demonstrar que o Código vigente não está defasado para regular questões oriundas do avanço digital, mas isso exige uma postura proativa do operador do direito.

Para tanto, o trabalho está dividido em cinco tópicos. Primeiro busca-se contextualizar a relevância do Direito Digital na atualidade que é proveniente das relações progressivamente estabelecidas no ambiente virtual, principalmente por meio da internet. Preocupa-se também em demonstrar as leis específicas que incidem sobre o tema, elaboradas para atuar de forma conjunta com o Código Civil atual.

Em seguida, é apresentada a metodologia utilizada na elaboração do Código Civil de 2002, com foco na construção de normas abertas que permitem sua estabilidade mesmo diante da dinamicidade e evolução social. Aqui, há a retomada da diretriz da operacionalidade invocada por Miguel Reale como ferramenta necessária para que o operador do Direito seja capaz de regulamentar situações não previstas na legislação.

O terceiro tópico propõe a análise das razões apresentadas para incluir o Livro de Direito Civil Digital no Código Civil. São apresentadas a justificativa apresentada pelo Senado para justificar a criação de uma comissão para apresentar a proposta de revisão e atualização do Código Civil atual e a justificativa do próprio Livro elaborada pela subcomissão responsável. A partir disso, constata-se que as inovações e problemas inéditos oriundos do ambiente virtual estão sendo utilizados como argumento em diversos níveis para justificar a reforma.

O próximo tópico se concentra em demonstrar, por meio de exemplos, que a técnica utilizada na elaboração da proposta do Livro de Direito Digital impede que sejam cumpridos os objetivos expostos pelo legislador. Além de disposição confusa, que indica falta de coerência e coesão entre as subcomissões, ao contrário do que se espera, os dispositivos do Livro de Direito Digital recaem na própria crítica de insuficiência legislativa para regulamentar problemas futuros e incertos ao passo de dão ao Direito Digital um caráter de especificidade que não o cabe.

Por fim, o último tópico se preocupa em demonstrar, diante da argumentação já apresentada, que não subsistem as razões para inclusão do Livro de Direito Civil Digital, considerando a metodologia utilizada na elaboração do Código Civil atual. Em síntese, constata-se que a comissão responsável pela reforma se afasta das bases metodológicas utilizadas por Miguel Reale para idealizar o atual Código Civil, ainda que essa divergência não seja explicitada ou sequer reconhecida.

1 RELEVÂNCIA E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DIGITAL NO CENÁRIO PRÉ-PROPOSTA DE REFORMA

Uma das consequências do avanço tecnológico é a remodelação das relações sociais, inclusive, com a possibilidade de realizar por meios digitais aquilo que antes necessitava de aparatos físicos para se consolidar. Se, por um lado, é indiscutível a perspectiva da continuidade da evolução tecnológica, por outro, é também certo o surgimento de repercussões jurídicas e sociais que hoje ainda são imprevisíveis. Por óbvio, simultâneo ao aparecimento de novos problemas, nasce a preocupação do jurista em regulamentá-los.

O Direito Digital aparece e ganha relevância a partir do emprego das tecnologias nas relações sociais, seja de forma propositiva em uma negociação comercial, seja em uma publicação despretensiosa nas redes sociais. Ao mesmo tempo, é possível a construção de novas relações no mundo virtual e também o exercício e continuidade de outras, porém em um novo ambiente.

Assim, novos problemas aparecem e são potencializados no ambiente digital, como a fácil disponibilização e coleta de dados pessoais, que exige o devido tratamento, e o desenvolvimento e limites do uso de inteligência artificial. Contudo, outros advêm apenas da consolidação de institutos tradicionais de uma nova forma, como a venda de infoprodutos¹⁰⁸² e o acúmulo de patrimônio em bens digitais patrimoniais.¹⁰⁸³

É certo que as repercussões das relações estabelecidas no ambiente virtual têm aumentado, principalmente pela maior adesão dos usuários às plataformas e às redes sociais. O tema é relevante

1082 Infoprodutos são produtos digitais, armazenados e compartilhados de forma virtual, que possuem conteúdo no formato de áudio, vídeo ou texto, como *ebooks*, *podcasts*, cursos onlines, etc.

1083 Bens digitais são aqueles intangíveis que existem apenas no ambiente virtual. São considerados bens digitais patrimoniais quando apresentam repercussões estritamente econômicas passíveis de avaliação pecuniária. Vide: LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

em razão de sua inserção no cotidiano da maioria das pessoas. Uma pesquisa de 2024 revela que sete a cada dez pessoas no mundo possuem um *smartphone* e, destas, mais de 95% possuem acesso à internet.¹⁰⁸⁴ No Brasil, quase 190 milhões de pessoas estão conectadas à internet, o que representa mais de 86% da população do país.¹⁰⁸⁵

A regulamentação das questões relativas ao Direito Digital, no âmbito do Direito Civil, leva em consideração tanto as situações particulares, de cunho técnico, que surgem a partir da tecnologia, quanto aquelas tradicionais que apenas migraram para um novo ambiente.

Para as primeiras, houve a promulgação de legislação específica, como o Marco Civil da Internet (MCI) e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). O MCI se preocupa, por exemplo, com o estabelecimento de diretrizes a serem observadas em relação à regulamentação da matéria, com a proteção da privacidade dos usuários em relação aos provedores de dados e com a delimitação de conceitos técnicos (ex.: internet, endereço IP, registro de conexão e de acesso, terminal etc.).

A LGPD, promulgada posteriormente, surgiu em um contexto de crescente preocupação com o tratamento dos dados pessoais disponibilizados na internet. O alerta surgiu com o aumento do número de pessoas acessando plataformas virtuais e disponibilizando dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Todas essas questões são próprias do ambiente virtual e estão relacionadas a aspectos técnicos de regulamentação, inclusive levando em consideração funcionalidades e agentes específicos das plataformas.

Para as demais situações que se concretizam no ambiente virtual e encontram respaldo no Direito Civil, a regulamentação por enquanto acontece por meio da aplicação de normas gerais da matéria, observados os ditames constitucionais. Portanto, não se mostrou

1084 KEMP, Simon. **Digital 2024**: July Global Statshot Report DataReportal, online, 31 jul. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-july-global-statshot>. Acesso em: 22, set. 2024.

1085 KEMP, Simon. **Digital 2024**: Brazil. DataReportal, online, 23 fev. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil?rq=brasil>. Acesso em: 22, set. 2024.

necessário, até o momento, uma disciplina voltada à regulamentação própria do Direito Digital como ramo autônomo. É neste ponto que o presente trabalho discorda da proposta apresentada no Relatório Final de Reforma do Código Civil. Isso porque a própria lógica de elaboração do atual código contribui para a regulação de situações inexistentes à época de sua criação, conforme será apresentado no próximo tópico.

2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E ASPIRAÇÃO DE LONGEVIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 possui suas bases fincadas na década de 60, quando passou a ser discutido o quão ultrapassado era o Código Civil de 1916.¹⁰⁸⁶ Após intensos debates entre os juristas envolvidos e parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 10 de janeiro de 2002, foi sancionado o código vigente, que deu seguimento a uma tendência de mudança no eixo filosófico do direito privado no Brasil¹⁰⁸⁷: o individualismo e patrimonialismo deram lugar ao humanismo e solidarismo.¹⁰⁸⁸

Assim, embora fruto de discussões da segunda metade do século passado e oriundo de um projeto de 1975, o Código Civil de 2002 apresentou importantes modificações em relação ao regime anterior, especialmente no que tange à simplificação de regras e à rejeição de exacerbado formalismo.¹⁰⁸⁹ Além disso, o atual código pautou-se sobre quatro diretrizes: (i) eticidade, (ii) socialidade, (iii) sistematicidade

1086 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

1087 Esse processo, no Brasil, teve como marco inicial a Constituição de 1988, que elevou o princípio da dignidade humana com um de seus fundamentos.

1088 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Código Civil de 2002: revisitando a principiologia e o emprego das técnicas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **20 anos do Código Civil**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 37-62.

1089 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

e (iv) operacionalidade, as quais foram reiteradamente destacadas e repetidas por Miguel Reale, coordenador dos trabalhos de elaboração do código.¹⁰⁹⁰

A eticidade pode ser identificada por meio dos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade e diz respeito à valorização de pressupostos éticos no agir dos sujeitos de direito. Nesse sentido, a consequência dessa diretriz no texto do Código é a proteção da confiança, que deve ser condição imprescindível da vida civil. Logo, esses princípios estabelecem padrões de comportamento aos quais as pessoas devem se adequar nas relações jurídicas das quais participam.¹⁰⁹¹

A socialidade, por sua vez, atrela-se à vida em comunidade, modelando o individualismo do sujeito de direito ao princípio da função social cuja concretude como instrumento de ação deve ser dada pelo Direito Civil.¹⁰⁹² Não obstante se reconheça a importância da eticidade e da socialidade, para fins deste trabalho, serão abordadas, de modo mais extenso, a diretriz da sistematicidade e, especialmente a da operacionalidade.

No que diz respeito à sistematicidade, o Código Civil de 2022, mesmo dividido entre Parte Geral e Parte Especial, possui unidade lógica e conceitual. Desse modo, sua estrutura sistemática é aberta e móvel, em razão de numerosas cláusulas gerais, as quais permitem a ligação entre as normas do próprio código.¹⁰⁹³ Nesse contexto, a sistematicidade ou diretriz sistemática atrela-se à noção de unidade,

1090 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Código Civil de 2002: revisitando a principiologia e o emprego das técnicas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **20 anos do Código Civil**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 37-62.

1091 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

1092 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

1093 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

o que impede que os diferentes livros presentes no Código Civil sejam lidos e interpretados de maneira isolada.

Cabe destacar que essa diretriz não se confunde com a ideia de sistema, pois o atual código não foi construído com o fito de ser um sistema fechado, distante da intervenção da realidade e da influência jurisprudencial.

Paralelamente à diretriz sistemática está a diretriz operacional. Em um cenário de codificação ideal, destacam-se duas características às quais os códigos devem atender: (i) a brevidade, transparência e concisão, o que permite nortear o sistema com diretrizes básicas, sem permitir que o texto adentre a minúcias e (ii) a finalidade de permanência ao longo do tempo, o que implica a necessidade de rigidez e, por consequência, dificuldade de modificações do seu texto.¹⁰⁹⁴

No Código Civil de 2002, é justamente por meio da operacionalidade que esses atributos podem ser verificados. Isso porque repercute pela concretização de modelos abertos, o que possibilita a alteração da definição do conteúdo de uma disposição do código sem a efetiva alteração do enunciado normativo.¹⁰⁹⁵ Assim, o texto permanece, não obstante haja a possibilidade de alteração da norma.

A operacionalidade sugestivamente dá ao operador do direito a possibilidade e o dever de extrair do enunciado normativo, por meio de um esforço intelectual, a norma mais adequada para o caso concreto. Isso não significa arbitrariedade, mas implica um esforço interpretativo para se manter a coerência na aplicação das normas. De qualquer modo, alterou-se a lógica do Código Civil de 1916, no qual se buscava a previsão de regras específicas que pudessem abarcar o maior número de situações possíveis.

1094 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito e da codificação**: uma análise do novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. *apud* PEREIRA, Fabio Queiroz. Consolidação e codificação em direito civil: bases conceituais e experiências sulamericanas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. [s. v.], n. 33, p. 1-20, jun, 2018.

1095 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

As diretrizes sistemática e operacional somente são concretizadas por meio dos pressupostos metodológicos adotados no Código Civil de 2002. Quanto à técnica legislativa, em decorrência da linguagem empregada, aquele caracteriza-se como um eixo central e sistema aberto. Isso é o que permite que a interpretação do enunciado normativo incorpore e solucione novos problemas, ora pela via jurisprudencial, ora pela via legislativa.¹⁰⁹⁶

O sistema aberto, por sua vez, é constituído devido às cláusulas gerais, mecanismos que possibilitam o amparo legal de situações não expressas legislativamente nem oriundas da autonomia privada, de modo a viabilizar a constante atualização das normas sem alteração do enunciado normativo, concretizando a diretriz operacional. As cláusulas gerais, desse modo, abarcam uma grande variedade de casos, inclusive os frutos de mudanças sociais, econômicas e culturais.¹⁰⁹⁷

Também é justamente por meio da utilização das cláusulas gerais que se verifica que o Código Civil de 2002 possui aspiração de longevidade. Isso porque as relações humanas são completamente dinâmicas e depender do legislador para regular todas essas interações sociais é impossível. Assim, essa técnica legislativa permite que o código esteja, em grande medida, preparado para as eventuais alterações e inovações da realidade fática, na qual se incluem os avanços tecnológicos e digitais, dos quais decorre o Direito Digital.

3 SUPOSTAS RAZÕES PARA A INCLUSÃO DO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

A bandeira do Direito Digital tem sido levantada com ênfase na proposta da reforma do Código Civil. Os impactos das novas

1096 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

1097 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Código Civil de 2002: revisitando a principiologia e o emprego das técnicas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **20 anos do Código Civil**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 37-62.

tecnologias e da internet assumiram um papel central nos discursos em prol do anteprojeto. Não à toa essas pautas são apresentadas como as principais justificativas não só para a reforma em si, como também para a inclusão no Código de um livro próprio sobre o tema.

O Senado conferiu especial importância para o que considerou a defasagem do Código Civil atual em relação às novas tecnologias e atrelou essa concepção à insegurança jurídica que seria gerada pela legislação atual, o que foi utilizado como razão para justificar a reforma.¹⁰⁹⁸ A argumentação sustenta, em síntese, que o atual Código estaria ultrapassado na regulamentação de determinados temas em função do contexto social no qual foi elaborado.

Uma das preocupações com a reforma seria a necessidade de consolidar um texto que fosse capaz de acompanhar a evolução social e regulamentar suas repercussões jurídicas. Dessa necessidade surgiu a ideia de inclusão de um livro específico sobre Direito Civil Digital que traz em sua justificativa essa mesma questão. A exposição se dá da seguinte maneira:

Fica evidente que as relações e situações jurídicas digitais já fazem parte do cotidiano do brasileiro e tornaram premente o delineamento do Direito Civil Digital, como Livro autônomo do Código Civil, em face da evidente virada tecnológica do direito, de modo a agregar inúmeras interações de institutos tradicionais e de novos institutos, relações e situações jurídicas neste ambiente digital.¹⁰⁹⁹

1098 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

1099 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494>. Acesso em: 21 set.. 2024.

Ao que parece, a justificativa para a inclusão de um livro no Código Civil com a intenção de tratar especificamente do Direito Digital é apenas o fato de que as interações do ambiente virtual, especialmente por meio da internet, estão incorporadas no dia a dia das pessoas. Esse fato supostamente seria suficiente para criar situações inéditas inalcançáveis pelo atual Código Civil.

Essa interpretação é possível a partir da justificativa apresentada pela comissão idealizadora do Livro quando diz que este “ilumina a necessidade de atualizar a legislação brasileira para abordar os desafios e oportunidades apresentados pelo ambiente digital”.¹¹⁰⁰ Além disso, nota-se a intenção de estruturá-lo de forma meticulosa para abarcar desde temas mais gerais até atos específicos, retratando a busca pela redução da insegurança jurídica, outrora pontuada como uma falha do código atual.

O que se percebe é a tentativa de atribuir ao Direito Digital as características de um ramo autônomo a ponto de atingir a necessidade da criação de um livro próprio, como acontece com o Direito de Família ou a matéria contratual, por exemplo. A ideia propagada pelo legislador na reforma é que sem a inserção dessa disciplina no Código Civil, as situações que se consolidam no ambiente virtual e suas repercussões ficariam desregulamentadas.

Outro artifício do legislador foi a atualização de diversos dispositivos do Código Civil para a inclusão de expressões como “ambiente virtual” e “meio digital” a fim de garantir que a norma contida naquele artigo seria aplicável também nessas situações. A estratégia pode ter tido o objetivo de promover a relevância do Direito Digital, contudo a falta de uniformidade nas alterações abre margem para o risco de interpretações contraditórias que podem, inclusive, prejudicar a segurança jurídica tanto almejada.¹¹⁰¹

1100 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão. Brasília**, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494>. Acesso em: 21 set.. 2024.

1101 DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na Reforma do Código Civil. In: MARTINS-

Em síntese, a fundamentação das justificativas é insuficiente, o que as torna pouco robustas para legitimar tamanha alteração no Código Civil, pois não conseguem demonstrar a dita defasagem da legislação. Assim, o que o legislador fez, no entanto, foi utilizar o Direito Digital como suporte para difundir a necessidade da reforma, o que resultou em (i) expressões avulsas e sem uniformidade se referindo ao ambiente digital ao longo dos dispositivos alterados e (ii) um Livro de pouca utilidade que é contraditório, inclusive, aos supostos problemas que pretende resolver.

