

LUIZ EDSON FACHIN**

**CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO:
ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS*
Brasilianisches Zivilgesetzbuch
Zwischen Fortschritten und Rückgängen**

**deutsche Übersetzung von
Elisete Antoniuk, M. jur. comp.**

HANNOVER

Nov. 2014

** Advogado; Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.
Rechtsanwalt; ordentlicher Professor der Rechtsfakultät der Bundesuniversität von Paraná.

* Texto para o Congresso Anual da *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung*, em Hannover, 20 a 23 de novembro de 2014.

Text für den jährlichen Kongress der *Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung* in Hannover von 20. bis 23. November 2014.

SUMÁRIO

Inhalt

INTRODUÇÃO	4
Einführung	
PARTE I – AVANÇOS	7
Teil 1 - Fortschritte	
<i>1.1 Cláusulas gerais: o lado bom.....</i>	<i>7</i>
1.1 Allgemeine Klauseln: die gute Seite	
<i>1.2 Direitos da personalidade</i>	<i>9</i>
Persönlichkeitsrechte	
<i>1.3 Extinção dos contratos.....</i>	<i>11</i>
Erlöschen von Verträgen	
<i>1.4 Direito da filiação e igualdade.....</i>	<i>14</i>
Abstammungsrecht und Gleichheit	
<i>1.5 Prescrição e decadência</i>	<i>16</i>
Verjährung und Verfall eines Rechtes	
<i>1.6 Nulidade e anulação</i>	<i>19</i>
Nichtigkeit und Aufhebung	
<i>1.7 Divórcio sem partilha</i>	<i>21</i>
Scheidung ohne Güterteilung	
<i>1.8 Novo direito real.....</i>	<i>23</i>
Neues dingliches Recht	
<i>1.9 Melhoria no terreno da responsabilidade civil.....</i>	<i>25</i>
Verbesserung im Bereich der zivilrechtlichen Haftung	
<i>1.10 Alteração respeitável em matéria de testamento e sucessões.....</i>	<i>27</i>
beachtende Änderung im Bereich vom Testament und Erbrecht	
PARTE II - RETROCESSOS.....	29
Teil II - Rückgänge	
<i>2.1 Cláusulas gerais: A OUTRA FACE.....</i>	<i>30</i>
Allgemeine Klauseln: Die andere Seite	
<i>2.2 A espantosa propriedade particular da história</i>	<i>32</i>
Das beendrückende Privateigentum der Geschichte	

2.3 <i>A clássica culpa</i>	34
Die klassische Schuld	
2.4 <i>A pretensiosa hierarquia entre as formas de família</i>	36
Die anmassende Hierarchie zwischen Familienformen	
2.5 <i>Problemas com a interrupção da prescrição</i>	38
Probleme mit der Verjährungsunterbrechung	
2.6 <i>Negócios civis e atividades empresárias</i>	40
Zivilrechtliche Geschäfte und Unternehmensaktivitäten	
2.7 <i>Fases das obrigações contratuais, a omissão do Código</i>	41
Phasen der Vertragspflichten, die Gesetzlücke	
2.8 <i>As imprecisões que fazem da lei letra morta</i>	43
Die toten Buchstaben des Gesetzes aufgrund Ungenauigkeiten	
2.9 <i>O enriquecimento sem causa em segundo plano</i>	46
Die ungerechtfertigte Bereicherung im Hintergrund	
2.10 <i>Mais prazo para irresponsabilidade, menor prazo para a responsabilidade</i> ...	47
Mehr Frist für Nichthaftung, weniger Frist für Haftung	
CONCLUSÕES	50
Schlussbemerkungen	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53
Bibliographie	

ABKÜRZUNGEN

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Unmittelbare Verfassungsklage

