

2022

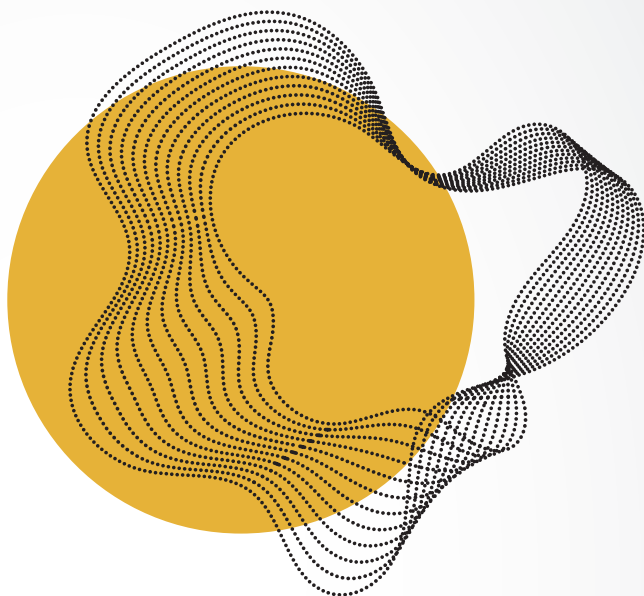
GUSTAVO
TEPEDINO

C O O R D E N A D O R E S

DEBORAH
PEREIRA PINTO
DOS SANTOS

PAULA
MOURA
FRANCESCONI
DE LEMOS
PEREIRA

ANAIS VII
CONGRESSO DO
IBDCIVIL



DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A CONSTRUÇÃO DA
LEGALIDADE CONSTITUCIONAL
NAS RELAÇÕES PRIVADAS

IBDCivil

EDITORA
FOCO

Você está recebendo, **GRATUITAMENTE**, um fragmento da obra da **Editora Foco**, para dar início aos seus estudos.

Este conteúdo não deve ser divulgado, pois tem direitos reservados à editora, constituindo-se uma cortesia a título de motivação aos seus estudos.

Faz-se necessário evidenciar que tal fragmento não representa a totalidade de uma obra ou disciplina.

A obra, na sua totalidade, poderá ser adquirida no site da **Editora Foco**:

www.editorafoco.com.br

Bons estudos!

Editora Foco



2022 © Editora Foco

Coordenadores: Gustavo Tepedino, Deborah Pereira Pinto dos Santos e Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira
Autores: Aline de Miranda Valverde Terra, Ana Carla Harmatiuk Matos, Anderson Schreiber, Caitlin Mulholland, Carlos Nelson Konder, Chiara Spadaccini de Tefé, Daniel Bucar, Daniele Chaves Teixeira, Deborah Pereira Pinto dos Santos, Eduardo Nunes de Souza, Fabio Azevedo, Filipe Medon, Gabriel Rocha Furtado, Gabriel Schulman, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Hugo Sirena, Jéssica Andrade Modesto, João Quinelato de Queiroz, José Roberto de Castro Neves, Karina Nunes Fritz, Lívia Barboza Maia, Luciana Pedroso Xavier, Luis Felipe Salomão, Maíci Barboza dos Santos Colombo, Marcella Campinho Vaz, Marcelo Junqueira Calixto, Marcos Ehrhardt Jr., Marília Lopes, Marília Pedroso Xavier, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Priscila Mathias de Morais Fichtner, Roberta Mauro Medina Maia, Rodrigo da Guia Silva, Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri, Tatiana Lauand, Vitor Almeida e Viviane Girardi

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão miolo e capa: FORMA CERTA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D598

Direito Civil Constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas / Aline de Miranda Valverde Terra ... [et al.] ; coordenado por Deborah Pereira Pinto dos Santos, Gustavo Tepedino, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2022.

512 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui índice e bibliografia.

ISBN: 978-65-5515-371-2

1. Direito. 2. Direito Civil. 3. Direito Civil Constitucional. I. Terra, Aline de Miranda Valverde. II. Matos, Ana Carla Harmatiuk. III. Schreiber, Anderson. IV. Mulholland, Caitlin. V. Konder, Carlos Nelson. VI. Tefé, Chiara Spadaccini de. VII. Bucar, Daniel. VIII. Teixeira, Daniele Chaves. IX. Santos, Deborah Pereira Pinto dos. X. Souza, Eduardo Nunes de. XI. Azevedo, Fabio. XII. Medon, Filipe. XIII. Furtado, Gabriel Rocha. XIV. Schulman, Gabriel. XV. Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. XVI. Tepedino, Gustavo. XVII. Barboza, Heloisa Helena. XVIII. Sirena, Hugo. XIX. Modesto, Jéssica Andrade. XX. Queiroz, João Quinelato de. XXI. Neves, José Roberto de Castro. XXII. Fritz, Karina Nunes. XXIII. Maia, Lívia Barboza. XXIV. Xavier, Luciana Pedroso. XXV. Salomão, Luis Felipe. XXVI. Colombo, Maíci Barboza dos Santos. XXVII. Vaz, Marcella Campinho. XXVIII. Calixto, Marcelo Junqueira. XXIX. Ehrhardt Jr., Marcos. XXX. Lopes, Marília. XXXI. Xavier, Marília Pedroso. XXXII. Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos. XXXIII. Fichtner, Priscila Mathias de Morais. XXXIV. Maia, Roberta Mauro Medina. XXXV. Silva, Rodrigo da Guia. XXXVI. Negri, Sergio Marcos Carvalho de Avila. XXXVII. Lauand, Tatiana. XXXVIII. Almeida, Vitor. XXXIX. Girardi, Viviane. XL. Santos, Deborah Pereira Pinto dos. XLI. Tepedino, Gustavo. XLII. Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos. XLIII. Título.

2021-3635

CDD 347 CDU 347

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito Civil 347 2. Direito Civil 347

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (09.2021) – Data de Fechamento (09.2021)

2022

Todos os direitos reservados à

Editora Foco Jurídico Ltda.

Avenida Itororó, 348 – Sala 05 – Cidade Nova

CEP 13334-050 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O VII Congresso do IBDCivil, com o tema central “A Construção da Legalidade nas Relações Privadas”, ocorreu na cidade do Rio de Janeiro nos dias 26 a 28 de setembro de 2019, no Hotel Prodigy. À época, não se poderia imaginar que a pandemia da Covid-19 se espalharia pelo mundo e afetaria, de forma global e quase que concomitante, praticamente todos os países, acarretando crise sanitária, econômica e de gestão. Nesse contexto, a organização dos Anais do VII Congresso do IBDCivil, composto por 28 artigos, além de uma entrevista disponibilizada em vídeo, que foram desenvolvidos pelos palestrantes, debatedores e demais convidados, ganhou novo significado.

As transformações na estrutura de vida pessoal, social, familiar e financeira causadas pela pandemia da Covid-19 afetaram a dinâmica das relações privadas, demandando novo olhar do intérprete. Mais uma vez, a juridicidade das interações humanas indica a importância renovada da legalidade constitucional, em que os valores de liberdade, igualdade e solidariedade, imantados pela dignidade, sempre voltados para a proteção da pessoa humana, devem servir como pilares hermenêuticos para a releitura das mais diversas categorias jurídicas, a fim de resguardar os interesses socialmente relevantes.

De partida, inicia-se a obra com o diálogo informal entre os professores Pietro Perlingieri e Gustavo Tepedino, presidente do IBDCivil e um dos coordenadores da presente obra, acerca de temas de suma importância do direito privado. O vídeo da gravação da entrevista, que foi feita na Itália no verão de 2019, pode ser acessado pelo QRcode.

Na sequência, a estrutura dos Anais foi dividida em cinco eixos temáticos compostos por artigos de diversos autores sob o marco da constitucionalização do direito civil. No primeiro eixo temático, intitulado “Rumos da Legalidade Constitucional nas Relações privadas”, há três reflexões apresentadas em conferências proferidas pelo professor Gustavo Tepedino, sobre a perseverante construção da legalidade constitucional; pela professora Heloisa Helena Barboza, sobre o futuro do entrelace entre direito civil e tecnologias; e pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, sobre a construção da legalidade constitucional nas relações privadas.

Em seguida, a obra passa a ser dividida conforme os principais institutos e assuntos relevantes ao estudo do direito privado. No segundo eixo temático, condensam-se os trabalhos que tratam da tutela da pessoa humana e dos arranjos familiares e suas repercussões na legalidade constitucional. Nos artigos, buscou-se defender a necessidade de proteção efetiva às vulnerabilidades humanas, seja aquelas manifestadas na criança e na pessoa com deficiência no âmbito familiar, seja aquelas vivenciadas pelo consumidor em relação ao direito de proteção de dados, além da revisitação do instituto da legítima no direito sucessório.

Já no terceiro eixo temático, foram inseridos os trabalhos que versam sobre as relações patrimoniais na legalidade constitucional. No campo do direito contratual, foram explorados diversos temas, cujo relevo é crescente na atualidade. No direito imobiliário, abordam-se a irretratabilidade e a inexecução das promessas de compra e venda na chamada “Lei dos Distratos Imobiliários”, bem como o impacto da economia compartilhada nesses negócios jurídicos. Na fase de extinção da relação obrigacional sem que haja cumprimento da prestação contratual, debate-se a execução pelo equivalente e a frustração do fim do contrato. Além disso, foram abordadas questões polêmicas em artigos específicos sobre *compliance* no ambiente negocial, condomínio edilício, mercado securitário e instrumentos de pactos sucessórios.

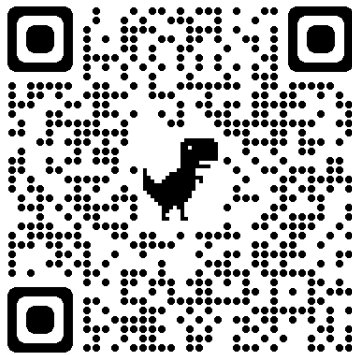
No quarto eixo temático, acerca das novas fronteiras da responsabilidade civil na legalidade constitucional, destacam-se trabalhos sobre as suas diversas aplicações, a exemplo da esfera contratual e pós-contratual. Também há estudos que buscam dar nova visão à análise do risco na responsabilidade objetiva, inclusive no campo do risco de desenvolvimento e, ainda, no campo atualíssimo dos ensaios clínicos relacionados à vacina da Covid-19.

Por fim, no quinto eixo temático, sobre Direito, tecnologia e proteção de dados pessoais, ganham destaque artigos acerca dos reflexos da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, no que toca à tutela dos dados pessoais, em especial os sensíveis, a importância da anonimização de dados e os reflexos na seara da responsabilidade civil. Integram, ainda, a obra trabalhos sobre os desafios da robótica e da inteligência artificial no campo do direito da personalidade e os impactos na responsabilidade civil em face da inteligência artificial na tomada de decisões empresariais.

Ao leitor é oferecido panorama amplo sobre a incessante reconstrução do direito privado à luz da legalidade constitucional, por meio do enfrentamento de diversos temas complexos e atuais, que descortinam os desafios do jurista contemporâneo na busca pela unidade do ordenamento e na inarredável missão de proteção integral da pessoa humana. Com esses altos propósitos, mais uma vez, o Congresso do IBDCIVIL se firma como um dos mais importantes espaços de discussão e promoção da renovada dogmática civilística em prol da efetividade dos comandos constitucionais e da plena realização da pessoa humana.

ENTREVISTA COM O PROF. PIETRO PERLINGIERI

Assista aqui Entrevista com o Prof. Pietro Perlingieri, realizada pelo Prof. Gustavo Tepedino, por ocasião do 7º Congresso do IBDCivil, ocorrido nos dias 26, 27 e 28 de setembro de 2019, no Rio de Janeiro.



No smartphone
ou tablet Android
compatível, abra o
app Câmera integrado
e aponte para
o código QR



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
ENTREVISTA COM O PROF. PIETRO PERLINGIERI	V

I – RUMOS DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A PERSEVERANTE CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Gustavo Tepedino	3
DIREITO CIVIL E BIOTECNOLOGIA: VIVENDO O FUTURO	
Heloisa Helena Barboza.....	13
A CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS	
Ministro Luis Felipe Salomão.....	29

II – TUTELA DA PESSOA HUMANA E DAS FAMÍLIAS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, SAÚDE MENTAL E VULNERABILIDADES. INTERFACES ENTRE VIDA SAUDÁVEL, BEM-ESTAR E OS PRESSUPOSTOS PARA INTERNAÇÃO FORÇADA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DI- REITOS HUMANOS	
Gabriel Schulman	37
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E ALIENA- ÇÃO DE VULNERÁVEIS	
Vitor Almeida	57
O CASAMENTO INFANTIL NA NOVA CONFORMAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
Ana Carla Harmatiuk Matos, Hugo Sirena e Tatiana Lauand	75

ORDEM PÚBLICA E DIREITO DE FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE A PARTIR DOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier..... 91

A LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Daniele Chaves Teixeira e Maici Barboza dos Santos Colombo 109

**III – RELAÇÕES PATRIMONIAIS
NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL****EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE**

Aline de Miranda Valverde Terra 125

FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: OS EFEITOS DOS FATOS SUPERVENIENTES NA UTILIDADE DA PRESTAÇÃO

Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Marcella Campinho Vaz 149

COMPLIANCE NO AMBIENTE NEGOCIAL

José Roberto de Castro Neves 171

PACTOS SUCESSÓRIOS: POSSIBILIDADES E INSTRUMENTALIZAÇÃO

Daniel Bucar 183

UMA APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ÀS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: O PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA

Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva..... 197

IRRETRATABILIDADE E INEXECUÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DIANTE DA LEI 13.786/2018 (LEI DOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS)

Roberta Mauro Medina Maia..... 221

IMPACTOS DA ECONOMIA COMPARTILHADA NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Anderson Schreiber 243

COMO COMPATIBILIZAR AS *INSURTECHS* COM AS PREMISSAS DO MERCADO DE SEGUROS, DENSAMENTE REGULADO?

Priscila Mathias de Morais Fichtner 259

CONDOMÍNIO EDILÍCIO E AUTONOMIA PRIVADA: POSSIBILIDADE E CRITÉRIOS PARA O MERECIMENTO DE TUTELA

Fabio Azevedo..... 273

**IV – NOVAS FRONTEIRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira 297

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ALIENANTE PELA VIOLAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA REPRESENTATIVA DE CONTROLE

Deborah Pereira Pinto dos Santos e Marília Lopes 313

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

Karina Nunes Fritz e Viviane Girardi 331

A RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL E OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

Marcelo Junqueira Calixto 351

DESAFIOS DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

João Quinelato de Queiroz..... 363

V – DIREITO, TECNOLOGIA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Caitlin Mulholland 387

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRATAMENTO DE DADOS: A INTERPRETAÇÃO DA LEI 13.709/2018 À LUZ DA UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	
Carlos Nelson Konder.....	403
BREVES NOTAS SOBRE ANONIMIZAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	
Marcos Ehrhardt Jr. e Jéssica Andrade Modesto.....	415
ROBÔS COMO PESSOAS: A PERSONALIDADE ELETRÔNICA NA ROBÓTICA E NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	
Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri	441
A ETERNIZAÇÃO DA PERSONALIDADE CIVIL	
Gabriel Rocha Furtado	459
RESPONSABILIDADE CIVIL E REGULAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS: QUESTÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES EMPRESARIAIS	
Chiara Spadaccini de Tefé e Filipe Medon	461
A INCOMPATIBILIDADE DO SISTEMA <i>OPT OUT</i> ADOTADO NO CADASTRO POSITIVO DE CRÉDITO COM A ORDENAÇÃO BRASILEIRA	
Lívia Barboza Maia.....	487

**I – RUMOS DA LEGALIDADE
CONSTITUCIONAL
NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

A PERSEVERANTE CONSTRUÇÃO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL¹

Gustavo Tepedino*

Professor Titular de Direito Civil e Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1. A PERSPECTIVA FUNCIONAL DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. NEGÓCIOS JURÍDICOS: ESTRUTURA E FUNÇÃO. A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE LIBERDADE E SOLIDARIEDADE. PERSPECTIVA FUNCIONAL DOS BENS JURÍDICOS

Todo e qualquer negócio jurídico tem uma estrutura e uma função. A identificação da função que se pretende alcançar e sua compatibilidade com os valores constitucionais precedem e definem a estrutura a ser utilizada. Servem, assim, a estrutura e a função que lhe justifica, de ponto de partida para a construção da legalidade constitucional. Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o *modus operandi* (os dispositivos do Código Civil previstos para determinada tipologia ou modelo de ato), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial. Essa perspectiva funcional perpassou uma série de painéis apresentados no Congresso, associando-se à utilidade social das relações jurídicas, de modo a justificar a promoção dos interesses socialmente relevantes dos respectivos titulares de direitos.

Em tal perspectiva, redimensiona-se o debate acerca da função social, como alertou o Professor Pietro Perlingieri na entrevista transmitida na abertura do 7º Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Não se trata de investigar a função social do contrato ou a função social da propriedade, mas de todos os negócios e atividades, analisados em concreto e incidentes sobre bens jurídicos, associando-se, imediatamente, liberdade e responsabilidade, autonomia privada e solidariedade na promoção dos valores que, apreendidos pelo Constituinte, definem a identidade cultural da sociedade.

1. O texto sintetiza a Conferência de encerramento do 7º Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil – “A constituição da legalidade constitucional nas relações privadas”, realizado entre os dias 26 e 28 de setembro de 2019, no Rio de Janeiro.

* O autor agradece ao acadêmico Cahyo Malta, bolsista de Iniciação Científica à Pesquisa da Faculdade de Direito da UERJ, pela acurada transcrição da conferência, bem como à Danielle Tavares Peçanha, Mestranda em Direito Civil na mesma Faculdade, pela dedicada revisão dos originais e inclusão de notas bibliográficas.

Liberdade e solidariedade, portanto, caminham de modo integrado, como binômio inseparável, conforme ressaltado na conferência de abertura da Professora Maria Cristina De Cicco, que destacou a inseparabilidade dos conceitos de *dever e direito; liberdade e responsabilidade*. Nessa mesma esteira, não se pode imaginar a metodologia civil constitucional somente a partir de direitos, sem responsabilidades, devendo tal binômio funcionar necessariamente de forma integrada. Alude-se assim à construção da legalidade constitucional como equivalente à construção da Democracia no Estado Social de Direito. Os deveres sociais, éticos e jurídicos, refletem a interpenetração visceral entre liberdade e solidariedade. Daqui decorrem diversas consequências para a teoria do direito, em particular, a reformulação das categorias jurídicas em perspectiva funcional (ou dinâmica), que necessariamente requer a sua contextualização histórica e a compreensão da relatividade dos conceitos jurídicos de acordo com as circunstâncias fáticas – e históricas – em que se inserem.

