



Remodelação indesejada*

Rafael Branco Xavier**

A proposta “reforma” do Código Civil, no que diz respeito ao Título da Responsabilidade Civil, é, a rigor, uma ruptura completa. O critério quantitativo ampara essa constatação. Apenas nesse Título, entre os arts. 927 e 954, há uma centena de propostas de alterações, em conta que leva em consideração as mudanças em enunciados normativos, sem necessariamente a avaliação de quantas palavras, regras e princípios estão sendo acrescentados, suprimidos ou modificados.

Ao dado quantitativo, acresce o qualitativo. Trata-se de um novo Código, no conteúdo, no método, na linguagem. Acumulam-se críticas ao texto proposto: a ruptura sistemática vem sendo objeto de minuciosa análise por estudiosos da Responsabilidade

* XAVIER, Rafael Branco. Remodelação indesejada. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XXI. Canela-São Paulo, Publicado em 05.06.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xxi-boletim-idip-iec/remodelacao/>.

** Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Advogado. Membro do IDiP e do IEC.



Civil, como revelam textos em periódicos comuns¹, os Volumes VII², X³, XVIII⁴ e XIX⁵ deste Boletim; periódicos jurídicos⁶ e outros meios de comunicação⁷.

Pretendendo contribuir com esse debate, este texto visa a compartilhar inquietações acerca do “novo art. 947”, tal qual remodelado pela Comissão elaboradora do Anteprojeto⁸. Entendo que a nova redação pode trazer sérios prejuízos para os credores

¹ GOZZO, Débora; MARTINS, Fábio; MARTINS-COSTA, Judith; ARAÚJO, Paulo Dóron R. de. Preocupante reforma do Código Civil pode trazer insegurança e litigiosidade. *Folha de São Paulo*. 15 de abril de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2024/04/preocupante-reforma-do-codigo-civil-pode-trazer-inseguranca-e-litigiosidade.shtml>; FRAZÃO, Ana; GUEDES, Gisela; PARGENDLER, Mariana. A Reforma do Código Civil é adequada? Não. Enorme insegurança jurídica. *Folha de São Paulo*, 25 de maio de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-nao.shtml>. <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-nao.shtml> (com destaque, neste texto à crítica sobre a inserção da expressão “danos indiretos” no art. 944-B). Na mesma data, defesa do Anteprojeto também foi apresentada. Note-se que, embora aquele texto mencione, genericamente, todas as demais subcomissões, silenciou a respeito das modificações ao regime de Responsabilidade Civil. Assim está em: PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A Reforma do Código Civil é adequada? Sim. Equilibra tradição e inovação; proposta consolida transformações da família e promove liberdade econômica. <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2024/05/o-anteprojeto-de-reforma-do-codigo-civil-e-adequado-sim.shtml>.

² GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. O perigo das implicações sistêmicas provocadas por reformas legislativas: o exemplo da proposta de reforma do art. 942 do Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. VII, Canela-São Paulo. Publicado em: 30.01.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/ii-boletim-idip-iec/o-perigo-das-implicacoes-sistemicas-provocadas-por-reformas-legislativas-o-exemplo-da-proposta-de-reforma-do-art-942-do-codigo-civil/>.

³ WESENDONCK, Tula. Inquietações sobre as propostas apresentadas pela Comissão responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL) na disciplina de Responsabilidade Civil. MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. X, Canela-São Paulo. Publicado em: 13.03.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xvii-boletim-idip-iec/inquietacoes-sobre-as-propostas-apresentadas-pela-comissao-responsavel-pela-revisao-e-atualizacao-do-codigo-civil-cjcodcivil-na-disciplina-de-responsabilidade-civil/>.

⁴ Adiante referido na nota de rodapé n. 12, *infra*.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Conferência de Encerramento do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, organizado pelo Instituto de Direito Privado – IDiP e pela Associazione Civilisti Italiani – ACI. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XIX, Canela-São Paulo. Publicado em 20.05.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xix/conferencia-de-encerramento/>.

⁶ E.g. SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil por fato da coisa na alteração do Código Civil. *Consultor Jurídico*. Publicado em 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/>.

⁷ LEITE, Clarissa Frechiani; MARTINS, Fábio; GUEDES, Gisela Sampaio, SILVA, Rafael Peteffi da. Alterações da Responsabilidade no Código Civil. *AASP Talks*. Plataforma Spotify. Publicado em 29 de maio de 2024. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/0ALVBNk8x90eEPcaWKgktZ?si=ZoQCkh4dTPCJa6ahk6fgdQ>. Anote-se que os temas ora tratados foram também objeto de críticas por aqueles doutrinadores, entre os 27min22s e 29min50s (sobre o *caput* do “novo art. 947”), e entre os 48m40s e 51m20s (sobre a antinomia entre o art. 944-B do Anteprojeto e o art. 403 do Código Civil).