4 O CONTEÚDO DO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL NÃO SUSTENTA OS OBJETIVOS AOS QUAIS SE PROPÕE

Compreendidas as justificativas da comissão de juristas para inclusão do Livro de Direito Civil Digital, este tópico pretende demonstrar que são incompatíveis com o conteúdo apresentado nos dispositivos do Livro. Serão apresentados exemplos que indicam que o Livro de Direito Civil Digital não resolve ou sequer ameniza os problemas elencados em sua justificativa. Pelo contrário, abre espaço para ainda mais divergências acerca do tema.

Nesse sentido, será demonstrado que: (i) o conteúdo apresentado no Livro de Direito Civil Digital, em geral, não é inovador; (ii) o Livro apresenta “respostas” para problemas que não existem; (iii) a insegurança jurídica alegada na justificativa não é resolvida. Cada uma dessas alegações será confirmada com a exemplificação de alguns dos dispositivos presentes no texto da reforma do Código Civil.

A principal justificativa apresentada para a inclusão de um livro no código é a necessidade de criar novos dispositivos para suprir a defasagem da legislação atual para regulamentar novos problemas oriundos do ambiente virtual. Todavia, em grande parte do texto, as soluções utilizadas pelo legislador para resolver os “novos problemas”

COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). **Boletim IDiP-IEC**. Vol. XXVII. Canela-São Paulo, Publicado em 24.07.2024

perpassam por institutos e conceitos jurídicos já existentes e, inclusive, com previsão legal no Código Civil e na Constituição Federal¹¹⁰².

Um dos primeiros artigos do Capítulo II, intitulado “Da Pessoa no Ambiente Digital”, dispõe que é possível que a pessoa requeira a exclusão de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis sem finalidade justificada, nos termos da lei. Ocorre que o art. 8º, §5º, da LGPD, já garante ao sujeito a possibilidade de revogação do consentimento para o tratamento de seus dados¹¹⁰³. Ou seja, há previsão na LGPD sobre o direito de a pessoa ter total controle sobre seus dados pessoais, inclusive se isso significar requerer excluí-los.

Outro exemplo da falta de inovação do texto do Livro também no Capítulo II é o reconhecimento de uma identidade digital que funcionaria como meio oficial de identificação dos cidadãos em ambientes digitais. Todavia, o legislador aparentemente ignorou que outras normas já se ocupam de regulamentar esta exata questão, como a Lei nº 7.116/1983, que dispõe sobre as Carteiras de Identidade e o Decreto nº 10.977/22, que prevê formas de validação eletrônica da carteira de identidade e até mesmo a carteira de identidade em formato digital¹¹⁰⁴.

Além disso, o legislador também tenta enfrentar problemas que não necessariamente existem. Não obstante o ambiente virtual crie diversos desafios, algumas relações estabelecidas em meio digital apenas replicam relações já existentes no mundo físico. Nesses casos não há razão para ignorar os institutos jurídicos que já existem tão somente porque a relação foi concretizada por meio distinto. Contudo,

1102 Isso se evidencia quando o legislador invoca, no Livro de Direito Civil Digital, os direitos da personalidade, o controle sobre dados pessoais, a proteção à dignidade humana, a regulação sobre contratos digitais e a herança digital, por exemplo.

1103 § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

1104 Além dessas duas leis, também há a Lei nº 13.444/2017, que dispõe sobre a Identificação Civil Nacional e a Lei nº 14.129/2021 que prevê que o CPF e o CNPJ são suficientes para identificar o sujeito nos bancos de dados de serviços públicos.

a abordagem da reforma à matéria contratual, disposta no Capítulo VIII do novo Livro de Direito Civil Digital, não poderia ter sido mais contrária a isto.

Há um impasse, por exemplo, ao verificar um capítulo destinado a regular contratos celebrados por meios digitais enquanto já existe no atual Código mais de 430 artigos¹¹⁰⁵ destinados a tutelar normas gerais e específicas de diferentes espécies contratuais. A criação de um capítulo específico sugere que o arcabouço normativo contratual não é suficiente para regular a celebração de contrato por meios digitais, o que não é verdade. Ademais, ainda que houvesse necessidade de incluir dispositivo específico sobre contratos digitais, em observância à sistematicidade do Código Civil de 2002, tal disposição deveria tomar lugar junto à matéria contratual.

Por fim, o legislador supõe um cenário em que a ausência de normas próprias sobre Direito Digital provoca insegurança jurídica e que isto estaria solucionado com a inclusão de um novo livro. No entanto, a hipótese não prospera. Primeiro, não é verdade que as relações firmadas em ambiente virtual estão desprotegidas. Segundo, quando se trata de questões específicas, os dispositivos do livro de Direito Digital remetem à legislação especial, ainda inexistente, terceirizando o problema e, na prática, deixando de solucionar o problema da insegurança jurídica.

Isso acontece, por exemplo, no Capítulo VII, intitulado Inteligência Artificial, no qual o legislador atribui à legislação específica a regulação do desenvolvimento e uso da inteligência artificial e da robótica em áreas relevantes para os direitos da personalidade. Além disso, no Capítulo V, que dispõe sobre patrimônio digital, o legislador também deixa a cargo de legislação especial a regulação do tempo de guarda, pelas plataformas, das mensagens privadas do falecido.

Diante disso, percebe-se, no que tange ao Livro de Direito Civil Digital, que as justificativas das quais se valeu a comissão de juristas

1105 Art. 421 a 853, do Código Civil.

responsável pela reforma do Código Civil não são suficientes para sustentar tais alterações.

5 INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CORRETA INTERPRETAÇÃO DA PROPOSTA LEGISLATIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS RAZÕES DE SUA REFORMA

O tópico 3 deste trabalho debruçou sobre as justificativas apresentadas pelo legislador para legitimar a reforma do Código Civil, em especial a inclusão do livro de Direito Digital. Em síntese, as críticas foram construídas com base na imprevisibilidade normativa de problemas específicos do ambiente virtual e na insegurança jurídica gerada por esse fato. O tópico seguinte ilustrou, por meio de exemplos, que o conteúdo do livro o qual se pretende incluir ao Código não corresponde com as razões expostas em sua justificativa.

Portanto, se as críticas apontadas pelo legislador atual, as quais deram origem às justificativas para a reforma e, mais especificamente, à inclusão de um livro sobre Direito Digital, não são respondidas na proposta legislativa, deve-se questionar o porquê da contradição. Para além dos problemas estruturais de técnica legislativa que foram abordados em outras ocasiões¹¹⁰⁶, a hipótese deste trabalho é que, na realidade, há uma divergência teórica e metodológica entre a comissão responsável pela reforma do Código Civil e a estrutura normativa atual que motiva as críticas.

Nos quase 90 artigos sobre Direito Digital do anteprojeto da reforma, a Comissão de especialistas buscou antever uma série de situações específicas que poderiam submeter-se às regras ali

1106 Giordano Soares Roberto, Sthefano Divino e Thaís Sêco ocuparam, em seus trabalhos, de pontuar problemas relacionados à imprecisão da técnica jurídica na reforma do Código Civil. Cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024; DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na Reforma do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XXVII. Canela-São Paulo, Publicado em 24.07.2024.

estipuladas. Tal abordagem condiz com parte da justificativa do próprio livro que descreve a tentativa do legislador de abordar meticulosamente desde disposições gerais até normas específicas.

De imediato, surpreende a tentativa de estipular regras meticulosas em um Código cuja diretriz é a operacionalidade. A situação se agrava quando esse conjunto de regras recai sobre um tema, como o Direito Digital, que se altera substancialmente em curtos períodos de tempo em razão de inovações tecnológicas. Mecanismos de inteligência artificial, internet das coisas, *blockchain* e realidade virtual, por exemplo, sequer poderiam ser imaginadas como parte do cotidiano das pessoas há alguns anos.¹¹⁰⁷

Por um lado, a estrutura do Código Civil atual aspira à longevidade, por meio da sistematização de normas, muitas vezes de caráter aberto, intencionalmente organizadas entre livros que se complementam e se entrelaçam naquilo que couber. Por outro, a proposta de inclusão de um livro próprio de Direito Digital adota metodologia cujas semelhanças com a técnica da subsunção são diametralmente opostas à metodologia adotada no Código Civil de 2002. Percebe-se, portanto, um embate teórico e metodológico não explicitado nas razões da reforma e que, em grande medida, influencia as consequências de uma possível aprovação da proposta encaminhada ao Senado.

As inúmeras e vultosas alterações propostas pela reforma evidenciaram que não se trata apenas da atualização de dispositivos pontuais do Código, mas de uma mudança robusta na legislação que altera a sistemática adotada pelo legislador em 2002 e, conseqüentemente, influencia a atuação do operador do direito. Pode-se dizer que a Comissão responsável foi negligente ao não evidenciar a discordância metodológica porque “a reflexão sobre o método não é

1107 BARROS, Samuel. **Evolução tecnológica**: um olhar para os últimos 50 anos. Exame, online, 16 ago. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/V8bAl>. Acesso em: 07 set. 2024.

tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta”.¹¹⁰⁸

A ausência de uniformidade de uma teoria adotada na elaboração do que virá a ser o Código Civil, caso seja aprovado o texto em discussão, tem como consequência a impossibilidade de exigir do jurista coerência na aplicação da norma.¹¹⁰⁹ Se com um texto claro, com princípios e diretrizes bem estabelecidos, os juristas já enfrentam percalços em sua interpretação que são, ou devem, ser enfrentados a partir de uma lógica argumentativa, imagina-se o que seria enfrentar um Código que não possui nem mesmo coerência normativa interna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo demonstrar que a inclusão do Livro de Direito Civil Digital no Código Civil, a partir da proposta apresentada na reforma, não é apto a resolver as críticas apontadas pelo legislador nem ao justificar a necessidade de uma reforma e nem na justificativa do próprio livro. Isso demonstra que o conteúdo do livro não sustenta as razões para a sua inclusão, evidenciando uma incompatibilidade entre as motivações do legislador e a proposta da reforma.

Para investigar tal incoerência foi necessário retomar as bases metodológicas sobre as quais o Código Civil de 2002 se edificou, pontuando diretrizes importantes como a operacionalidade e a sistematicidade. Destas, extrai-se o objetivo de estruturar um sistema normativo coeso e centrado no Código Civil, com normas de estrutura aberta coerentes entre si e com outras normas buscando um ordenamento jurídico completo. Com essa estrutura, o código atual busca, pelo menos até o momento, a longevidade, por atribuir ao intérprete o dever de operar o Direito conforme a evolução da

1108 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 124.

1109 PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

sociedade, contando, para isso, com a técnica de funcionalização da norma para solução do problema.

O segundo passo foi explicitar as razões apresentadas pelo legislador para justificar a necessidade da reforma do código, bem como a inclusão do Livro de Direito Digital. Em síntese, as razões são a alegada defasagem do Código Civil para lidar com problemas oriundos do avanço tecnológico no ambiente virtual, em especial a internet, e a insegurança jurídica que seria ocasionada por tal situação. No entanto, ao analisar o conteúdo dos artigos propostos no novo livro, identificou-se que são incoerentes com a justificativa apresentada pelo legislador porque não resolvem os problemas apontados.

A proposta de inclusão do Livro de Direito Civil Digital utiliza a técnica da subsunção, o que é contraditório à sistemática adotada pelo código atual. Em sua elaboração, o anteprojeto identificou justamente nesta técnica uma limitação normativa por ser ineficaz aos juristas antever todas as situações, e, nesse aspecto, mais ainda no que se relaciona ao ambiente virtual. Ao apontar, então, uma suposta defasagem da legislação atual para regulamentar certas situações e propor uma solução que retoma à subsunção do fato à norma, o legislador, na verdade, expressa uma divergência metodológica daquela utilizada na elaboração do Código Civil de 2002.

Este trabalho chama atenção para essa divergência porque considera importante que em uma reforma legislativa tão significativa, em especial pelo teor e quantidade de alterações propostas, sejam reveladas as reais motivações. As razões importam porque a metodologia utilizada na elaboração da legislação afeta sua interpretação, bem como o papel do operador do direito, do qual é esperado (e muito exigido) coerência. Sem consciência do método utilizado, pouco se pode esperar de um ordenamento jurídico coerente e seguro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Samuel. **Evolução tecnológica**: um olhar para os últimos 50 anos. Exame, online, 16 ago. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/V8bAl>. Acesso em: 07 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494>. Acesso em: 21 set.. 2024.

DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na Reforma do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). **Boletim IDiP-IEC**. Vol. XXVII. Canela-São Paulo, Publicado em 24.07.2024.

KEMP, Simon. **Digital 2024**: Brazil. DataReportal, online, 23 fev. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil?rq=brasil>. Acesso em: 22, set. 2024.

KEMP, Simon. **Digital 2024**: July Global Statshot Report DataReportal, online, 31 jul. 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-july-global-statshot>. Acesso em: 22, set. 2024.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil: O intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnológicos**: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto de Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 753, a. 87, p. 24-48, jul, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-169.

MARTINS-COSTA, Judith; MELO, Diogo Leonardo Machado de; ARAUJO, Paulo Doron R. de. Introdução. **Revista do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 38, ano 27, p. 14-19, 2024

MORATO, Antonio Carlos. Codificação e Descodificação: Uma Análise Acerca do Tema. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. v. 98, out, 2003, p. 95-120.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Código Civil de 2002: revisitando a principiologia e o emprego das técnicas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **20 anos do Código Civil**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 37-62.

PEREIRA, Fábio Queiroz. Consolidação e codificação em direito civil: bases conceituais e experiências sulamericanas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. [s. v.], n. 33, p. 1-20, jun, 2018.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

REALE, Miguel, **O Projeto do Novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**, São Paulo, Saraiva, 2000.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Em defesa do velho Código Civil**. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E COLONIALIDADE DE DADOS NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Roberto Henrique Pôrto Nogueira¹¹¹⁰

Sabrina Pedrosa Dias¹¹¹¹

RESUMO: A dinâmica do trabalho de revisão e de atualização do Código Civil foi segmentada em subcomissões de trabalho, uma delas atrelada à recomendação de acréscimo de livro inédito sobre “direito digital”. A suspeita intenção de atualizar ou rever algo que não existe suscita objetivo do presente texto, qual seja, o exame da aptidão da proposta da subcomissão temática em foco para fazer frente a problemas e discussões estruturais, alusivas aos próprios fundamentos epistemológicos que jazem ao regime jurídico da inteligência artificial e do seu processamento de dados, que, por hipótese, foram negligenciados. Almeja-se, assim, investigar se a proposta de atualização legislativa, referente à identificação do uso de inteligência artificial (IA) na prestação de serviços e no acesso a conteúdos digitais, cuidou, em alguma medida, de adotar expedientes de enfrentamento ao risco da colonialidade de dados, oportunizada, em grande parte, pela discriminação algorítmica e pela opacidade da arquitetura de funcionamento da tecnologia. A pesquisa teórica hipotético-dedutiva chegou ao relevante achado de que a sugestão de texto normativo atinente ao tema, a despeito de ostentar princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, não apresenta previsão expressa de mecanismos de transparência e de expedientes de pronto exercício de direitos da pessoa usuária,

1110 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP-UFOP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Mestrado Acadêmico em Direito – Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto. Associado da Ampdic - Associação Mineira de Professores de Direito Civil e do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Advogado.

1111 Mestranda em Novos Sujeitos, Novos Direitos pela UFOP.

tampouco preferência de manutenção de bases de dados pessoais em território nacionais e de priorização de incentivo a tecnologias internas, o que acarreta a fragilização das estruturas legais capazes de mitigar a opacidade no tratamento de dados e a discriminação algorítmica, fenômenos comuns em uma conjuntura de colonialidade de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil. Inteligência artificial. Reforma.

INTRODUÇÃO

Em 2023, o presidente do Senado Federal estabeleceu uma Comissão de Juristas¹¹¹², dividida internamente em subcomissões temáticas, com o objetivo de revisar e atualizar o Código Civil vigente. Reuniões ordinárias da Comissão, audiências públicas e encontros com instituições variadas buscaram interagir, em alguma medida, com a comunidade jurídica.

No Parecer n. 01¹¹¹³ da subcomissão de Direito Digital, ostentaram-se, como diretrizes aplicadas à dinâmica da elaboração de propostas de “atualização” e “revisão” do Código Civil, positivar as interpretações consolidadas na comunidade jurídica nacional e internacional, corrigir falhas redacionais e inserir inovações decorrentes dos avanços tecnológicos, respeitando sempre os princípios fundamentais do direito.

Desponta, desse quadro, a questionável existência de uma seção desprovida de objeto de trabalho, ou seja, uma subcomissão ocupada em criar um novo Livro para o Código, intitulado “Do Direito Civil Digital”. É possível atualizar ou rever algo que não existe?

1112 SENADO FEDERAL. **Ato do Presidente do Senado Federal nº 11**, de 2023. Institui a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1717413021486&disposition=inline>. Acesso em: 11 ago. 2024.

1113 SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil – CJCODCIVIL. Subcomissão de Direito Digital. **Parecer nº 1**. Brasília DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>. Acesso em: 11 ago. 2024.