A análise dos institutos e categorias jurídicas em perspectiva histórica, funcional e relativizada, estabelece renovadas bases teóricas que, abandonando o dogmatismo estático do passado, impõem a reconstrução de todo o arcabouço teórico do Direito Privado. Por dogmática, vale advertir, entende-se algo essencialmente dinâmico, com base em um sistema aberto, que não se confunde com o dogmatismo, do qual se deve afastar. Por outro lado, a repercussão da perspectiva funcional se mostra particularmente intensa na teoria dos bens jurídicos. O aproveitamento racional e funcional dos bens exige esforço especial do intérprete diante do surgimento de novas funções desempenhadas pelos negócios, por conta do desenvolvimento das tecnologias,² suscitando instigantes controvérsias nos Tribunais brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal examinou, por exemplo, no ano de 2017 a temática em torno do livro eletrônico,³ com o escopo de determinar se a imunidade tributária,

2. Como anotado em outra sede: “Com a evolução científica e tecnológica, novas coisas passam a ser incluídas no mundo jurídico, em número impressionante, tornando-se objetos de situações subjetivas: o *software*, o *know-how*, a informação veiculada pela mídia, os papéis e valores de mercado mobiliário, os elementos utilizados na fertilização assistida, os recursos do meio ambiente, incluindo o ar, mais e mais protegido como interesse difuso, dentre outros. A cada dia surgem novos bens jurídicos, ganhando significativa importância a distinção entre bens materiais, formados por coisas corpóreas, e os bens imateriais, constituídos por coisas incorpóreas que passam a integrar, quotidianamente, o patrimônio das pessoas” (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 138). Cf., ainda, a lição de Pietro Perlingieri e Francesco Ruscello: “*In una società a tecnologia avanzata, in continua evoluzione, dominata dall’industria e dal commercio, dai servizi e dalle idee, sempre più di frequente si individuano nuovi beni: il software (programmi per gli elaboratori), il know-how (procedimenti e conoscenze aziendali non coperti da privative), l’informazione in sé*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 170).
3. STF, Tribunal Pleno, RE 330.817/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 08.03.2017, publ. DJ 31.08.2017, em cuja ementa se lê: “Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou *e-readers*). (...) 4. O art. 150, VI, d, da Constituição não se refere apenas ao método gutenberguiano de produção de livros, jornais e periódicos. O vocábulo “papel” não é, do mesmo modo, essencial ao conceito desses bens finais. O suporte das publicações é apenas o continente (*corpus mechanicum*) que abrange o conteúdo (*corpus mysticum*) das obras. O corpo mecânico não é o essencial ou o condicionante

tradicionalmente incidente sobre impressos, deveria ser aplicada também aos bens jurídicos em análise. O STF excluía até então a imunidade de uma série de acessórios que não eram exatamente previstos na Constituição como sujeitos a imunidade, como os equipamentos acessórios às publicações e a impressora. A interpretação restritiva da imunidade condiz com sua índole de excepcionalidade. No julgamento em referência, contudo, o STF decidiu, por unanimidade, que o que caracteriza o livro é o seu conteúdo, não seu invólucro, e, portanto, o livro eletrônico, independentemente da base física na qual se insere, deveria ser abarcado pela imunidade tributária constitucional.⁴

Nessa mesma linha de revisão funcional da dogmática dos bens jurídicos, o Superior Tribunal de Justiça analisou a transmissão de obras musicais e fonogramas via internet – que todos conhecem como *streaming*, na terminologia norte-americana –, em algumas de suas modalidades: *simulcasting*, *webcasting*, e *podcasting*.⁵ Tal como no rádio e na televisão, a composição musical transmitida pela internet não se altera, a despeito da diversidade dos mecanismos de transmissão. Deve merecer, portanto, a mesma proteção que as demais modalidades no que tange aos direitos autorais. Assim decidiu a Segunda Seção do Tribunal, após analisar a matéria e proclamar, em boa hora, que a execução pública via *streaming* configura execução pública da obra musical. Discutia-se se tal utilização dependeria de prévia autorização do autor e se, no caso da internet, tratar-se-ia de execução pública em local de frequência coletiva, como previsto pelo art. 68, §§ 2º e 3º da Lei 9.610/98, de modo a caracterizar modalidade autônoma de transmissão (art. 31). A resposta da Corte a essas indagações foi afirmativa, após longo e democrático processo de audiência pública, proclamando que a transmissão (fluxo de mídia ou *streaming*) configura execução pública da obra. Trata-se de relevante mudança de perspectiva, que, reconhecendo a existência de novos bens jurídicos, com estruturas inusitadas, protege juridicamente a função por eles desempenhada.

para o gozo da imunidade, pois a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento acidental no conceito de livro. A imunidade de que trata o art. 150, VI, d, da Constituição, portanto, alcança o livro digital (e-book).”

4. Conforme observado anteriormente: “Seja impresso em papel, reproduzido em áudio, estampado pelo método Braille ou codificado em arquivo digital, a obra é a mesma. Nas diversas alternativas existentes para o registro e transmissão do texto, cuida-se do mesmíssimo livro, com as ideias e informações expressas pelo autor. Por isso mesmo, toda obra existe independentemente do instrumento material que lhe serve de veículo, podendo ser transmitida por meio de suportes distintos. [...] Por desempenhar a mesma finalidade e função, o livro eletrônico é modalidade contemporânea de livro, a atrair as mesmas normas que disciplinam o livro impresso, do qual somente se distingue pelo modo de consulta e de acesso ao seu conteúdo. Nesta perspectiva, o conceito de livro não pressupõe o papel, podendo apresentar diversas formas de exteriorização, desde que se preservem a sua finalidade e função” (TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. In: VICENTE; Dário Moreira; VIEIRA, José Alberto Coelho; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos; SILVA, Ana Maria Pereira da (Org.). *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 273-274).
5. STJ, 2ª S., REsp 1.559.264/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 08.02.2017. publ. 15.02.2017. Para análise da decisão, cf. TEPEDINO, Gustavo. Novas tecnologias e os direitos autorais. *Portal OAB/RJ*, publicado em 21.10.2019. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/novas-tecnologias-os-direitos-autorais>.

2. OS BENS COMUNS. A RELATIVIZAÇÃO DA LÓGICA PROPRIETÁRIA

Tal mudança de paradigmas remete também à função desempenhada pelos *commons* (ou bens comuns), cuja disciplina tem sido gradualmente submetida a transformações profundas. Os *commons* constituem-se em bens que, diante de sua importância vital para as pessoas, devem ser postos à disposição para aproveitamento por toda a coletividade, superando-se a tradicional lógica dicotômica entre propriedade pública e propriedade privada. Essa discussão perpassa desde o tormentoso debate em torno do aproveitamento da floresta Amazônica até o acesso aos denominados bens da vida, como a água, a energia e o conhecimento disponibilizado pela rede mundial. Neste particular, discute-se hoje a figura dos *Creative Commons*, que propiciam o franqueamento de licenças públicas a serem utilizadas e alteradas livremente – ou com restrições apenas ao seu aproveitamento comercial.

Ao propósito, o Professor Stefano Rodotà, de saudosa memória, observou, há trinta anos, que os *commons* seriam o oposto da propriedade,⁶ posto que não admitem a lógica da propriedade pública nem da privada. Daqui decorre o imprescindível desenvolvimento de instrumentos institucionais de acesso, a partir da identificação de bens diretamente necessários à satisfação de necessidades vitais, os quais, portanto, devem ser admitidos como insuscetíveis de apropriação privada ou pública.⁷ No atual cenário normativo, como anotou o Professor Pietro Perlingieri, há de se recorrer, em determinadas hipóteses, aos princípios constitucionais para a garantia de acesso a direitos fundamentais independentemente da sua titularidade.

Nessa direção, os Tribunais brasileiros vêm relativizando o poder do proprietário, que deixa de ser absoluto e imune a interferências externas. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, analisou Ação Civil Pública⁸ que se opôs à transformação, pelo Poder Público Municipal, de uma Praça, bem de uso comum do povo, para a categoria de bem dominical, com vistas a permitir a doação do imóvel ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que lá instalaria a nova agência do órgão federal. Destacou o STJ, a despeito da aparente legalidade da pretendida operação, que o pouco uso do espaço público pela população não pode servir de justificativa para o ato de desafetação, uma vez que a finalidade desses locais públicos não se resume, nem se esgota na efetiva utilização do bem pela comunidade, justificando-se pelo potencial acesso e disponibilização do espaço à coletividade do presente e do futuro. Há aqui relevante alteração de paradigma em relação à lógica proprietária tradicional.

6. Veja-se: “Diritti fondamentali, accesso, beni comuni disegnano una trama che ridefinisce il rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni. Questo, almeno negli ultimi due secoli, era stato sostanzialmente affidato alla mediazione proprietaria, alle modalità con le quali ciascuno poteva giungere all’appropriazione esclusiva dei beni necessari. Proprio questa mediazione viene ora revocata in dubbio. La proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere ed esaurire la complessità del rapporto persona/beni. Un insieme di relazioni viene ormai affidato a logiche non proprietarie” (RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Il Mulino Rodotà, 2013, p. 464).

7. Nesta perspectiva, RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., p. 469.

8. STJ, 2ª T., REsp 1.135.807/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 15.04.2010, publ. DJ 08.03.2012.

O Tribunal afirmou, ainda, com desassombro, que a desafetação do bem público, se efetuada sem critérios sólidos e objetivos, como no caso em tela, torna-se “vandalismo estatal”, considerado mais condenável que a deterioração privada, uma vez que o domínio público deveria encontrar no Estado o seu maior protetor. Ou seja, retirar da praça a natureza de publicamente acessível, *loci publici* ou *loci communes*, não pode ser considerado como ato banal por parte do governo, mas grave opção que importa consequências drásticas à coletividade.

3. NOVAS TECNOLOGIAS E TEORIA DA INTERPRETAÇÃO. NOVOS INSTITUTOS E A INDISPENSÁVEL PRESERVAÇÃO DA UNIDADE DO SISTEMA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Diante das novas tecnologias, a perspectiva funcional dos bens ganha particular relevo do ponto de vista metodológico. Os Professores Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva, no decorrer de suas respectivas apresentações, criticaram justamente o ainda renitente recurso aos chamados microsistemas, diante de novas figuras que se inserem diuturnamente no panorama legislativo. Isso ocorre na biotecnologia, na liberdade econômica, nos ensaios clínicos – como bem apresentou a Professora Paula Moura Francesconi de Lemos –, e em diversos campos alcançados pela robótica, cujos impactos foram analisados pelo Professor Sérgio Negri. Como destacado pela Prof. Milena Oliva, não é possível afastar todos esses setores e institutos – objeto de negociação setorial legítima no Parlamento, a partir da compreensível influência do mercado econômico –, da teoria geral e da principiologia que nos permite, incorporando os valores constitucionais às leis infraconstitucionais, definir padrões de comportamento compatíveis com a cultura da sociedade e com a axiologia que preside o sistema.

Os temas tratados ao longo do Congresso demonstraram a notável evolução tecnológica e seus diversos impactos nos diversos setores da vida, como no controle de cadastros de crédito, na proteção dos dados pessoais, nas renovadas modalidades de contratos de seguro. Afinal, se o direito é essencialmente cultura, o sistema jurídico equivale ao conjunto de matizes axiológicos, e não apenas econômicos, que refletem a identidade da sociedade. Assim é que a Lei Geral de Proteção de Dados, o Projeto de Lei que estabelece diretrizes para o uso dos sistemas de Inteligência Artificial (PL 21/2020, em tramitação no Congresso Nacional), a Bioética, o Direito à Saúde, e todos os demais diplomas legislativos que tratam analiticamente de segmentos específicos do ordenamento, devem ser reconduzidos à unidade do sistema, por intermédio da utilização dos princípios e valores constitucionais e da sua incorporação à interpretação infraconstitucional.

4. SISTEMA JURÍDICO E AVOCACÃO DE PARÂMETROS ÉTICOS: A AFIRMAÇÃO DE CÓDIGOS DE COMPLIANCE E DE AUTORREGULAÇÃO

Tudo isso remete à arguta preocupação com componente ético que há de conduzir essa unidade. A Professora Ana Frazão bem lembrou, ao tratar da responsabilidade

civil decorrente do uso de inteligência artificial, que o direito não dará conta, sozinho, de atender as preocupações sociais. Vale dizer, é preciso que no plano ético se possa prevenir danos com critérios altruístas e humanistas, intervindo tal parâmetro, de modo permanente, não apenas em momentos patológicos das relações jurídicas, em que incide a responsabilidade civil sob a perspectiva do ressarcimento, mas, principalmente, a partir da ótica da precaução e da prevenção. Ao propósito, estendendo-se a preocupação com a ética, de uma maneira geral, também ao momento fisiológico – e não apenas patológico – das relações jurídicas, mecanismos de *compliance* e de autorregulação, considerados códigos éticos, pessoais ou institucionais, têm procurado estabelecer normas de conduta que possibilitem a afirmação da autonomia privada com a redução da judicialização e da demanda por intervenções legislativas nem sempre adequadas, que superam a capacidade regulatória do legislador.

5. VALORES ÉTICOS E JURÍDICOS NAS NOVAS FIGURAS JURÍDICAS: A INDÚSTRIA DE COMPARTILHAMENTO; AS RELAÇÕES EXISTENCIAIS E A INDISPENSÁVEL REVISÃO DOGMÁTICA; A BIOÉTICA E O BIODIREITO

A mesma ênfase na necessidade de se introjetar consistente carga ética na teoria da interpretação, sublinhada pelos Ministros e Professores Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, diz respeito à indústria de compartilhamento que traz à tona, como pontuado pelo Professor Anderson Schreiber, a necessidade de se perseguir a economia sustentável, capaz de garantir a tão almejada racionalidade no uso dos bens e do tempo disponíveis nas agendas cada vez mais frenéticas da vida cotidiana.

A adequação do tempo é cada dia mais indispensável e se conecta com a necessidade de funcionalização dos interesses jurídicos. Torna-se, portanto, imperiosa a adequação dos instrumentos hermenêuticos, forjados no âmbito das relações patrimoniais, a tantas situações existenciais que se multiplicam e se intensificam na veloz efetivação das liberdades propiciadas pelas novas tecnologias.

A Professora Thamis Dalsenter chamou a atenção para a frequente inadequação na utilização de instrumentos e categorias extraídos das relações patrimoniais para a disciplina de situações existenciais, tendo-se por indispensável, no momento presente, a consolidação de base teórica apropriada para as relações existenciais atinentes ao corpo, à integridade psicofísica e a situações de vulnerabilidade da pessoa humana. Nessa seara, há que se definir o tratamento adequado para a valoração do consentimento, do discernimento, da validade e da eficácia de situações jurídicas em que os valores da pessoa humana, e não da propriedade privada, tornam-se proeminentes e, portanto, devem servir de parâmetro interpretativo. O aludido tratamento inadequado de situações jurídicas existenciais, cumpre frisar, não se verifica somente no cenário brasileiro.

Ilustrativamente, o Tribunal Superior do Trabalho, em 2005, chamado a decidir se o empregador teria direito ao controle direto da correspondência pessoal de internet do trabalhador, concluiu que, no caso, deveria prevalecer o exercício do direito de

propriedade do empregador.⁹ O Tribunal, na ocasião, legitimou o acesso (e consequente controle) do empregador ao conteúdo do correio eletrônico de seu empregado com base na titularidade dominical do computador. Estabelecido o delicado conflito entre a privacidade do empregado e o direito do empregador a controlar a própria correspondência em ambiente de trabalho, afirmou-se que “o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor”. Daqui a conclusão segundo a qual “pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo”. Felizmente, a orientação hoje tem-se alterado decididamente.

Também se tornou notória, em 2005, nos Estados Unidos, a história da médica Sharon Irons, que engravidou após coletar, durante sexo oral, o sêmen do também médico Richard Phillips, seu namorado, realizando a chamada inseminação artificial caseira. A Corte de Apelação de Illinois (Chicago) aceitou a alegação da ré de que teria havido espécie de doação do material genético, acarretando “transferência absoluta e irrevogável do título de propriedade entre doador e doadora”. Por esse motivo, Phillips não teve reconhecido direito algum sobre a decisão acerca da concepção e do nascimento do filho. No entender da Corte, mesmo que se pudesse caracterizar aquele ato como suposto (contrato de) *depósito*, e não doação, as partes não teriam acordado quanto à necessidade de devolução do bem mediante solicitação. Ou seja, entendeu-se na ocasião que o plantonista teria firmado tacitamente contrato de doação do seu sêmen e, portanto, Sharon, proprietária a título gratuito e definitivo do material genético, faria o que bem quisesse com ele. Essa decisão torna cristalina a dificuldade, não apenas no Brasil, ao longo dos anos, na distinção hermenêutica entre relações de cunho patrimonial e aquelas existenciais.

Ainda no plano da ética e, mais especificamente, da bioética, a Professora Heloisa Helena Barboza lembrou como são cada vez mais regulares no Brasil e no mundo os experimentos humanos – inclusive procedimentos de inseminação artificial caseira. Sobre o tema, não são poucas as interpretações de matérias relacionadas à bioética em que as pessoas se portam como se estivessem negociando a venda de produtos banais, sem atentar para a peculiaridade das relações existenciais, as quais devem ser guiadas por valores e princípios constitucionais.

É preciso, portanto, construir base teórica com fundamento nos princípios constitucionais, e o bom exemplo dessa aplicação principiológica das relações existenciais foi trazida pelo Professor Pietro Perlingieri, na singela hipótese de passagem forçada. Consoante destacado pelo Professor, no direito italiano há uma figura¹⁰ que

9. TST, 1ª T., RR 61300-23.2000.5.10.0013, julg. 18.05.2005.

10. *Code Civile*, “Disposizioni generali – Delle servitù prediali

Art. 1027 *Contenuto del diritto. La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario* (1072, 1100).

em muito se aproxima do que entendemos por ‘passagem forçada’, introduzida para estimular a produtividade, isto é, em favor do maior desenvolvimento da produção agrícola. No Código Civil brasileiro, o artigo 1.285,¹¹ sugere que o dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, mediante pagamento de indenização cabal, pode constranger o vizinho a lhe garantir passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário. Tomando como base o raciocínio do Relator de Acórdão proferido no âmbito da Corte Constitucional Italiana, poder-se-ia dizer que, em hipótese de vulnerabilidade – como no caso, por exemplo, de pessoa com deficiência –, mostra-se razoável aplicar raciocínio análogo para fins de estender o direito à passagem para facilitar a sua locomoção.

Toda a acalorada discussão em torno dos direitos das pessoas com deficiência é permeada pela tentativa de compatibilizar autonomia e discernimento, ampliando-se a autonomia assegurada às pessoas na medida do seu gradual amadurecimento e discernimento, mesmo no caso dos menores de idade. As restrições à liberdade de agir dos mais vulneráveis, por isso mesmo, devem ser razoáveis e ponderadas de acordo com sua concreta capacidade, para que, dessa forma, seja possível conciliar autonomia e proteção, sem sacrificar desnecessariamente qualquer um desses vetores.

6. CONFLITO DE INTERESSES E PONDERAÇÃO. OCASO DA SUBSUNÇÃO E COMPATIBILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS REGULAMENTAR E DE CLÁUSULAS GERAIS, INCORPORANDO OS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. NOTAS CONCLUSIVAS

Nas palavras da Professora Heloisa Helena Barboza, ‘o futuro chegou’. E cabe a todos nós, efetivamente, interpretar a ordem jurídica e a realidade social. Nesse contexto, a discussão sobre técnica regulamentar e cláusulas gerais, no sentido de se reclamar o recurso à subsunção como medida que aparentemente poderia favorecer a segurança jurídica, deve ser superada. A rigor, as cláusulas gerais e os princípios refletem o direito contemporâneo e, portanto, a vida contemporânea, que seria insuscetível de regulamentação específica em todas as suas manifestações. Seja no âmbito dos princípios, seja no domínio das regras, sempre será necessário ponderar os diversos interesses em colisão no caso concreto.

Art. 1028 Nozione dell'utilità. L'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante. Può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo (1073 e seguente)."

11. Código Civil, “Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

§ 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.

§ 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso à via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.”

O método da ponderação e a utilização da razoabilidade visam justamente compatibilizar os interesses em conflito à luz dos valores constitucionais. Portanto, mostram-se indispensáveis tanto a técnica regulamentar quanto o recurso às cláusulas gerais, desde que se lhes incorporem os valores constitucionais, afastando-se de seu espectro de incidência a prevalência de valores subjetivos do intérprete, alheios ao debate democrático.

Bem demonstra os diversos problemas em termos de interpretação de regras e cláusulas gerais a recente apreensão de livros, contendo o propalado *beijo gay*, na 19ª edição da Bienal do Livro, ocorrida no Rio de Janeiro entre 30 de agosto e 8 de setembro de 2019. Amplamente divulgada pela imprensa, a discussão refere-se ao livro que continha ilustração de um beijo entre pessoas do mesmo sexo. Em razão dessa prosaica imagem, o Prefeito do Rio de Janeiro determinou a retirada do material da Bienal do Livro. A apreensão, vale dizer, foi determinada pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, que autorizou a retirada do material, por intermédio da Municipalidade. Não tardou, felizmente, a reforma da decisão, por decisão do Supremo Tribunal Federal, em nome dos princípios da igualdade e da liberdade de expressão. Vê-se, nesse caso, que, a despeito da previsão constitucional dos princípios da liberdade de expressão e da igualdade, e sem prejuízo da não recepção, pela Constituição da República de 1988, dos dispositivos da Lei de Imprensa que autorizavam a censura, verdadeiro abismo separou as visões dos dois Tribunais. Daqui a insuficiência da valoração subjetiva de cada magistrado para fundamentar suas decisões e a necessidade de se perquirir, como corretamente o fez o Supremo, o sentido pretendido pelo Constituinte.