⁸ É o texto proposto: “Art. 947. A reparação dos danos deve ser integral com a finalidade de restituir o lesado ao estado anterior ao fato danoso. § 1º A indenização será fixada em dinheiro, sempre que a reconstrução natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. § 2º Nos casos de dano extrapatrimonial, admite-se, a critério da vítima, a reparação in



lesados, pois muitas dúvidas são criadas sobre o seu conteúdo, além de o texto desnecessariamente repetir o princípio da reparação integral que já figura no art. 944, *caput*, do Código Civil (i). O mais grave, ainda, é que, na tentativa de reiteração do princípio, há antinomia flagrante tanto com o sistema vigente, quanto com outros dispositivos ora propostos (ii).

(i) *O cumprimento específico e a reparação integral.*

O texto do vigente art. 947 expressa dois comandos. No primeiro, o direito ao cumprimento específico. No segundo, a conversão pelo valor equivalente, nos casos de impossibilidade de cumprimento na espécie ajustada⁹. É o texto: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

O direito ao cumprimento específico envolve regra tradicional no Direito brasileiro, pois constava do art. 1.534 do Código Civil de 1916¹⁰. Hoje, figura também muito claramente no Código de Processo Civil, nos arts. 497 e 499. Vem, ainda, de ser modificado com a recente inclusão no parágrafo único do art. 499 do Código de Processo Civil, de acordo com a qual – em hipóteses de vícios redibitórios, responsabilidade do empreiteiro, responsabilidade do segurador, e de responsabilidade subsidiária e solidária –, passou a existir etapa processual necessária para anteceder a efetiva conversão em

natura, na forma de retratação pública, por meio do exercício do direito de resposta, da publicação de sentença ou de outra providência específica que atendam aos interesses do lesado. § 3º Nas hipóteses do parágrafo anterior, a reparação in natura pode ser efetivada por meio analógico ou digital, alternativa ou cumulativamente com a reparação pecuniária”.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O árbitro e o cálculo do montante da indenização. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 613. Vide, também, na jurisprudência, STJ. REsp. 1.989.585/MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrigli. J. em 06.09.2022 (“17. Na hipótese de mora, o credor pode exigir o cumprimento específico da obrigação ajustada. Tal espécie de cumprimento goza de *preferência* no Direito Brasileiro, consoante se depreende do enunciado normativo do art. 947 do CC/02”). Anote-se que o entendimento não é unânime. Vide, por exemplo STEINER, Renata. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Vol. II. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 314-315 (não discorda da existência do remédio do cumprimento específico para o inadimplemento, mas anota que o art. 947 não prevê de forma “inequívoca nem o direito nem a preferência pelo cumprimento específico do contrato”).

¹⁰ *In verbis*: “Art. 1.534. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação”.



perdas e danos requerida pelo credor. Se ainda for possível, o juiz *concederá* ao inadimplente a “faculdade para o cumprimento da tutela específica”¹¹.

No Código Civil, a substituição do texto vigente pelo proposto “novo art. 947” modificará o seu conteúdo. Duas leituras, diferentes, são igualmente críticas. A primeira indica que “[a] supressão desse dispositivo cria um vácuo no regime do cumprimento das obrigações pelo equivalente”, com isso empobrecendo o sistema e tornando “a garantia das obrigações mais frágil, ampliando o poder dos juízes ao julgar e disciplinar a matéria”¹².

A segunda, pensada não a partir do novo *caput*, mas do foco no novo §1º, seria considerar como “restituição natural” o que antes era referido como “na espécie ajustada”. Dessa forma, a “restituição natural” equivaleria ao que antes era referido como cumprimento “na espécie ajustada”, ou seja, ao cumprimento específico.

Nessa concepção, haveria um novo elemento a excepcionar a “restituição natural”: a excessiva onerosidade para o devedor. Esse critério passa a ser uma justificativa para o afastamento da restituição natural. A exceção, evidentemente, enfraquece a posição do credor.

Foi realmente intenção da Subcomissão incluí-la? A julgar pela justificativa exposta nos trabalhos preparatórios, não – pois nada foi dito a respeito¹³. Mas o texto aí está, a ensejar essa interpretação.