De todo modo, os trabalhos foram justificados pelas mudanças sociais profundas das últimas décadas. Com isso, também se sulca a brecha para o escopo deste texto, que busca encarar problemas e discussões estruturais, alusivas aos próprios fundamentos epistemológicos que podem ter sido turvados no processo.

O resgate da discussão epistemológica de base, portanto, serve não apenas para lançar luzes sobre aspectos abarcados pela proposta normativa, mas, sobretudo, como se objetiva no presente ensaio, para revelar, eventualmente, disfunções jurídicas que eclodem em contraste com a pauta constitucional que congrega previsões voltadas a coibir práticas discriminatórias, usualmente pouco transparentes. Tão importante como alvejar o que foi feito é a crítica que pode evidenciar o que ficou oculto.

Há espaço, portanto, para o debate sobre a eventual superficialidade da proposta legislativa referente à identificação do uso de inteligência artificial (IA) na prestação de serviços e no acesso a conteúdos digitais, para o propósito de refrear a colonialidade de dados, que, ao mesmo tempo que permite a discriminação algorítmica, é favorecida pela opacidade da arquitetura de funcionamento da tecnologia em apreço. Indaga-se, assim, se a proposta contempla diretrizes concretas ou prontamente operáveis para endereçar tais questões.

Esse é o objetivo do presente trabalho, que revela sua importância na medida em que contribui para a ampliação da compreensão sobre a inviabilidade de garantias formais dissociadas da preocupação com a sua exequibilidade, em um panorama de estruturas e funcionamentos sofisticados que alinham alta complexidade e baixa transparência.

Cabe, por fim, a advertência de que o estudo que se descortina não pretende densificar teores normativos de princípios, de cláusulas gerais abertas e de conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, para tanto, outras frentes de investigação precisariam ser assumidas e os resultados não caberiam na dimensão do artigo. Entretanto, hipotético-dedutivamente, parte-se do pressuposto segundo o qual o simples recurso a tais figuras pode acarretar baixa concretude

ou operabilidade dos direitos que, por sua via, têm sua efetivação preterida.

1 IDENTIFICAÇÃO DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E NO ACESSO A CONTEÚDOS DIGITAIS

O Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil¹¹¹⁴ trouxe a proposta, inserida no capítulo da “Da prestação de serviços e do acesso a conteúdos digitais”, do dispositivo legal de n. 609-B, consoante o qual os prestadores de serviços e de conteúdos digitais, em especial os de intermediação e de busca na internet, devem agir conforme a boa-fé, para permitir o armazenamento, de forma duradoura, dos contratos e para manter a transparência nos negócios e na elaboração das cláusulas contratuais gerais.

Fixam-se, assim, imperativos de boa-fé e de transparência nos negócios que envolvam interação com dados em formato digital e no ambiente virtual.

Adiante, no que toca à utilização de IA na prestação do serviço digital, o art. 609-F apregoa norma que determina a identificação clara a esse respeito, assim como a adoção de padrões éticos oriundos dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Em capítulo dedicado exclusivamente à IA, a proposta de revisão e atualização do Código Civil sujeita o desenvolvimento de sistemas correlatos ao atendimento de direitos fundamentais e à garantia de sua segurança e confiabilidade, reforçando, em meio a outros, os comandos de não discriminação em relação às decisões; de transparência, de

1114 SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil – CJCODCIVIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 10 set. 2024.

auditabilidade, de explicabilidade, de rastreabilidade, de supervisão humana e de governança.

A justificativa de tal abordagem figura na parte final do retromencionado Parecer n. 1, mediante a afirmativa de que “é fundamental, ainda, que o direito civil estabeleça direitos para as pessoas naturais que interagem com sistemas de IA”¹¹¹⁵. Como autoevidentes, emergem na qualidade de aspectos centrais a transparência e o direito à informação (este último corresponderia, a seu turno, ao direito de pessoas usuárias terem salvaguardado o direito de entender o modo de operação da IA e os impactos em suas vidas). Ao que parece, essa seria a estratégia capaz de fomentar uma relação mais informada e consciente, mesmo quando houvesse participação de IA.

Ainda em sede de justificativa, o relatório final em análise sustenta que a normativa foi elaborada em conformidade com os direitos fundamentais e de personalidade.

A teia normativa trazida à baila contempla diretrizes concretas ou prontamente operáveis para fazer frente à colonialidade de dados, fenômeno fértil à discriminação algorítmica e à opacidade nos processamentos de informações operados por IA?

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A tecnologia não necessariamente consiste em uma força externa impassível de ser controlada pelos humanos. Não se trata de uma escolha binária entre “aceitar e viver com ela” ou “rejeitar e viver sem ela”. Há uma pluralidade de desenhos possíveis de interação e expansão do uso do ciberespaço. A complexidade e as nuances presentes na contemporaneidade digital, marcada pela nanotecnologia e pelas

1115 SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil – CJCOCIVIL. Subcomissão de Direito Digital. **Parecer nº 1**. Brasília DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>. Acesso em: 11 ago. 2024.

formas de conexão em rede, implicam a urgência de adequação normativa¹¹¹⁶.

No mundo digital todas as formas de comunicação e de conteúdo são representadas pelos chamados *bits*, que são as menores unidades binárias de informação. A mutação das informações em uma linguagem comum aos computadores, às telecomunicações digitais e a outras formas de informação gera uma potencial convergência de linguagens. Segundo Siqueira, tal convergência é a fusão das três grandes áreas das tecnologias de comunicação e da informação, que podem ser designadas de forma simplificada por área de computadores, área de comunicações e área de conteúdo¹¹¹⁷.

Essa conjuntura traz à tona as adversidades da exposição das relações humanas às redes informáticas interconectadas. As possibilidades envoltas nas conexões estabelecidas por bilhões de pessoas através de dispositivos móveis, por exemplo, são imensuráveis e dão substrato a um poder de processamento sem precedentes na história do desenvolvimento humano¹¹¹⁸.

A habilidade para processamento massivo de dados guarda relação direta com a viabilidade de operação de modelos elaborados de inteligência artificial, que se tornam cada vez mais presentes no cotidiano social.

Barbosa e Portes¹¹¹⁹ afirmam que, para John McCarthy, a expressão “inteligência artificial” refere-se ao campo da ciência que busca produzir sistemas inteligentes, cujo propósito é estudar, desenvolver e empregar o uso de máquinas para que realizem atividades humanas de forma autônoma. É almejada a elaboração de estruturas, físicas

1116 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo/SP: Edipro, 2016, p.14, 16-17.

1117 SIQUEIRA, Ethevaldo. **Para compreender o mundo digital**. São Paulo: Editora Globo, 2008.

1118 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo/SP: Edipro, 2016, p.17.

1119 BARBOSA, Lucia Martins; PORTES, Luiza Alves Ferreira. A inteligência Artificial. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 236, p. 16-27, mar. 2023. Trimestral. ISSN: 0102-5503. p.17-18.

ou digitais, que simulem a capacidade humana de tomar decisões, resolver problemas e pensar. Esses sistemas são alimentados por bancos de dados, que subsidiam o aprendizado e permitem o reajuste de rotas de operação a partir de novas inserções de conteúdo. A IA permite que computadores sejam treinados para execução de tarefas específicas ou que tentem encontrar novas soluções através do reconhecimento de um padrão nos dados massivos. Isso possibilita ao mundo dos negócios atalhos em relação às vias tradicionais de atuação, otimizando processos e cortando caminhos. As autoras concluem, assim, que, desta forma, são tratadas enormes quantidades de dados, podendo ser ínfima a necessidade de intervenção humana durante o processamento.

A combinação do poder computacional, do volume significativo de dados e de técnicas de extração automática de padrões foi aprimorada com a criação de redes neurais artificiais “profundas” (*deep learning*).

Kaufman¹¹²⁰ explica que as redes neurais procuram espelhar-se no funcionamento do sistema nervoso humano, combinando unidades de processamento simples em camadas que se interconectam, como nas sinapses do cérebro humano. A autora preleciona que a estrutura codifica uma expressão matemática que mapeia conjuntos de valores de entrada (*inputs*) e os transforma em valores de saída (*outputs*), tendo apresentado diversos resultados exitosos, inclusive com ênfase na visão computacional e no reconhecimento de voz e imagem. Ainda segundo ela, a técnica se tornou estratégica em processos de decisão devido a sua capacidade de gerar *insights* preditivos com taxas relativamente altas de precisão.

Lado outro, de forma simultânea, surge a problemática envolta em seus desdobramentos na vida de cada pessoa usuária, que podem ser deletérios aos sabidos interesses mais caros à pauta constitucional de direitos fundamentais que formatam a autodeterminação informativa.

1120 KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a Inteligência artificial**. São Paulo: Grupo Autêntica, 2022, p.8, 9, 12, 13.

3 AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PROTEÇÃO DE DADOS

Se a IA depende do processamento de informação, é certo que a proteção de dados é adjuvante de escol nos debates apresentados. Fundamentalmente, cabe a discussão sobre a privacidade das pessoas titulares quanto às ações de tratamento de dados pessoais, que comportam coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Notadamente quando as operações de tratamento de dados pessoais permitem a identificação do titular, a participação dessa pessoa deve ser privilegiada, sob pena da configuração de práticas desleais, salvo quando autorizadas por lei¹¹²¹.

Na cena do regime jurídico dos dados pessoais, especial atenção reclama o resguardo de direitos voltados à adequada promoção e proteção das vulnerabilidades humanas. Tal realce sobressai em desdobramentos de normas havidas tanto em leis especiais, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o Marco Civil da Internet (MCI), quanto em direitos fundamentais que espraiam efeitos inclusive na dinâmica horizontal de relações jurídicas entre particulares.

A LGPD institui a disciplina da proteção de dados pessoais tendo como fundamento a autodeterminação informativa: os direitos ao acesso, à retificação, à exclusão, à portabilidade e à oposição ao tratamento de dados compartilham esse mesmo substrato. A rigor, quanto mais robusto é o arsenal jurídico para a promoção e proteção à autodeterminação informativa, menos abusos são esperados em operações de tratamento de dados. Afinal, regras de boas práticas e de

1121 DONEDA, Danilo. A Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural: Direito, Tecnologia e Sociedade Uma Conversa Indisciplinar**, São Paulo, v. 1, n. 16, p. 136-145, jun. 2014, p.145.

governança de dados fortalecem a autodeterminação informativa em virtude do incentivo à criação de protocolos direcionados a facilitação do exercício de direitos, otimização da segurança e dos padrões técnicos, acontecimento regular de ações educativas, ampliação de mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos.

Anteriormente, pouco se problematizada acerca da autodeterminação informativa nas relações privadas, tendo em vista que a maior parte das ameaças do processamento de informação eram advindas do Estado. Entretanto, na medida em que se pluralizam os agentes de tratamento e se expandem potenciais de processamento de dados de grandes organizações econômicas, ganha relevo a possível prerrogativa jurídica de pessoas titulares quanto ao controle sobre suas próprias informações¹¹²².

A compreensão exposta por Rodotà relativa aos novos contornos assumidos pelos direitos à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da pessoa natural vai ao encontro da ideia da privacidade como um direito de manutenção do controle sobre a esfera particular e a suas informações¹¹²³.

Com efeito, a autodeterminação informativa tende a ser efetiva na proporção direta da transparência e da lisura das operações de tratamento. A sua concretização depende de mecanismos de transparência e de expedientes de pronto exercício de direitos da pessoa usuária, que foram previstos pela LGPD de modo expreso. Logo, cabe aferir se a teia normativa trazida a lume na proposta de atualização do Código Civil, que pretende assegurar a identificação no uso de inteligência artificial na prestação de serviços e de conteúdos digitais, goza de concretude e operabilidade para o mister de mitigar

1122 BASAN, Arthur Pinheiro. A lei geral de proteção de dados pessoais e a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Arquivo Jurídico: Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, Teresina - Piauí, v. 8, n. 1, p. 9-36, jun. 2021, p. 14.

1123 SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Proteção de dados pessoais e os contornos da Autodeterminação Informativa. **Informação & Sociedade: Estudos**, [S.L.], v. 30, n. 2, p. 1-19, 15 jun. 2020, p. 2-8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22478/ufpb.1809-4783.2020v30n2.52483>. Acesso em 11 ago. 2024.

a colonialidade de dados, que, por sua vez, favorece a discriminação algorítmica próspera na opacidade do tratamento de dados pessoais.

4 OPACIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

Os dados assumem papel central no crescente e vigorante mercado hodierno. Centrada na extração e no uso dos dados pessoais, a economia se amolda no que se chama de *data-driven economy*¹¹²⁴.

Operações de tratamento de dados vêm sendo implementadas por sistemas informáticos com poder computacional suficiente à implementação de complexos algoritmos, estes últimos compreendidos como recursos de operação de sistemas de IA. Os algoritmos podem ser descritos como fórmulas matemáticas, procedimentos codificados que transformam o dado coletado (*inputs*) em *outputs* desejados¹¹²⁵.

A esse respeito, Jurno e Dalben¹¹²⁶ levantam a questão importante de que algoritmos são concebidos para sistematizar os mais diversos resultados oriundos de operações de tratamento de dados, combinando variáveis, parâmetros e arquétipos cujas características são pré-estabelecidas pelo controlador. Possivelmente, os interesses desse agente de tratamento não coincidem com aqueles dos titulares de dados. Logo, exatamente nessa dimensão, vale aludir ao chamado “algoritmo de relevância pública”, que trata dados da pessoa usuária de forma a direcionar conteúdos, a enviar processos deliberativos, a prever comportamentos e preferências.

O problema é que esse *modus operandi* é capaz de modelar a diversidade dos projetos de edificação de personalidade; de dirigir o sentido do discurso público (dilatando as plataformas políticas de

1124 FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores e os desafios para o seu enfrentamento*. **Jota**, São Paulo, v. 1, n. 1, ago. 2018, p. 1-6.

1125 GILLESPIE, Tarleton. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, abr. 2018.

1126 JURNO, Amanda Chevtchouk; DALBEN, Sílvia. Questões e apontamentos para o estudo de algoritmos. **Parágrafo**, [s. l], v. 1, n. 6, p. 17-29, abr. 2018, p. 20.

poder); e de reprimir as próprios canais e fluxos do conhecimento e do desenvolvimento humano.

Parte da estratégia de tratamento de dados, ou parte do seu objetivo, é a perfilização, metodologia de apreciação e categorização de informações de pessoas usuárias, que guarda a meta de delineamento de perfis sofisticados em sua caracterização, firmando-se padrões de condutas, empregáveis para aprimoramento de abordagens do titular na oferta de produtos e serviços, bem como na indução de comportamentos.

A perfilização pode engendrar sérios riscos ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas titulares na medida em que essas representações virtuais têm o poder de crescer ou diminuir oportunidades sociais em aspectos centrais da vida, como emprego, moradia, crédito ou justiça criminal, de acordo com o *score* conferido individualmente. Assim, dados que destoem da realidade ou que estejam impregnados de vieses incrustados no algoritmo podem lograr predições discriminatórias sobre o ser ou sobre segmento social particular¹¹²⁷. Mendes e Fonseca esclarecem, ainda, que a rede percorrida pelo fluxo de dados é vasta e complexa, utilizada para diversos fins. Como resultado, torna-se improvável que a pessoa titular consiga dominar questões estruturais e funcionais envolvidas em processos nos quais toma parte.

Por meio da categorização de pessoas usuárias, definem-se suas principais características identitárias e patrimoniais, conforme tenham sido evidenciadas na dinâmica de interação. É por isso que o expediente da perfilização tem a si inerentes deveres assinalados na LGPD, tais como o de transparência acerca do perfil traçado, evitando-se o uso de critérios discriminatórios para tanto. Devem ser evitados dados sensíveis no delineamento do perfil. Na medida do possível, a pessoa usuária deve contribuir, conscientemente, para a formatação

1127 MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 507-533, 23 set. 2020, p.517-518. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i2.521>. Acesso em: 11 ago. 2024.

de seu retrato, para ter a ciência dos fins e das possibilidades que a estratégia encerra.

Para Pasquale, trata-se de forma peremptória de dominação a aptidão para destrinchar minúcias alheias mantendo-se omissas as suas próprias. Os reais beneficiários dessa postura são os agentes de tratamento, que obtêm enormes lucros com a prática. Mesmo assim, controladores de dados sustentam o “mito”¹¹²⁸ de que o tratamento e o direcionamento de informações geram benefícios a consumidores por criarem uma internet personalizada com conteúdos de seu genuíno interesse.

O tratamento massivo de dados é muitas vezes empreendido de forma obscura, sem a ciência efetiva da pessoa titular. A utilização de linguagens computacionais, técnicas, longos contratos e termos de adesão suscitam opacidade ao processamento das informações.