Convém repetir que, em tal hipótese, a discussão não diz respeito à ausência de regra específica ou da técnica empregada pelo legislador, mas da equivocada prevalência dos valores religiosos e morais do intérprete, em detrimento dos valores constitucionais. Por tudo isso, deve-se afastar de nostálgica tentativa de, em busca da maior uniformidade das decisões, defender-se o retorno da técnica regulamentar, a qual, só por si, não dá alento à segurança jurídica. Pelo contrário, muitas vezes o apego ao texto legal, isoladamente considerado, é maneira de o magistrado se esquivar da devida fundamentação da decisão, valendo-se da literalidade de uma regra qualquer, por mais pedestre que seja sua posição na hierarquia constitucional. Ao contrário, é a fundamentação democrática das decisões que, como preconiza o art. 93, inciso IX,¹² da Constituição da República, permite o controle social da atuação do Judiciário e o aperfeiçoamento da interpretação jurídica.¹³

12. Constituição da República, “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

13. V. TEPEDINO, Gustavo. Legislar por regras ou por princípios. *Portal OAB/RJ*, publicado em 16.09.2019. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/legislar-regras-ou-principios>, em que

A ampliação da utilização dos princípios na atividade judicial deve ser assim compreendida como consequência do dever do magistrado de aplicar o direito, e não opção metodológica. Como ressaltado pelo Ministro Luiz Fux, embora não tendo sido eleito pelo voto popular, o magistrado assume o cargo com o dever de cumprir as leis e a Constituição da República. Seu maior dever é fazer prevalecer os princípios constitucionais. A preservação, portanto, do princípio da segurança jurídica há de resultar, em uma palavra, da conjugação da sempre imprescindível técnica regulamentar, que se destina a tantas situações específicas – indicando parâmetros específicos de contenção ao magistrado –, com as não menos indispensáveis cláusulas gerais e princípios jurídicos, de largo espectro, os quais, ampliando o poder da magistratura, adquirem densidade normativa a partir do dever inderrogável de fundamentação, que justificará a decisão judicial a partir da incorporação conscienciosa, em cada regra, da tábua axiológica constitucional.

Muito obrigado.

se lê: “De fato, a tão almejada segurança jurídica não se obtém nem com o apego servil à técnica regulamentar, nem com a atribuição ao magistrado de absoluta liberdade de valoração principiológica. No primeiro caso, pautado pelo silogismo próprio da subsunção, o magistrado se esquivava do dever de fundamentação e do controle social de suas decisões, transferindo a sua responsabilidade para o legislador, a quem seria dada a última palavra quanto às escolhas morais da sociedade. Trata-se de procedimento a ser repellido, por criar falsa segurança, com base em ilusória neutralidade, já que a letra da lei, por mais clara que possa parecer, mostra-se insuficiente a normatizar a vida real, com todas as nuances e complexidade suscitadas pela realidade fática.”

A LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Daniele Chaves Teixeira

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora em cursos de pós-graduação *lato sensu*. Advogada e parecerista.

Maici Barboza dos Santos Colombo

Doutoranda em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito Civil e Especialista em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Advogada e professora.

1. INTRODUÇÃO

O direito sucessório brasileiro é bastante rígido quanto à preservação do princípio da intangibilidade da legítima, o qual limita a liberdade testamentária do autor da herança quando há herdeiros necessários.

No entanto, essa rigidez não parece se coadunar com o perfil contemporâneo das famílias brasileiras. Assim, se faz necessário o surgimento de novos institutos e a reinterpretação dos antigos, atentando-se à despatrimonialização e à funcionalização dos institutos de Direito Civil¹, em especial no direito sucessório, frente à legalidade constitucional.

A legislação sucessória, sobretudo o Código Civil vigente e, portanto, também o regramento sobre a intangibilidade da legítima, ainda reflete um modelo hierarquizado de família, preocupado com a preservação do casamento e com o patrimônio familiar, revelando um grande descompasso com os valores constitucionais vigentes, e nisso reproduzindo a essência do Código Civil de 1916.

É de fundamental importância observar também que a sucessão legítima como um todo e, mais ainda, a proteção aos herdeiros necessários, devem caminhar *pari passu* com as profundas mudanças incidentes nas relações sociais em geral e, especificamente, nas relações de família, ao longo do último século, e que culminaram na tutela jurídica constitucional concretizada pelo legislador constituinte de 1988.

1. “Despatrimonialização’ individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade *fim a si mesma*, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores. [...] Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 33).

Diante disso, o objetivo do presente artigo é promover um olhar renovado sobre as regras do direito sucessório, em especial quanto aos reflexos do princípio da intangibilidade da legítima, a fim de refletir sobre eventuais distorções causadas pelo engessamento desse ramo do direito civil, repleto de normas cogentes que, não raras vezes, inviabilizam ou dificultam a tutela concreta das vulnerabilidades dos herdeiros.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO EM PERSPECTIVA

Antes de abordar especificadamente o instituto da legítima, deve-se estar ciente que a função do direito sucessório é estabelecer o destino das situações jurídicas do autor da herança transmissíveis em consonância com os ditames constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 pouco trata, em termos expressos, do direito das sucessões; somente em seu extenso art. 5º, no inciso XXX, ao garantir o direito de herança, e no inciso XXXI do mesmo artigo, ao determinar a aplicação, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, da lei sucessória mais favorável, em relação aos bens de estrangeiro situados no País.

Na compreensão de Marcelo Truzzi Otero, é relevante a inserção do direito de propriedade e do direito de herança no rol dos direitos e das garantias individuais elencados na CF, pelas importantes consequências oriundas deste fato, em especial “a impossibilidade de sua supressão, ainda que por emenda constitucional, em evidente demonstração da relevância do direito sucessório em nosso ordenamento”². Na visão de Ana Luiza Maia Nevares, a sucessão hereditária no ordenamento jurídico brasileiro “constitui uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção levada a cabo pelo legislador constituinte brasileiro, no inciso XXX do art. 5º, da Constituição Federal de 1988”³. Afirma ainda a autora: “sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais”⁴.

Embora o direito de herança seja um direito fundamental no ordenamento brasileiro, pode-se afirmar que poucas mudanças foram registradas quanto ao direito das sucessões no Código Civil de 2002, diferentemente do que ocorreu em outras áreas do direito civil⁵.

2. OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 19.

3. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33.

4. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge...*, cit., p. 33.

5. Nevares, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7-8.

A herança é o patrimônio do falecido⁶ que se traduz em universalidade de direito⁷. Pode assim seu conteúdo aumentar ou diminuir, sem que a sua configuração unitária se modifique⁸. No âmbito da definição da herança, observa-se a existência de novas modalidades de bens jurídicos na sociedade contemporânea,⁹ que merecem a atenção e renovação do direito sucessório. Isso porque assiste-se à crescente desmaterialização tecnológica de bens, como ocorre com livros e músicas digitais, com as criptomoedas e com os perfis monetizados de redes sociais.¹⁰ Sendo assim, revestidos de patrimonialidade e transmissibilidade, os bens virtuais devem também compor o conceito de herança para fins sucessórios.¹¹

Em uma perspectiva estrutural, a sucessão *mortis causa* pode se dar a título universal, quando há a transmissão do patrimônio do *de cuius* ou de quota-parte deste; ou a título singular, quando bens ou direitos determinados são transferidos ao sucessor¹². O sucessor a título universal denomina-se herdeiro e aquele que sucede a título singular, legatário¹³.

A disciplina normativa da sucessão, ou seja, as regras que determinarão quem e quanto receber, pode ter sua origem na lei – quando então será denominada de sucessão legítima; ou em ato de disposição de vontade do autor da herança, materializado em codicilo ou testamento – denominada, nesse caso, de sucessão testamentária¹⁴⁻¹⁵.

Quando houver herdeiros necessários, a sucessão legítima assumirá caráter obrigatório e incidirá sobre a transmissão dos bens integrantes da legítima (também denominada de reserva legal ou legitimária), composta pela metade indisponível do patrimônio do *de cuius*.¹⁶ O autor da herança poderá exercer sua liberdade testamentária, portanto, quanto à metade disponível, se houver herdeiros necessários, ou sobre todo o seu patrimônio, somente se não houver herdeiros necessários.¹⁷ Daí

6. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007, cit., p. 7.
7. WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 21.
8. GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 7.
9. TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 48.
10. LEAL, Livia Teixeira. Tratamento jurídico do conteúdo disposto na internet após a morte do usuário e a denominada herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 223-238.
11. LEAL, Livia Teixeira. cit., p. 236.
12. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6.
13. GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 7.
14. Art. 1.786, CC. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.
15. NEVARES, Ana Luiza. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495.
16. Art. 1.789, CC. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.
17. NEVARES, Ana Luiza. O princípio da intangibilidade da legítima, cit., p. 496.

extrai-se que a sucessão legítima e a sucessão testamentária podem conviver, conforme a natureza da parcela patrimonial objeto da transmissão.¹⁸

Segundo Pontes de Miranda, o fundamento da legítima está na existência do vínculo familiar¹⁹. Isso porque são considerados pela lei como herdeiros necessários pessoas presumidamente próximas ao *de cuius*: os ascendentes, os descendentes e o cônjuge.

A qualificação sucessória do companheiro é objeto de divergências doutrinárias²⁰ porquanto o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou relativamente ao alcance da declaração de inconstitucionalidade decidida no julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721 sobre a distinção legal dos regimes sucessórios da união estável e do casamento. Entretanto, o art. 1.850 do CC²¹ somente permite que o testador afaste os colaterais da sucessão, não mencionando a possibilidade de exclusão do companheiro sobrevivente, de onde se pode então fundamentar a sua condição de herdeiro necessário.

A abertura da sucessão ocorre no momento da morte do *de cuius*, conforme o art. 1.784 do CC²², quando então os herdeiros²³ adquirem a propriedade e a posse dos direitos integrantes da herança,²⁴ consagrando-se o princípio da *saisine*. Entretanto, a herança não se funde imediatamente ao patrimônio destes. Ao contrário, a massa transmitida permanece segregada para a solução de débitos que lhe são pertinentes, a fim de preservar os direitos dos credores do espólio. Somente com a partilha ou adjudicação²⁵ do remanescente cessa o estado de indivisão da herança.

Trata-se de hipótese de “afetação patrimonial estatuída pelo CC para tutelar os interesses dos credores do *de cuius* e, após a sua satisfação, possibilitar a partilha entre os herdeiros do saldo positivo, se houver”²⁶. A herança vai se extinguir posteriormente na partilha do saldo remanescente ou no pagamento dos credores do *de cuius*²⁷. Assim, com a partilha, “os bens conferidos a cada herdeiro passam a integrar

18. Outras são as hipóteses em que pode haver convivência entre sucessão legítima e testamentária. Cf. art. 1.788, CC.

19. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, t. LV, p. 202.

20. Nesse trabalho, adota-se a posição doutrinária que parece ser majoritária no sentido afirmativo à consideração do companheiro como herdeiro necessário.

21. Art. 1.850 CC. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

22. Art. 1.784 CC. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários.

23. Deve-se atentar ao fato de que os legatários, sucessores a título singular, não podem imitir-se imediatamente na posse do bem herdado, conforme art. 1.923, § 1º do Código Civil.

24. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944, v. VI, p. 6-7.

25. Art. 1.796, CC. No prazo de 30 (trinta) dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança (BRASIL. Lei 10.406, cit.).

26. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 283.

27. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, cit., p. 229.

seu patrimônio geral, não mais subsistindo a universalidade patrimonial segregada”²⁸. Na verdade, a herança forma universalidade de direito independente daquela traduzida pelo patrimônio geral dos herdeiros. Por isso, a herança é patrimônio especial destinado prioritariamente à tutela dos credores do falecido.

É importante destacar que fenômeno sucessório não se limita à transferência do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros. Além de haver outros direitos sucessórios acessórios ao direito de herança, como o direito à concorrência pertencente ao cônjuge e ao companheiro, que os permite herdar em conjunto com os herdeiros de primeira classe (descendentes) e de segunda classe (ascendentes), o fenômeno sucessório abrange também a transmissão dos débitos, de modo que a sucessão *causa mortis* caracteriza-se: tanto pela transferência do patrimônio do falecido²⁹ quanto pela transmissão dos débitos deste aos herdeiros, cuja responsabilidade limita-se às forças da herança³⁰⁻³¹.

3. O DIREITO À INTANGIBILIDADE DA LEGÍTIMA DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Com a Constituição Federal de 1988, a família se transforma da *família institucional*, com um fim em si mesma, para a *família instrumento*, na qual prevalece o melhor desenvolvimento da personalidade de seus membros. As mudanças levadas a efeito pelas normas constitucionais atingiram os pilares do direito de família, estabelecendo a partir de então a igualdade dos gêneros, a igualdade entre os filhos e a pluralidade das entidades familiares como princípios basilares da disciplina normativa das relações familiares.

No entanto, a radical viragem do direito de família não foi acompanhada na mesma intensidade pelo direito sucessório, que, reproduziu, em boa medida, um sistema rígido de normas cogentes, sobretudo quanto à intangibilidade da legítima.

A limitação da liberdade de testar é tradição no direito brasileiro. Ainda sob a vigência das Ordenações Filipinas, no direito pré-codificado, a legítima recaía sobre 2/3 do patrimônio do falecido – razão por que a parte disponível era denominada de “terça” –, e favorecia os filhos do autor da herança então considerados legítimos.³² Em 1907, por meio do Decreto 1.839, também conhecido como “Lei Feliciano Pena”,

28. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*, cit., p. 284-285.

29. WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*, cit., p. 20.

30. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*, cit., p. 287.

31. Art. 1.792, CC. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

32. Ordenações Filipinas, Quarto livro: Quando no testamento o pai não faz menção ao filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça. [...] “E, dispondo o pai, ou mãe, em seu testamento de todos os seus bens e fazenda, não fazendo menção e seu filho legítimo, sabendo que o tinha, ou desherdando-o, não declarando a causa legítima, porque o desherda, tal testamento he por direito nenhum e de nenhum vigor, quanto a instituição, ou desherdação nelle feita, mas os legados conteúdos no dito testamento serão em todo o caso firmes e valiosos, em quanto abranger a terça da herança.” (SALGUEIRO, Angela dos Santos Aguiar et. al. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p912.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.)

o *quantum* reservado à legítima foi reduzido para metade dos bens da herança,³³ disposição que foi mantida no direito codificado tanto do Código Civil de 1916,³⁴ quanto do Código Civil de 2002.³⁵

O princípio da intangibilidade da legítima, embora persistente no direito positivo brasileiro, encontra críticos desde a elaboração do Projeto do Código Civil de 1916, tendo, no entanto, prevalecido a norma restritiva.³⁶ Os argumentos contrários ao modelo adotado situam-se, não raras vezes, em dogmas liberais-individualistas, que defendem a valorização da autodeterminação patrimonial.³⁷

Contemporaneamente, parte da doutrina defende a permanência da legítima no direito brasileiro, pois, como afirma Ana Luiza Maia Nevares, “a reserva hereditária realiza um princípio ainda mais amplo, que é a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, enunciado no art. 1º, III³⁸, da Carta Magna”³⁹. Por meio de uma aplicação efetiva desse princípio constitucional, que é considerado cardeal do ordenamento, se “busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade”⁴⁰.

Portanto, uma vez inserida no ordenamento jurídico, a função⁴¹ da legítima deve necessariamente contemplar os princípios e valores constitucionais, regulamentando os interesses do autor da herança e dos seus familiares qualificados como herdeiros necessários. Apesar de a legítima não estar tutelada constitucionalmente, pois somente o direito de herança está consagrado expressamente no art. 5º, XXX, CF⁴², pode-se identificar os seus pilares na Constituição Federal, na forma dos princípios

33. Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daquelles, observada a ordem legal.

34. 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).

35. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

36. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. VI, p. 171.

37. *Ibidem*, p. 171.

38. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV – dignidade da pessoa humana;

39. NEVARES, Ana Luiza. O princípio da intangibilidade da legítima, cit., p. 537.

40. Complementando a citação BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: M. M. PEIXINHO et al (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 190.

41. “Na identificação da função, dever-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato. Ao valorar o fato, o jurista identifica a sua função, isto é, constitui a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642).

42. Art. 5º, CF 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: XXX – É garantido o direito de herança;

da proteção à família (art. 226, CF)⁴³; da solidariedade (3º, I, CF)⁴⁴; de garantia da propriedade privada (5º, XXII, CF)⁴⁵ e da livre iniciativa (1º, IV, CF)⁴⁶.

A parte legítima deve ser calculada com base no art. 1.847⁴⁷ do Código Civil. Primeiramente, “calcula-se a herança líquida, ou seja, abate-se do total de bens existentes ao falecer o testador as dívidas e as despesas do funeral”⁴⁸ para, em seguida, anular as doações inoficiosas; esta etapa ocorre depois de se pagar as dívidas, quando tal ato não foi ainda realizado em vida pelo *de cuius*. Assim, o art. 549 CC estabelece que é nula a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Essa limitação ocorre em doações realizadas a terceiros, e não aos herdeiros necessários⁴⁹.

Ademais, a lei civil estabelece a igualdade formal entre os herdeiros necessários de mesma classe e, como consequência disso, determina a igualdade dos quinhões da legítima como princípio a ser observado na partilha por meio do instituto da colação⁵⁰. Assim, os bens que tenham sido doados ao herdeiro necessário devem ser descontados da legítima, sob pena de sonegação.⁵¹

Portanto, os efeitos da proteção à legítima não se restringem à limitação da liberdade testamentária do autor da herança. Também atos *inter vivos* podem ser invalidados de invalidez (anulabilidade ou nulidade) caso representem violação à parte indisponível do autor da herança.

É importante consignar que o princípio da intangibilidade da legítima não é absoluto. Identificada a sua função na tutela dos interesses dos herdeiros necessários, mediante a ponderação com a liberdade testamentária mitigada do autor da herança, a redução ou a privação da legítima será lícita nos casos de clausulação ou nos casos de exclusão do herdeiros por indignidade ou deserdação.⁵²

43. Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

44. Art. 3º, CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

45. Art. 5º, CF. 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:

XXII – é garantido o direito de propriedade;

46. Art. 1º, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

47. Art. 1.847 CC. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação

48. NEVARES, Ana Luiza. *O princípio da intangibilidade da legítima*, cit., p. 506.

49. NEVARES, Ana Luiza. *O princípio da intangibilidade da legítima*, cit., p. 506-507.

50. Art. 2.003, CC. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

51. Art. 2.002, CC. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

52. Sobre o tema da deserdação, Cf. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. *A deserdação como instrumento de planejamento sucessório*. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. t. II. Prelo.

As cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade limitam o exercício de faculdades proprietárias associadas à disponibilidade do bem e somente são permitidas se houver justa causa indicada em testamento.⁵³ Embora não esteja a salvo de críticas, essa exceção à intangibilidade da legítima se justifica por se tratar de medida excepcional que pretende reforçar a tutela do herdeiro necessário, garantindo-lhe a preservação do patrimônio.

Já a indignidade⁵⁴ e a deserção⁵⁵ fundamentam-se no rompimento da solidariedade familiar, ou seja, atingem o pilar do princípio da intangibilidade da legítima. Ambos os institutos visam à punição do sucessor que comete atos de ingratidão previamente tipificados em lei, contra o autor da herança ou, em alguns casos, contra algum de seus familiares próximos. A indignidade atinge qualquer modalidade de sucessor, enquanto a deserção é própria apenas para afastar o herdeiro necessário.⁵⁶

A deserção é deflagrada por um ato de autonomia do autor da herança, na medida em que depende de cláusula testamentária para se verificar, enquanto a indignidade é pleiteada pelos interessados que se beneficiem do afastamento do sucessor após a abertura da sucessão.⁵⁷

Tanto a indignidade quanto a deserção demonstram que a proteção à legítima pode ser excepcionada se o herdeiro necessário praticar ato negativamente valorado segundo a principiologia e a axiologia constitucionais e confirmam que a base justificadora da legítima no ordenamento jurídico vigente é a solidariedade familiar.

