

REVISTA DO

IASP

INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

2024

38.1



ANÁLISE PRELIMINAR
DO ANTEPROJETO
DE REFORMA DO
CÓDIGO CIVIL

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

Alexandre Junqueira Gomide
Alexandre Pacheco da Silva
André Rodrigues Corrêa
Daniel Martins Boulos
Débora Gozzo

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

Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Guilherme Forma Klafke
Gustavo Haical
Hamid Bdine

Judith Martins Costa
Karime Costalunga
Kleber Luiz Zanchim

Mairan Gonçalves Maia Júnior
Maria Celina Bodin de Moraes
Marina Feferbaum

Paulo Doron R. de Araujo
Pedro Guilherme G. de Souza
Rafael Peteffi da Silva
Rodolfo Mazzini Silveira
Rubens Carmo Elias Filho
Silmara J.A. Chinellato
Sílvia Felipe Marzagão

Tháís Sêco
Tula Wesendonck

COORDENADORES DA REVISTA

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



EDITORA
IASP



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

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

Vol. 38.1 - Ano 27



**EDITORA
IASP**

São Paulo - SP

2024

Revista do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Vol. 38.1 - Ano 27

COORDENADORES DA REVISTA

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

AUTORES

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

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

Volume Complementar:

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

COORDENADORES DO VOL. 38.1:

Judith Martins Costa

Diogo Leonardo Machado de Melo

Paulo Doron R. de Araujo

ISSN 1415-7683-38

Edição e Distribuição da Editora IASP

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

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

Fundado em 29 de Novembro de 1874

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

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

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

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

SUMÁRIO

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

6. Direito das Coisas

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

7. Direito de Família

Débora Gozzo 72

8. Direito das Sucessões

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

8. Direito Digital

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

4.
Responsabilidade Civil

Fábio Floriano Melo Martins,
Gisela Sampaio,
Rafael Peteffi da Silva,
Tula Wesendonck e
Maria Celina Bodin de Moraes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3. Art. 944-A^[25]: sanção punitiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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