Os onipresentes ‘acordos de termos de serviço’ são destacados por Zuboff como um cenário propício a inobservância de expectativas de proteção, vale dizer, contratos de adesão tendem a articular cláusulas que se inserem no estereótipo “é pegar ou largar”. Também chamados de *click-wrap*, esses contratos *online* empregam vocábulos que destoam do usual, algumas vezes em línguas estrangeiras, incorrendo em um conteúdo ininteligível para alguns e, portanto, opacos.¹¹²⁹

Faleiros Júnior e Basam¹¹³⁰ advertem que, em alguns sites, a mera navegação do internauta já obriga a aceitação formal das cláusulas de uso e de tratamento de dados, sem que haja qualquer indício de efetividade do entendimento. Simultaneamente, documentos longos e complexos permeiam técnicas para desencorajar a leitura. Busca-se seduzir a pessoa usuária à contratação, conduzindo sua atenção a partir da ampla cognição de preferências e detalhes que passam a

1128 PASQUALE, Frank. **The black box society**: the secret algorithms that control money and information. London, England: Harvard University Press, 2015, p. 3-5.

1129 ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021, p. 67-68.

1130 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Algoritmos, perfilação e contratos eletrônicos de consumo. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, Brasil, v. 17, n. 43, p. 41-70, dez. 2022, p.49-52.

se imiscuir discretamente na dinâmica de tempo de visualização de uma página e de atividade de navegação. Dessa forma, pavimenta-se o caminho para o uso de *nudges* publicitários clandestinos.

A opacidade na utilização de algoritmos, segundo Rossetti e Angeluci, possui uma ética aporética incipiente à sua natureza complexa, que não são facilmente compreendidos por pessoas alheias ao mundo da computação. Ainda, o caminho para criação do algoritmo comumente não é disponibilizado, sendo alocados em camadas cibernéticas profundas chamadas de *deep learning*, região onde tais mecanismos podem reinventar-se e reprogramar-se. Consequentemente, a compreensão dos processos que precedem as conclusões dos algoritmos torna-se opaca.

A principal argumentação dos programadores em prol da manutenção da opacidade no tratamento dos dados e processos, conforme Rossetti e Angeluci¹¹³¹, reside no próprio princípio da privacidade dos titulares, na segurança contra o seu emprego para fins ilícitos e na proteção do trabalho dos programadores contra a apropriação indevida por seus concorrentes. Tais argumentos são, no mínimo, anacrônicos, pois na suposta tentativa de manterem privados os dados, toda a interface de seu processamento é opacizado às próprias pessoas interessadas.

A opacidade no tratamento de dados, portanto, revela-se como obstáculo à efetivação da autodeterminação informativa. Na esteira das preleções dos autores mencionados, a eventualidade do enviesamento de decisões humanas por algoritmos, que nem sempre são livres de traços subjetivos, repassados de forma consciente ou inconsciente por profissionais de programação, expõe um dos maiores imbróglios jurídicos atinentes ao livre desenvolvimento de cada projeto de vida. Assim, a opacidade exerce o papel de naturalizar a captura de dados e a

1131 ROSSETTI, Regina; ANGELUCI, Alan. Ética Algorítmica: questões e desafios éticos do avanço tecnológico da sociedade da informação. **Galáxia (São Paulo)**, [S.L.], v. 1, n. 46, p. 1-18, jan. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-2553202150301>. Acesso em: 11 ago. 2024.

discriminação algorítmica, ao abrir espaço fértil para a colonialidade de dados.

5 COLONIALIDADE DE DADOS

O mito da modernidade que insurgiu há cerca de 500 anos baseado em uma supremacia europeia ainda se perpetua com os estereótipos de subalternização de culturas e a separação de pessoas de acordo com suas características. Nesse sentido, Enrique Dussel explica a necessidade de negar o mito civilizatório e a inocência da violência moderna, reconhecendo-se a injustiça da *práxis* sacrificial da Europa, de forma a superar a limitação essencial da razão emancipadora como sinônimo de razão libertadora, para denotar o eurocentrismo como uma razão ilustrada. Afinal, esse arcabouço sustenta a falácia desenvolvimentista e o processo de modernização dito hegemônico. Para o autor, deve-se abandonar a ideia que parte da perspectiva linear de desenvolvimento, comumente partindo de marcos importantes sob o ponto de vista europeu.

A demarcação entre o Velho e Novo mundo na era colonial como uma ‘linha cartográfica abissal’ foi cunhada por Boaventura de Souza Santos¹¹³², mostrando que ela ainda subsiste estruturalmente no pensamento moderno ocidental e são basilares para relações políticas e culturais excludentes mantidas no mundo contemporâneo. Segundo ele, são demarcadas duas realidades sociais distintas, o universo disposto em um lado da linha e do outro lado da linha.

Delineia-se, desse modo, a continuidade da exploração de riquezas das pessoas oriundas de locais vistos como subalternos, pela exculturação de povos, pela proliferação de uma cultura de desinformação e de dominação de mercados, pela coisificação de

1132 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], n. 79, p. 71-94, nov. 2007, p. 74, 77, 78. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002007000300004>. Acesso em: 11 ago. 2024.

pessoas e pelo exercício de poder sobre os colonizados¹¹³³. A relação entre a localização dos agentes e a divisão do mundo por linhas cartográficas abissais continua perpetuando tramas políticas e culturais excludentes, mantidas no sistema mundial contemporâneo, inclusive na esfera digital¹¹³⁴. O colonialismo de dados ocorre na medida em que se pode escolher o que será acessado por pessoas circunscritas, limitando-se conteúdos e oportunidades a determinadas regiões ou classes¹¹³⁵. Baseado em uma assimetria de conhecimentos, concretiza-se o capitalismo de vigilância¹¹³⁶.

Couldry e Mejias referem-se ao fenômeno de captação e de utilização de dados das pessoas como “setor de quantificação social”. Com efeito, o colonialismo de dados pode atuar no panorama do tratamento de dados pessoais. O colonialismo de dados, em suas palavras, apropria-se de aspectos específicos da vida humana, indo do trabalho à escola. E mais: tem a destreza de tornear formas básicas de sociabilidade à rotina econômica de transações, incluindo a grade de julgamento e direção que é chamado de ‘governança’. Não obstante, ressaltam que o colonialismo de dados se define como a apropriação externa de dados, para mantê-los, parcial ou totalmente, fora do controle da pessoa titular a quem eles se referem.

O trabalho trata tal fenômeno por colonialidade de dados, que diz respeito a uma cena ampliada de práticas sociais, políticas, culturais e tecnológicas entrelaçadas para o tratamento de dados com

1133 SAWAIA, Bader. Identidade: uma ideologia separatista? In: SAWAIA, Bader (org.). **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 2. ed. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2001, p. 119-128, p.122.

1134 SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A hipótese do colonialismo de dados e o neoliberalismo. In: CASSINO, João Francisco; SOÚZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (org.). **Colonialismo: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal**. São Paulo/SP: Autonomia Literária, 2021, p. 33-51.

1135 DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. *Colección Sur Sur*, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005, p. 29.

1136 ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda et al. **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 15-68, p.48.

a predominância da influência de agentes de tratamento posicionados em localizações geográficas do Norte Global. Tais agentes acabam sendo ostentados pelas suas próprias estruturas como possuidores exclusivos ou preferenciais das tecnologias, disponibilizadas, gratuitamente ou a baixo custo, ao Sul Global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL CONCRETIZA DIRETRIZES PARA MITIGAR A COLONIALIDADE DE DADOS NO PROCESSAMENTO DE INFORMAÇÕES OPERADOS POR IA?

Como visto outrora, a proposta de revisão e atualização do Código Civil contemplou norma que determina que utilização de IA na prestação do serviço digital deve ser identificada, de maneira clara, com a adoção de padrões éticos próprios da boa-fé e da função social do contrato.

Além disso, estabelece, em capítulo próprio, que o desenvolvimento de sistemas de IA deve primar pela garantia de sua segurança e confiabilidade, para fortalecer as prescrições de não discriminação em relação às decisões; de transparência, auditabilidade, explicabilidade, rastreabilidade, supervisão humana e governança. Logo, a opacidade no tratamento de dados situa-se em posição diametralmente antagônica.

Percebe-se, contudo, a partir da rede teórica explicitada, que a opacidade no tratamento de dados é característica recorrente nas operações de sistemas de IA. Quanto maior é a opacidade no tratamento de dados, menor é a perspectiva de concretização da autodeterminação informativa. Nessa esteira, também é majorado o risco de discriminação. Esse conjunto de aparatos acoberta a colonialidade de dados.

Com efeito, em que pese a proposta de reforma e atualização do Código Civil fazer alusão a princípios jurídicos, a cláusulas gerais e a conceitos jurídicos indeterminados, os seus dispositivos legais

não apresentam previsão normativa expressa de mecanismos de transparência e de expedientes de pronto exercício de direitos da pessoa usuária, tampouco ostenta a preocupação declarada com a preferência de manutenção de bases de dados pessoais em território nacionais e com a priorização de incentivo a tecnologias nacionais. Consequentemente, fragiliza-se a exequibilidade de diretrizes regulatórias aplicáveis. Amplifica-se, portanto, a probabilidade da opacidade no tratamento de dados, que delineia campo propício à discriminação algorítmica. A atuação dessas engrenagens torna as operações de IA mais suscetíveis, portanto, à colonialidade de dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Lucia Martins; PORTES, Luiza Alves Ferreira. A inteligência Artificial. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 236, p. 16-27, mar. 2023.

BASAN, Arthur Pinheiro. A lei geral de proteção de dados pessoais e a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Arquivo Jurídico: Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, Teresina - Piauí, v. 8, n. 1, p. 9-36, jun. 2021.

DONEDA, Danilo. A Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural: Direito, Tecnologia e Sociedade Uma Conversa Indisciplinar**, São Paulo, v. 1, n. 16, p. 136-145, jun. 2014.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur**, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Algoritmos, perfilização e contratos eletrônicos de consumo. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, Brasil, v. 17, n. 43, p. 41-70, dez. 2022.

FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores e os desafios para o seu enfrentamento*. **Jota**, São Paulo, v. 1, n. 1, ago. 2018.

GILLESPIE, Tarleton. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, São Paulo, Brasil, v. 6, n. 1, p. 95-121, abr. 2018.

JURNO, Amanda Chevtchouk; DALBEN, Sílvia. Questões e apontamentos para o estudo de algoritmos. **Parágrafo**, [s. l], v. 1, n. 6, p. 17-29, abr. 2018.

KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a Inteligência artificial**. São Paulo: Grupo Autêntica, 2022.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.L.], v. 6, n. 2, p. 507-533, 23 set. 2020, p.517-518. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.21783/rei.v6i2.521>. Acesso em: 11 ago. 2024.

PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. London, England: Harvard University Press, 2015.

ROSSETTI, Regina; ANGELUCI, Alan. Ética Algorítmica: questões e desafios éticos do avanço tecnológico da sociedade da informação. **Galáxia (São Paulo)**, [S.L.], v. 1, n. 46, p. 1-18, jan. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-2553202150301>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], n. 79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002007000300004>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SAWAIA, Bader. Identidade: uma ideologia separatista? In: SAWAIA, Bader (org.). **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 2. ed. Petrópolis RJ: Editora Vozes, 2001, p. 119-128.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo/SP: Edipro, 2016.

SENADO FEDERAL. **Ato do Presidente do Senado Federal nº 11**, de 2023. Institui a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9448992&ts=1717413021486&disposition=inline>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil – CJCODCIVIL. Subcomissão de Direito Digital. **Parecer nº 1**. Brasília DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/documentos/7935>. Acesso em: 11 ago. 2024.

SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil – CJCODCIVIL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2630/>. Acesso em: 10 set. 2024.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A hipótese do colonialismo de dados e o neoliberalismo. In: CASSINO, João Francisco; SOUZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (org.). **Colonialismo: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal**. São Paulo/SP: Autonomia Literária, 2021.

SIQUEIRA, Ethevaldo. **Para compreender o mundo digital**. São Paulo: Editora Globo, 2008.

SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Proteção de dados pessoais e os contornos da Autodeterminação Informativa. **Informação & Sociedade: Estudos**, [S.L.], v. 30, n. 2, p. 1-19, 15 jun. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22478/ufpb.1809-4783.2020v30n2.52483>. Acesso em 11 ago. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda et al. **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 15-68.

A PERMANÊNCIA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DA PESSOA FALECIDA NO AMBIENTE DIGITAL E SUA TRANSMISSIBILIDADE CAUSA MORTIS: UMA ANÁLISE TEÓRICA E DOCUMENTAL

Ana Paula Lobato Campos¹¹³⁷

Débora Fernandes Pessoa Madeira¹¹³⁸

Sofia Tercio Costa¹¹³⁹

RESUMO: A sucessão *causa mortis*, originária do Direito Romano, envolve a transferência do patrimônio de uma pessoa falecida aos seus herdeiros. Atualmente, essa herança inclui ativos digitais, como fotos, vídeos e mensagens, acumulados em plataformas virtuais. Com o aumento da atividade online durante a pandemia da Covid-19, o volume de bens digitais cresceu, tornando o Direito Sucessório responsável por delimitar a herança digital. O desafio é determinar o que deve ser preservado ou descartado após a morte e quem tem o direito de decidir sobre esses bens, principalmente quando protegidos por senhas. A legislação atual ainda não aborda essa questão, mas há uma proposta de reforma do Código Civil para regular o patrimônio digital. O estudo buscou compreender o conceito de herança digital e a proteção dos direitos personalíssimos do falecido, destacando a importância de preservar a dignidade após a morte, garantindo o respeito à identidade do indivíduo, mesmo sem previsão legal expressa. Concluiu-se que o anteprojeto do Código Civil dispõe sobre o tema, buscando preservar os direitos da personalidade da pessoa falecida,

1137 Advogada formada pela Universidade de Itaúna (UIT), atuante nas áreas de Direito de Família e Sucessões.

1138 Graduada em Direito pela UFV; mestre em Direito Privado pela PUC-Minas, doutoranda em Economia Doméstica pelo Programa de Pós-Graduação em Economia Doméstica da UFV, professora assistente de Direito Civil da UFV.

1139 Técnica em Administração pelo IFES-Linhares e estudante do oitavo período do bacharelado em Direito na Universidade Federal de Viçosa.

mas que a jurisprudência do sudeste, diante da ausência de regulação, ainda não apresenta um posicionamento jurídico consolidado.

PALAVRAS-CHAVE: Herança digital. Transmissão causa mortis. Bens digitais personalíssimos.

1 INTRODUÇÃO

Um dos efeitos da morte da pessoa natural é a transmissão do seu patrimônio para os seus sucessores. A sucessão *causa mortis* tem suas raízes no Direito Romano e possui por objeto um conjunto de regras referentes à transmissão do patrimônio de uma pessoa que faleceu¹¹⁴⁰. Em que consiste este patrimônio que é transferido aos sucessores? Atualmente, dentre os bens que compõem a herança, surgem os ativos digitais que as pessoas acumulam no ambiente virtual, em plataformas digitais. Trata-se da herança digital, com importante repercussão no direito sucessório.

Com a pandemia da Covid-19, existiu um aumento da sociabilidade no meio virtual, devido às políticas de isolamento social, ampliando, conseqüentemente, o volume de bens produzidos nesse meio, classificados como: patrimoniais, existenciais e híbridos¹¹⁴¹. O Direito Sucessório tem agora uma nova missão: entender quais os limites materiais da herança digital. Devido à transição da vida e da morte do ambiente analógico para o digital, considera-se que a vida foi, de certa forma, prolongada, tornando a morte menos “definitiva”.

A legislação atual ainda é silente acerca do assunto, mas o tema, recente e em voga, já é objeto de uma proposta de reforma do Código Civil de 2002, apresentada em abril deste ano por uma Comissão

1140 Marzagão, Silvia Felipe; Mattos, Eleonora G. Saltão de. Q.testamento e suas formalidades: o hoje e o amanhã. *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Navares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões**: problemas e tendências. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 588.

1141 Leal, Livia Teixeira; Honorato, Gabriel. Herança digital: o que se transmite aos herdeiros? *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Navares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões**: problemas e tendências. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 321.

de Juristas, coordenada pelo ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, incluindo a regulação do patrimônio digital.

Pretendeu-se, com este estudo, compreender o conceito do patrimônio digital e discutir a proteção dos direitos personalíssimos de uma pessoa falecida. Para tanto, além de compreender os conceitos que subsidiam o tema, a partir de estudos bibliográficos já produzidos, foi feita uma análise documental, por meio da coleta e análise de jurisprudências do sudeste. Afinal de contas, como os tribunais do sudeste do Brasil estão lidando com os direitos personalíssimos do falecido? O que já se tem escrito sobre o tema e os julgados coletados podem nortear a construção de uma crítica construtiva à proposta de modificação do Código Civil.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REPERCUSSÕES *POST MORTEM* E INTRANSMISSIBILIDADE

Tratar sobre a transmissibilidade de bens existenciais e/ou híbridos, implica compreender os direitos da personalidade. Nas palavras de Rubens Limongi França: “Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”¹¹⁴².