Outra observação importante quanto ao exercício da liberdade testamentária do autor da herança diz respeito à determinação dos bens que comporão os quinhões de cada herdeiro, o que se denomina de liberdade testamentária qualitativa, em contraposição à liberdade testamentária quantitativa, relativa ao limite da disposição frente à proteção da legítima.

A liberdade testamentária qualitativa encontra fundamento no art. 2.014 do Código Civil⁵⁸ e, para que seja merecedora de tutela em concreto, deve conciliar o desejo do autor da herança com os legítimos interesses dos herdeiros,⁵⁹ não podendo acarretar desigualdade quantitativa de quinhões. Isso porque a legítima é informada pela igualdade formal entre os herdeiros necessários de mesma classe, de modo que não é lícito desigualar quinhões ao se indicar bens que, apesar de terem o mesmo

53. Art. 1.848, CC. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

54. Arts. 1.814 a 1.818, CC.

55. Arts. 1.961 a 1.965, CC.

56. O herdeiro facultativo pode ser afastado pelo autor da herança livremente, conforme ar. 1.850 do Código Civil.

57. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. A deserção como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. t. II. Prelo.

58. Art. 2.014, CC. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

59. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 185-220.

valor nominal, possam ter valores reais, fruição ou liquidez desiguais. Ou seja, mesmo na partilha realizada pelo autor da herança, a máxima igualdade entre os herdeiros deve ser observada.⁶⁰

4. UMA VISÃO PROSPECTIVA PARA O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO⁶¹

No direito sucessório, especialmente na compreensão da legítima, o excesso de abstração pode causar inúmeras distorções na aplicação da lei ao caso concreto e que contrariam o propósito do instituto de promover a proteção da família. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de se contemplar a vulnerabilidade em concreto dos herdeiros que dependiam do autor da herança, mais do que o mero vínculo familiar, a fim de, com isso, atender-se à igualdade material, imperiosa em decorrência da dignidade humana.

Atualmente, o critério para a instituição da reserva legitimária reside tão somente no vínculo familiar, ou seja, na ligação jurídico-abstrata que o herdeiro mantém com o autor da herança. Conforme essa leitura, o merecimento à legítima e, portanto, à restrição da liberdade de testar do autor da herança, se justifica apenas pela continuação do patrimônio na família, sem que haja um questionamento sobre a real necessidade dos herdeiros que com ela são favorecidos e sobre o caráter instrumental da família no desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Tendo isso em vista, foi proposto o Projeto de Lei 3.799/2019, pela Senadora Soraya Thronicke, baseado no Anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), cujo teor pretende a reforma do livro de Direito das Sucessões do Código Civil. Com relação à legítima, o referido projeto propõe a inclusão de parágrafo único ao art. 1.846 do Código Civil brasileiro com a seguinte redação:

O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com deficiência. Considera-se com deficiência toda a pessoa que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.⁶²

60. O Código de Processo Civil estabelece os princípios que devem ser observados quanto à partilha de bens no inventário: “art. 648. Na partilha, serão observadas as seguintes regras: I – a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II – a prevenção de litígios futuros; III – a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.”

61. Item pertencente ao artigo a seguir citado. Foi devidamente atualizado pelas autoras nessa edição. (TEIXEIRA, Daniele Chaves; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Faz sentido a permanência do princípio da intangibilidade da legítima no ordenamento jurídico brasileiro? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 155-170).

62. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 3.799/2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Autoria: Senadora Soraya Thronicke. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 13 jul. 2020.

A proposta é inspirada no direito argentino, que prevê a destinação, pelo testador, de um terço da legítima a herdeiros com deficiência,⁶³ de modo a ampliar a liberdade do testador em favor desse grupo vulnerável.⁶⁴

Dessa forma, é imperiosa a revisitação da liberdade de testar, antes analisada sob a ótica voluntarista-contratual e agora com papel determinante na tutela das vulnerabilidades em concreto.⁶⁵ Assegurar ao autor da herança maior liberdade em função da proteção às pessoas com deficiência endossa a solidariedade entre os membros da família e reafirma o valor da dignidade humana em concreto ao mesmo tempo em que amplia a liberdade de testar do autor da herança.⁶⁶

Outra medida proposta pelo Projeto de Lei é a sucessão de cônjuges e companheiros como herdeiros facultativos, de modo que eles poderiam ser afastados pela não contemplação em testamento. Nada obstante, diante da comprovação da insuficiência de recursos, poderia ser atribuída cota ao cônjuge ou companheiro que assim a reivindicasse judicialmente:

Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

Parágrafo único. O cônjuge ou o companheiro que comprovar insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência poderá reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberia na sucessão legítima, conforme as seguintes condições:

I. A quota hereditária do cônjuge e do companheiro prevista no caput será imputada na reserva hereditária, sendo mantida em sua integralidade a quota disponível do autor da herança, e será paga em dinheiro ou em bens do acervo hereditário, cabendo a escolha aos herdeiros.

II. Na hipótese de pagamento da quota hereditária do cônjuge ou do companheiro em bens da herança, aplicar-se-ão os princípios e as regras da partilha.

III. O juiz, de forma fundamentada, quantificará a quota do cônjuge ou do companheiro, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes.

63. Código Civil argentino, artículo 2448: Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

64. Cf. NEVARES, Ana Luiza. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? *Revista Ibdfam Família e Sucessões*, v. 25, p. 77-94. jan./fev. 2018.

65. Na lição de Heloísa Helena Barboza, “tendo em vista a orientação constitucional, deve-se refletir sobre a proteção da autonomia, em geral pensada em termos absolutos, frente a situações especiais, como a de pessoas incapazes e vulneráveis.” (BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407).

66. Consigne-se que Ana Luiza Maia Nevares critica o fato de que a proteção da pessoa com deficiência nesses dispositivos dependa da vontade do testador, devendo, sob a ótica da autora, ser realizada por meio de norma cogente. (NEVARES, Ana Luiza. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro? *Revista Ibdfam Família e Sucessões*, v. 25, p. 88. jan./fev. 2018).

A medida pretende atender a realidades plurais, ao considerar que, em regra, dada a inserção da mulher no mercado de trabalho e a previsão constitucional de igualdade de gêneros e entre os cônjuges, favorecem a independência financeira na relação de conjugalidade, de modo a reduzir eventual vulnerabilidade de um ou outro cônjuge ou companheiro. No entanto, caso seja constatada de fato a vulnerabilidade, conferem-se meios para que o cônjuge desfavorecido não permaneça desassistido. Assim constou na justificativa do referido Projeto de Lei:

Em que pese à possibilidade de exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão, estes poderão, não obstante, reivindicar do monte quota hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. Dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos *a priori* pela lei, sem uma análise da situação em concreto. Na hipótese de o cônjuge ou o companheiro comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência, a quota que vierem a receber, mediante decisão fundamentada do juiz de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes, será imputada na legítima dos herdeiros necessários, sendo mantida a quota disponível em sua integralidade.⁶⁷

É importante notar que, segundo o Projeto de Lei, o cônjuge e o companheiro não estão afastados da sucessão legítima, mas tão somente deixam de ostentar a condição de herdeiros necessários, sendo possível que o autor da herança não os contemple em testamento. Considera-se que o testador, na condição de consorte, esteja atento às necessidades de seu cônjuge ou companheiro, mas, se, ainda assim, o sobrevivente provar a necessidade, será possível, judicialmente, a reivindicação de cota hereditária.

Decerto que a igualdade de gêneros ainda não alcançou plena concretização na sociedade brasileira contemporânea. Basta acessar os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para constatar que, no ano de 2018, os salários das mulheres, em qualquer cargo e posição, ainda correspondem a somente 76,5% do valor recebido por um homem.⁶⁸ Some-se, a isso, a imposição de jornada dupla de trabalho e o desemprego após a maternidade, conforme foi denunciado em matéria do *Jornal El País*, embasada em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV), segundo a qual metade das mulheres entre 25 e 35 anos de idade perderam o emprego até dois

67. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 3.799/2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Autoria: Senadora Soraya Thronicke. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 13 jul. 2020.

68. PERET, Eduardo. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. *Agência IBGE notícias*, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

anos após terem filhos.⁶⁹ E é certo também que a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário no Código Civil de 2002 representou um relevante ganho no direito das mulheres, eis que a expectativa de vida maior faz com que sejam elas quem, em sua maioria, herdaram na sucessão devida pela conjugalidade.⁷⁰

Contudo, o Projeto de Lei não pretende desassistir o cônjuge e o companheiro ao excluí-los do rol de herdeiros necessários. Da forma como prevista, possibilitando-se a atribuição de cota ao cônjuge ou companheiro com insuficiência de recursos, atende-se à realidade plural decorrente dessa fase de transição social, em que já se verificam situações consideráveis em que cônjuges e companheiros logram independência financeira – diferentemente da família patriarcal do século passado –, mas ainda com severos resquícios de desigualdade.⁷¹

Deve-se considerar ainda como importante argumento em favor da relativização da sucessão do cônjuge e do companheiro a efemeridade das relações de casamento e de união estável, das quais decorrem com mais frequência as famílias recompostas. Deferida maior liberdade ao autor da herança, essas circunstâncias específicas do relacionamento poderão ser contempladas sem, contudo, implicar a desassistência daqueles que provarem a insuficiência de recursos financeiros.⁷²

Ambos os dispositivos do Projeto de Lei (o parágrafo único do art. 1.846 e o art. 1.850) ampliam a margem de liberdade do testador, em favor das necessidades concretas dos membros da família, mas sem que haja alterações substanciais ao princípio da intangibilidade da legítima, que permanece em favor de descendentes e ascendentes e na proporção de metade dos bens do acervo hereditário.⁷³

A ampliação da liberdade de testar seria viável por meio de pactos sucessórios. Contudo o ordenamento jurídico brasileiro não permite que a herança de pessoa viva seja objeto de contrato.⁷⁴ Percebe-se uma desconfiança do legislador em relação aos pactos sucessórios, embora, em geral, eles não privem os herdeiros de seus direitos sucessórios sem seu consentimento. Nesse âmbito, são neutros em relação à proteção dos membros da família. Essa neutralidade não beneficia o herdeiro, que já era parte do pacto, e concordou em renunciar, inteiramente ou em parte, a seus direitos de forma irrevogável.⁷⁵

Sobre o tema, consta no Anteprojeto proposto pelo IBDFAM que não foi possível avançar nas propostas que relativizavam os pactos sucessórios, também denominados de *pacta corvina*: “foi apresentada sugestão legislativa no sentido de se admitir a renúncia prévia à herança manifestada no pacto antenupcial ou em contrato de

69. BEDINELLI, Talita. Demissão após maternidade: “não cometi nenhum erro. Eu só gerei uma vida.” *El País*, São Paulo, 27 ago. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html. Acesso em: 17 ago. 2020.

70. Art. 426, CC. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

71. BONOMI, Andrea. Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members. In: ANDERSON, Mirian; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Ed.). *The law of succession: testamentary freedom. European perspectives*. Amsterdam: European Studies in Private Law, 2011, p. 26-27.

convivência, mas o dissenso que emergiu dos debates impediu a incorporação da proposta ao texto projetado.”⁷² Depreende-se, portanto, que a desconfiança sobre a moralidade dos pactos sucessórios no Brasil está de tal forma arraigada na cultura jurídica e que até mesmo a relativização encontra óbices na doutrina especializada.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

As presentes reflexões, longe da pretensão de esgotamento do tema, pretendem apenas situar o princípio da intangibilidade da legítima no direito sucessório brasileiro, enumerando-se alguns de seus principais efeitos para a sucessão *causa mortis*. Foram levantadas algumas críticas à legítima e sua adequação funcional no ordenamento jurídico contemporâneo e, ao final, foram apresentados alguns principais pontos que são objeto de possível alteração pelo Projeto de Lei 3799/2019, da Senadora Soraya Thronicke, elaborado pelo IBDFam.⁷

Diante de todo o exposto, percebe-se que o tratamento dado pelo Código Civil ao direito sucessório foi aquém do que demandam as exigências da família contemporânea, o que exige intensos esforços da doutrina para a reinterpretção dos institutos jurídicos nessa seara, sobretudo no que tange ao direito à legítima. Ao intérprete é essencial compreender a legítima para além da limitação quantitativa da liberdade testamentária, tendo o domínio acerca de seus reflexos não apenas para o direito sucessório, mas também para os atos de transmissão *inter vivos*.

72. IBDFAM. *Anteprojeto de direito das sucessões*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/conteudo/anteprojeto_sucessoes. Acesso em: 03 jul. 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ENSAIOS CLÍNICOS RELACIONADOS À VACINA DA COVID-19 À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Advocacia Pública pela PGE-CEPED-UERJ. Especialista em Direito Médico pela Universidade de Coimbra-PT. Professora do Instituto de Direito da PUC-Rio. Membro da Comissão da OAB-RJ de Direito Civil e de Órfãos e Sucessões. Coordenadora Adjunta de Direito Civil da ESA-RJ. Advogada. paula@francesconilemos.com.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5276030017603037>.

1. ENSAIOS CLÍNICOS DE VACINA PARA COVID-19 E OS EVENTOS ADVERSOS

Desde que foi declarado o estado de pandemia do novo coronavírus pela Organização Mundial de Saúde; e decretado no Brasil o estado de calamidade e emergência na saúde pública pela Portaria 188 de 03/02/2020 do Ministério da Saúde² e pela Lei 13.979/2020, nunca se falou tanto nas mídias e veículos de comunicação ao redor do mundo acerca dos ensaios clínicos.

A busca urgente da cura da Covid-19 virou prioridade global e tem desencadeado diversas pesquisas clínicas para desenvolvimento de novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos. Diversos ensaios clínicos já foram iniciados por entes públicos e privados em toda parte do mundo, porém ainda cercados de incertezas quanto aos seus resultados, eficácia e segurança.

No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA aprovou no ano de 2020 quatro principais estudos clínicos para vacina da Covid-19: i) o primeiro, em 02/06, referente a uma vacina desenvolvida pela Universidade de Oxford, no Reino Unido, e solicitado pela empresa Astrazeneca do Brasil Ltda. para determinar a segurança, a eficácia e a imunogenicidade da vacina ChAdOx1

-
1. O artigo está atualizado até o dia 31 de dezembro de 2020 e é objeto de publicação na obra Coletiva sobre Responsabilidade Civil em Saúde – Diálogo com o Doutor Jorge Sínde Monteiro, coordenada por André Gonçalves Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald, pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, editor Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
 2. Normas disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 31 dez. 2020.

nCoV-19, denominada AZD1222, dose única, que usa um vetor viral baseado em uma versão enfraquecida do resfriado comum (adenovírus) contendo o material genético da proteína spike Sars-CoV-2. Trata-se de estudo controlado randomizado de fase III em adultos³; ii) o segundo, em 03/07, relativo a vacina, que será feita a partir de cepas inativadas do novo coronavírus, desenvolvida pela empresa Sinovac Research & Development Co., Ltd (Sinovac Biotech Co., Ltd), sediada na China, e em parceria com o Instituto Butantan (SP). O estudo será feito fase III, duplo-cego, randomizado, controlado com placebo, com cerca de 9 mil pessoas no país, em vários estados do Brasil como nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraná, além do Distrito Federal com participantes profissionais da saúde⁴; iii) o terceiro, em 21/07, que envolve o estudo de dois tipos de vacinas para Covid-19, a BNT162b1 e BNT162b2, baseada s em ácido ribonucleico (RNA), que codifica um antígeno específico do vírus Sars-CoV-2. e que estão sendo desenvolvidas pelas empresas BioNTech e Pfizer (Wyeth). O estudo é feito nas fases 1/2/3 concomitantemente e utiliza o método controlado com placebo, randomizado, cego para o observador, de determinação de dose, com a previsão de participação de cerca de 29 mil voluntários adultos, sendo 1.000 deles no Brasil, e para estágio 3, distribuídos nos estados de São Paulo e Bahia⁵; e iv) o quarto, em 18/08, referente ao estudo clínico de uma potencial vacina denominada Ad26.COVS.2, cuja autorização foi solicitada pela Jansen-Cilag (a divisão farmacêutica da Johnson& Johnson). O ensaio clínico trata de estudo fase 3, com utilização de placebo e duplo cego para avaliar a eficácia e a segurança da vacina na prevenção da Covid-19, com a participação de até 60 mil voluntários, sendo sete mil no Brasil, distribuídos em diversas regiões do País (nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Norte), e que receberão uma dose única da vacina ou placebo. O estudo das fases 1/2 com a vacina candidata foi iniciado em julho nos EUA e na Bélgica.⁶⁻⁷

No Brasil, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), órgão independente ligado ao Conselho Nacional de Saúde (CNS), é composta por membros de várias áreas do saber, tanto das Biomédicas, como das Ciências Humanas e Sociais. Entre suas atribuições, é responsável pela aprovação da eticidade das pesquisas envolvendo seres humanos. Além disso, de forma frequente divulga o número de protocolos de pesquisas científicas relacionadas ao novo coronavírus, sendo que até a data em que foi finalizado este artigo, foram divulgados 248 estudos experimentais/intervencionais relacionados ao coronavírus e/ou à Covid-19 e 535 estudos obser-

3. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 10 ago. 2020.

4. Disponível em <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em 10 ago. 2020.

5. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 10 ago. 2020.

6. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/nota-anvisa-e-astrazeneca-tratam-de-uso-emergencial> Acesso em 31 dez. 2020.

7. O acompanhamento do andamento da análise das vacinas no Brasil podem ser feito pelo site: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/andamento-da-analise-das-vacinas-na-anvisa> Acesso 31 dez. 2020.

vacionais em andamento aprovados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – Conep; envolvendo 73 instituições proponentes.⁸ Estes estudos iniciados no Brasil envolvem a participação de cerca de 107.424 participantes de ensaios clínicos, sendo 48.074 o total geral de participantes de pesquisa em protocolos relacionados às vacinas, o que por si só já demonstra a importância não só da atividade de pesquisa em si, como da proteção que deve ser dada aos participantes.

No início de setembro de 2020, um alerta quanto aos riscos que as pesquisas clínicas apresentam se revelou na prática com a informação de que um participante do estudo clínico de vacina da Universidade Oxford e da farmacêutica AstraZeneca contra o coronavírus sofreu evento adverso grave, e que seria um caso de mielite transversa – uma síndrome inflamatória que afeta a medula espinhal e pode ser provocada por vírus (inclusive pelo coronavírus em si), o que deu ensejo à suspensão dos estudos.⁹ No entanto, a pesquisa foi retomada, inclusive no Brasil, após permissão da Anvisa, que avaliou junto a agência reguladora britânica (Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency – MHRA), o Comitê Independente de Segurança do estudo clínico e a empresa patrocinadora do estudo, a AstraZeneca, e concluiu que “a relação benefício/risco se mantém favorável”.¹⁰ Até o momento não foram revelados mais dados acerca dos danos sofridos pelo participante e do nexo de causalidade entre os efeitos e a vacina, o que acaba gerando inseguranças quanto ao processo e a própria confiabilidade na vacina em geral, como bem destacou a microbiologista Nathalia Pasternak, que por outro lado ressaltou que os testes existem justamente para evitar que algo ruim chegue à população.¹¹

Em 12 de outubro de 2020, o estudo com a vacina contra a Covid-19, desenvolvida pela Johnson & Johnson's, foi pausado devido a uma doença inexplicada em um participante nos Estados Unidos, ocasião em que no Brasil doze voluntários brasileiros, todos do Rio de Janeiro, já haviam participado dos testes (tomando a vacina ou o placebo, uma substância inativa). Em novembro os estudos foram retomados, inclusive com autorização da Anvisa, que avaliou os riscos e os benefícios da pesquisa.¹²

Além do caso acima, em novembro de 2020 foi noticiado que ocorreu evento adverso grave, morte, de um participante de ensaio clínico da vacina CoronaVac, desenvolvido pelo laboratório chinês Sinovac em parceria com o Instituto Butantan, ligado ao governo de São Paulo. Neste sentido, acarretou-se a suspensão temporária

8. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/images/comissoes/conep/img/boletins/Boletim-EticaemPesquisa-ED53.pdf> Acesso em 31 dez. 2020.

9. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-o-que-a-suspensao-do-estudo-com-a-vacina-de-oxford-significa/> Acesso em: 16 set. 2020.

10. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br> Acesso em: 31 dez. 2020.

11. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/a-hora-da-ciencia/post/teste-clinico-nao-e-frescura.html> Acesso em 31 dez. 2020.

12. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2020-11/covid-19-retomados-testes-de-vacina-da-johnson-johnson-no-brasil> Acesso em 31 dez. 2020.

do estudo clínico pela Anvisa, sendo ele retomado alguns dias depois.¹³ De acordo com as informações veiculadas, o participante não teria morrido em virtude dos testes.

Em 12 de dezembro de 2020, foi publicado que o Instituto Nacional de Saúde peruano decidiu suspender os ensaios clínicos da vacina desenvolvida pelo laboratório chinês Sinopharm para prevenir a Covid-19, como medida de precaução após terem sido detectados problemas neurológicos em um dos participantes da pesquisa, e que teria causado dificuldades para mexer as pernas, devido a fraqueza. Os sintomas poderiam corresponder a uma complicação conhecida como “Guillain-Barré”.¹⁴

Todos esses casos relatados de eventos adversos demonstram de forma exemplificativa que o processo de desenvolvimento científico de vacinas não está alheio a riscos, aos reveses, esses são incalculáveis e imprevisíveis e podem causar danos patrimoniais e extrapatrimoniais aos participantes. Por isso, é fundamental um olhar atento de todas as pessoas envolvidas na pesquisa, como as autoridades, os órgãos competentes para aprovação os profissionais de saúde até mesmo para suspensão do estudo se necessário.

O instituto da responsabilidade civil será o instrumento para defesa do participante da pesquisa, seja na forma preventiva, seja na forma reparatória, e para melhor definir seu papel não há como se afastar da base sólida e dogmática dos ensinamentos de Jorge Sinde Monteiro que atribui a função da responsabilidade civil: a “distribuição dos danos que se produzem no contrato social”.¹⁵

A responsabilidade civil reparatória não elimina, evidentemente, o risco dos ensaios clínicos, e tampouco evita a ocorrência de eventos adversos. No entanto, permite distribuir os prejuízos advindos, facilitando o ressarcimento às vítimas e reduzindo o custo social.

O gerenciamento de riscos, o fornecimento de informações (prevenção e precaução), a imputação da responsabilidade a todos os agentes, e a socialização dos riscos pelo seguro de responsabilidade civil (social, obrigatório e privado) são instrumentos para a efetivação da proteção do participante de pesquisa.

O foco do presente estudo é tratar do regime jurídico da responsabilidade civil em ensaios clínicos no ordenamento jurídico brasileiro, que se difere da responsabilidade civil médica, em razão das peculiaridades de cada atividade e regramentos específicos. E, restringe-se às fases I, II, e III do ensaio clínico, que são prévias à

13. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2020/11/09/anvisa-suspende-temporariamente-ensaio-clinico-da-coronavac.ghtml>.

<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/11/11/anvisa-autoriza-retomada-de-testes-da-coronavac.htm> Acesso em 31 dez. 2020.

14. Disponível em: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-12-12-Covid-19.-Peru-suspende-ensaios-clinicos-de-vacina-chinesa-apos-problemas-neurologicos>. Acesso em 31 dez. 2020.

15. MONTEIRO, Jorge Sinde. Rudimentos da Responsabilidade Civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano I, p. 349, 2005.

aprovação do uso de vacinas para toda população. Exclui-se, portanto, a análise dos danos decorrentes de vacina já aprovada pelos órgãos competentes.

As pesquisas clínicas em seres humanos, no Brasil, não são reguladas por lei específica,¹⁶ mas por um emaranhado de normas de cunho ético-jurídico-administrativo, o que demanda um estudo sistemático e voltado para tutela dos participantes de pesquisas científicas. Para isso, parte-se do enquadramento jurídico das relações jurídicas decorrentes das pesquisas clínicas, com ênfase na sua estrutura, que contempla os agentes participantes, o vínculo jurídico estabelecido e a sua função voltada para o desenvolvimento científico, sem se afastar dos cuidados dos participantes, a fim de melhor definir o regime jurídico da responsabilidade civil. Tudo de forma a preservar os interesses jurídicos merecedores de tutela dos participantes de pesquisa, que tanto contribuem de forma solidária para o progresso científico e toda a coletividade.

2. A REGULAÇÃO A ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS ENSAIOS CLÍNICOS NO BRASIL

A pesquisa clínica tem amparo na legalidade constitucional, que concede *status* de direitos e garantias fundamentais à liberdade científica (inciso IX do artigo 5º da CF)¹⁷ e garante a livre iniciativa (art. 1º, IV, e artigo 170 da CF), enquadrando a ciência como atividade individual e de interesse coletivo, e abrindo todo um capítulo autonomizado referente à Ciência, Tecnologia e Inovação (capítulo IV do título VIII – artigos 218 e 219 da CF, Lei 10.973/2004), além de conferir direitos e garantias fundamentais aos envolvidos na pesquisa (arts. 1º, III; 5º, II, III e 196).

Se, por um lado, o Estado deve promover a ciência e permitir a liberdade científica, até mesmo pelas vantagens decorrentes do progresso técnico-científico no terreno da biologia e da medicina, por outro lado, deve garantir que esta sirva à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, assegurando os direitos dos sujeitos submetidos às pesquisas e sua dignidade humana, de forma a afastar qualquer invalidade jurídica e preservar a vida.

A lei civil brasileira consagra os direitos de personalidade, que são intransmissíveis e irrenunciáveis (artigo 11 do Código Civil Brasileiro – CCB) e estão diretamente relacionados à participação da pessoa em experimentação, que deve consentir livremente, pois versa sobre o direito à disposição do próprio corpo, em especial os artigos 13 e 15 do CCB.

No Brasil, tem prevalecido a regulação das pesquisas em seres humanos por meio de resoluções, portarias, normas deontológicas e diceológicas que impõem aos

16. Está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7082/2017, que dispõe sobre a pesquisa clínica com seres humanos e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa Clínica com Seres Humanos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125189>. Acesso em: 31 dez. 2020.

17. Guilherme Oliveira trata da liberdade científica em: OLIVEIRA, Guilherme de. Direito Biomédico e Investigação Clínica. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 130, n. 3881, p. 231-239, dez 1997.

médicos, pesquisadores e patrocinadores determinadas condutas, direitos e deveres, do ponto de vista ético e administrativo. Essas normas, apesar de não se enquadrarem no conceito de lei *stricto sensu*, gozam de força normativa, legitimando, inclusive, sua punição disciplinar decorrente do poder de polícia administrativa conferido pelo Estado, o que, por sua vez, não afasta as sanções cíveis (responsabilidade civil) e penais (responsabilidade penal),¹⁸ tudo em prol do interesse público e privado. Aplicam-se aos ensaios clínicos as normas emanadas de órgãos independentes, vinculados ao Ministério da Saúde (MS) e ao Sistema Único de Saúde (SUS), que compõem a administração direta e indireta da União Federal; o Conselho Nacional de Saúde (CNS), instância máxima de deliberação do SUS; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia federal, que edita normas de cunho ético-administrativo-procedimental (Lei 9.782/99) e os Conselhos Profissionais, tal como o Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia federal, que orienta a conduta dos médicos que realizam pesquisa.

A Resolução 466/2012 do CNS regula as pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil e engloba vários ramos do saber, mas em alguns pontos se refere diretamente à pesquisa biomédica (item III.3, V.1, b). Além dela, há a Resolução 251/97 do CNS que é específica para a regulação das pesquisas que envolvem seres humanos com novos fármacos, medicamentos, vacinas e diagnósticos. Ambas preveem vários direitos para os participantes e estabelecem as obrigações aos agentes envolvidos no processo de pesquisa, a saber: o dever de assistência imediata e integral à saúde dos voluntários e o direito à indenização, ao ressarcimento, entre outros. Essa regulação, no entanto, não afasta a leitura à luz da constituição e da lei civil, que protege os direitos da personalidade (art. 11, 13 e 15 do Código Civil), e disciplina o regime da responsabilidade civil (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Da mesma forma, o Código de Ética Médica, Resolução 2.217/2018 do CFM, que em seu Capítulo I, inciso XXIV, impõe o dever de respeitar as normas éticas nacionais, bem como proteger a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa, estabelecendo a proibição de algumas condutas que violam a ética em pesquisa e a dignidade da pessoa humana sujeita à pesquisa (artigo 99 a 110).

A incidência das normas nacionais não afasta as internacionais em matéria de pesquisa, destacando os Guias de Boas Práticas, as diretrizes e princípios do Código de Nuremberg, de 1947; as Declarações Universais e os Pactos Internacionais, entre outras.

No entanto, critica-se a fragilidade do marco regulatório da pesquisa em seres humanos no Brasil, ocasionada por diversos motivos, sendo eles: a possibilidade de revogação das normas postas por simples portarias; a dificuldade de obter decisões

18. A respeito do assunto: PASCHOAL, Janaína Conceição. Experiências com seres humanos: estamos carentes de tutela penal? *Ciências Penais*, v. 14, p. 207-226, 2011. ALMEIDA, Rosalvo; FIDALGO, Sônia; REIS, Rafael Vale e. Comissões de ética para a saúde. O seu papel no âmbito da Directiva 2001/20/CE. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa do Direito da Saúde*, ano 1, n. 1, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004/2005, p. 107-119.

uniformes por parte dos diversos Comitês de Ética existentes; e a ausência de respostas para questões que transpassam o aspecto ético e adentram na seara jurídica. Por outro lado, em razão do fato de uma disciplina rígida, fechada, confrontar os constantes avanços biotecnológicos na ciência médica que necessita de maior flexibilidade, o enquadramento legislativo da investigação clínica por si só não solucionaria os problemas. Deve haver um equilíbrio entre os avanços da medicina e os interesses individuais dos participantes dos ensaios.

A pesquisa pode ser realizada tanto no âmbito privado como no público, ou por ambos em parceria, mas no presente artigo serão analisados apenas os ensaios clínicos realizados pelas pessoas privadas, tanto os patrocinadores quanto as instituições de pesquisas, pois isso influencia na normativa aplicável.

Independentemente de toda as normas acima mencionadas, se aplicam aos ensaios clínicos os princípios bioéticos da autonomia; da beneficência; da não maleficência; da justiça; da prevalência do interesse do indivíduo sobre os interesses da sociedade e da ciência; da responsabilidade ética; da solidariedade; da prevenção; da precaução; e da proteção. Ademais, há os princípios constitucionais que norteiam as pesquisas em seres humanos e que guardam similitude com os princípios bioéticos: i) o princípio da dignidade da pessoa humana; ii) o princípio da autonomia; iii) o princípio da solidariedade social; iv) o princípio da precaução; v) o princípio da prevenção; vi) o princípio da inalienabilidade do corpo humano; vii) o princípio da responsabilidade; e viii) o princípio da liberdade científica e da livre iniciativa. São os princípios que darão a base protetiva do participante e orientaram os limites e amplitude das pesquisas em seres humanos.

Dos ensaios clínicos nasce uma multiplicidade de situações jurídicas que envolvem diferentes pessoas, naturais ou jurídicas (participantes, agentes de pesquisa - promotor, patrocinador, investigador, instituição de pesquisa), órgãos administrativos, e que integram a grande cadeia decorrente do processo de experimentação. O vínculo estabelecido entre os integrantes dos ensaios clínicos pode influenciar diretamente no instituto da responsabilidade civil. Atualmente, esse mecanismo é uma medida efetiva para propiciar a reparação de eventuais danos sofridos pelos participantes de ensaios clínicos.

A situação jurídica decorrente dos ensaios clínicos deve ser interpretada por seu perfil funcional, considerando o quadro axiológico constitucional.

Os ensaios clínicos, apesar da busca legítima e constitucionalmente assegurada do progresso científico e de todo interesse mercadológico das grandes indústrias farmacêuticas, que movimentam bilhões de dólares e visam cada vez mais o lucro, não podem ser lidos sob o viés patrimonialista no que diz respeito ao participante da pesquisa. Trata-se de situação jurídica existencial atinente aos direitos da personalidade, que possibilita a intervenção no corpo humano, dentro da legalidade constitucional. Isso se verifica tanto para os ensaios clínicos terapêuticos, em que os participantes buscam o tratamento de doenças a que estão acometidos, quanto

para os que se submetem à pesquisa por mero altruísmo e solidariedade, chamados ensaios não terapêuticos. O centro de interesse em qualquer tipo de ensaio clínico é, em definitivo, a própria pessoa humana, que se coloca em estado de vulnerabilidade, independente de outras vulnerabilidades secundárias prévias (crianças, idosos, incapazes, pessoas com deficiência, presos, grávidas etc.).

O principal elo que liga os agentes de pesquisa e legitima o experimento é o termo de consentimento livre e esclarecido, principal instrumento que compõe o protocolo de pesquisa, por meio do qual o participante aceita se submeter ao estudo clínico.

O consentimento é uma autorização, uma declaração unilateral de vontade concedida pelo participante da pesquisa para que o pesquisador realize estudos científicos com a administração de substâncias em seu corpo. A esse ato se aplica o disposto no Código Civil acerca dos negócios jurídicos,¹⁹ observadas suas peculiaridades em razão de seu caráter existencial e alguns elementos quanto ao conteúdo da informação, voluntariedade e capacidade de consentir do participante,²⁰ necessários para conferir validade à autorização. O consentimento deve se dar de maneira livre, sem qualquer vício e após o participante ser plenamente esclarecido acerca de toda a pesquisa, riscos e benefícios, e até mesmo para o uso de seus dados pessoais e sensíveis (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13709/2018), sob pena de afastar a legitimidade do estudo e dar ensejo à responsabilidade civil dos agentes de pesquisa e agentes de tratamento de dados, inclusive pelos danos morais causados,²¹ entre outras sanções.

Na seara dos direitos da personalidade, a integridade psicofísica, colocada em risco por intervenções no corpo, de cunho médico ou científico, cede ao direito da personalidade, à vida, à liberdade. No que diz respeito à submissão do corpo humano e às pesquisas clínicas, não há certeza quanto aos riscos aos quais a integridade física do participante estará sujeita. Ele pode, portanto, ter sua saúde e vida afetadas. Mas, para que ocorra a pesquisa, é necessário que haja autorização para que o pesquisador a realize no participante, o que, por si só, não afasta o dever de indenizar caso o participante sofra danos em decorrência da pesquisa (Res. 466/2012 do CNS e Diretrizes éticas – CIOMS).

19. Nesse sentido: PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil, 9, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. OLIVEIRA, Guilherme de. *Direito Biomédico e Investigação Clínica*. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ano 130, n. 3881, p. 231-239, dez 1997. RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente). Coimbra Editora, 2001.

20. Cf. VALE, Maria do Carmo Jardim Pereira do. *Ensaio clínico em populações vulneráveis*. Disponível em: <http://www.ihmt.unl.pt/docs/Ensaio-Clinico-em-Populacoes-Vulneraveis.pdf>. OLIVEIRA, Guilherme; VALE, Maria do Carmo. *Consentimento informado em menores*. Disponível em: http://www.ceic.pt/portal/page/portal/CEIC/Documentos/DOCUMENTOS_REFLEXAO/Consent%20Inf%20Menores%20Eu%20e%20GO%20CEIC.pdf.

21. Sinde Monteiro trata da violação do direito geral de personalidade do doente, e sua liberdade de determinação caso não observe o consentimento e a configuração de dano moral, o direito e dever de informar ganha relevo. MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, informações ou recomendações*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 273.

Ao pesquisador é atribuída a tarefa de informar, esclarecer ao participante tudo sobre a pesquisa, seus benefícios e riscos, e obter o consentimento, para que este decida se participará voluntariamente; agir com cuidado; adotar medidas imediatas e seguras para garantir a segurança e o bem-estar dos participantes e protegê-los de qualquer risco iminente em caso de eventos adversos graves ocorridos durante a condução do ensaio clínico.

O patrocinador, geralmente, não tem uma relação direta com o participante da pesquisa, e não celebra com ele um negócio jurídico específico, limitando-se a formalizar contratos com as instituições de ensino e os pesquisadores, o que não significa que não exista um vínculo jurídico entre o patrocinador e o participante da pesquisa. O patrocinador controla a experiência, eventuais desvios existentes, avaliando os dados coletados, bem como garante sua guarda e sigilo. Ele financia, realiza as contratações necessárias para viabilizar a pesquisa, a infraestrutura, elege o pesquisador responsável e fornece o produto objeto de teste.

Em regra, as instituições de pesquisa também não celebram negócio jurídico com o participante, mas com o patrocinador e pesquisador, podendo este já figurar no seu quadro de empregados ou prestadores de serviços – se instituição privada – ou servidor público – se instituição pública. No entanto, pode haver uma prestação de serviços por parte da instituição de pesquisa aos participantes, que fornece toda a infraestrutura médico-hospitalar e que deve observar seus direitos e assegurar a qualidade de suas instalações, dos serviços de hotelaria e, quiçá, médicos incluídos, além da proteção dos dados e propiciar acesso aos cuidados de sua saúde. Além disso, pode ter um contrato de prestação de serviços entre a instituição de pesquisa e o participante referente a outros serviços por eles fornecidos, como os médico-hospitalares, que já eram prestados até mesmo antes da pesquisa. Um bom exemplo são os pacientes que já estão internados ou que fazem tratamento ambulatorial e que depois são incluídos no estudo clínico.

Após identificar as situações jurídicas decorrentes dos ensaios clínicos, compreender de que forma os agentes envolvidos no processo de pesquisa se relacionam e o papel exercido por cada um, é possível traçar parâmetros jurídicos que, juntamente com os éticos já existentes, definirão os cânones da responsabilidade civil em sede de ensaios clínicos.

3. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS ENSAIOS CLÍNICOS DE VACINA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A atividade de pesquisa é cercada de riscos que, dependendo do seu nível e potencial, podem impedir sua realização. Contudo, mesmo quando admitida a pesquisa, observados todos os critérios éticos e procedimentais e após ter passado pela ponderação entre os riscos e benefícios envolvidos e pelo filtro dos princípios da prevenção e precaução, os participantes podem sofrer danos, de ordem patrimonial e/ou extrapatrimonial, dano moral, e que devem ser reparados, o que fora relatado

nos casos acima noticiados envolvendo ensaios clínicos de vacina para Covid-19. Nesse quadro vários questionamentos podem ser feitos: (i) quais são as normas aplicáveis?; (ii) quem seriam os agentes responsáveis?; (iii) quais são as causas que geram o dever de reparar?; (iv) haveria responsabilidade, já que os riscos são informados ao participante de pesquisa ao conceder o consentimento livre?; e (v) seria possível excluir a responsabilidade em alguma hipótese?

A definição do regime jurídico da responsabilidade civil incidente em ensaios clínicos no sistema jurídico brasileiro depende, em um primeiro passo, da averiguação quanto à normativa jurídica aplicável: se é o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor; do tipo de risco que envolve a pesquisa clínica e dos perfis de responsabilidade de acordo com os agentes envolvidos: patrocinador, pesquisador responsável e instituição de pesquisa, observado o vínculo com os participantes de pesquisa, o dever de assistência, de indenizar e de ressarcir.

O Código de Defesa do Consumidor se aplica às prestações de serviços e fabricação de produtos inseridos no mercado de consumo, que apresentam caráter econômico e são colocados à disposição de consumidores que utilizam os produtos e serviços como destinatários finais para atender a uma necessidade própria, observados os conceitos de consumidor e fornecedor, cuja abrangência é tratada pelas teorias maximalista, finalista e finalista aprofundada (artigos 2º, 17, 29, 3º, todos do CDC).