CC – Código Civil – Zivilgesetzbuch

EC – Emenda Constitucional - Verfassungsänderung

STF – Supremo Tribunal Federal – Oberstes Verfassungsgericht

STJ – Superior Tribunal de Justiça – Oberster Gerichtshof

TJ – Tribunal de Justiça – Landgericht eines Bundeslandes

INTRODUÇÃO

EINFÜHRUNG

As normas jurídicas concernentes às pessoas, nas relações privadas em geral, compreendendo desde o nascimento do sujeito, seus direitos, bem assim os deveres, os negócios, os prazos, as formas, as obrigações, os contratos, os empreendimentos, a posse, a propriedade, a família, até chegar ao momento da inevitável morte, constituem matéria-prima para as codificações civis. Um Código, assim, é um retrato histórico e cultural no tempo e no espaço de uma determinada sociedade, seus valores e objetivos, frustrações e sonhos.

Die Rechtsnormen in Bezug auf Personen, Privatverhältnisse im allgemeinen, wobei Subjektgeburt, seine Rechte sowie Pflichten, die Rechtsgeschäfte, die Fristen, die Formen, die Schuldverhältnisse, die Verträge, das Unternehmen, der Besitz, das Eigentum, die Familie, bis zum unvermeidbaren Todesmoment einbezogen sind, begründen Rohstoff für Zivilgesetze. Ein Gesetz ist somit historisches und kulturelles Portrait in Zeit und Raum gewisser Gesellschaft, ihrer Werte und Ziele, Frustrationen und Träume.

No Brasil, ao lado de importante debate sobre a necessidade e a oportunidade de nova codificação, a época contemporânea assistiu em 2002, após longo¹ período de tramitação legislativa, a promulgação² de um novo Código Civil brasileiro, com mais de dois mil artigos³. Transcorrida mais de uma década, é mesmo ocasião de fazer um balanço; afinal, o que tem significado para a vida brasileira esse novo Código Civil?

¹ O projeto inicial foi remetido em 1975 pelo Presidente da República ao Poder Legislativo.

Das Anfangsprojekt wurde 1975 an die Gesetzgebungsgewalt durch den Republikpräsidenten weitergeleitet.

² Lei número 10.406, sancionada em 10 de janeiro de 2002.

Das am 10. Januar 2002 erlassene Gesetz Nr. 10.406.

³ São precisamente 2.046 artigos assim divididos: Parte Geral e mais cinco livros na Parte Especial, compreendendo Direito das Obrigações e Contratos (Livro I), Direito da Empresa (Livro II), Direito das Coisas (Livro III), Direito de Família (Livro IV), e Direito das Sucessões (Livro V).

Es sind genau 2.046 so verteilte Artikel: Allgemeiner Teil und noch fünf Bücher des besonderen Teils mit Schuldrecht und Verträgen (Buch I), Unternehmensrecht (Buch II), Sachenrecht (Buch III), Familienrecht (Buch IV) und Erbrecht (Buch V).

Brasilien sah 2002 nach langer Periode des Gesetzgebungsprozesses – gleichzeitig mit der wichtigen Diskussion über die Notwendigkeit und die Möglichkeit einer neuen Kodifizierung - das Erlassen eines neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches mit mehr als zwei tausend Artikeln. Nach einem Jahrzehnt muss man Bilanz ziehen; was bedeutet dieses neue Zivilgesetzbuch für das brasilianische Leben?

Este estudo se limita à procura de respostas para esta pergunta adotando como método de apresentação das ideias apenas alguns pontos, tanto positivos quanto negativos, observados especialmente na aplicação da nova lei.

Diese Studie begrenzt sich auf der Suche nach Antworten für diese Frage, indem als Methode der Ideendarstellung nur einige sowohl negative als auch positive insbesondere in der Anwendung des neuen Gesetzes beobachtete Punkte angenommen werden.

Reconhece, de início, que o novo⁴ Código buscou, numa mutação legislativa sem ruptura, adaptar o direito privado às transformações teóricas e práticas que ocorreram durante todo o século XX, modernizando o direito civil e explorando fórmulas normativas capazes de dar retornos a um mundo de mudanças constantes. A tarefa se tornou complexa porque durante a tramitação do projeto entrou em vigor a nova Constituição da República em 1988, nela contendo força jurídica irradiadora para todas as relações entre particulares, garantindo direitos fundamentais de cunho individual e social. A Constituição chamou para si a fonte básica dos princípios e regras, ampliando sobremaneira o papel da atuação dos juízes.