¹¹ É o texto integral do art. 499, parágrafo único: “Nas hipóteses de responsabilidade contratual previstas nos arts. 441, 618 e 757 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e de responsabilidade subsidiária e solidária, se requerida a conversão da obrigação em perdas e danos, o juiz concederá, primeiramente, a faculdade para o cumprimento da tutela específica”.

¹² BRANCO, Gerson. A garantia geral das obrigações no anteprojeto de Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XVIII, Canela-São Paulo. Publicado em 15.05.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xviii-edicao-do-boletim-idip-iec/a-garantia/>. O Professor entende que “Não nos parece que o art. 947 do anteprojeto seja equivalente ao mesmo artigo do código vigente, por duas razões. Primeiro, a redação atual trata do cumprimento de obrigações, enquanto o dispositivo do anteprojeto trata da ‘reparação de danos’, hipótese que não se confunde com o cumprimento específico ou com o cumprimento da obrigação pelo equivalente. Segundo, o §1º do art. 947 do anteprojeto trata de ‘indenização em dinheiro’ quando a ‘restituição natural’ não seja possível, tema claramente voltado para a obrigação de indenizar na responsabilidade civil extracontratual. A simples leitura dos dois parágrafos subsequentes torna evidente essa conclusão”.

¹³ “A nova redação do art. 947 segue o artigo 566 do CC de Portugal, cuja redação enfatiza a ideia fundamental da precedência do estado de coisas afetado pelo dano, seja em matéria de danos individuais



Ainda que tenha sido intencional, seria realmente desejável esse texto – expressamente importado do Código Civil português – colocando objeções à “restituição natural”, favorecendo o devedor? Por quê?

A substituição do *caput* do art. 947 ainda incorre em repetição desnecessária. Considerado o novo *caput*, segundo o qual “A reparação dos danos deve ser integral com a finalidade de restituir o lesado ao estado anterior ao fato danoso”, salta aos olhos que a norma subjacente às primeiras palavras (“*A reparação dos danos deve ser integral*”) já se encontra no art. 944: a indenização mede-se pela extensão do dano. O enunciado normativo vigente – que permanece no texto reformado – é o *locus* normativo do princípio da reparação integral¹⁴. Por que repetir?

Aparentemente, ainda não há respostas a essas perguntas. Mas o problema mais grave do “novo art. 947” está no emprego da palavra “anterior”.

(ii) O estado “anterior”

No já transcrito *caput* do art. 947, o texto reformado trata da “finalidade de restituir o lesado ao estado *anterior* ao fato danoso”. Frise-se: trata-se de direcionar o lesado a um retorno ao *status quo ante*.

A rigor, o princípio da reparação integral visa a colocar o lesado na situação em que estaria *não fosse* o evento danoso. A abstração necessária para perquirir a indenização é a do fato danoso, com o que a indenização torna “sem dano” (*in+demne*). Ora, nem sempre o lesado deve ser colocado no estado *anterior*, no tempo, ao fato danoso. O critério não é cronológico, mas é lógico.

ou coletivos. Sempre que impossível ou insuficiente a restauração em espécie, terá lugar a fixação da indenização pecuniária, em moeda corrente”. Assim está em: Anexo do Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Injustificado da JCODCIVIL, p. 96. O arquivo consta do site do Senado Federal, na aba Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, sub-aba “Relatórios Parciais – Subcomissões” – Parecer n. 1 – Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa da JCODCIVIL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Veja-se, a rigor, que foi o respectivo §1º do art. 947 objeto de transplante do número 1 do art. 566 do Código Civil Português, segundo o qual: “(Indemnização em dinheiro) 1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

¹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.



O Código Civil Português – apresentado como justificativa para a alteração da regra, como se viu na nota de rodapé 13, *supra* – não emprega a palavra “anterior”. O art. 562 daquele Código prevê: “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Daí porque doutrina portuguesa enfatiza “[n]ote-se que a lei (art. 562º) manda reconstituir, não a situação *anterior* à lesão, mas a situação (hipotética) que existiria, se não fora o facto determinante da responsabilidade”¹⁵.

Rememorar um exemplo prático ajuda a ilustrar o porquê a palavra “anterior” é dispensável, senão, perigosa. Para distinguir os lucros cessantes dos danos emergentes como espécies de danos patrimoniais, é corriqueira a referência a um acidente de trânsito envolvendo um táxi injustamente atingido, cuja carroceria vem a ser danificada (dano emergente). Durante o período do conserto, como o táxi não está na rua, o seu titular deixa de ganhar pelas corridas que então faria (lucros cessantes). Os danos à carroceria são praticamente concomitantes ao acidente, pelo que se podem dizer “presentes”. Já os lucros cessantes podem ser classificados como futuros em relação ao acidente.