A atividade de pesquisa clínica não está inserida no mercado de consumo; cuida-se de fase preliminar, considerando as fases I, II, e III, em que se colocam em teste a eficácia, a tolerância e a segurança de um tratamento farmacológico sobre a pessoa humana. O produto administrado neste momento não é um bem de consumo presente no mercado; ao revés, a autorização de uso é exclusiva para fins de pesquisa, não podendo ser empregado fora dos limites do estudo clínico. Não há de se falar, sequer, em cadeia de produção e fornecimento de serviço massificado. Dessa forma, se não há colocação do produto no mercado, afasta-se a responsabilidade civil por fato ou vício do produto prevista nos artigos 12, § 3º, I, e 18 a 20 do CDC.²²

Aplicar-se-á aos ensaios clínicos, portanto, a legislação civil quando as partes envolvidas são da área privada, observando-se as normas de direito público no que diz respeito à regulação da atividade, bem como quando o Estado assumir a promoção da pesquisa (artigo 37, § 6º, da Constituição da República e 43 do Código Civil), o que não será enfrentado no presente artigo.

A conclusão de que o Código Civil se aplica às situações jurídicas em tela não soluciona o problema enfrentado. Impõe-se, ainda, divisar o tipo de responsabilidade civil em sede de pesquisa clínica, o que dependerá de critérios hermenêuticos equa-

22. A respeito da não aplicação do CDC em estudo clínico de uso de medicamento: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70020090346, da 9ª Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Porto Alegre, 26 set. 2007. Em sentido contrário: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70047615703, da 10ª Câmara Cível. Relator Jorge Alberto Schreiner Pestana, Porto Alegre, 23 de maio de 2013.

cionados em relação ao disposto nos artigos 186, 187, 392, 927, *caput* e parágrafo único, 931, 932, 933, 934, 942, 944, 949, 950 e 951 daquele Código. Nessa direção, há de se avaliar a natureza da atividade desenvolvida, o tipo de risco envolvido e a responsabilidade de cada ator envolvido na pesquisa.

A atividade de pesquisa é organizada, e envolve riscos elevados e incomensuráveis, pelo que se aplica o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Afasta-se o disposto no art. 931 do Código Civil, que também entabula cláusula geral de responsabilidade objetiva, eis que não há produto posto em circulação, pois a substância está em fase de teste, sua farmacêutica e seu acondicionamento são diversos dos colocados no mercado, além de seu uso ser limitado, restrito ao âmbito da pesquisa, acessível apenas às pessoas autorizadas e sem permissão para serem comercializados.

Entre os diversos tipos de riscos jurídicos existentes, como por exemplo: mitigado e integral; proveito e criado; empresa e profissional; perigo e administrativo, os ensaios clínicos se inserem na categoria de risco integral, afastando-se do conceito de risco inerente, que excluiria a responsabilidade civil dos danos causados aos participantes e do risco de desenvolvimento.²³

Em se tratando de vacinas, é possível prever duas situações diversas: (i) reações adversas sofridas pelos participantes de pesquisa durante o estudo clínico da vacina em teste (fases I, II, ou III); (ii) reações adversas sofridas pelas pessoas que recebem a vacina já aprovada pela ANVISA, distribuição no mercado de consumo e utilizada em políticas públicas de imunização.

A aplicação de vacina depende da aprovação por parte da ANVISA, nos termos da Lei 6.360/76, regulamentada pelo Decreto 8.077/2013, e observa o Programa Nacional de Imunizações (PNI) criado pela Lei 6.259/1975, regulamentado pelo Decreto 78.231/1976, por iniciativa do Sistema único de Saúde que estabelece ao Ministério da Saúde a competência para elaboração do PNI (Lei 6.259/75, arts. 6º, § 2º, 15 e 16 da Lei 8.080/90), incluindo os casos de vacinações obrigatórias (art. 27). No caso de criança e adolescente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 14) estabelece a obrigatoriedade com sanções aplicadas aos pais pelo descumprimento.²⁴ Apesar do movimento hoje existente antivacinação, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela obrigatoriedade.²⁵

23. No que tange ao risco do desenvolvimento cabe a definição de: BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Ed.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 208-209.

24. SCHAEFER, F. Autoridade Parental e vacinação obrigatória. In: DADALTO, Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Org.). *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba: Foco, 2019, v. 1, p. 245-262.

25. O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas." Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462> Acesso em 31 dez. 2020.

Por outro lado, já há um movimento de pressão por parte das indústrias farmacêuticas de vacinas contra a Covid-19 junto a União Europeia para que haja uma isenção de responsabilidade civil para seus membros se as vacinas contra o novo coronavírus, que estão sendo desenvolvidas em tempo recorde, causarem danos.²⁶ No Brasil, o presidente da República questionou cláusula do contrato da Pfizer que diz que o laboratório não se responsabiliza pelos efeitos colaterais da vacina.²⁷ Todavia, não é objeto de análise a responsabilidade civil nessa fase, pois se trata de vacina já testada, aprovada pelos órgãos competentes, mesmo que de forma emergencial,²⁸ distribuída e ministrada em laboratórios, postos de saúde, clínicas, entre outros locais e não as fases I, II, III ora em análise. Nesses casos doutrina²⁹ e jurisprudência³⁰ já têm se posicionado acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil quando da ocorrência de eventos adversos pós-vacinação. Esse tema também pode ser objeto de controvérsias, seja quanto aos agentes responsáveis, pois apesar do envolvimento do Estado, com atuação do SUS em campanhas, e dos outros entes federativos, as vacinas podem ser produzidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado (laboratórios particulares), o que interfere na normativa aplicável (Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor); seja em relação aos eventos adversos passíveis de ressarcimento na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, pois há os previsíveis e imprevisíveis; e até mesmo quanto à possibilidade de incidência da teoria do risco de desenvolvimento (art. 12, parágrafo 1º, III, do CDC)³¹ e do risco administrativo quando envolve o Estado.

Na fase dos ensaios clínicos, afasta-se o risco de desenvolvimento, pois este se verifica após a fabricação do produto e sua introdução no mercado de consumo. E, como as fases do ensaio clínico ora estudadas são as I, II e III, ou seja, antes da comercialização do medicamento, da vacina, e justamente durante a aferição do conhecimento científico, não será esse risco o preponderante para caracterizar a atividade de pesquisa clínica. Ao que parece, o risco integral exsurge como o mais adequado para a situação em análise.

O risco integral, todavia, não se confunde com a responsabilidade integral, definida pela doutrina como a que independe denexo de causalidade para caracterizar

26. Disponível em: [https://www.ictq.com.br/industria-farmaceutica/1960-industria-quer-protacao-legal-se-vacinas-contracovid-19-derem-problemas#:~:text=Laborat%C3%B3rios%20produtores%20de%20vacinas%20contra,o%20Financiale%20Times%20\(FT\)](https://www.ictq.com.br/industria-farmaceutica/1960-industria-quer-protacao-legal-se-vacinas-contracovid-19-derem-problemas#:~:text=Laborat%C3%B3rios%20produtores%20de%20vacinas%20contra,o%20Financiale%20Times%20(FT).). Acessos em 31 dez. 2020.

27. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/12/28/bolsonaro-cobra-de-laboratorios-dodocumentos-para-aprovar-vacina> Acesso em: 31 dez. 2020.

28. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/coronavirus/vacinas-covid/vacinas-uso-emergencial> Acesso em: 13 abril 2021.

29. A respeito do tema merece a leitura: MENEZES, Joyceane Bezerra de; SERPA, J. A. Responsabilidade civil da União pelos danos causados pela vacina contra a influenza – Síndrome Guillain-Barré (SGB). *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, p. 1-18, 2020.

30. Cabe a consulta dos seguintes julgados: STJ, Recursos Especiais, RESP 1.514.775/SE, RESP 1.618.887/RS, STF, Recurso Extraordinário, RE 1171785.

31. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/332131/na-torcida-por-uma-vacina-uma-nota-sobre-os-riscos-do-desenvolvimento> Acesso em: 31 dez. 2020.

o dever de indenizar e que afasta as excludentes de responsabilidade. O risco integral em ensaios clínicos significa a causalidade pura, na qual basta o nexo e a presença de eventos adversos decorrentes da pesquisa que causem danos indenizáveis para gerar a responsabilidade. Esse risco abarca os acontecimentos já previstos, conhecidos em virtude do avanço da ciência, da pesquisa pré-clínica ou de outras fases de estudos, e expressos no termo de consentimento livre e esclarecido, como também os não conhecidos e descobertos durante ou após concluída a experimentação, e que gerem danos ressarcíveis, já que é possível haver dano não indenizável (evento adverso leve). Não precisará restar caracterizado o defeito do produto ou da prestação do serviço de pesquisa, pois o risco por si só já será suficiente para dar ensejo à responsabilização civil.

Além disso, não se admite em sede de ensaios clínicos a possibilidade de afastar a responsabilidade por qualquer previsão no termo de consentimento livre e esclarecido dos riscos, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social e princípios bioéticos (Res. 466/2012, item IV.4, “c”). Dessa forma, afasta-se qualquer argumento de que os agentes não respondem, já que os participantes assumiram os riscos. A não aplicação do instituto da responsabilidade civil depende apenas da falta de um dos seus elementos ensejadores (dano e nexo de causalidade).

A responsabilidade em ensaios clínicos é, portanto, objetiva³² para todos os agentes de pesquisa (patrocinador, pesquisador,³³ instituição de pesquisa), se diferenciando da responsabilidade civil do médico,³⁴ mesmo com sua atuação como pesquisador,³⁵ já que a responsabilidade se configura independentemente de dolo ou culpa, motivo pelo qual não se fará juízo de censura da conduta do agente. Esse regime de responsabilidade civil ajuda o participante vulnerável a obter a reparação com mais facilidade e tem amparo nos pressupostos que deram ensejo à mudança do eixo da culpa para o risco, na distribuição dos danos sofridos entre a coletividade que se beneficia da pesquisa e do progresso científico, socializando os riscos, o que não afasta a necessidade de criar e utilizar mecanismos que assegurem não só a prevenção, mas também a reparação e a compensação dos danos (seguro).³⁶

32. Em Portugal, a Lei 21/2014, de 16 de abril, estabelece no artigo 15º, 1, a responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, de forma solidária do promotor, bem como do investigador. “Responsabilidades objectivas estão ainda previstas a favor das pessoas que aceitam sujeitar-se a ensaios clínicos ou a doar órgão, riscos que assumem voluntariamente”. MONTEIRO, Jorge Sinde. Rudimentos da Responsabilidade Civil, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 1, p. 358, 2005.

33. Em sentido contrário e pela aplicação da responsabilidade subjetiva: FERNANDES, Márcia Santana *et al.* A responsabilidade civil do pesquisador “responsável” nas pesquisas científicas envolvendo seres humanos e a Resolução CNS 466/2012. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, n. 5, p. 97-118. São Paulo, 2015.

34. C.f. MONTEIRO, Jorge Sinde. Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica. *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex, 1991, p. 134-152.

35. C.f. BARBOSA, Carla. Responsabilidade civil dos médicos nos ensaios clínicos. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. 2, p. 53-70, 2004.

36. Esse foi o posicionamento defendido na seguinte obra: PEREIRA, Paula Moura Francesconi Lemos. *A responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. São Paulo: Foco, 2019.

São pressupostos ensejadores da responsabilidade civil: i) exercício da atividade de pesquisa; ii) dano reparável, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, resultante da pesquisa; e iii) nexo de causalidade entre o dano e a pesquisa.

A responsabilidade civil em pesquisa clínica pode incidir em diversas hipóteses, tais como: i) violação do sigilo das informações e confidencialidade dos dados sensíveis dos participantes e inerentes à atividade (monitoramento, rastreabilidade, propagação);³⁷ ii) falha na obtenção do consentimento livre e esclarecido necessário para validar a submissão do participante à pesquisa; e iii) ocorrência de eventos adversos durante ou após a pesquisa, os quais acarretam danos de várias espécies, como será indicado a seguir.

A responsabilidade civil pode, ainda, ser contratual ou extracontratual, apesar da mitigação dessa diferenciação na prática. Essa classificação vai depender de cada agente e se os danos resultantes dos ensaios clínicos decorrem de uma situação negocial ou não, podendo um mesmo fato resultar em um concurso de responsabilidade.

A multiplicidade de agentes envolvidos e de atos que cercam o processo de pesquisa clínica acarretam dúvidas acerca da imputação da responsabilidade civil. No entanto, a responsabilidade frente ao participante de pesquisa deve recair em todos agentes envolvidos, independentemente do ato diretamente causador do dano.

A responsabilidade entre os agentes de pesquisa é, portanto, solidária e decorre da lei (artigo 942 do Código Civil), o que implica na possibilidade de o participante de pesquisa pleitear a reparação de qualquer agente, bastando a verificação do nexo de causalidade entre o danoso e a pesquisa. Os agentes responderão, mesmo que o ato não tenha sido por ele diretamente praticado e independentemente se houve ou não uma relação negocial com o participante, sendo-lhes facultada a ação regressiva contra o responsável direto, observado o disposto nos artigos 934, 884, 932, III e 933, todos do Código Civil.

A aplicação da solidariedade entre os agentes de pesquisa³⁸ está em consonância com a própria função da responsabilidade civil, que é possibilitar a reparação do dano

Em Portugal, a Lei 21/2014, de 16 de abril, seguindo até mesmo o Regulamento (EU) 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano (artigo 76º), impõe de forma obrigatória a contratação de seguro de responsabilidade civil para cobrir os danos causados por ato do promotor e do investigador nos ensaios clínicos, nos termos do artigo 6, 1, “e”, e artigo 15º, 2, cabendo à CEC se pronunciar em seu parecer sobre esse seguro (artigo 16º, 7, “d”).

37. Acerca da proteção de dados merece a leitura: TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato, FRAZÃO, Ana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, set./dez., p. 159-180. Vitória, 2018.
38. A Resolução 466/2012 do CNS estabelece a responsabilidade tanto do patrocinador, quanto do pesquisador e da instituição de pesquisa pelos danos dela decorrentes de forma ampla, incluindo os danos previstos ou não previstos no termo de consentimento livre e esclarecido (item II.7, V.6, V.7 e XI.1).

injusto. A *ratio* da solidariedade na obrigação de indenizar é facilitar a reparação e acautelar a vítima contra o risco da insolvência de algum dos obrigados.

Como dito, o dever de os agentes indenizarem os participantes de pesquisa depende da comprovação do nexo de causalidade, pelo que se admite as hipóteses de incidências das excludentes de responsabilidade, seja pela quebra da causalidade por fortuito externo, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior, ou falta do elemento dano indenizável. São exemplos de fatos que afastam o dever de reparar: (i) evento adverso leve, que, apesar de ser um fortuito interno, gerou dano não ressarcível pelo juízo de ponderação; (ii) evento adverso decorrente de fortuito externo, como da própria doença do participante (iatrogenia), que já era utilizado pelo participante; (iii) fato exclusivo do participante, que não observou deveres de conduta e acarretou o dano; e (iv) caso fortuito e força maior.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de concorrência de causas, que não afastarão a responsabilidade dos agentes de pesquisa, mas poderão intervir no *quantum* indenizatório a ser pago pelos responsáveis.

Em tempos de pandemia, de novos riscos, de crescimento tecnológico acelerado na maior busca de proteção e tutela da dignidade da pessoa, em especial na área da saúde, diversos desafios surgem. Por isso, é preciso que os ensaios clínicos observem as fases necessárias para o desenvolvimento de uma vacina segura, com eficácia comprovada, e que exponha minimamente os participantes de pesquisa, e também toda a população. O instituto da responsabilidade ético-jurídica deve ser corretamente aplicado, observado os seus elementos caracterizadores para que seja de forma efetiva um instrumento de proteção da pessoa contra o dano injusto, pulverizando os riscos sociais pela solidariedade e reparação integral.

NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ALIENANTE PELA VIOLAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA REPRESENTATIVA DE CONTROLE

Deborah Pereira Pinto dos Santos

Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Master of Law* pela Universidade de Harvard (LLM 18' Harvard Law School). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ). Advogada.

Marília Lopes

Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-assessora do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Os contratos de alienação de participação societária representativa de controle são espécie do tipo de contrato de compra e venda, e possuem determinadas particularidades decorrentes dos efeitos econômicos que lhe são peculiares.¹ A transferência de participação societária representativa de controle importa não somente na transmissão da propriedade dos títulos de participação, como também na transferência de outro bem econômico: o poder de controle, isto é, o “poder de fruição e disposição dos bens da empresa, explorada pela companhia [sociedade] emitente das ações [quotas]” e, com isso, na atribuição de direitos e deveres próprios à situação jurídica de acionista controlador de companhia.²

Não por outra razão, o preço acordado para esse negócio jurídico é frequentemente superior ao valor contábil ou de mercado das quotas ou ações. O sobrepreço (ou prêmio) usualmente observado na transferência da participação societária representativa de controle, justifica-se, em larga medida, pelo fato de que o adquirente

1. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 17.

2. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 255.

passa a poder dispor dos bens da empresa e a ditar os rumos dos negócios sociais, observados os limites do interesse social.

Os contratos de compra e venda de participação societária representativa de controle revestem-se, portanto, de alta complexidade e risco econômico. Não à toa, a prática societária tem evidenciado a utilização de diversos instrumentos jurídicos pelas partes – muitas vezes, importados do direito estrangeiro – para gerir os riscos econômicos a que tais operações estão sujeitas. Além da realização de procedimentos de auditoria (*i.e. due diligence*), adquirente e alienante utilizam-se, com considerável frequência, da cláusula de declarações e garantias para alocar os riscos relacionados às participações societárias objeto do contrato, bem como à situação jurídica e patrimonial da sociedade-alvo.

As informações prestadas na cláusula de declarações e garantias, contudo, podem revelar-se falsas em dado momento – hipótese em que as partes poderão disciplinar contratualmente as consequências jurídicas que irão advir de tal evento. Reconhece-se a existência de forte debate na doutrina acerca dos contornos jurídicos que a falsidade das informações prestadas nas cláusulas de declarações e garantias poderá assumir nos contratos de alienação de participação de controle, a depender de diversos fatores, tais como de seu conteúdo e de sua relevância para a finalidade econômico-individual do negócio jurídico, bem como do momento em que o comprador teve ciência de que as informações prestadas não correspondiam à realidade. Assim, o presente artigo terá especificamente como objeto a situação em que a violação da obrigação prevista na cláusula de declarações e garantias é considerada inadimplemento do contrato, em razão da essencialidade da veracidade daquelas informações para a celebração do negócio jurídico.

A primeira seção deste artigo abordará o conceito da cláusula de declarações e garantias, e sua relação com dever de informar derivado do princípio da boa-fé objetiva. Analisa-se a função exercida pela cláusula nos contratos de alienação de participação societária de controle à luz do direito brasileiro, como especificação do conteúdo contratual referente aos riscos assumidos pelo vendedor da participação acionária de controle quanto à veracidade das informações prestadas. Dessa forma, tais cláusulas funcionam como mecanismo de gestão positiva dos riscos contratuais relacionados ao inadimplemento.

Em sequência, na segunda seção, serão analisados os caminhos disponíveis ao credor diante da violação da cláusula de declarações e garantias, que poderá configurar inadimplemento relativo ou absoluto, conforme haja ou não a perda do interesse do credor na prestação ou ela se torne impossível por culpa do devedor.

Por sua vez, na terceira seção, serão traçados os contornos jurídicos da cláusula de remédio exclusivo, que deve ser interpretada de forma sistemática com a cláusula de declarações e garantias. Conhecida na *common law* como *sole remedy clause*, a cláusula representa a renúncia expressa do direito potestativo do credor de resolver o contrato em caso de inadimplemento da prestação pelo devedor, que seja específica-

mente relacionado à violação do dever de informar previsto na cláusula de declarações e garantias, cabendo-lhe apenas seguir pela via da execução pelo equivalente, com incidência da multa contratual. É como se passa a analisar.