Es wird anfangs anerkannt, dass das neue Gesetz in einer bruchlosen Gesetzmuation versuchte, das Privatrecht den theoretischen und praktischen während des 20. Jh. erfolgten Veränderungen anzupassen, wobei das Zivilrecht modernisiert und Normformel erforscht werden, die einer ständig verändernden Welt Konturen

⁴ A lei **que institui** o Código foi publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, para entrar em vigor um ano depois, em 2003.

Das Gesetz, das das Gesetzbuch erlassen hat, wurde im Bundesgesetzblatt am 11. Januar 2002 veröffentlicht, und trat dann ein Jahr danach 2003 in Kraft.

geben können. Die Aufgabe wurde komplex, weil während des Gesetzgebungsprozesses die neue Republikverfassung 1988 in Kraft trat, die dann in allen Privatbeziehungen Rechtskraft hatte und soziale und individuelle Grundrechte garantierte. Die Verfassung wurde also Grundquelle von Prinzipien und Regeln und erweiterte überaus die Richterrolle.

Mais de doze anos após a entrada em vigência do novo Código Civil, faz-se mister realizar um balanço crítico desse novo estatuto, apontando as soluções coerentes e os problemas existentes.

Mehr als zwölf Jahren nach Inkrafttreten des neuen Zivilgesetzbuches ist es notwendig, eine kritische Bilanz dieses neuen Statuts zu ziehen, indem sinnvolle Lösungen und vorhandene Probleme aufgezeigt werden.

A teoria e a prática sob a nova codificação trouxeram **importantes questões** ao palco do direito brasileiro; numa sociedade aberta e complexa, especialmente diante da constitucionalização de direitos e da criação de numerosas leis especiais, doutrinadores e julgadores apresentaram nesta década que se passou um interessante banco de provas.

Die Theorie und Praxis unter der neuen Kodifizierung brachten wichtige Fragestellungen des brasilianischen Rechts ins Licht; in einer offenen und komplexen Gesellschaft insbesondere angesichts der Konstitutionalisierung von Rechten und der Schaffung von zahlreichen Sondergesetzen stellten die Rechtslehrer und Richter eine interessante Beweisdatenbank im letzten Jahrzehnten auf.

No diálogo concreto entre a Constituição e o Código Civil, o grande personagem que surgiu no Brasil foi o juiz contemporâneo; como tentaremos demonstrar, a superação do formalismo e do conceito mecânico da atividade jurisdicional, implicou em travessia do juiz tradicional ao juiz funcionalista e teleológico.

Im konkreten Dialog zwischen der Verfassung und dem Zivilgesetzbuch entstand die große Persönlichkeit des heutigen Richters in Brasilien; wie wir es zu

zeigen versuchen, bedeutete die Überwindung des Formalismus und des mechanischen Konzepts der Rechtsprechungsaktivität den Übergang des traditionellen Richters zum teleologischen und funktionellen Richter.

Para desenhar esse panorama, elegemos dez pontos em que o Código Civil efetivamente avançou, e dez momentos em que retrocedeu. Isso feito, partiremos para as devidas conclusões.

Um diese Übersicht zu zeichnen haben wir zehn Punkte, in denen das Zivilgesetzbuch wirklich fortschritt, und zehn Momenten, in denen es zurückging, gewählt. Danach gehen wir zu den Schlussfolgerungen.

PARTE I – AVANÇOS

Teil I - Fortschritte

Aqui elencaremos dez pontos em face dos quais a vigência do Código Civil contribuiu para o desenvolvimento do direito brasileiro, sendo útil à teoria e à prática jurídica.

Hier werden zehn Punkte genannt, angesichts deren die Geltung des Zivilgesetzbuches zur Entwicklung des brasilianischen Rechts beigetragen hat und der Theorie und Rechtspraxis nützlich ist.