A julgar pelo *caput* do “novo art. 947”, a falta de rendimentos pelos dias em que o carro restar para o conserto não deve ser indenizada, já que a “reparação integral” dos danos deverá ter a finalidade de restituir o lesado ao estado *anterior*. Se a reparação integral fosse dirigida a colocar a vítima no estado em que estava *antes* do acidente, os lucros cessantes deixariam de ser indenizáveis. O lesado deverá se contentar com a indenização pelos danos emergentes atinentes ao conserto do automóvel. A conclusão seria, evidentemente, absurda. Os lucros cessantes são indenizáveis conforme o art. 402 do Código Civil. Como compatibilizar os dois enunciados normativos?

A confusão aumenta quando se agrega a redação do proposto art. 944-B. Este estabelece: “A indenização será concedida, se os danos forem certos, sejam eles diretos, indiretos, atuais ou futuros”.

Antes de tratar da evidente contradição entre os propostos arts. 947 e 944-B pelo emprego da palavra “futuros” no último, diga-se que este outro enunciado inovativo é

¹⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 905. *Itálico original*.



igualmente indesejado, por uma série de motivos. Ao menos dois podem ser aqui, desde logo, apresentados.

Primeiro, a ideia de “concessão” da indenização gera perplexidade: parece demandar que alguém – que não o devedor – deva *concedê-la*, como se o direito material necessariamente dependesse de atos jurisdicionais¹⁶. A indenização é devida, porém, independentemente de processo judicial ou arbitral; independentemente de alguém que a “conceda”. A existência do dano é que enseja a existência do dever de indenizar.

Segundo, a previsão legal de que “danos indiretos” ensejam indenização é um dos maiores reflexos da ruptura sistemática que a “reforma” pode provocar. O que significa “danos indiretos”? Danos mediatos? Danos por ricochete? Danos não necessariamente decorrentes da inexecução? Danos morais? Danos extrínsecos? Como se concretizará esse comando, se o art. 403 que estabelece a necessidade de nexos causal “direto e imediato” não está sendo alvejado pelo texto reformista? Como explicar essas antinomias se um dos eixos das mudanças no regime de responsabilidade civil era, alegadamente, “a necessidade de *contenção normativa* da proliferação de várias etiquetas de lesões a interesses merecedores de tutela”¹⁷?

Retomando-se o foco central: a incidência do art. 944-B permitiria qualificar os lucros cessantes pela falta de corridas do táxi abalroado como danos futuros. A falta de rendimentos durante o conserto é futura em relação ao fato danoso do acidente (se é essa a acepção de danos futuros que o anteprojeto quer fazer constar da Lei¹⁸). Assim, pelo

¹⁶ Note-se que o mesmo termo está previsto no novo parágrafo primeiro do art. 499 do Código de Processo Civil, transcrito na nota de rodapé 11, *supra* – não se criticando que, no diploma adjetivo, assim figure.

¹⁷ Exposição de motivos da reforma do Título IX – “Da responsabilidade civil”, p. 7. O arquivo consta do site do Senado Federal, na aba Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, sub-aba “Relatórios Parciais – Subcomissões” – Parecer n. 1 – Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa da CJCODCIVIL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Grifei.

¹⁸ Consta nos trabalhos preparatórios: “Serão considerados verificados os prejuízos cuja ocorrência tenha sido demonstrada, se danos presentes, ou cuja ocorrência seja verossímil, se danos futuros” Anexo do Relatório da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Injustificado da CJCODCIVIL, p. 81. O arquivo consta do site do Senado Federal, na aba Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, sub-aba “Relatórios Parciais – Subcomissões” – Parecer n. 1 – Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa da CJCODCIVIL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>.



menos, não só o art. 402 do Código vigente, mas também o art. 944-B salvariam a situação patrimonial do titular do táxi.

Em síntese, o Anteprojeto estabelece uma reparação integral voltada ao estado *anterior*, mas prevê a indenização de danos *futuros*. Ora, de um lado, se o *caput* do art. 947 for invocado, a reparação deverá colocar o lesado no estado anterior ao fato danoso, então não será devida indenização pelos lucros cessantes. Se o art. 944-B o for, e os lucros cessantes puderem ser considerados como “danos futuros”, a respectiva indenização será devida.

Se assim persistir, o exemplo da primeira aula de graduação da disciplina de Responsabilidade Civil terá que ser alterado. Ou talvez poderá ser tratado na primeira aula de Teoria Geral, passando a ser o exemplo mais eloquente de antinomia na lei.