2. O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM AS CLÁUSULAS DE DECLARAÇÕES E GARANTIAS NAS ALIENAÇÕES DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS

As cláusulas de declarações e garantias, comumente inseridas no âmbito de contratos de compra e venda de participação societária com fins de aquisição de controle,³ consistem em declarações prestadas pelo alienante das participações acerca da situação e da qualidade dos bens alienados, bem como da sociedade-alvo e de sua própria situação jurídica e patrimonial. Segundo Catarina Monteiro Pires, elas correspondem “à promessa de que um estado de coisas existe, através da fixação de características ou qualidades de certo bem, ou conjunto de bens, de certo negócio ou de certa situação jurídica, conferindo ao comprador direitos adicionais em relação ao catálogo legal”.⁴

Assim, por exemplo, pode o alienante declarar que as demonstrações financeiras da sociedade-alvo foram elaboradas de acordo com as normas e princípios aplicáveis, que as participações se encontram livres e desembaraçadas de quaisquer ônus ou gravames, que a sociedade não possui dívidas além das indicadas nos documentos fornecidos ao comprador, que a sociedade-alvo é proprietária de determinado maquinário essencial à atividade da empresa, entre outras.⁵

Tais cláusulas foram importadas da prática contratual anglo-saxônica – lá denominadas *representations and warranties* – e fundamentam-se, essencialmente, na autonomia negocial das partes. No sistema da *common law*, contudo, vigora como premissa a ideia de que “o exame das qualidades da coisa comprada é de responsabilidade exclusiva do comprador” (*caveat emptor*),⁶ criando ao comprador o ônus de se informar sem que, em contrapartida, haja o dever legal de cunho informacional imposto ao vendedor.

Nesse contexto, e considerando que, nos negócios jurídicos de alienação de participação societária de controle, verifica-se na prática negocial a existência de assimetria informacional entre o vendedor e o comprador – acerca tanto das cir-

3. Para fins do presente artigo, serão consideradas apenas os negócios jurídicos de alienação de participação societária de controle.

4. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: Problemas e Litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 63.

5. A despeito de serem usualmente, incluídas como uma única cláusula, há quem distinga as “declarações” das “garantias”, no sentido de que aquelas “constituem fundamentalmente declarações que atestam o estado de facto da empresa societária à data da conclusão do contrato”, enquanto estas “visam criar obrigações recíprocas entre as partes relativamente a um conjunto de matérias ou aspectos dessa empresa após aquela conclusão”. Cf. ANTUNES, José Engrácia. A empresa como objecto de negócios: “Asset Deals” versus “Share Deals”. *Revista da Ordem dos Advogados*. v. 2/3, n. 68, 2008, p. 783.

6. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 323.

cunhâncias relativas às ações ou às quotas objeto do contrato, quanto da própria situação patrimonial da sociedade emissora –, as cláusulas de declarações e garantias assumem papel relevante na gestão positiva dos riscos contratuais. Isso porque elas representam a alteração da disciplina legal – na qual vigora a regra da não responsabilização do vendedor (como visto, *caveat emptor* na *common law*) – por meio da autonomia negocial.

Por sua vez, no ordenamento jurídico pátrio reconhece-se o protagonismo desempenhado pela boa-fé objetiva nas relações contratuais, fundamentado na solidariedade constitucional, uma vez que são os contratantes obrigados a respeitar, desde o início da fase das tratativas e durante toda a execução do contrato, os ditames de lealdade derivados da boa-fé objetiva. Com efeito, a boa-fé objetiva cria para as partes deveres anexos instrumentais à prestação principal, encerrando processo de cooperação entre os contratantes voltado à consecução dos objetivos perseguidos com a celebração do contrato – que se estende desde a fase negocial até a fase posterior ao adimplemento da prestação principal.⁷

Como se sabe, os deveres anexos são inseridos no contrato nos *interesses da prestação* e atuam como forma de otimização do adimplemento satisfatório.⁸ Dessa forma, a boa-fé objetiva determina a sujeição de ambos os contratantes a padrões objetivos de lealdade voltados ao atingimento dos fins contratuais: os deveres de lealdade e cooperação são condicionados e limitados pela própria finalidade econômico-individual do negócio jurídico celebrado.⁹

Dentre os diversos deveres anexos à boa-fé objetiva, o dever de informação apresenta contornos significativos na relação jurídica contratual formada entre comprador e vendedor da participação societária de controle. Tal dever é marcado pela sua *instrumentalidade*, tendo em vista que a informação deve ser ofertada pela parte com vistas a atingir determinado resultado útil, que é o adimplemento da prestação, e pela sua *relacionalidade*, na medida em que a intensidade da informação deverá ser definida em cada situação concreta, considerando-se as partes envolvidas.¹⁰

Nesse sentido, no ordenamento brasileiro, nos negócios jurídicos de alienação de participação societária de controle, o dever de informação impõe ao vendedor, já de antemão, a obrigação de informar o comprador sobre todas as circunstâncias relevantes relacionadas não apenas à participação societária a ser alienada, como também àquelas relativas ao próprio patrimônio e à situação jurídica da sociedade-

-
7. TEPEDINO, Gustavo. Formação Progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In: BENETTI, Giovana Valentiniano, et al (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 588.
 8. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 241-242.
 9. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32-33.
 10. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 581-582.

-alvo da operação.¹¹ Por exemplo, deverá ser informado ao comprador os bens que estejam alienados em garantia ou gravados com hipoteca ou penhor.¹²

Desde a fase pré-contratual, o descumprimento culposo do dever de informar poderá gerar a responsabilidade civil por culpa *in contrahendo* e a falsidade intencional das informações, poderá levar posteriormente à anulação do negócio jurídico por vício de consentimento em razão de dolo essencial. Com efeito, a parte, ao prestar informação inverídica, de forma negligente ou até dolosa, deverá reparar os danos causados pela incorreção da informação prestada ou ainda por aquela faltante.¹³

Assim, embora a extensão do dever de informar no âmbito dos contratos de alienação de participação societária seja questão tormentosa na doutrina – em razão do risco econômico envolvido nesse tipo de transação, bem como da prática contratual de realização de procedimento de auditoria (*due diligence*), a fim de que o comprador possa examinar documentos e informações relevantes atinentes à sociedade alvo –¹⁴ é certo que eventual omissão culposa ou dolosa de informações em tais negócios jurídicos já encontraria remédios no ordenamento jurídico brasileiro na fase pré-contratual, por meio da responsabilidade civil pelo interesse negativo, isto é, por danos derivados da confiança entre as partes.¹⁵

Por outro lado, há que se reconhecer que, no contexto do negócio jurídico de alienação de controle, nem sempre o vendedor disporá de todas as informações acerca da sociedade-alvo, de modo que, muitas vezes, as informações prestadas na cláusula de declarações e garantias, no momento em que o são, lhe parecem efetivamente verdadeiras. É possível que haja potenciais passivos não conhecidos ou que, ainda que o sejam, são de difícil mensuração. Em outras palavras, nem sempre a falsidade das declarações prestadas decorrerá de conduta culposa ou dolosa por parte do vendedor e nessa situação os deveres anexos à boa-fé objetiva não encontrariam aplicação.

11. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 324.

12. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*, cit., p. 328 e 331.

13. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 590-591.

14. Cf. “Parece-nos que estes fatores ou elementos se articulam de forma móvel, não sendo possível estabelecer uma solução apriorística quanto à extensão do dever de informar. (...) Realçemos mesmo que o problema do interesse próprio em não revelar certas circunstâncias que podem impedir o fecho do negócio ou a obtenção de vantagens (lícitas) na negociação deve aceitar-se, parecendo-nos claramente excessivos os modelos paternalistas que obrigam o devedor da informação a revelar circunstâncias que são ostensivamente contrárias a seus interesses comerciais, com o único intuito de permitir a um credor da informação medianamente descuidado perceber o risco. Os fatores relativos às causas e à natureza dos riscos, juntamente com a ideia de cuidado que o próprio comprador deve ter, podem permitir sustentar que a falta de informação de um risco normal ou típico do negócio em causa não consubstancia uma violação do dever de informar”. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 28-29.

15. TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In: BENETTI, Giovana Valentiniano, et al (Org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 598.

Não obstante, se, por um lado, a cláusula de declarações e garantias, comumente utilizada nesse tipo contratual, tem a função de especificar e detalhar os riscos que serão assumidos pelo vendedor – de modo que tal cláusula constitui, portanto, “um reforço da tutela do credor” (comprador);¹⁶ por outro lado, não se pode presumir a ausência de tutela jurídica da parte caso não haja a previsão de norma específica no contrato – ocasião em que será auferida a existência ou não de culpa do vendedor quando da prestação das informações –, por descumprimento de dever de informação de origem heterônoma, fundado diretamente na aplicação da boa-fé objetiva.¹⁷

Tais cláusulas, como instrumento de alocação de riscos, constituem a definição autônoma pelas partes do âmbito de incidência do dever instrumental de informar na relação jurídica concreta, ainda que tal dever tenha matriz heterônoma e esteja sempre presente desde a fase negocial, tendo em vista a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em todas as relações patrimoniais. Os deveres heterônomos derivados da boa-fé objetiva não são ilimitados, mas ligados diretamente à concretização da finalidade econômico-individual do contrato. Desse modo, as cláusulas de declarações e garantias trazem para o campo da autonomia das partes a definição do conteúdo do dever de informar, em relações jurídicas de grande complexidade técnica e de alto risco econômico, evitando (ou ao menos amenizando) a criação de zonas cinzentas que poderiam ser objeto de futuro litígio entre os contratantes.

Em outras palavras, as cláusulas de declarações e garantias fundam-se na autonomia negocial e atuam como mecanismo de gestão positiva dos riscos contratuais relacionados ao inadimplemento,¹⁸ interferindo diretamente no equilíbrio econômico do contrato. Elas representam escolha estratégica em razão da “tendencial assimetria informativa em que o comprador se encontra face ao vendedor e não é normalmente repercutido de forma plena no preço quando da sua determinação”.¹⁹

Ao determinar as qualidades e características que o conjunto de bens envolvidos na transação deverá apresentar, tal alocação de riscos insere-se na causa concreta do contrato, isto é, “na síntese dos efeitos jurídicos essenciais (...) àquele negócio concretamente firmado”. Dessa forma, o conteúdo previsto na cláusula de declarações e garantias passa a constituir a qualificação da prestação contratual e, com isso, passa a compor parte da finalidade econômica do contrato, ou seja parte de sua “função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que

16. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 65.

17. TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 254.

18. Sobre o tema, ver TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 6, out/dez, 2015.

19. RUSSO, Fábio Castro. *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controle*. *Direito das Sociedades em Revista*, 2010, p. 117.

as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação”.²⁰

Dessa forma, a obrigação assumida pelo vendedor quanto à qualidade e às características dos bens envolvidos na transação e à situação da sociedade-alvo passa a integrar o próprio conceito de prestação devida, de modo que a eventual violação de tais declarações assume contornos relevantes na relação jurídica constituída entre as partes. Em consequência, diante da hipótese em que as informações prestadas pelo vendedor da participação societária de controle revelem-se inexatas, com o descumprimento do que foi previsto nas cláusulas de declarações e garantias, configura-se dever de indenizar da parte (alienante) por inadimplemento contratual.²¹

Feita esta breve introdução sobre o tema, é forçoso reconhecer que a inexatidão das informações prestadas pelo vendedor nas cláusulas de declarações e garantias²² – especialmente a falha culposa ou dolosa – tem despertado bastante atenção da doutrina nos últimos anos.²³ Nesse contexto, conforme o conteúdo estabelecido na cláusula de declarações e garantias (haja vista que ela poderá assumir diversas facetas), discute-se o cabimento de ampla gama de remédios disponíveis no ordenamento jurídico para tutelar os direitos do credor, a depender de uma série de fatores, tais como a relevância das cláusulas de declarações e garantias para o atingimento da finalidade econômica do contrato, o momento da descoberta da

-
20. KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x Função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 74, jul./set. 2010.
 21. TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 273.
 22. Para fins do presente artigo, considera-se que o comprador não possui conhecimento da inveracidade das declarações prestadas pelo vendedor. O tema envolve diversas discussões complexas e, evidentemente, enorme dificuldade probatória. Além de a própria demonstração do conhecimento, pelo comprador, acerca da falsidade das declarações prestadas ser questão tormentosa, a prova relativa ao momento em que o comprador teve ciência da falsidade é bastante árdua – releva saber se o conhecimento se deu antes ou depois da tradição da coisa (*rectius*: antes ou depois do registro da transferência das ações ou quotas, ou, na linguagem societária: no *signing* ou no *closing*). Cumpre examinar, ainda, se as partes haviam pactuado expressamente as consequências advindas do prévio conhecimento pelo comprador da falsidade das declarações prestadas pelo vendedor (as denominadas cláusulas *pro-sandbagging* e *anti-sandbagging*: a primeira favorável ao comprador, mantendo seu direito a ser indenizado pelas perdas e danos decorrentes da inveracidade das declarações mesmo tendo ciência de sua existência quando da celebração do contrato; a segunda favorável ao vendedor, afastando a possibilidade de o comprador pleitear perdas e danos pela inveracidade das declarações prestadas caso decida por celebrar o contrato e efetuar a tradição) ou se sequer havia previsão contratual acerca dessa situação – para determinar as consequências da violação da cláusula de declarações e garantias. A esse respeito, Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 355.
 23. Vide, por exemplo, TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 241-273; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018; PIRES, Catarina Monteiro. Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios. Coimbra: Almedina, 2019; RUSSO, Fábio Castro. Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controle. *Direito das sociedades em revista*, 2010, p. 115-136; GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

inveracidade das informações, o alcance do interesse útil do adquirente na prestação, entre outros.²⁴

Por exemplo, a referida falsidade das informações pode ser vista como hipótese de defeito do negócio jurídico por vício de vontade decorrente de erro ou dolo, cabendo a anulação do negócio; ou então hipótese de vício redibitório, cabendo ao comprador redibir o contrato ou pleitear o abatimento do preço mais perdas e danos, caso seja possível provar que o vendedor tinha conhecimento do vício.²⁵ Discute-se, inclusive, a possibilidade de concurso de pretensões.²⁶

Nada obstante a tormentosa complexidade da discussão, com diversas implicações práticas, para fins do presente artigo, a violação da cláusula de declarações e garantias será tratada como hipótese de inadimplemento (relativo ou absoluto, como se verá no próximo capítulo) da prestação.²⁷

3. AS CONSEQUÊNCIAS DA FALSIDADE DAS DECLARAÇÕES NA SEARA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: CAMINHOS PARA O CREDOR

No presente artigo, aborda-se a hipótese em que a violação das cláusulas de declaração e garantias configura inadimplemento contratual. Ou seja, a transferência de participação societária de controle sem que se verifique, na sociedade alvo da operação ou nos títulos alienados, a presença das qualidades que foram prometidas nas declarações e garantias configura descumprimento da prestação tal como estabelecida no contrato, gerando o dever de indenizar do vendedor.

Com efeito, as declarações do alienante, nesse contexto, compõem a própria definição da qualidade da coisa (*rectius* da participação societária ou da situação jurídica da sociedade-alvo) a ser alienada, cuja inserção no conteúdo do contrato permite identificar a existência (ou não) de adimplemento satisfatório, no sentido do cumprimento da prestação que seja apto a atender ao interesse útil do credor, como também a eventual inveracidade das informações prestadas permite verificar a presença de erro essencial (ou mesmo de dolo) e ainda de vícios redibitórios.

Como se sabe, o conceito de inadimplemento contratual, em perspectiva funcional, pressupõe unidade complexa, tendo em vista a obrigação como *processo* dotado de aspectos dinâmicos que se desencadeiam em direção ao cumprimento e que são

24. TRINDADE, Marcelo. *Sandbagging e as falsas declarações em alienações empresariais*. (No prelo), 2020.

25. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 83 e ss.

26. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*, cit., p. 101-102.

27. Há quem entenda, contudo, que as cláusulas de declarações e garantias consistem sempre obrigação de garantia, e, portanto, não há que se falar, tecnicamente, em inadimplemento, mas na concretização de risco jurídico assumido pelo vendedor. RUSSO, Fábio Castro. *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo*. Direito das sociedades em revista, 2010, p. 132 e ss. Sobre o tema, debruçou-se profundamente GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, passim.

voltados à satisfação dos interesses do credor.²⁸ O adimplemento não visa apenas à entrega da prestação principal ao credor, mas à satisfação plena de seu interesse típico e concreto, que lhe permita acesso ao resultado útil programado.²⁹

Por sua vez, o conceito de inadimplemento passar a ser ampliado, como a situação jurídica em que há “a não realização da prestação devida, com a conseqüente insatisfação do credor, e não o mero descumprimento da prestação principal”. Passa-se a valorizar o *aspecto objetivo* do inadimplemento, qual seja: “a situação jurídica objetiva, que se individualiza na não satisfação do interesse do credor”. A utilidade da prestação passa a se confundir com o interesse concreto do credor na prestação.³⁰

Tendo em vista o não cumprimento voluntário da prestação *imputável* ao devedor, seja por violação de norma heterônoma ou autônoma, passa-se à análise dos efeitos do inadimplemento no programa contratual, de forma a se verificar se a hipótese é de inadimplemento relativo (mora) ou de inadimplemento absoluto. O critério de distinção entre mora e incumprimento definitivo será a permanência ou não do interesse do credor no cumprimento da prestação. Ainda que a realização da prestação seja possível ao devedor em abstrato, se ela já não é capaz de satisfazer os interesses do credor, a hipótese será de incumprimento definitivo, pois não mais proporciona à parte a utilidade esperada conforme o programa obrigacional.³¹

Por um lado, haverá simples mora a hipótese de “atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de proteção bem como os de conduta”.³² Por outro lado, o incumprimento será *definitivo* quando a prestação não é mais apta a atender a carência que o credor visava a suprir com o contrato – não estando relacionada a motivos ou caprichos individuais –, mas conforme suas legítimas expectativas extraídas de dados objetivos fornecidos pelo programa contratual.³³ Em termos econômicos, o que interessa ao credor é a existência de meios para alcançar o resultado útil programado, de forma a obter a utilidade da prestação conforme a finalidade econômico-individual do contrato.

Especificamente quanto ao descumprimento das cláusulas de declarações e garantias, não se pode, ao menos *a priori*, desconsiderar a possibilidade de o devedor emendar a sua mora. Dessa maneira, tem-se como remédio cabível, no caso de inadimplemento das cláusulas de declarações e garantias nas alienações de participação societária, a determinação de seu cumprimento específico pelo devedor, ainda que tardio, o que não afasta o direito do credor ao recebimento de perdas e

28. SILVA, Clovis Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 17.

29. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84-85.

30. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 96-99.

31. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. V, t. II, p. 218-221.

32. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 98 e 104.

33. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 133.

danos ou à incidência de multa moratória. Por exemplo, a falta de dada informação acerca do funcionamento da sociedade-alvo poderá ser superada pela efetiva entrega da informação pelo alienante ao novo titular das quotas ou ações, ou a ausência de determinados itens no inventário da sociedade-alvo poderá ser, a princípio, resolvida por meio de sua aquisição no mercado pelo vendedor.³⁴

Contudo, em determinadas situações, a purgação da mora pelo devedor poderá se mostrar concretamente inviável, em razão da impossibilidade de retorno ao estado em que as declarações e garantias sejam verdadeiras, muitas vezes devido à própria natureza da falsidade da declaração, a exemplo de falsas representações de balanços e de dados de faturamento e de lucratividade. De igual modo, o devedor não poderá mais purgar a sua mora quando houver a perda da utilidade da prestação para o credor, conforme as peculiaridades da operação societária.³⁵

Decerto, há certa dificuldade na definição do *standard* para a configuração da perda do interesse útil do credor na alienação de participação societária, ante a tormentosa definição da utilidade concreta de uma participação societária – principalmente de controle –, pois se trata de negócio jurídico considerado de alto risco econômico. Para a doutrina especialista do tema, a “inutilidade da prestação capaz de excluir por completo o remédio do cumprimento específico deve ser avaliada em vista o todo da obrigação de entrega da participação”.³⁶

Em consequência, a situação de descumprimento pelo devedor das cláusulas de declarações e garantias poderá configurar *tout court* inadimplemento absoluto, pois ao credor não é mais possível ter acesso à prestação tal conforme estabelecida no programa contratual. Nesse sentido, trata-se de hipótese de incumprimento definitivo do contrato, na qual o credor terá à sua disposição outros instrumentos de tutela de seu crédito.³⁷ A solução pela execução específica, como “o prolongamento e a projeção do cumprimento no processo executivo” não será apropriada. O credor poderá optar pela resolução do contrato, com o retorno ao *status quo ante*, ou exigir o cumprimento da prestação não mais *in natura*, mas pelo equivalente pecuniário, sem prejuízo de indenização por perdas e danos em ambos os casos.³⁸

Caso o credor opte pela resolução do contrato, haverá o retorno ao *status quo ante*, com a extinção da relação obrigacional e, no seu lugar, a criação da relação de liquidação. A resolução do contrato terá como efeitos: (i) a liberação das partes

34. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 226.

35. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*, cit., p. 226-227.

36. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*, cit., p. 227.

37. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI, t. II, p. 454.

38. TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. v. 18, p. 54. Belo Horizonte, out./dez. 2018.

do cumprimento das obrigações correspectivas; (ii) o dever de ambas as partes de restituição de tudo que foi prestado em razão da relação obrigacional ora extinta; e (iii) o dever da parte lesante de indenizar as perdas e danos sofridas pela parte prejudicada, cujo valor será definido conforme o interesse negativo, tendo em vista a necessidade de recomposição do patrimônio do credor no estado anterior à celebração do contrato.³⁹

Por sua vez, a denominada execução genérica ou pelo equivalente terá lugar como opção do credor à resolução do contrato por inadimplemento sempre que a prestação se tornar impossível, física ou juridicamente, sendo conseqüentemente inviável a execução específica, ou quando houver a perda da utilidade da prestação para o credor.⁴⁰ Ao eleger o caminho pela execução pelo equivalente, o credor mantém a relação obrigacional, mas há a substituição de seu objeto (prestação) pelo equivalente em pecúnia.⁴¹ Além disso, a indenização será definida pelo interesse positivo: o credor deverá ser colocado na posição de vantagem que estaria caso houvesse o cumprimento voluntário da prestação.⁴²

Como visto, as cláusulas de declarações e garantias constituem instrumento à disposição das partes para a alocação positiva de riscos e, em termos práticos, é bem recorrente sua combinação com outras cláusulas que tratam da disciplina dispositiva aplicável em caso de inadimplemento da prestação pelo devedor. Comumente, junto com a estipulação da cláusula de declarações e garantias, é prevista a cláusula de indenização a ser paga em caso de comprovação da falsidade das declarações e garantias prestadas pelo devedor no contrato de alienação de participação societária e a cláusula de remédio exclusivo, que exclui a possibilidade de o credor resolver a relação obrigacional. Trata-se, em regra, de previsão do direito à indenização pelo interesse positivo do credor prejudicado pela falsidade, com a colocação da sociedade-alvo na situação em que se encontraria caso as declarações e garantias prestadas pelo alienante fossem verdadeiras.⁴³

Dentro do âmbito da autonomia negocial, as partes podem, por meio de cláusula resolutiva expressa, fixar que determinada situação de descumprimento de obrigação

39. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução*: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 58. Registre-se que há divergência na doutrina acerca do cálculo do valor da indenização na resolução por inadimplemento. No mesmo sentido do texto, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 482. Em sentido contrário, entendendo pelo critério do interesse positivo, cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI, t. II, p. 704. STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, passim.

40. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 136.

41. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução*: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 59.

42. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução*: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 71.

43. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231. Cf. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e Litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 110.

contratual leve à perda do interesse do credor na prestação e configure inadimplemento absoluto, abrindo-se caminho para a parte resolver o contrato. De igual modo, os contratantes podem, por meio de cláusula fixando indenização, definir que, na situação de violação de obrigação fixada na cláusula de declarações e garantias, a solução será a execução pelo seu equivalente com a reparação pelo interesse positivo, restando afastada, por meio da cláusula de remédio exclusivo, a possibilidade de o credor resolver o contrato em razão do descumprimento da cláusula de declarações e garantias.⁴⁴

Nos contratos paritários, a exclusão da possibilidade de o credor resolver o contrato em razão do inadimplemento da cláusula de declarações e garantias justifica-se pela própria autonomia negocial na definição dos efeitos do incumprimento da prestação, como disciplina dispositiva das normas que regulam as consequências do inadimplemento definitivo do contrato. Dessa maneira, as incertezas de tutela legal tornam altamente aconselhável proceder-se à redação não só de cláusulas de declaração e garantia, mas também à predefinição antecipada das consequências do seu descumprimento, com a pormenorização da disciplina aplicável ao caso concreto.⁴⁵

De fato, na maioria dos casos, o caminho pela resolução poderá ser demasiadamente inconveniente para as partes. Por exemplo, no caso de companhias abertas, cujos valores mobiliários são negociados em bolsa, o contrato de alienação de participação societária pressupõe a formação de relação jurídica marcada por alto risco econômico, devido à oscilação de preço no mercado, o que dificulta (ou até mesmo virtualmente impossibilita) o retorno das partes ao *status quo ante*, que caracteriza o efeito restitutivo da resolução contratual.

Especificamente, a alienação de participação societária com a transferência do controle apresenta ainda maiores dificuldades no que concerne ao efeito restitutivo da resolução contratual, por contar com grande dinamismo empresarial – por exemplo, podem ter sido implementados aumentos de capital ou reorganizações societárias –, como pelas constantes trocas na estrutura organizacional da sociedade, sendo que as consequências da restituição poderiam acarretar sérios entraves ao funcionamento da própria sociedade, em detrimento do interesse social.⁴⁶

44. Sobre a possibilidade de renúncia tácita à resolução quando o credor, na situação de inadimplemento, opte pela execução pelo equivalente. Cf. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 149-151.

45. RUSSO, Fábio Castro. *Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controle*. Direito das Sociedades em Revista, 2010, p. 120-121.

46. “O mesmo se diga da resolução do contrato com fundamento em incumprimento, depois do *closing*: na generalidade dos casos, esta reação simplesmente não é exequível, nem equilibrada. Os mecanismos mais utilizados de tutela do comprador são, pois, aqueles que permitem a manutenção do contrato”. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 17. Cf. igualmente GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 234.

4. ESPAÇO DA CLÁUSULA DE REMÉDIO EXCLUSIVO E DA CLÁUSULA DE INDENIZAÇÃO

A fim de evitar as dificuldades que os efeitos produzidos pela resolução contratual por inadimplemento absoluto poderiam trazer no âmbito do contrato de alienação de participação societária de controle, é comum que as partes pactuem outras duas cláusulas: a de remédio exclusivo e a da indenização correspondente. A ideia é que haja a previsão da indenização a ser paga pelo vendedor devido a sua falha em atender a prestação contratual, tal como qualificada pelo dever de informar estabelecido nas cláusulas de declaração e garantias, e tal reparação pecuniária será o único remédio possível.⁴⁷

A cláusula de remédio exclusivo – conhecida como *sole remedy* ou *exclusive remedy clause* – também foi trazida da prática contratual anglo-saxônica e é fundamentada na autonomia negocial como forma de alocação positiva de riscos contratuais. Essa cláusula constitui a definição contratual dos “meios de reação das partes a uma perturbação contratual”, que pode ser a situação de defeito do negócio jurídico por erro ou dolo ou o âmbito da reação do credor caso haja o inadimplemento da prestação pelo devedor.⁴⁸ Dessa forma, pela *sole remedy clause*, “o credor somente possui direito ao remédio previsto na cláusula, qual seja a receber uma ‘restauração monetária’ predefinida, sem que possa recorrer a qualquer outro recurso, como a ação de resolução, nulidade ou anulabilidade e rescisão”.⁴⁹

Dessa forma, as cláusulas de declarações e garantias costumam vir associadas a cláusulas de indenização (que fixam a multa contratual) e de remédio exclusivo nos contratos de alienação de participação societária de controle. Caso haja o descumprimento da prestação pactuada, tal como qualificada pelas informações trazidas nas declarações e garantias, o comprador terá o seguinte caminho a seguir: (i) caso ainda seja possível e útil o cumprimento específico da prestação, caberá ao alienante atender especificamente à prestação com as suas qualidades prometidas, somada às perdas e danos consequentes da mora ou à cláusula penal moratória; (ii) contudo, caso não seja mais possível ou útil a purgação da mora, e estando excluídos demais remédios do contrato (*i.e.* o direito à resolução), incumbe-lhe o pagamento de indenização substitutiva da prestação principal, sendo tal indenização predefinida no contrato, ou, ao menos, com a fixação de critérios para a sua quantificação.

47. Cf. “Assim, pode-se, em benefício do alienante, afastar ou limitar a sua responsabilidade, em relação à falsidade das declarações; ou, no sentido inverso, atribuir alternativas em benefício do comprador, caso a falsidade se verifique. Nesse campo, o cardápio é bastante variado. [...] Também é normal a disciplina da obrigação de indenizar, para assegurá-la de maneira ampla ou, ao contrário, pré-fixar seu valor em uma cláusula penal ou limitá-lo a uma quantia máxima”. TRINDADE, Marcelo. *Sandbagging e as falsas declarações em alienações empresariais*. (No prelo), 2020.

48. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: Problemas e Litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 81.

49. GALLARATI, Alberto. Il contratto irresolubile o quasi. Profilo di sostenibilità della clausola ‘exclusive remedy’ nell’ economia delle parti. *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2016, p. 1.022.

Registre-se que, como instrumento aberto à gestão positiva do risco do inadimplemento pela autonomia negocial, as partes poderão estabelecer cláusula contratual pela qual não somente se exclua a possibilidade de o credor resolver o contrato pelo inadimplemento da absoluta da prestação, como também já se preestabeleça a indenização devida pelo devedor na execução pelo equivalente, sendo que, nesse caso, a definição dos danos se dará pelo interesse positivo.⁵⁰ Em outras palavras, a cláusula de *sole remedy* é utilizada pelos contratantes em conjunto com a cláusula de indenização para definir de antemão o remédio exclusivo – a indenização pactuada ou os parâmetros para seu cálculo – que o credor poderá acionar na hipótese de se verificar a inexatidão ou a inveracidade das informações que foram prestadas pelos devedor nas cláusulas de declarações e garantias.⁵¹

Com efeito, como espaço aberto à autonomia negocial, a cláusula destinada a fixar a indenização devida pelo descumprimento da cláusula de declarações e garantias, poderá assumir contornos variados em cada situação jurídica concreta. Poderá estabelecer determinado montante pecuniário fixo ou percentual do valor total da obrigação contratual a ser pago pelo devedor – funcionando como prefixação das perdas e danos – e, portanto, assumindo o papel funcionalmente similar à cláusula penal compensatória, mas cuja incidência na execução pelo equivalente pressupõe que a indenização seja pelo interesse positivo.

Nesse caso, a cláusula de indenização poderá admitir, evidentemente desde que haja previsão contratual, a possibilidade de indenização suplementar, caso seja verificado que o prejuízo do credor exceda o montante então pactuado – hipótese em que se apurará o valor das perdas e danos excedentes com base no interesse positivo. Como bem salienta Giacomo Grezzana, “em alienações de participação societária, o interesse positivo é ao estado em que estaria o adquirente se as declarações correspondessem à realidade”.⁵² Prossegue o autor com um exemplo didático:

Imagine-se que o alienante declara um estado de coisas A, quando o estado de coisas real é B. Pelo interesse positivo, o adquirente deve ser repostado na situação em que a declaração é A e a realidade fosse também A; no interesse negativo, ao contrário, deve ser colocado no estado em que a realidade é B e as declarações e garantias tivessem refletido B.⁵³

De outra parte, a cláusula poderá trazer o limite máximo de valor a ser indenizado, “não podendo o credor receber mais do que o convencional, mas recebendo

50. TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda* (No prelo), 2020.

51. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231 e PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 110.

52. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231.

53. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*, cit., p. 232. No mesmo sentido, PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e Litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 110.

menos se o dano for inferior àquele teto”.⁵⁴ Assumiria, assim, funcionalmente o papel de uma cláusula limitativa do dever de indenizar. Como se nota, a primeira hipótese visa tutelar os interesses do credor, enquanto a segunda busca proteger os interesses do devedor, visto que na incidência da multa contratual (primeira hipótese) não se exige a demonstração do prejuízo sofrido ou mesmo sua extensão para que a multa seja integralmente devida – apesar de o juiz poder reduzi-la equitativamente se o montante for considerado excessivo ou se a obrigação houver sido cumprida em parte –,⁵⁵ diferentemente do que ocorre na cláusula de limite máximo (segunda hipótese).⁵⁶

Por sua vez, a cláusula de remédio exclusivo representa a renúncia prévia à utilização de quaisquer outros remédios supostamente cabíveis.⁵⁷ Em consequência, resta excluída a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento absoluto em razão do descumprimento pelo devedor (vendedor) da prestação tal como qualificada pelas informações prestadas nas cláusulas de declaração e garantias, tendo o credor (comprador) somente a possibilidade de seguir o caminho da execução genérica pelo equivalente com a aplicação da multa contratual.

Além disso, como cláusula limitativa do direito de resolver o contrato, a *exclusive remedy clause* deverá ter interpretação restritiva: “a interpretação restritiva requer do intérprete um comportamento limitado estritamente ao que dispõe os atos e negócios jurídicos em tela, de modo que somente o teor do que está efetivamente disposto poderá traduzir-se em efeitos jurídicos”.⁵⁸ Assim, não resta afastada a possibilidade de o credor resolver o contrato por inadimplemento absoluto por razão diversa, tal como a ausência de transferência da participação acionária pelo alienante (tradição) ou a falta de pagamento do preço pelo comprador.⁵⁹

Cabe pontuar, ainda, que a cláusula de *sole remedy*, bem como a cláusula de indenização, não podem ser presumidas somente em razão da previsão contratual das cláusulas de declarações e garantias. Isso porque “o fato de as partes atribuírem às declarações e garantias uma função que lhe impute a natureza de negócio jurídico não deve agir, por si só, em prejuízo da incidência dos demais institutos predispostos em lei”. Tendo em vista que representa a restrição ao direito potestativo de resolver o contrato por inadimplemento,⁶⁰ a cláusula de remédio exclusivo combinada com

54. MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 145.

55. Numa análise preliminar, parece que, como a cláusula de remédio exclusivo exerce papel funcionalmente similar ao da cláusula penal só que voltado para a pré-liquidação de perdas e danos na execução genérica (pelo interesse positivo), o disposto no artigo 413 do Código Civil deve ser analogamente aplicável à essa situação.

56. MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 146.

57. GALLARATI, Alberto. Il contratto irrisolvibile o quasi. Profilo di sostenibilità della clausola ‘exclusive remedy’ nell’ economia delle parti. *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2016, p. 1.023.

58. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 232.

59. GALLARATI, Alberto. Il contratto irrisolvibile o quasi. Profilo di sostenibilità della clausola ‘exclusive remedy’ nell’ economia delle parti. *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2016, p. 1.023.

60. Ou de pleitear a anulação do contrato, no caso de vício de consentimento.

a cláusula de indenização correspondente deverá ser expressamente acordada pelos contratantes.⁶¹

Ademais, discute-se em doutrina quem será o titular da indenização prevista na cláusula que fixa a multa contratual: ou seja, se a indenização será direcionada ao comprador da participação acionária ou à própria sociedade, não se admitindo, evidentemente, dupla indenização.⁶² A esse respeito, apesar de reconhecer que os atos praticados para emendar a mora no âmbito da execução específica são direcionados diretamente ao patrimônio da sociedade-alvo com impactos sobre a participação societária adquirida, tendo em vista que objetivam tornar a prestação concretamente apta a atender o interesse útil do credor, a doutrina especializada entende que a indenização – tanto no caso da cláusula penal moratória no inadimplemento relativo como da cláusula de remédio exclusivo no inadimplemento absoluto – é devida sempre ao adquirente da participação societária de controle (e de forma proporcional) e não à sociedade-alvo:

O ato ilícito relativo de descumprimento da obrigação de dar tem por contraparte o adquirente, portanto este é o único que sofre as consequências danosas do descumprimento. Sequer haveria como indenizar a sociedade-alvo, pois, a rigor, as superveniências passivas que lhe atingem não configuram dano, mas vicissitudes da vida empresarial: a sociedade não possui interesse juridicamente protegido a não desembolsar recursos para cumprir licenças ambientais ou a deixar de pagar dívidas trabalhistas.⁶³

Com efeito, ao considerarmos o descumprimento da cláusula de declarações e garantias como hipótese de inadimplemento da prestação – como fizemos para fins do presente artigo –, parece coerente concluir que o pagamento da indenização deve ser destinado ao adquirente da participação societária de controle e não à sociedade-alvo da operação, pois a “responsabilidade visa compensar o comprador pelo dano sofrido”.⁶⁴ A cláusula de indenização tem como objetivo colocar o credor (*rectius*, o adquirente da participação societária de controle) na posição em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido, isto é, se as informações prestadas fossem efetivamente verdadeiras.

5. CONCLUSÃO

O tema da falsidade das informações prestadas na cláusula de declarações e garantia prevista em contrato de alienação de participação societária de controle reveste-se de inegável complexidade, sendo matéria sujeita a intenso debate doutri-

61. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 202-203.

62. GALLARATI, Alberto. Il contratto irrisolvibile o quasi. Profilo di sostenibilità della clausola ‘exclusive remedy’ nell’ economia delle parti. *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2016, p. 1.024.

63. GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 232.

64. PIRES, Catarina Monteiro. *Aquisição de empresas e de participações acionistas: problemas e litígios*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 129.

nário. Nesse sentido, para fins do presente artigo, partiu-se da premissa de se estar diante de hipótese de inadimplemento contratual. A transferência de participação societária de controle sem que se verifique, na sociedade-alvo da operação ou nos títulos alienados, a presença das qualidades que foram prometidas nas declarações e garantias configura descumprimento da prestação tal como estabelecida no contrato, gerando o dever de indenizar do vendedor.

A par da possibilidade de previsão expressa da referida cláusula, que se encontra no âmbito da autonomia negocial das partes, o ordenamento jurídico pátrio já apresenta remédio próprio da disciplina da responsabilidade contratual, cuja indenização é definida pelo interesse negativo, para enfrentar a situação de descumprimento por parte do alienante de seu dever de informar – concebido como dever anexo e instrumental à boa-fé objetiva –, desde que, obviamente, o vendedor conheça as circunstâncias informadas, o que envolve difícil questão de prova. Tal dever de informação do vendedor possui como objeto as circunstâncias relevantes relativas não apenas aos títulos alienados como também à situação jurídica e patrimonial da sociedade-alvo.

Em razão da enorme complexidade técnica e do elevado grau de risco econômico presentes nos contratos de alienação de participação societária de controle, a cláusula de declarações e garantias assume a função de definir contratualmente, de forma mais minuciosa e atenta às peculiaridades do caso concreto, os riscos econômicos atinentes ao negócio jurídico – principalmente em razão da inevitável assimetria informacional existente entre comprador e vendedor e também para abranger as informações que o vendedor desconheça. Em consequência, traz-se para o campo da autonomia negocial das partes a definição das consequências para o caso de as informações prestadas se revelarem falsas em dado momento, funcionando a cláusula de declarações e garantias como mecanismo de gestão positiva dos riscos contratuais relacionados ao inadimplemento.

Conjuntamente com a cláusula de declarações e garantias, é comum a previsão pelos contratantes da cláusula de indenização e da cláusula de remédio exclusivo. A primeira configura disposição contratual que especifica a indenização (ou ao menos os critérios a serem aplicados na definição da indenização) a ser paga pelo vendedor devido a sua falha em atender a prestação contratual, tal como qualificada pelo dever de informar estabelecido na cláusula de declaração e garantias. Já a segunda limita o direito potestativo do credor de resolver a relação contratual diante de violação da cláusula de declarações e garantias que acarrete inadimplemento absoluto da prestação – estabelecendo, ao revés, dada indenização pelo interesse positivo. Remanesce, portanto, apenas o direito do credor à execução genérica pelo equivalente, com o recebimento da indenização prevista na cláusula contratual – que, em vista de se encontrar na seara do inadimplemento, deverá ter como titular o próprio credor prejudicado pelo incumprimento definitivo da prestação.