1.1 CLÁUSULAS GERAIS: O LADO BOM

Allgemeine Klauseln: die gute Seite

O primeiro ponto merece, simultânea e paradoxalmente, elogio e crítica; aqui, neste momento, falaremos bem da abertura chancelada na aplicação do Código com a adoção de cláusulas gerais, como função social do contrato, função social da propriedade, boa fé objetiva, entre outros constantes da redação do novo estatuto. O

Código Civil brasileiro de 2002 avançou ao abranger cláusulas gerais e ao conferir-lhes poder normativo.

Der erste Punkt verdient gleichzeitig und paradox Kompliment und Kritik; hier in diesem Moment sprechen wir für die Öffnung bei der Anwendung des Gesetzbuches mit der Annahme von Generalklauseln, wie Sozialfunktion des Vertrags, Sozialfunktion des Eigentums, objektiv gutem Glauben u.a. in der Gesetzneufassung. Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 2002 fortschritt, indem es Generalklauseln annahm und ihnen Gesetzkraft verlieh.

Critica-se, nada obstante, o grau de incerteza que essa principiologia pode trazer ao ordenamento, mas o objetivo é justamente ampliar a possibilidade hermenêutica em cada caso concreto, de modo a garantir efetividade à norma. Os princípios apresentam inerente poder normativo, e também indicam um parâmetro interpretativo para as regras presentes no Código. Dessa forma, inegável o avanço epistêmico levado a efeito sob a aplicação do novo Código Civil brasileiro, abrindo espaço para ativa atuação do Poder Judiciário.

Trotzdem wird die Unsicherheit dieses Ansatzes für die Rechtsordnung kritisiert, aber das Ziel ist es zu Recht, die hermeneutische Möglichkeit in jedem konkreten Fall zu erweitern, damit der Norm Effektivität garantiert wird. Die Prinzipien stellen innewohnende Gesetzkraft dar, und verweisen auch auf einen Interpretationsparameter für die Regeln des Gesetzbuches. Auf dieser Weise ist der epistemische Fortschritt bei der Anwendung des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches unbestreitbar und öffnet Raum für die aktive Tätigkeit der Rechtsprechung.

Dentre as cláusulas gerais albergadas pelo Código de 2002 pode-se citar a boa-fé objetiva (artigo 422), a onerosidade excessiva (artigo 478), o abuso (artigo 50), dentre outros.

Unter den Allgemeinklauseln im Zivilgesetzbuch von 2002 sind es der objektive gute Glaube (Art. 442), die übermäßige Belastung (Art. 478), der Missbrauch (Art. 50) u.a. zu zitieren.

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Junior, do alto de sua autoridade como Ministro que atuou no Superior Tribunal de Justiça, os princípios e cláusulas gerais trouxeram um “sopro de renovação” ao direito civil brasileiro⁵. Esses princípios apresentam relevância prática ímpar porque se adaptam a uma realidade muito fluida e dinâmica, característica da contemporaneidade. A ampla aplicação jurisprudencial⁶ desses princípios demonstra a sua aceitação prática; citemos um exemplo: omitir gravame incidente sobre um imóvel ainda submetido ao regime da enfiteuse é caso de violação da boa fé objetiva, segundo o Judiciário brasileiro.

Nach den Worten von Ruy Rosado de Aguiar Junior, eine Autorität als Minister im STJ (Obersten Gerichtshof), brachten die Prinzipien und Generalklauseln dem brasilianischen Zivilrecht einen „Erneuerungszug“. Diese Prinzipien sind von besonderer Relevanz für die Praxis, weil sie sich einer sehr hervorgehenden und dynamischen Realität anpassen, die heutzutage charakteristisch ist. Die weitgehende Gerichts-anwendung dieser Prinzipien zeigt ihre praktische Annahme; ein Beispiel ist es zu zitieren: über eine Belastung auf einer noch unter Emphyteuse/Verpachtung stehenden Immobilie zu schweigen ist ein Fall der Verletzung vom objektiv guten Glauben nach der brasilianischen Rechtsprechung.