De acordo com Maria Helena Diniz:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo

1142 França, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.033.

pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)¹¹⁴³.

Conforme o art. 11 do Código Civil, protege-se os direitos da personalidade, sob a égide da dignidade humana, sendo definidos como intransmissíveis e invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, coadunando com a proteção constitucional instituída no art. 5º, X.

Os direitos da personalidade se fundamentam no direito à dignidade e, assim, “ao lado do conceito de personalidade como aptidão para a titularidade de relações jurídicas, o direito civil protege também a personalidade em sua dimensão existencial, aspecto inerente e peculiar à pessoa humana”¹¹⁴⁴. As conceituações acerca dos direitos da personalidade são diversas e ainda há discussões acerca da sua natureza, mas não mais da sua existência como direitos subjetivos inerentes ao ser humano. E quanto à extensão da proteção desses direitos para depois da morte? Para o debate central deste texto, é relevante o aprofundamento teórico acerca dos direitos da personalidade do *de cuius*. Ainda que para o ordenamento jurídico brasileiro a personalidade se extinga com a morte, como é disciplinado no artigo 6º do Código Civil, é relevante discutir se é possível tratar de uma repercussão desses direitos para além do tempo em que perdura a personalidade jurídica.

Os dispositivos que estão em vigência hoje, não tratam sobre a extensão temporal dos direitos da personalidade. Apenas tangenciam o tema, justificando a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade através do direito dos próprios familiares, conforme o art. 12¹¹⁴⁵ do

1143 Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 142.

1144 Tepedino, Gustavo; Oliva, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil**: teoria geral do direito civil. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 146.

1145 Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Código Civil, que trata da transmissão *causa mortis* da titularidade da defesa dos direitos personalíssimos.

No mesmo sentido é a interpretação atual do art. 20, parágrafo único, do Código Civil, reiterada pelo enunciado 400 da V Jornada de Direito Civil: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”¹¹⁴⁶. Assegurando que parentes, cônjuges ou companheiros têm legitimidade, por direito próprio, para proteger a imagem e a honra do falecido. Não se trata de um interesse em nome do falecido, mas de um direito dos familiares de evitar que seus próprios direitos sejam afetados.

Farias e Rosenvald defendem que a pessoa morta não teria direitos, nessa ideia a morte tudo resolve (*mors omnia solvit*). Eventuais danos à imagem do falecido, ocorridos após sua morte, só poderiam ser objeto de reclamação se os sucessores se sentissem prejudicados pelas ofensas¹¹⁴⁷.

Flávio Tartuce, menciona que “o parágrafo único do mesmo art. 12 do CC reconhece *direitos da personalidade ao morto*, cabendo legitimidade para ingressar com a ação correspondente aos *lesados indiretos*: cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau”¹¹⁴⁸. Segundo o autor, ainda que a personalidade termine com a morte, “ficam resquícios de sua personalidade, que podem ser protegidos pelos citados lesados indiretos”¹¹⁴⁹.

Enquanto o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil assegura aos lesados indiretos o direito de proteger a honra e a dignidade do falecido, essa proteção se estende também ao ambiente digital, onde os dados pessoais e digitais da pessoa falecida permanecem armazenados.

1146 Brasil. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 400**, V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/204>. Acesso em: 21 set. 2024.

1147 Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 170.

1148 Leal; Honorato, op. cit., p. 323.

1149 Tartuce, Flávio. **Manual de direito civil. 12a edição**. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2022. p. 266.

A dignidade e a identidade de um indivíduo abrangem também a sua presença e a sua memória no mundo virtual. Nesse contexto, surge a questão de como os dados digitais deixados pelo falecido devem ser tratados, considerando a autonomia que os usuários sempre tiveram sobre suas informações pessoais.

No ambiente virtual, os usuários têm autonomia para decidir o que compartilhar ou manter em sigilo. As redes sociais oferecem, ainda, um espaço propício para o desenvolvimento da personalidade, uma vez que, sob proteção de dados ou anonimato, as pessoas sentem-se mais livres para divulgar ou armazenar informações sensíveis e estabelecer relações. Surge, então, uma expectativa de privacidade e segurança no meio digital, onde muitos escolhem manter certos conteúdos restritos¹¹⁵⁰. Permitir que herdeiros acessem contas e informações sem o consentimento prévio do titular ocasionaria uma violação a privacidade. Embora diários, cartas e fotos fossem tradicionalmente transmitidos após a morte, o mundo digital diferencia-se dos meios físicos, principalmente devido ao uso de senhas e outras barreiras de segurança.

O acesso dos herdeiros a conteúdos digitais do falecido pode prejudicar sua imagem e honra, além de expor a intimidade de terceiros que tinham comunicações privadas com ele. É crucial definir a extensão dos direitos de personalidade do falecido para evitar a violação de direitos por seus sucessores, caso haja acesso irrestrito ao espólio digital.

3 O QUE COMPÕE A HERANÇA DIGITAL?

O patrimônio digital pode ser dividido em bens digitais patrimoniais, personalíssimos e híbridos. Os primeiros seriam aqueles conteúdos que possuem valor econômico, como milhas, criptomoedas, entre outros. Os bens personalíssimos, por sua vez, são

1150 Blanco, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial LTDA, 2017. p. 105.

a parte do acervo com valor existencial, seja do titular da conta ou de terceiros, como mensagens trocadas em aplicativos e fotografias. Por fim, os bens híbridos (ou dúplices) são aqueles dotados de valor patrimonial e existencial, como as contas no Youtube e Instagram de pessoas públicas, que apesar de veicularem publicações que contém elementos personalíssimos do titular da conta (como imagens e comentários), são monetizadas pelo acesso de outros usuários da rede¹¹⁵¹.

A doutrina se divide em três correntes ao tentar delimitar o que, dentro desse acervo, pode ser transmitido. A primeira corrente, que é majoritária no Brasil e defendida por autores como Livia Teixeira Leal, Gabriel Honorato e Maici Barboza dos Santos Colombo, entende que deve existir a transmissão daqueles bens de natureza patrimonial, aplicando-se a regra geral do Direito Sucessório, com exceção daqueles bens que o titular (agora falecido) adquiriu o direito de uso destes e não a sua propriedade, é o que ocorre, por exemplo, com a aquisição de obras no meio digital, nas quais “em seus termos de uso, fica claro que o consumidor não se torna dono da obra, mas mero licenciado”¹¹⁵². Assim, os bens personalíssimos e híbridos não seriam transmitidos, salvo se existiu consentimento em vida do *de cuius*, ou seja, se durante a vida, o titular de tais direitos permitiu o acesso aos herdeiros, por meio, por exemplo, do compartilhamento de senhas e tal transmissão não lesar direitos da personalidade de terceiros ou aspectos da própria personalidade do falecido¹¹⁵³.

Nas palavras de Maici Barboza:

1151 Leal, Livia Teixeira; Honorato, Gabriel. Herança digital: o que se transmite aos herdeiros? *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Navares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 331.

1152 Blanco, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial LTDA, 2017. p. 105..

1153 Leal, Livia Teixeira; Honorato, Gabriel. Herança digital: o que se transmite aos herdeiros? *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Navares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 332.

(...) o acesso ao conteúdo digital de natureza extrapatrimonial de uma pessoa falecida não encontra respaldo no direito sucessório, porquanto os direitos da personalidade são intransmissíveis. A tutela póstuma, fundamenta-se no interesse social e juridicamente relevante de prover um escudo em favor do núcleo afirmativo da personalidade após o decesso do titular¹¹⁵⁴.

A segunda corrente defende a aplicação irrestrita da transmissão sucessória, aplicando-se a mesma disciplina jurídica a bens materiais e imateriais, permitindo que os sucessores tenham acesso a todos os bens do falecido, sejam eles patrimoniais, existenciais ou híbridos. Foi o que ocorreu no emblemático caso do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesgerichtshof- BGH)¹¹⁵⁵. Com base no princípio da sucessão universal (*saisine*), foi concedido a dois genitores o acesso completo ao contato do Facebook de sua filha, falecida em 2012 em uma estação subterrânea de metrô, em um possível caso de suicídio. Os pais iniciaram uma disputa judicial contra o Facebook, e a decisão final designada para que os herdeiros assumissem a posição jurídica da usuária falecida no contrato com o provedor, sendo que qualquer cláusula dos termos de uso que restringissem tal direito seriam consideradas abusivas¹¹⁵⁶.

Por fim, a terceira corrente é contrária a transmissão desses bens, tanto patrimoniais quanto existenciais e híbridos, conforme o que é defendido por muitas plataformas digitais. O argumento é que, na maioria das vezes, os contratos celebrados são personalíssimos e intransferíveis, tratando-se de uma licença de uso ao titular da conta e não de uma propriedade¹¹⁵⁷. É o que ocorre com as obras

1154 Colombo, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital. In: Leal, Livia Teixeira; Teixeira, Ana Carolina Brochado (coord.). **Herança digital: Controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 202. p. 117

1155 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17.

1156 Leal; Honorato, op. cit., p. 322.

1157 Ibid., p. 331.

adquiridas no Kindle, da empresa Amazon. Nesse caso, os termos de uso da plataforma mencionam que “todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido por este”¹¹⁵⁸ e assim “exceto se especificamente indicado de forma diferente, você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo Kindle”¹¹⁵⁹.

Diante dos argumentos apresentados, é necessário compreender o tratamento jurídico adequado para os bens digitais e sua transmissibilidade sucessória. O tema é amplamente debatido, gerando diversas opiniões e pouca consistência. A análise de projetos de lei e da jurisprudência foi utilizada para entender a proposta do anteprojeto do Código Civil e contribuir para uma solução jurídica mais adequada.

Inexiste, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, uma disciplina acerca da herança digital. Todavia, dois projetos de Lei buscam cessar essa celeuma jurídica. O PL 4.847/2012, de autoria do deputado federal Marçal Filho (PMDB/MS) visa acrescentar ao art. 1.797 do Código Civil três dispositivos, no que tange a matéria em questão, *in verbis*:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I – Definir o destino das contas do falecido; a) – transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e

1158 Amazon. Termos de uso da loja Kindle. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em: 15 set. 2024.

1159 19 Ibid.

mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) – apagar todos os dados do usuário ou; c) – remover a conta do antigo usuário¹¹⁶⁰.

O PL se encontra arquivado, mas propunha uma transmissão integral do conteúdo deixado pelo falecido no ambiente digital, sob a justificativa de assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram¹¹⁶¹.

O segundo projeto de lei, nº 4.099/2012, de autoria do deputado Jorginho Mello (PSDB/SC), no mesmo sentido do PL anterior, busca transmitir aos herdeiros o acesso irrestrito aos bens digitais. Adicionando ao art. 1.788 do Código Civil o seguinte parágrafo único: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”¹¹⁶². O segundo PL foi arquivado em 2019.

Embora ambos os projetos estejam arquivados e exista uma controvérsia acerca da proteção do direito da personalidade do falecido, tendo em vista que atualmente a morte põe fim aos direitos e obrigações dos indivíduos, o direito à intimidade é constitucionalmente resguardado, conforme art. 5º, inciso X, da CF/88.

A lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet (MCI), lei que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (art. 1º/MCI), em seu art. 7º, inciso I; art. 10º; art.

1160 20 Brasil, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts, 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL%204847/2012. Acesso em: 20 set. 2024

1161 Brasil, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts, 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL%204847/2012. Acesso em: 20 set. 2024.

1162 Brasil, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.099, de 2012.** Altera o art. 1788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1013990&filename=Avulso%20PL%204099/2012#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20n%C2%BA,titularidade%20do%20autor%20da%20heran%C3%A7a%E2%80%9D. Acesso em: 20 set. 2024.

21º caput e parágrafo único e art. 23º protegem, no espectro legal, o direito a intimidade. O MCI, em seu art. 2º inciso II menciona que: “o uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;”. Já no art. 3º: “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;”.

Ainda em relação ao uso do ambiente digital, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que regulamenta “o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural (...), com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Art. 1º LGPD). Tem como fundamento o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (Art. 2º incisos I; II; VII). Em seu art. 7º, inciso I, dispõe que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular.

O Senado recebeu, em abril de 2024, o anteprojeto do Código Civil. Dentre as reformas propostas existe a inserção dos artigos 1.791-A, 1.791-B, e 1.791-C ao Código Civil, que visam regulamentar a sucessão dos bens digitais.

O art. 1.791-A, §1º, estabelece que a herança digital inclui os bens com valor patrimonial deixados pelo falecido. As balizas da transmissibilidade estão disciplinadas no segundo parágrafo deste artigo, que define que conteúdos digitais relacionados a direitos de personalidade não são transmissíveis para depois da morte e serão regulados por legislação específica, ou seja, protegendo a privacidade, intimidade e imagem mesmo após a morte. Já o §3º trata de casos em que o falecido possuía apenas uma licença de uso, como livros

comprados em plataformas digitais, sem adquirir a propriedade do bem¹¹⁶³.

O art. 1.791-B, reiterando o disposto no parágrafo segundo do artigo anterior, reforça a intransmissibilidade dos bens personalíssimos, principalmente no que tange às mensagens trocadas entre usuários em plataformas digitais. Nesses moldes, o anteprojeto, diferente dos projetos de lei anteriores, vincula-se à primeira corrente apresentada, que é majoritária no Brasil. Disciplinando, com a sucessão, apenas a transmissibilidade dos bens com conteúdo econômico e excluindo os que possuem natureza existencial, salvo se existiu manifestação de vontade, pelo titular dos bens, em vida. O parágrafo segundo do artigo em questão disserta sobre a possibilidade de os herdeiros terem acesso às mensagens privadas do autor da herança quando demonstrarem, por direito próprio, a necessidade de acesso¹¹⁶⁴.

Por fim, de acordo com o art. 1.791-C, cabe ao inventariante, ou a qualquer herdeiro comunicar ao juízo acerca dos bens digitais, informando, também, em quais plataformas eles estão. Tratando-se de inventário extrajudicial, a disposição dos bens digitais só poderá ser feita após a lavratura da escritura de partilha, que servirá de título para a regularização da propriedade dos bens junto às entidades controladoras das plataformas. Em suma, além de responder o que se transmite os herdeiros e a extensão do direito da personalidade e seu respaldo para além da vida. O anteprojeto também engloba o papel do inventariante diante dos bens digitais e as controvérsias acerca destes diante dos direitos consumeristas dos usuários, naqueles casos em que o autor da herança possui apenas o direito de uso e não a propriedade dos bens¹¹⁶⁵.

1163 Brasil. Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 21 set. 2024. p. 208.

1164 Brasil. Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 21 set. 2024. p. 208 -209.

1165 *Ibid.*, p. 209.

O que se percebe, da leitura do anteprojeto, é que ele assume a posição da corrente majoritária e, quanto aos direitos personalíssimos da pessoa falecida, estes são protegidos *post mortem*, em uma postura mais avançada que a tímida previsão a este respeito dos arts. 12 e 20 do atual Código Civil. Maia Junior, Costalunga e Margazão¹¹⁶⁶ mencionam que a palavra “apreciável”, usada no anteprojeto para distinguir os bens digitais personalíssimos, dos de natureza patrimonial, pode gerar discussão acerca do que seria economicamente apreciável e sugerem a supressão da expressão. Todavia, a análise do que é economicamente apreciável já tem sido usada pelo Direito Civil há algum tempo para distinção do direito patrimonial e extrapatrimonial e, portanto, não se entende como uma crítica contundente ao texto. As modificações propostas são pertinentes com o que se tem discutido acerca da temática.

Nesse passo, a análise jurisprudencial realizada na próxima sessão poderá contribuir para o debate acerca dos caminhos possíveis para o tratamento da temática em uma futura codificação cível.

4 A INTRANSMISSIBILIDADE DO “EU”: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUDESTE BRASILEIRO

Este subitem busca analisar como a herança digital tem sido tratada nos tribunais do Sudeste do Brasil, diante da falta de legislação específica, e contribuir para debates sobre uma nova codificação. A pesquisa focou na proteção dos Direitos da Personalidade, investigando acórdãos dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro, entre janeiro de 2015 e outubro de 2023, usando as palavras-chave “herança digital” e “memória digital”. Não foram encontrados resultados nos tribunais do Espírito Santo e Rio de Janeiro.

1166 Maia Junior, Mairan Gonçalves; Costalunga, Karime; Margazão, Sílvia Filipe. Direito das Sucessões. *In*: Costa, Judith Martins Costa; Melo, Diogo Leonardo Machado de; Araújo, Paulo Doron R. de. Análise preliminar do projeto de reforma do Código Civil. **Revista do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo**, Vol. 38.1 - Ano 27, 2024.