1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Persönlichkeitsrechte

⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Experiência no STJ. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011. p. 17.

⁶ Explicitemos o exemplo de aplicação da boa fé objetiva: O Tribunal de origem reconheceu, a despeito da inexistência de registro do aforamento, que os agravantes não observaram o princípio da boa-fé objetiva, ao omitir dos agravados o gravame existente sobre o imóvel negociado. Agravo regimental não provido pelo Superior Tribunal de Justiça, número 1177616, oriundo do Rio de Janeiro em 2010, julgado perante a 4ª Turma, Ministro Relator Raul Araújo, publicado em Diário da Justiça na data de 23/04/2013.

Nennen wir das Beispiel von Anwendung des objektiv guten Glaubens: Der Anfangsgericht anerkannte, trotz des Nichtvorhandenseins vom Erbpachtregister, dass die Beschwerdeführer das Prinzip des objektiv guten Glaubens nicht beobachtet haben, als sie den Beschwerdegegnern über die Belastung der verhandelten Immobilien schwiegen. Beschwerde gegen Entscheidung des Vorsitzenden vom Obersten Gerichtshof nicht stattgegeben, Nr. 1177616 aus Rio de Janeiro 2010 von 4. Kammer entschieden, Berichterstatter: drittinstanzlicher Richter Raul Araújo, im Justizgesetzblatt am 23.04.2013 veröffentlicht.

O segundo ponto de avanço está no âmbito dos direitos da personalidade. O Código Civil de 2002 adota, pela primeira vez na história civilística brasileira, um capítulo para tratar dos chamados direitos da personalidade. Historicamente, a temática, em sua acepção contemporânea, surge como forma de proteção do indivíduo frente ao arbítrio. Corolário da ideia de dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade se referem aos “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.”⁷

Der zweite Fortschrittspunkt liegt im Bereich des Persönlichkeitsrechts. Der Gesetzgeber des Zivilgesetzbuchs von 2002 verfasst zum ersten Mal in der brasilianischen zivilrechtlichen Geschichte ein Kapitel über die sogenannten Persönlichkeitsrechte. Historisch gesehen entsteht die Thematik in ihrer heutigen Fassung als Schutzform des Individuums vor Willkür. Als Grundidee der menschlichen Würde beziehen sich die Persönlichkeitsrechte auf die „menschliche Merkmale, die besonderen Schutz im Bereich der privaten Beziehungen, d.h. in der Interaktion zwischen Privatpersonen, verlangen, wobei sie auch verfassungsrechtliche Grundlage und Schutz auf nationaler und internationaler Ebene finden.“

De forma que mesmo com atraso, a legislação civilista brasileira, de modo elogiável, adotou esse caminho expresso de proteção de tais direitos, dando-lhes especial destaque, ao se encontrarem logo nos primeiros artigos do Código Civil. A tais direitos também se conferiu uma previsão bastante garantidora, determinando características como a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. De fato, o Código progride ao positivar tais direitos: “o novo Código Civil brasileiro dedica todo um capítulo aos direitos da personalidade, categoria a qual o legislador se refere pela primeira vez. Sua posição, na parte geral do novo código, reflete uma mudança paradigmática do direito civil”.⁸

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

⁸ DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo código civil. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

So dass selbst mit Verspätung nahmen die brasilianischen Zivilgesetze lobenswerterweise diesen ausdrücklichen Weg zum Schutz solcher Rechte an, indem diese bereits in den ersten Artikeln des Zivilgesetzbuches besonders hervorgehoben werden. Diesen Rechten wurden auch garantierende Ansätze wie das Nichtverzichten und die Unübertragbarkeit verliehen. Das neue Gesetzbuch schreitet sicher fort, indem solche Rechte ausdrücklich Gesetztext wurden: „das neue brasilianische Gesetzbuch widmet den Persönlichkeitsrechten ein ganzes Kapitel. Der Gesetzgeber erwähnt zum ersten Mal diese Kategorie. Seine Annahme im Allgemeinen Teil des neuen Gesetzes spiegelt eine paradigmatische Änderung im Zivilrecht wider“.