No tribunal de justiça de São Paulo, foram encontrados dezoito (18) resultados, dos quais oito são do ramo público (administrativo ou criminal), não sendo, a partir de uma análise de seu conteúdo, relevantes para a presente pesquisa. Em relação aos de direito privado, em um segundo recorte, obtêm-se três julgados com relevância para a pesquisa, que tratam efetivamente da matéria em questão. O primeiro deles, a Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268, tem como apelante a APPLE COMPUTER BRASIL LTDA, que defende a intransmissibilidade do *Apple ID* do defunto a sua herdeira. Segundo sua argumentação:

d) o acesso ao aparelho celular do “de cujus” certamente violaria sua intimidade e privacidade, considerando que não houve qualquer disposição em vida quanto ao destino do objeto; e) eventuais fotografias e mensagens armazenadas no objeto podem também envolver direitos de terceiros. f) o fato de o de cujus ter codificado seus dados celulares por meio de senha, não compartilhada com seus familiares, revela a intenção de preservação de sua intimidade.¹¹⁶⁷

As afirmações foram vencidas, no recurso, pela apelada e única herdeira do *de cujus*, sendo a apelante obrigada a realizar a transferência do *Apple ID*, o que permite que a apelada restaure a senha e tenha acesso ao conteúdo eventualmente armazenado no *iCloud* (Sistema de armazenamento digital em nuvem da Apple Computer) pelo falecido.

Sem entrar no mérito de informações úteis à Polícia Civil ou ao Ministério Público, tendo em vista que no caso em questão o genitor da apelada foi vítima de suposto latrocínio, e seu aparelho celular foi subtraído durante na ocasião. A matéria do presente trabalho não entra na discussão da proteção ou violação de sigilo em relação a questões

1167 Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268**. Relator: Rômolo Russo, julgado em 31 março 2021.

de ordem pública, como investigações policiais. Além disso, o julgado não teve tal matéria utilizada como argumentação a fim de resguardar o sigilo do defunto.¹¹⁶⁸Fato relevante, é a argumentação utilizada para garantir o acesso à herdeira a conta do falecido, conforme as palavras do relator:

Com efeito, os autos tratam do direito de acessibilidade à memória digital; fotografias e mensagens atreladas à vida familiar do titular morto, que podem ser acessadas por sua única herdeira. A memória digital é equivalente àquela que se encontra fora do aparelho celular. Verte direito substantivo à proteção da memória daquele, cuja titularidade alcança o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes (art. 20, § único, do Cód. Civil). Conquanto não se trate de pleito que se dirija à proteção dos predicados da pessoa falecida, a memória imaterial é útil apenas à sua única herdeira; do contrário, sem nexos com a vida mantê-la incólume. Pode dizer-se que é direito que decorre da interpretação sistemática do art. 1.788 do Cód. Civil. Destarte, e considerando que a documentação coligida aos autos especifica a conta a que se pretende obter acesso, além de demonstrar ser a apelada única herdeira do falecido proprietário dos dados, inexistindo resistência ao pedido por parte da Polícia Civil ou do Ministério Público, era mesmo de rigor a procedência do pedido¹¹⁶⁹.

O relator, utilizando como respaldo os artigos 1.788 e 20 do Código Civil, defende o direito da filha de acesso à conta do falecido pai, como forma de proteção à imagem dele e de transmissão sucessória daqueles

1168 Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268**. Relator: Rômolo Russo, julgado em 31 março 2021. p. 06.

1169 Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268**. Relator: Rômolo Russo, julgado em 31 março 2021. p. 06.

bens imateriais. Sem restringir o que poderá ser acessado, haja vista a inexistência de manifestação expressa em vida do titular, o julgado parece violar o direito à privacidade e à intimidade do falecido.

Em outro julgado do TJSP, a Apelação Cível nº 1002101-53.2022.8.26.0638, que desta vez tem como apelada a EMPRESA APPLE COMPUTER BRASIL LTDA, faz-se raciocínio semelhante ao anterior, utilizando o primeiro julgado como aporte argumentativo, com o intuito de conceder ao inventariante do espólio da falecida o acesso às informações contidas no *smartphone* deixado por ela. Conforme os autos, seria o acesso a fotos, vídeos, conversas, bem como aos aplicativos bancários. Mas desta vez, o recurso foi provido, ainda conforme a decisão, para que o apelante tenha acesso aos dados/memória digitais contidos no celular individualizado às fls. 78, item 4, ou seja, um acesso mais restrito, ao qual não podemos mensurar o que toca à personalidade ou não, pois o acesso às páginas não foi possível devido a segredo de justiça.¹¹⁷⁰

Em outro sentido, a Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, tem resposta negativa ao recurso interposto pela apelante em relação ao FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, que tinha como intuito reverter a improcedência da sentença que negou o direito da mãe de ter a conta de sua filha falecida reativada, a qual havia sido excluída da rede social em questão. A sentença considerou que a exclusão de registros decorreu de manifestação de vontade exarada em vida pela usuária, ao aderir os termos e serviços da plataforma, os quais de um modo ou de outro, previam expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito.¹¹⁷¹

Em uma análise do mesmo julgado, Livia Teixeira Leal e Gabriel Honorato expõem:

1170 Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. (3ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1002101-53.2022.8.26.0638**. Relator: Donegá Morandini, julgado em 05 junho 2023.

1171 Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. (2ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100**. Relator: Maria Salete Corrêa Dias, julgado em 18 outubro 2022.

É importante observar que a análise do tema não se restringe ao dilema da transmissibilidade/intransmissibilidade dos perfis, na medida em que, mesmo que se entenda pela transmissão da titularidade da conta aos herdeiros, que passariam a ter a possibilidade de acesso irrestrito e administração do perfil, será ainda preciso considerar a proteção de direitos da personalidade de terceiros e também de elementos da personalidade do *de cujus* que seguem merecedores de tutela pelo direito. Também não se pode olvidar que nem todos os direitos são transmitidos com a morte do titular e que, com frequência, há outros aspectos e interesses a serem ponderados, como eventuais direitos autorais envolvidos¹¹⁷².

Ainda nesse sentido, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi encontrado um acórdão, o Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001 1906763-06.2021.8.13.0000, que nega provimento ao recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de quebra de sigilo das contas e dispositivos *Apple* do *de cujus*¹¹⁷³. De acordo com o relator:

(...) Com efeito, dispõe o artigo 1.791 do Código Civil que a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros - o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, onde estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, como as mídias digitais de propriedade intelectual do falecido e até mesmo as moedas digitais, como as criptomoedas ou o recentíssimo non-fungible token - NFT, ativo

1172 Leal, Livia Teixeira; Honorato, Gabriel. Herança digital: o que se transmite aos herdeiros? *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Navares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 323.

1173 Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001.1906763-06.2021.8.13.0000**. Relator: Des. (a) Albergaria Costa, julgado em 27 janeiro 2022.

de grande ascensão no espaço virtual. Assim, há de se reconhecer a existência da herança digital, uma vez que os ativos digitais poderão ser suscetíveis de negociações comerciais, levando em conta o seu reconhecido conteúdo econômico-patrimonial. inserido nesse contexto, possui entendimento de que a autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses de haver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. (...) Assim, são transmissíveis apenas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando houver, o que não se verifica no presente caso.¹¹⁷⁴

A decisão utilizou como justificativa a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, que devem permanecer invioláveis mesmo após a morte do seu titular, invocando em sua argumentação tanto a doutrina, como a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos, que são tributos da pessoa humana.¹¹⁷⁵

Diante do exposto, nesse limbo jurídico, observa-se uma contradição nas decisões a respeito da transmissão do patrimônio digital, em relação ao que é passível de ser transmitido e à impossibilidade de transmissão dos conteúdos personalíssimos, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica.

A conclusão que se pretende, conforme os esforços do presente estudo, parte de uma compreensão da pessoa morta para além dos direitos patrimoniais que do seu falecimento desprenderam¹¹⁷⁶.

1174 Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001.1906763-06.2021.8.13.0000**. Relator: Des. (a) Albergaria Costa, julgado em 27 janeiro 2022. p. 04.

1175 Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (3ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001 1906763-06.2021.8.13.0000. Relator: Des.(a) Albergaria Costa, julgado em 27 janeiro 2022. p. 05.

1176 Junior, Marco Antonio Turatti. Lembre de mim: considerações sobre a natureza jurídica da dignidade post mortem e o filme “Viva! A vida é uma festa!”. **Revista de Direito, Arte e Literatura**, v. 4, n. 1, 2018. p. 36.

Ou ainda, para além da tutela que as pessoas vivas pretendem dar a personalidade do *de cuius*. Defender a dignidade post mortem, ou os direitos de personalidade com eficácia após a morte, requer uma compreensão integral do indivíduo, visto como um ser com identidade, que falece e deseja ser lembrado ou ter suas decisões respeitadas.¹¹⁷⁷

Ou ainda, em complemento ao descrito, que morre e poderá ter seu direito ao esquecimento, também respeitado. É fato que o direito avança, ainda que de modo não linear, na proteção da dignidade e personalidade dos vivos. Em um cenário ideal, todas as minúcias a respeito da transmissibilidade ou intransmissibilidade de bens materiais e imateriais estariam descritos em um testamento, todavia, essa não é a realidade brasileira.

As decisões judiciais revelam que, sem senha, o acesso aos bens digitais é inviável, mas, quando independe de senha, os familiares acessam esses bens de imediato. Assim, parece incoerente transmitir as memórias digitais do falecido, já que foram mantidas restritas em vida por ele, cabendo aos familiares protegê-las judicialmente, sem invadi-las.

CONCLUSÃO

A sucessão *causa mortis* tem evoluído com as transformações sociais e tecnológicas, abrangendo hoje a questão da herança digital. Com o aumento da presença online, especialmente durante a pandemia de Covid-19, torna-se essencial determinar o destino dos ativos digitais, como fotos, vídeos e mensagens. O desafio é definir o que deve ser transmitido aos herdeiros e quem tem o direito de gerir esses bens, protegidos por senhas e mecanismos de segurança.

A ausência de regulamentação específica sobre herança digital no Código Civil brasileiro cria lacunas no Direito Sucessório. O anteprojeto de reforma do Código Civil, no entanto, propõe avanços para regular

1177 Junior, Marco Antonio Turatti. Lembre de mim: considerações sobre a natureza jurídica da dignidade post mortem e o filme “Viva! A vida é uma festa!”. **Revista de Direito, Arte e Literatura**, v. 4, n. 1, 2018. p. 36.

o patrimônio digital e seus aspectos sucessórios, essencial para lidar com os dilemas envolvendo a sucessão desses bens e a proteção dos direitos personalíssimos e da dignidade da pessoa falecida.

Nesse contexto, a preservação da dignidade após a morte e o respeito à identidade do falecido ganham centralidade. Embora a tutela dos direitos personalíssimos ainda não esteja expressamente prevista na legislação atual, torna-se necessária para resguardar a imagem, honra e memória do falecido. A regulação da herança digital, portanto, envolve não só a transmissão de bens, mas também a proteção do legado moral e existencial.

Em síntese, apesar das inovações propostas, ainda há uma insegurança jurídica sobre o tema, evidenciada pela falta de posicionamento consolidado nos tribunais. A proposta de reforma do Código Civil é um passo importante, mas ainda é preciso consolidar um entendimento jurídico uniforme. A preservação da dignidade e dos direitos personalíssimos após a morte deve ser priorizada, garantindo o respeito à identidade e ao legado do falecido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZON. **Termos de uso da loja Kindle**. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em: 15 set. 2024.

BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17.

BLANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.847, de 2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts, 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL%204847/2012. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.099, de 2012**. Altera o art. 1788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1013990&filename=Avulso%20PL%204099/2012#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20n%C2%BA,titularidade%20do%20autor%20da%20heran%C3%A7a%E2%80%9D. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 400**, V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/204>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 23 de abril de 2014. Institui o Marco Civil da Internet. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 14 de agosto de 2018. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (7ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268**. Relator: Rômulo Russo, julgado em 31 março 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (3ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1002101-53.2022.8.26.0638**. Relator: Donegá Morandini, julgado em 05 junho 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (2ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100**. Relator: Maria Salete Corrêa Dias, julgado em 18 outubro 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001.1906763-06.2021.8.13.0000**. Relator: Des.(a) Albergaria Costa, julgado em 27 janeiro 2022.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital. *In*: LEAL, Livia Teixeira; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Herança digital: Controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 105-136.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. **Teoria geral do Direito Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JUNIOR, Marco Antonio Turatti. Lembre de mim: considerações sobre a natureza jurídica da dignidade *post mortem* e o filme “Viva! A vida é uma festa”. **Revista de Direito, Arte e Literatura**, v. 4, n. 1, 2018. p. 19-39.

LEAL, Livia Teixeira; HONORATO, Gabriel. Herança digital: o que se transmite aos herdeiros? *In*: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Nevares, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões: problemas e tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 321-348

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves; COSTALUNGA, Karime; MARGAZÃO, Silvia Filipe. Direito das Sucessões. *In*: Costa, Judith Martins Costa; Melo, Diogo Leonardo Machado de; Araújo, Paulo Doron R. de. Análise preliminar do projeto de reforma do Código Civil. **Revista do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo**, Vol. 38.1 - Ano 27, 2024.

MARZAGÃO, Silvia Felipe; MATTOS, Eleonora G. Saltão de Q. **Testamento e suas formalidades**: o hoje e o amanhã. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Foco, 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. I e III.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 12a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2022.

TEPEDINO, Gustavo, Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. v.419, 2014. p.86-87.

UMA ANÁLISE SOBRE A TRANSMISSÃO *POST MORTEM* DE BENS DIGITAIS NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

*Anna Luísa Braz Rodrigues*¹¹⁷⁸

*Letícia Aparecida da Silva Pierrotti*¹¹⁷⁹

RESUMO: O presente artigo pretende avaliar as disposições relacionadas à transmissão de bens digitais com caráter patrimonial, existencial e híbrido na proposta de reforma do Código Civil. A partir dessa perspectiva, o estudo se desdobra em cinco tópicos principais. O primeiro tópico visa a identificar as disposições atuais aplicáveis à transmissão de bens digitais. O segundo tópico foca na análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, com ênfase especial em decisões do TJMG. O terceiro tópico identifica as alterações e as justificativas propostas pela Comissão para o Código Civil. O quarto tópico analisa a proposta ao Código Civil, avaliando a adequação da nova regulamentação às complexidades dos interesses nos ambientes digitais. Finalmente, o último tópico apresenta uma proposta alternativa para a regulamentação da transmissão hereditária dos bens digitais. A metodologia adotada é jurídico-dogmática, com abordagem dedutiva e teórica, utilizando pesquisa jurídico-interpretativa para análise de discurso e dados, e será sustentada por um levantamento bibliográfico detalhado.

PALAVRAS-CHAVE: Herança digital. Direito sucessório. Direito civil digital.

1178 Mestra e doutoranda em Direito pela UFMG. Graduada em Direito pela UFLA. Integrante do Laboratório de Bioética e Direito e do Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades.

1179 Advogada, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras e integrante do Laboratório de Bioética e Direito.

INTRODUÇÃO

A morte é um evento certo para todo ser humano, tratando-se de questão biológica e jurídica. Dispõe o art. 6 do Código Civil que a personalidade da pessoa natural se extingue com a morte, momento a partir do qual as relações jurídicas dessa perdem o seu titular. Assim, cabe ao Direito solucionar as questões envolvendo a ausência do titular de direitos e deveres, de modo a proteger os centros de interesses envolvidos em determinadas situações jurídicas iniciadas anteriormente à morte.

Disciplinado pelo direito sucessório, a denominada sucessão *causa mortis* tem sua gênese com a morte da pessoa física. Dividindo-se em sucessão legítima ou testamentária, conforme decorra da lei ou de disposição de última vontade. É a partir deste fenômeno que a titularidade de determinadas situações jurídicas é transferida aos sucessores.

Tradicionalmente, o direito sucessório tem se ocupado com questões de cunho patrimonial¹¹⁸⁰. Novas formas de interação social, entretanto, têm desafiado tais paradigmas, ao direcionar o foco para questões que tenham como cerne a promoção da pessoa humana. É nesta conjuntura que estão inseridas as discussões da denominada herança digital¹¹⁸¹.

A evolução tecnológica, impulsionada pela disseminação da internet, transformou profundamente as relações sociais e impactou significativamente os institutos do Direito Civil. Hodiernamente, as interações humanas transcendem as barreiras geográficas, temporais e culturais, culminando em novas dinâmicas de comunicação e formas de conexão entre as pessoas. Redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e plataformas de compartilhamento de conteúdo

1180 Excetuando-se a possibilidade de abordar questões existenciais em testamento (art. 1857, § 2º, CC).

1181 BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coords.). **Herança Digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 1-20.

tornaram-se meios de interação comuns, onde laços pessoais e profissionais são estabelecidos.

Esse cenário resultou na criação de uma pegada digital que, inevitavelmente, origina questões complexas sobre o destino dessas informações após o falecimento de uma pessoa. Isso porque, não se modificou apenas a forma de interação entre as pessoas, mas também o processo de luto daqueles que permanecem. O desejo de manter acesso e controle sobre os bens digitais do *de cujus* trouxe à tona o conceito de herança digital. Cenário que reflete a necessidade de adaptar o direito sucessório aos desafios trazidos pelo crescente avanço tecnológico, onde bens digitais passaram a ter um valor afetivo e patrimonial significativo¹¹⁸².