Os tribunais têm sido sensíveis a essa ordem de proteção e a jurisprudência⁹ tem sido firme na defesa dos direitos da personalidade, como por exemplo, estabelecendo limites nas publicações sensacionalistas de jornais ou revistas ao reconhecer dano moral quando a notícia excede o sentido da divulgação de um fato.

Die Gerichte zeigen sich in letzter Zeit sensibel zu diesem Schutz und die Rechtsprechung fest an Verteidigung der Persönlichkeitsrechte, indem es zum Beispiel Grenzen an den aufsehenerregenden Veröffentlichungen von Zeitungen und Zeitschriften setzt und den immateriellen Schadensersatz anerkennt, wenn die Nachricht den normalen Sinn der Tatsachenverbreitung überschreitet.

1.3 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ERLÖSCHEN VON VERTRÄGEN

Uma melhora técnica aqui ocorreu. Quanto a essa temática contratual, o novo

⁹ Eis *e.g.* caso de reparação por dano moral em face de publicação na imprensa: Agravo regimental a que se nega provimento, julgado pelo STJ no recurso número 36522, oriundo do Rio de Janeiro em 2011, sendo Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 26/11/2013, perante a QUARTA TURMA, Data de Publicação do julgamento: 04/12/2013.

So der immaterielle Schadensersatz angesichts der Pressenveröffentlichung: Beschwerde gegen die Entscheidung des Vorsitzenden nicht stattgegeben, entschieden vom STJ – Obersten Gerichtshof – in der Berufung Nr. 36522 aus Rio de Janeiro 2011, mit Berichterstatter: Richter ANTONIO CARLOS FERREIRA, Beschlussdatum: 26.11.2013 vor der Vierten Gerichtskammer, Beschlussveröffentlichung: 04.12.2013.

Código, nitidamente, aprimora as formas de extinção dos contratos. O Código Civil de 1916 não dispunha de capítulo próprio para tratar das formas de extinção dos contratos, de modo que alguns artigos esparsos faziam menção ao inadimplemento, à rescisão e ao distrato. Essa omissão da codificação impôs à doutrina e à jurisprudência a definição dos contornos da extinção contratual, especificando ocorrências, caracteres e efeitos.¹⁰

Die technische Verbesserung geschah. In Bezug auf diese Vertragsthematik verbessert das neue Gesetz deutlich die Erlösungsarten von Verträgen. Das Zivilgesetzbuch von 1916 besaß kein eigenes Kapitel zur Regelung von Erlösungsformen von Verträgen, so dass einige unsystematische Artikel sich auf die Nichterfüllung, Kündigung und Vertragsaufhebung bezogen. Dieses Gesetzsschweigen verlangte von der Rechtslehre und Rechtsprechung die Festlegung von Konturen des Erlöschens von Verträgen, indem sie Vorfälle, Merkmale und Wirkungen darstellten.

O Código Civil de 2002 reuniu, portanto, as causas extintivas dos contratos, aperfeiçoando o trato da temática: “o novo Código Civil, (...) agrupou em capítulo próprio a extinção do contrato, o *distrato*, nos arts. 472 e 473; a *cláusula resolutiva*, nos arts. 474 e 475; a *exceção de contrato não cumprido*, nos arts. 476 e 477; e a *resolução por onerosidade excessiva*, nos arts. 478 a 480”.¹¹

Das Zivilgesetzbuch von 2002 sammelte also die Erlösungsgründe von Verträgen, indem es die Behandlung der Thematik verbesserte: „das neue Zivilgesetzbuch fügte (...) ein neues Kapitel über das Erlöschen von Verträgen ein: die *Vertragsaufhebung* in Art. 472 und 473; die *Resolutivklausel* in Art. 474 und 475; die *Einrede des nichterfüllten Vertrags* in Art. 476 und 477; und die *Auflösung wegen übermäßige Belastung* in Art. 478 bis 480“.

Como se sabe aí não estão todas as causas extintivas do contrato, nada obstante é saliente a preocupação em regular, destacadamente, aquelas de maior

¹⁰ VASCONCELOS, Fernando. Extinção do contrato. In: LÔBO, P. L. N.; LYRA JUNIOR, E. M. G. (Coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 192.

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 113.

importância.

Hier sind aber nicht alle Erlösungsgründe von Vertrag geregelt, obwohl die Sorge, die wichtigsten hervorhebend zu regulieren, bemerkbar ist.

Esse apuro técnico já se refletiu nos tribunais¹²; são casos em que aparece a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos de aquisição imobiliária, de grande relevo prático no País, ou mesmo quando o julgador, corretamente, reconhece a autonomia privada para fins de resilir um contrato.

Die technische Genauigkeit spiegelte sich schon in den Gerichten wider. Das sind Fälle, in denen das *exceptio non adimpleti contractus* in den Verträgen über Immobilienerwerb vorkommt, das in der Praxis im Lande sehr wichtig sind, oder selbst wenn der Richter die Privatautonomie bei Vertragskündigung anerkennt.

¹² Observe-se sobre a temática: “A *exceptio non adimpleti contractus* está para os contratantes como uma maneira de assegurar o cumprimento recíproco das obrigações assumidas. O descumprimento parcial na entrega da unidade imobiliária, assim como o receio concreto de que o promitente vendedor não transferirá o imóvel ao promitente comprador, impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido. Recurso parcialmente provido (STJ - Recurso Especial número 1193739, oriundo de São Paulo em 2010, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 03/05/2012, perante a TERCEIRA TURMA, Data de Publicação do acórdão: 16/05/2012); vejamos outro exemplo, agora de um Tribunal estadual brasileiro: “ Deve-se prestigiar a autonomia da vontade dos contratantes, que livre e expressamente pactuaram cláusula resolutiva, pela qual qualquer das partes pode resilir unilateralmente o contrato, mediante denúncia prévia” (julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no recurso número 10024122954159001, sendo Relator: Desembargador Wagner Wilson, Data de Julgamento: 23/01/2014, perante a 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação do acórdão: 03/02/2014).

Siehe über die Thematik: “Das *exceptio non adimpleti contractus* ist für die Vertragspartnern eine Form, die gegenseitige Erfüllung der eingegangenen Pflichten zu sichern. Die teilweise Nichterfüllung bei Immobilienübergabe, so wie die konkrete Befürchtung, dass der versprechende Verkäufer dem versprechenden Käufer die Immobilie nicht übertragen wird, fordert die Anwendung des Ausnahmenansatzes des nichterfüllten Vertrages. Berufung teilweise anerkannt (STJ – Sonderberufung Nr. 1193739 aus de São Paulo im Jahr 2010, Berichterstatter: Richter MASSAMI UYEDA, Beschlussdatum: 03.05.2012 vor der DRITTEN GERICHTSKAMMER, Veröffentlichungsdatum: 16.05.2012; ein anderes Beispiel aus einem brasilianischen Landgericht: “Die Willensautonomie der Vertragspartner ist es zu privilegieren, die eine Klausel mit auflösender Bedingung frei und ausdrücklich vereinbaren, nach der jede Partei den Vertrag einseitig durch vorzeitige Kündigung auflösen kann“ (Beschluss des Landgerichts vom Bundesland Minas Gerais in der Berufung Nr. 10024122954159001, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Wagner Wilson, Beschlussdatum: 23.01.2014 vor der 16. Zivilkammer, Veröffentlichungsdatum: 03.02.2014).