À vista do exposto, torna-se imprescindível abordar o conceito de bens digitais e, posteriormente, as três categorias em que se dividem. Quanto à definição, são entendidos como bens intangíveis com existência restrita a um ambiente digital, originados, obtidos ou controlados por meio da interação entre os usuários e uma plataforma virtual¹¹⁸³.

Com relação à classificação, os bens digitais são divididos em: patrimoniais, existenciais e híbridos. Sendo considerados da primeira categoria quando as únicas repercussões na esfera individual do sujeito são patrimoniais, ou seja, passíveis de avaliação pecuniária e representação em dinheiro, de modo a impactar a esfera econômica daquele¹¹⁸⁴. Estão nesta categoria as criptomoedas, as milhas e os pontos acumulados em programas de fidelidade, e as contas exclusivamente voltadas à monetização de conteúdo.

1182 BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Coords.). **Herança Digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 1-20.

1183 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

1184 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

Em contrapartida, os bens digitais existenciais caracterizam-se pela ausência de repercussões patrimoniais, representando, exclusivamente, uma exteriorização de valores existenciais do indivíduo. Relacionando-se, portanto, à personalidade e à identidade desse. Estão nesta categoria as fotos, os vídeos e as contas não monetizadas.

Por fim, existem os bens digitais híbridos. Nestes, coexistem manifestações patrimoniais e existenciais, de forma indissociável. Nessa categoria, a obtenção de lucro está condicionada à alguma forma de exteriorização da personalidade do indivíduo¹¹⁸⁵.

Como exemplos para visualização, há o perfil no Facebook da Nestlé, voltado completamente para a atividade comercial, que é bem digital patrimonial; já as contas das autoras do artigo no TikTok não possuem monetização e são bens digitais existenciais; e, como um bem digital híbrido, cita-se a página da cantora Marília Mendonça no Instagram, com divulgações de músicas e produtos em meio aos registros pessoais sobre sua família.

As novas nuances da herança resultam em dilemas quando se discute a transmissão dos bens do *de cuius* aos seus sucessores. Concentrando-se as questões a um ponto central: como deve ser feita a transmissão dos bens digitais híbridos.

No Brasil, ainda não há legislação específica sobre qual deve ser o destino dos bens digitais da pessoa falecida. Na disciplina tradicional do direito sucessório, a transmissão da herança se restringe àqueles direitos e obrigações vinculados a situações subjetivas de natureza patrimonial. Por sua vez, as situações jurídicas personalíssimas, nas quais a pessoa titular é essencial para sua funcionalidade, são extintas. Direitos personalíssimos, como o direito à imagem, ao nome e à privacidade, ou vínculos de natureza existencial como o casamento e o poder familiar, não são transferíveis e se extinguem com a morte.

1185 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais**: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

A tutela dos bens digitais híbridos revela-se uma questão complexa e desafiadora. A natureza dual desses bens, que combinam atributos existenciais e patrimoniais, desafia as categorias jurídicas tradicionais. Concomitantemente, a constante modificação do ambiente virtual impõe a necessidade de soluções jurídicas que se adequem à particularidade das novas situações. Nos próximos capítulos, será realizada uma análise das disposições sobre a transmissão de bens digitais híbridos presentes na proposta de reforma do Código Civil.

1 DESAFIOS E PERSPECTIVAS SOBRE A TRANSMISSÃO *POST MORTEM* DE BENS DIGITAIS

Sem um regime específico para transmissão de bens digitais após a morte, restam algumas perguntas. Ele é necessário? Quais as vantagens e as desvantagens da regulamentação atualmente aplicada? Nesse momento, cuida-se de algumas pontuações sobre essas perguntas, antes de especificar as mudanças feitas pela Comissão de Reforma do Código Civil e a avaliação sobre sua coerência com o momento atualmente vivido na doutrina e na jurisprudência.

No julgamento de 22/05/2024 do Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.174340-0/001 no TJMG, emergiram a maior parte desses questionamentos. Os herdeiros solicitaram acesso à sua conta Apple argumentando que o falecido deixou um valioso arquivo fotográfico armazenado na nuvem, com um valor sentimental inestimável para a família. A empresa informou que só poderia fornecer o acesso à conta mediante ordem judicial, levando os herdeiros a buscar judicialmente a permissão para acessar o material, evidenciando a necessidade de uma abordagem jurídica que considere e facilite a transmissão de bens digitais na sucessão¹¹⁸⁶.

1186 Os tribunais superiores não retornaram resultados. Na pesquisa jurisprudencial realizada no TJMG, foram utilizados os descritores “bem digital” e “bens digitais”, resultando em três decisões relevantes. Dentre esses resultados, dois casos tratam diretamente da questão da herança digital.

Na ocasião, o Juízo entendeu pelo indeferimento, argumentando que:

A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses em que houver relevância econômica, a justificar o acesso aos dados mantidos como sigilosos, pelo próprio interessado, através de senha ou biometria, sem qual quer menção a possibilidade de sucessão ou de compartilhamento. (...) - Se o falecido quisesse que outras pessoas tivessem acesso a seu acervo fotográfico, disponível apenas em “nuvem” digital, teria compartilhado, impresso, feito backup ou realizado o salvamento em algum lugar de livre acesso por terceiros (sem senha), repassado ou anotado a mesma em algum lugar¹¹⁸⁷.

Em igual sentido caminhou o segundo julgado disponível no tribunal mineiro sobre o tema. No entanto, no caso concreto, a agravante alegou que o desbloqueio dos aparelhos celulares e notebooks da marca Apple, com acesso aos bens digitais contidos ali e deixados pelo falecido, era necessário para exercício do domínio, isto é, para usufruir ou vender os aparelhos. No entanto, admitindo a lacuna deixada pela legislação e doutrina sobre herança digital, preferiu o magistrado priorizar os direitos da personalidade e manteve o indeferimento do pedido liminar¹¹⁸⁸.

É importante ponderar que os avanços tecnológicos não surgem de forma isolada, mas dentro de um contexto social e econômico mais amplo, criando novas lógicas que reconfiguram o mundo ao seu redor.

1187 TJMG. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.174340-0/001**, Relator(a): Des.(a) Delvan Barcelos Júnior, 8ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 22/05/2024, publicação da súmula em 28/06/2024.

1188 TJMG. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001**, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022.

Shoshana Zuboff¹¹⁸⁹ descreve isso como capitalismo de vigilância, em que tecnologias são usadas para coletar, prever e modificar o comportamento humano com o objetivo de gerar lucro e controle. Essa prática transforma a realidade incessantemente a partir de interesses socioeconômicos variados, levando a uma reconfiguração das relações sociais e políticas que ainda não está clara em nenhuma área de conhecimento e nem para aqueles que a vivenciam cotidianamente.

Porém, uma questão já clama por solução: não está evidente o que se deve fazer com bens digitais de pessoas falecidas, principalmente aqueles que envolvem aspectos existenciais e patrimoniais. Esses últimos bens apresentam uma complexidade que mistura valores econômicos e aspectos pessoais de maneira tão entrelaçada que, na prática, é quase impossível separá-los. O meio digital intensifica essa fusão de características, tornando a distinção ainda mais difícil. Desse modo, lidar com a sucessão desses bens exige uma abordagem jurídica que reconheça essa interdependência, desafiando as normas tradicionais que muitas vezes não contemplam adequadamente essas características, que se complicam a cada dia pelas atualizações tecnológicas constantes.

O conceito de propriedade também se encontra em crise, levando ao debate sobre criar um conceito específico para esta era digital. Conforme discorre Edina Harbinja¹¹⁹⁰, os termos tradicionais ocidentais sobre propriedade enfrentam dificuldades ao serem aplicadas aos bens digitais, particularmente aqueles que não replicam a propriedade física, como redes sociais, e-mails e dados pessoais. Enquanto alguns ativos digitais, como criptomoedas, imitam a propriedade física em certa medida e são mais facilmente integrados ao conceito clássico de propriedade, outros, devido à sua natureza intangível desafiam essas concepções. A falta de fisicalidade e a ausência de rivalidade (isto é,

1189 ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power.** 1ª ed. Nova Iorque: PublicAffairs, 2019.

1190 HARBINJA, Edina. The ‘new(ish)’ property, informational bodies, and postmortality. In: SAVIN-BADEN, Maggi; MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). **Digital afterlife: death matters in a digital age.** 1a ed. United States: CRC Press, 2020, p. 102.

a posse de um bem digital não impede que outros também tenham acesso a ele) também complicam a mercantilização e a eventual transmissão *post mortem*, sem uma legislação pertinente.

Para além, a própria morte e, conseqüentemente, a sucessão foram profundamente ressignificadas. Anteriormente, a transmissão de bens e a existência de ativos com valores existenciais estavam limitadas temporal e fisicamente, por exemplo, o registro de um imóvel desassociava completamente a existência do proprietário anterior e a deterioração de um diário encerrava seu conteúdo pessoal. No entanto, hoje, uma rede social de uma figura pública pode perpetuar o vínculo entre aspectos existenciais e patrimoniais de maneira permanente e imprevisível devido ao alcance e à durabilidade da internet¹¹⁹¹.

No entanto, como vantagens, vislumbra-se que o regime de sucessões brasileiro oferece uma base robusta para a discussão sobre os bens digitais em seu Livro V. Por exemplo, a legislação ao tratar do inventário, conforme os artigos 1.991 e seguintes do Código Civil, garante que todos os tipos de ativos sejam considerados e distribuídos de acordo com as normas estabelecidas. Bens digitais com valor econômico, sejam eles puramente digitais ou híbridos, são incorporados ao regime geral de sucessão. Apesar das críticas específicas que possam surgir, são essas disposições que fornecem o arcabouço jurídico e social essencial para a compreensão e gestão da transmissão de bens após a morte, uma vez que se baseia em séculos de evolução do direito privado que não são passíveis de apagamento.

Inclusive já existem mecanismos consolidados para a disposição de bens posteriores ao falecimento que podem ser aplicados também aos bens híbridos, respeitando os direitos de terceiros. As formas de testamento (artigos 1.857 e seguintes), que incluem testamentos públicos e até mesmo o codicilo. A evolução da autodeterminação informativa, como um direito da personalidade autônomo, também

1191 ÖHMAN, Carl. From bones to bytes: a new chapter in the history of death. In: ÖHMAN, Carl; WATSON, David (Org.). **The 2018 yearbook of the Digital Ethics Lab**. 1a ed. Oxford: Springer, 2019, 171-174.

reflete a possibilidade em vida de refletir sobre o uso de dados pessoais em plataformas digitais, inclusive depois do falecimento do usuário¹¹⁹².

Assim, o próprio titular encontra possibilidades para determinar as complexidades específicas desses ativos. É possível aprofundar e expandir as disposições testamentárias para incluir de forma precisa e eficaz os bens digitais, dentro dos limites estabelecidos pela legislação e pelos direitos de terceiros. O art. 1.857, §2º, do Código Civil inclusive prevê que sejam válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Para além, o conceito de propriedade evoluiu ao longo dos séculos, passando de uma perspectiva puramente patrimonial e focada nos direitos dos proprietários e sucessores para uma visão que incorpora valores constitucionais e promove a despatrimonialização do direito privado¹¹⁹³. Essa transformação reflete uma abordagem mais funcional, que permite interpretar normas existentes de maneira a compreender os limites da transmissão de bens que combinam aspectos econômicos e até mesmo clamam pelos direitos da personalidade.

Entende-se que, no contexto da sucessão de bens digitais no Brasil, especialmente as informações dúplices (que envolvem tanto aspectos patrimoniais quanto existenciais), demandam uma análise que considere tanto o interesse individual quanto o funcional. Essa abordagem propicia a proteção dos direitos da personalidade e a preservação de valores relacionais, especialmente em contas protegidas por senha. Nesses casos, a decisão jurídica deve avaliar eventual conteúdo e os desdobramentos de transmissão *post mortem* dos bens digitais pelos seus centros de interesse e a funcionalização dos institutos em questão¹¹⁹⁴.

1192 BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 45-109.

1193 KONDER, Carlos Nelson. Para além da principalização da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, [s.n.], 2017, p. 42.

1194 LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s.l.], v. 16, [s.n.], 2018, p. 190-195.

2 A INCLUSÃO DA HERANÇA DIGITAL NO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

A Reforma do Código Civil contou com Subcomissão específica para elaboração do Livro de Direito Civil Digital, colocado ao final dos livros do Código Civil já existentes. A sucessão de bens digitais é tratada na Reforma do Código Civil no Capítulo V sobre Patrimônio Digital. Nele, há sete artigos (sem numerações), que começam pela definição do que é patrimônio digital como “o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencente a pessoa ou entidade, existentes em formato digital”. Exemplificativamente, são listados “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”¹¹⁹⁵.

Especificamente sobre a herança digital, o terceiro desses artigos inicia determinando:

Art. . A transmissão hereditária dos dados e informações contidas em qualquer aplicação de internet, bem como das senhas ou códigos de acesso, pode ser regulada em testamento.

§ 1º O compartilhamento de senhas ou de outras formas para acesso a contas pessoais será equiparado a disposições contratuais ou testamentárias expressas, para fins de acesso dos sucessores, desde que tais disposições estejam devidamente comprovadas.

§ 2º Integra a herança o patrimônio digital de natureza econômica, seja pura ou híbrida, conceituada a última como a que tenha relação com caracteres personalíssimos da pessoa natural ou jurídica.

1195 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/PM33v>. Acesso em: 16 set. 2024.

§ 3º Os sucessores legais podem pleitear a exclusão da conta ou a sua conversão em memorial, diante da ausência de declaração de vontade do titular.

Para melhor compreensão, é possível resumir esse artigo a partir de algumas conclusões. Em suma, (i) constituem herança digital os bens que possuem natureza econômica, mesmo que combinados com questões existenciais; (ii) a transmissão hereditária de dados, informações e senhas de contas de internet pode ser regulada por testamento; (iii) as senhas e acessos para contas pessoais são considerados disposições testamentárias ou contratuais, que permitirão acesso aos dados por sucessores; (iv) na falta de orientação do titular, os sucessores podem solicitar a exclusão da conta ou sua conversão em memorial.

A Comissão, ainda, elaborou artigo subsequente em que se preocupa especificamente com “mensagens privadas” e “contas” ou “contas públicas”:

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 resguardados os direitos à intimidade e à 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 pleitear a exclusão ou a manutenção

da sua conta, bem como sua conversão em memorial, garantida a transparência de que a gestão da conta será realizada por terceiro.

§ 4º Serão excluídas as contas públicas de usuários brasileiros, quando, falecidos, não deixarem herdeiros ou representantes legais, contados 180 (cento e oitenta) dias da comprovação do óbito.

Nesse caso, conclui-se pela leitura que há uma regra geral de que mensagens privadas de pessoas falecidas armazenadas em ambiente virtual não podem ser acessadas pelos herdeiros.

Porém, algumas especificações e exceções são feitas: (i) é possível disposição testamentária que disponha sobre o acesso às mensagens privadas, mas serão mantidos o sigilo e a intimidade de terceiros; (ii) com autorização judicial, um herdeiro pode acessar mensagens privadas para fins específicos, respeitando a privacidade de terceiros; (iii) as plataformas devem seguir uma legislação especial sobre o tempo de guarda das mensagens, que ainda não existe; (iv) na ausência de instruções do falecido, os sucessores podem solicitar a exclusão, manutenção ou conversão da conta em memorial; (v) contas qualificadas como públicas de usuários brasileiros serão excluídas após 180 dias do óbito, caso não haja herdeiros ou representantes legais.

É relevante destacar que essas disposições não sofreram alterações após o período das sugestões encaminhadas pelo público externo, distribuídas aos membros da comissão conforme área de atuação temática.

No Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, a Subcomissão formada pelos professores Laura Porto, Ricardo Campos e Dierle Nunes, com anuência dos relatores gerais Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery, se ateu a escrever apenas um parágrafo acerca da inclusão do quinto capítulo, dizendo que este “detalha o conceito de patrimônio digital e estabelece diretrizes para a gestão e transmissão

hereditária de ativos digitais, além de discutir o tratamento de dados e informações pessoais no contexto digital”¹¹⁹⁶.

Como justificativas gerais para a existência e o propósito da criação de um Livro de Direito Civil Digital, sublinhou-se a preservação da autonomia privada, uma vez que há impacto dos ambientes digitais em hábitos e comportamentos. Mais que isso, esses juristas entendem que é necessário compreender e regulamentar dados digitais e novas tecnologias, bem como ressignificar a racionalidade humana em processos decisórios.

A criação desses dispositivos, ainda, vem calcada em uma necessidade (não explicada em termos jurídicos) de delineamento do Direito Civil Digital, como Livro autônomo do Código Civil, porque “as relações e situações jurídicas digitais já fazem parte do cotidiano do brasileiro”. Seriam necessários “institutos tradicionais” e “novos institutos, relações e situações jurídicas” para esse mundo virtual.

A crença é de que os novos artigos e o livro em si “iluminariam” a demanda de “atualizar a legislação brasileira para abordar os desafios e oportunidades apresentados pelo ambiente digital”. A pretensão é estar na “vanguarda do tema”, alinhar “o direito brasileiro com as realidades do mundo digital” e garantir “proteção, transparência e segurança nas interações online”, que busca “inovação” e “respeita os direitos fundamentais no ambiente digital”.

3 A (IN)ADEQUAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DISPOSITIVOS DO NOVO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL

As peculiaridades do meio digital resultam em novos desafios para os juristas e criam situações que demandam alterações ou inovações legislativas. É nesse cenário, de discussões acerca da

1196 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/PM33v>. Acesso em: 16 set. 2024.

herança digital e as propostas de alteração do Código Civil que a presente análise será realizada.

3.1 O QUE MOTIVA A INCLUSÃO DO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL NO CÓDIGO CIVIL?

A introdução de um novo livro durante a reforma de um Código Civil relativamente novo, leva aos questionamentos sobre as motivações de tal medida. Quando considerada a relevância da lei para o Direito Privado, é razoável esperar que alterações dessa natureza fossem precedidas de um estudo minucioso, com o amparo de doutrina especializada, precedentes jurisprudenciais e análises comparativas de legislações estrangeiras.

A comissão de Reforma trabalhou na contramão dessas expectativas. Em seu relatório final, os responsáveis justificaram tal inovação em menos de três páginas, sem referenciar doutrina especializada, jurisprudência ou legislações estrangeiras que se utilizaram de método semelhante.

O argumento central utilizado pela Comissão foi o aumento exponencial do uso de novas tecnologias, algo citado como uma “tendência irreversível para a humanidade”. A partir disso, defenderam que as interações no ambiente digital já se consolidaram no cotidiano do brasileiro, fato que justificaria a existência do novo Livro de Direito Civil Digital¹¹⁹⁷.

Ainda que inegável a incorporação das novas tecnologias ao cotidiano de bilhões de pessoas, o fenômeno desafia o poder legislativo na criação de leis que consigam encontrar soluções tecnicamente adequadas às particularidades das inúmeras ferramentas do ambiente virtual, aliando celeridade e especificidade. A inclusão do livro de Direito Civil Digital, entretanto, peca ao desconsiderar que o atual

1197 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/PM33v>. Acesso em: 16 set. 2024.

Código Civil é um expediente jurídico pautado em previsibilidade, conforme abordou Miguel Reale durante os trabalhos de 2002.

O Código Civil desempenha papel fundamental na coerência, previsibilidade e segurança jurídica do sistema legal do qual faz parte. Alterá-lo, portanto, exige cautela e um profundo conhecimento dos fundamentos teóricos e práticos que o sustentam, bem como significativo grau de previsibilidade acerca das modificações realizadas¹¹⁹⁸. Ao discorrer sobre a elaboração do Código Civil de 2002, Miguel Reale abordou o esforço em aproveitar as disposições do Código Civil 1916:

foi fixado o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do Código atual, porquanto, de certa forma, cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas. Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos¹¹⁹⁹.

Assim, embora inegável a crescente influência das tecnologias na vida cotidiana, as reformas legislativas, especialmente aquelas que envolvem o Código Civil, devem ser conduzidas com cautela, considerando a relevância desse diploma para o ordenamento jurídico. Miguel Reale, em suas reflexões sobre a elaboração do Código Civil de 2002, já alertava para a necessidade de uma abordagem cuidadosa e gradual:

costumo declarar que o Código Civil é “a Constituição do homem comum”, devendo cuidar de preferência

1198 MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, [s.v.], p. 95-120, 2003.

1199 REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Brasília: Série Cadernos do CEJ, 2002, p. 12.

das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou então, das regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinenti, a todas as inovações correntes. Por tais motivos não há como conceber o Código Civil como se fosse a legislação toda de caráter privado, pondo-se ele antes como a “legislação matriz”¹²⁰⁰.

Posicionamento esse que acompanha a tendência de descodificação do Direito Civil, no qual o Código Civil não tem mais o papel de abordar e regulamentar todas as questões que envolvem o Direito Privado, coexistindo com legislações especiais¹²⁰¹. A inclusão do livro de Direito Civil Digital caminha na contramão desta tendência, ao tentar abarcar as várias questões referentes ao ambiente virtual, inclusive aquelas já abordadas em legislações especiais, como o tratamento de dados pessoais. Esse contexto pode levar ao retorno impensado do Código Civil a um sistema que se propõe a regular todos os aspectos da vida civil dos indivíduos.

Em conclusão, ressalta-se que o Código Civil é fundamental para a previsibilidade da interpretação e da aplicação das normas no âmbito do Direito Privado, ao considerar o conhecimento construído ao longo do século passado. Assim, desconsiderar essa premissa sem fortes argumentos representa uma ruptura com a construção histórica e lógica do Direito Civil, potencialmente resultando em insegurança jurídica. Ademais, a tentativa de regular todos os aspectos de vida dos particulares no ambiente virtual, distancia-se especificamente do fenômeno de descodificação do Direito Civil.

1200 REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Brasília: Série Cadernos do CEJ, 2002, p. 12.

1201 MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, [s.v.], p. 95-120, 2003.

3.2 O ATUAL CENÁRIO TECNOLÓGICO ENQUANTO UM FATOR A SER CONSIDERADO NA CRIAÇÃO DAS LEIS

Este subtópico objetiva abordar algumas fragilidades do Capítulo V do Livro de Direito Civil Digital, com foco no conteúdo dos dispositivos indicados no tópico 3 deste trabalho. Para tanto, argumenta-se que as normas elaboradas pela Comissão de Reforma não acompanham as particularidades das plataformas existentes no ambiente virtual.

As mudanças tecnológicas das últimas décadas têm se transformado de maneira impressionante, o que por si só justifica uma busca incessante por novas abordagens jurídicas. É nessa lógica que surgiram o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que ainda nem tiveram todos os seus efeitos e impactos concretizados para avaliação mais profunda. A ANPD, por exemplo, ainda está em sua primeira formação de diretores (art. 55-D, §4º, LGPD).

No entanto, a cautela é uma regra óbvia que não é considerada perante uma proposta de alteração tão profunda na lógica civil. O verdadeiro desafio não reside na falta de regulamentação, mas na dificuldade de criar normas que sejam duradouras e prevejam adequadamente os impactos futuros da tecnologia.

O progresso tecnológico contemporâneo não é aleatório e está profundamente enraizado em uma transformação nas bases do próprio capitalismo, conforme argumenta Shoshana Zuboff¹²⁰². Esse novo contexto, que ainda não se estabilizou, cria um cenário complexo para a criação de normas codificadas que depõe contra os breves debates e as normas propostas pela Comissão.

A volatilidade e a imprevisibilidade do avanço tecnológico tornam qualquer tentativa de antecipação insuficiente, o que faz com que a reforma e muitas propostas legislativas sejam desnecessárias ou pereçam antes mesmo de sua análise jurídica, uma vez que o

1202 ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. 1ª ed. Nova Iorque: PublicAffairs, 2019.

ordenamento atual é e precisa ser suficiente. Ao focar nas demandas do presente, não há garantias de que as regulações sejam adequadas para o que está por vir.

Veja-se que um dos artigos questionados no presente artigo cita a expressão “mensagens privadas” como base de sua aplicação. Já hoje, a percepção sobre o que são “mensagens” e o que significa a “privacidade” é rasa e sofre risco de alterações ainda nesta semana, seja ela qual for no ato de leitura deste texto acadêmico. Dessa maneira, resta evidente que esse tipo de proposta se mostra desconexa com a realidade fluida e altamente mutável das plataformas digitais.

Ao categorizar as mensagens privadas como bens digitais e tentar regulamentar seu acesso de maneira rígida, o texto legal pode se tornar rapidamente desatualizado, já que as plataformas estão sempre criando novas formas de comunicação, alterando regras e possibilitando o controle dinâmico de quem vê e interage com o conteúdo.

O caso do Instagram em 2024 ilustra bem essa volatilidade: só neste ano, a rede social introduziu (pelo menos) duas novas formas de interação entre os usuários, permitindo que essas fossem configuradas para aparecer de forma seletiva — seja para todos os usuários ou contatos autorizados, seja para grupos ainda mais específicos do ciclo social do dono do perfil, independentemente do perfil ser classificado como público ou privado.

A mutabilidade e a natureza fragmentada das relações digitais evidenciam a dificuldade de legislar sobre um ambiente que está em transformação acelerada. Mesmo com as ressalvas de sigilo e necessidade de autorização judicial, o artigo referenciado falha ao se propor a definição jurídica de uma realidade imprecisa e transitória. Nesses termos, o Código Civil tende a se tornar um obstáculo ou, pior, criar brechas legais nocivas à sociedade diante dos múltiplos interesses envolvidos às tecnologias.

Assim, conclui-se que no Código Civil, em especial, não há espaço para respostas inovadoras enquanto as perguntas não estiverem claramente formuladas. Isso ocorre porque o impacto da tecnologia

nas relações particulares ainda está em pleno desenvolvimento. Regular o presente instável sem uma visão minimamente segura do futuro pode resultar em normas rapidamente obsoletas, gerando um ciclo contínuo de inadequação legislativa a partir da norma central do direito privado.

3.3 A (DES)NECESSÁRIA INCLUSÃO DOS DISPOSITIVOS SOBRE HERANÇA DIGITAL NO LIVRO DE DIREITO CIVIL DIGITAL

Superadas as questões relacionadas aos problemas da criação do livro de Direito Civil Digital, e mais especificamente da elaboração dos dispositivos acerca da transmissão hereditária de bens digitais, resta abordar outra fragilidade do tratamento dado ao tema pela Comissão de Reforma.

No Relatório Final apresentado pela Comissão, defendeu-se a necessidade de um livro de Direito Civil Digital em razão da “evidente virada tecnológica do direito”, entretanto, houve um aparente descompasso entre as subcomissões¹²⁰³. Em análise das propostas de alteração do Código Civil, nota-se que alguns dos artigos do Capítulo V, do livro de Direito Civil Digital, analisados no tópico 3 deste trabalho, também foram inseridos no livro de Direito das Sucessões com conteúdo quase idêntico. Isso contradiz a necessidade de se inserir tais normas em um novo livro.

A título de exemplo, o segundo artigo do Capítulo V¹²⁰⁴, que aborda a projeção dos direitos da personalidade após a morte,

1203 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/PM33v>. Acesso em: 16 set. 2024.

1204 Art. 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.

apresenta redação muito semelhante à do art. 1.791-A, § 2º¹²⁰⁵. No mesmo sentido, o *caput*¹²⁰⁶ e o §1º¹²⁰⁷ do quarto artigo do Capítulo V, têm conteúdo semelhante, respectivamente, ao *caput*¹²⁰⁸ e §2º¹²⁰⁹ do art. 1.791-B. Ambas as normas, do Livro de Direito Civil Digital e do livro de Direito das Sucessões, abordam a proteção às mensagens privadas do *de cuius* armazenadas em ambiente virtual.

À vista disso, apesar da justificativa apresentada pela Comissão para a criação do livro de Direito Civil Digital, a análise de determinados dispositivos propostos revela inconsistências e redundâncias. A ausência de uma justificativa sólida para a criação de um novo livro, somada à duplicidade de conteúdo de alguns dispositivos, levanta dúvidas sobre a real necessidade e a efetividade dessa inovação. Questões que evidenciam a necessidade de um debate mais aprofundado sobre a adequação do Código Civil à realidade digital e sobre qual a melhor forma de regulamentar a transmissão hereditária dos bens digitais.

1205 § 2º Os direitos da personalidade e a eficácia civil dos direitos que se projetam após a morte e não possuam conteúdo econômico, tais como a privacidade, a intimidade, a imagem, o nome, a honra, os dados pessoais, entre outros, observarão o disposto em lei especial e no Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral, bem como no Livro de Direito Civil Digital.

1206 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.

1207 § 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 resguardados os direitos à intimidade e à privacidade de terceiros.

1208 Art. 1.791-B. Salvo expressa disposição de última vontade e preservado o sigilo das comunicações, as mensagens privadas do autor da herança difundidas ou armazenadas em ambiente virtual não podem ser acessadas por seus herdeiros

1209 § 2º Por autorização judicial, o herdeiro poderá ter acesso às mensagens privadas do autor da herança, quando demonstrar que, por seu conteúdo, tem interesse próprio, pessoal ou econômico de conhecê-las.

4 LEI ESPECIAL: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Diante da natureza peculiar do ambiente virtual e da necessidade de uma regulamentação especializada sobre a transmissão hereditária dos bens digitais, este tópico defende a exclusão dos dispositivos debatidos do capítulo V do livro de Direito Civil Digital. A presença de dispositivos semelhantes em outros livros do Código Civil, combinada a rápida evolução tecnológica não abrangida pelo texto proposto, demonstram a desnecessidade do capítulo que versa sobre o patrimônio digital e, em especial, dos dispositivos acerca da herança digital.

Conforme abordado no tópico 4, o Código Civil tem o papel de garantir a previsibilidade das decisões no sistema jurídico do Direito Privado, de modo que as normas devem apresentar relativo grau de certeza quanto à sua adequação ao ordenamento para serem inseridas naquele. Esse fator não foi identificado nas normas que tratam da transmissão de bens digitais.

Diante das particularidades do ambiente virtual e das dificuldades em se regulamentar as situações que acontecem em tal ambiente, a melhor opção seria a criação de uma legislação especial dedicada a regulamentar a transmissão hereditária dos bens digitais. Alternativa que melhor se adequa ao fenômeno de descodificação do Código Civil, ao utilizar microssistemas para regulamentar temas específicos e recentes, e manter superada a ideia de uma única legislação responsável para regular todos os aspectos da vida civil dos indivíduos. Alinhando-se, portanto, à atual sistemática do Direito Civil e garantindo maior coerência e segurança jurídica em possíveis alterações do Código Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, evidenciou-se a complexidade da tarefa de adaptar o Código Civil para abarcar as peculiaridades do ambiente

digital. As ferramentas tecnológicas virtuais estão em constante evolução, e os desafios jurídicos na aplicação das leis são crescentes, contexto em que se insere as discussões acerca da denominada herança digital.

A criação de um livro específico para o Direito Civil Digital, embora tenha sido justificada como um avanço para acompanhar as transformações tecnológicas, não apresenta argumentos sólidos sobre o caminho legislativo escolhido para regulamentação da transmissão hereditária dos bens digitais.

As previsões feitas não levam em consideração as particularidades das tecnologias, especialmente sua volatilidade, e acabam reproduzindo normas que rapidamente podem ser consideradas ultrapassadas. Além disso, a inserção de normas sobre herança digital se assemelha a uma tentativa de abarcar no Código Civil todos os temas novos, o que está em descompasso com a atual sistemática do Direito Civil.

À vista disso, a proposta de exclusão dos dispositivos do V Capítulo do livro de Direito Civil Digital, bem como a sugestão de abordagem do tema em legislação especial, objetivou apresentar uma solução que se adeque à atual abordagem legislativa do Direito Civil, no qual os microsistemas têm papel relevante e lógico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://encurtador.com.br/PM33v>. Acesso em: 16 set. 2024.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da “herança digital”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, p. 1-20, 2021.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIVINO, Sthefano Bruno Santos; SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Inadequação sistemática das propostas de Direito Digital na Reforma do Código Civil. **Canal Arbitragem**, São Paulo, 23 jul. 2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/boletim-idip-iec/xxvii/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

HARBINJA, Edina. The ‘new(ish)’ property, informational bodies, and postmortality. In: SAVIN-BADEN, Maggi; MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). **Digital afterlife: death matters in a digital age**. 1ª ed. United States: CRC Press, p. 89-105, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da principalização da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, [s.n.], p. 39-59, 2017.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Comentários sobre o projeto do Código Civil Brasileiro**. Brasília: Série Cadernos do CEJ, p. 11-26, 2002.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s.l.], v. 16, [s.n.], p. 181-197, 2018.

MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, [s.v.], [s.n.], p. 95-120, 2003.

ÖHMAN, Carl. From bones to bytes: a new chapter in the history of death. In: ÖHMAN, Carl; WATSON, David (Org.). **The 2018 yearbook of the Digital Ethics Lab**. 1ª ed. Oxford: Springer, p. 167-182, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Fábio Queiroz. Consolidação e codificação em direito civil: bases conceituais e experiências sulamericanas. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 33, p. 01-20, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TJMG. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001**, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022.

TJMG. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.174340-0/001**, Relator(a): Des.(a) Delvan Barcelos Júnior, 8ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 22/05/2024, publicação da súmula em 28/06/2024.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. 1ª ed. Nova Iorque: PublicAffairs, 2019.