1.4 DIREITO DA FILIAÇÃO E IGUALDADE

Abstammungsrecht und Gleichheit

O quarto ponto destacado como evolução está inserido na temática do direito de família. Sem embargo da timidez da codificação em termos gerais no campo de família, ao menos o artigo 1.596 traz um dos mais importantes avanços para o Código Civil de 2002 na área da filiação. Por meio dele vedou-se qualquer forma de discriminação em relação a filhos havidos dentro ou fora do casamento, ou ainda entre filhos biológicos e adotivos. Muito embora o artigo 1.596 do Código Civil espelhe o parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, “sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio constitucional da igualdade. A interpretação das normas relativas à filiação não deve revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamentos aos filhos, independentemente de sua origem”.¹³

Der vierte Fortschrittspunkt bezieht sich auf das Familienrecht. Trotz der allgemeinen Schüchternheit im Bereich der Familie bringt zumindest Art. 1.596 einen der wichtigsten Fortschritte für das Zivilgesetzbuch von 2002 in Bereich der Abstammungsthematik. Durch diesen Artikel wird jede Diskriminierungsform in Bezug auf eheliche oder nichteheliche Kinder oder zwischen biologischen oder adoptierten Kindern untersagt. Obwohl Art. 1.596 Zivilgesetzbuch den Art. 226 § 6 der Bundesverfassung widerspiegelt, “trägt dessen Wiederholung im Anfangsartikel des Zivilgesetzbuches über die Abstammung bei, um seine Grundlagennatur zu bekräftigen, der im Verfassungsprinzip der Gleichheit verankert ist. Die Auslegung der Normen über Abstammung soll jegliche Ungleichheit in der Behandlung von Kindern unabhängig von ihrer Herkunft beseitigen“.

Tal artigo dá conta também de abrir portas para a socioafetividade no direito de família, elimina discriminações injustas entre os filhos, independentemente do laço matrimonial ou biológico. Essa nova concepção de filiação, advinda com a

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217-218.

Constituição de 1988 e reproduzida no Código Civil de 2002 exclui do ordenamento jurídico, “conceitos espúrios de filiação legítima e ilegítima, quando a sorte dos filhos dependia do vínculo matrimonial dos seus pais.”¹⁴ Mesmo que esse desenvolvimento não tenha vindo propriamente do Código Civil, a reprodução do artigo da Constituição Federal no estatuto civilístico demonstra que o legislador quis reiterar a mudança de paradigma no quesito da filiação, reconhecendo a socioafetividade, embasada na dignidade humana, ao mesmo tempo em que consagra, no âmbito do direito de família, o princípio da igualdade material.

Der Artikel öffnet auch Möglichkeiten für die Sozioaffektivität im Familienrecht, beseitigt ungerechte Diskriminierungen zwischen Kindern unabhängig von ehelichem oder biologischem Band. Dieses neue im Zivilgesetzbuch von 2002 wiederholte Abstammungskonzept aus der Verfassung von 1988 schließt „uneheliche Konzepte der legitimen oder illegitimen Abstammung von der Rechtsordnung aus, als das Kindesglück noch vom Eheband ihrer Eltern abhing“. Selbst wenn diese Entwicklung nicht vom Zivilgesetzbuch stammt, zeigt die Wiederaufnahme des Verfassungsartikels im Zivilgesetzbuch, dass der Gesetzgeber die Paradigmenänderung in Bezug auf die Abstammung wiederholen wollte, indem es die auf die menschliche Würde beruhende Sozioaffektivität anerkennt und das Prinzip der materiellen Gleichheit im Familienbereich befestigt.

A repercussão tem franca e ampla aplicação nos tribunais; a partir da previsão constitucional do princípio, é possível citar *verbi gratia* julgado que¹⁵, na vigência do

¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371.

¹⁵ Para exemplificar citamos julgamento de tribunal estadual brasileiro que, concretamente em matéria de alimentos, aplica o princípio da igualdade: “Restando demonstrado nos autos, que o alimentante possui suficiência financeira para arcar com a majoração alimentar pleiteada pelo autor do pleito de revisão, impõe-se a majoração do valor da verba alimentar para quantia idêntica a que é paga pelo alimentante em benefício da sua outra filha” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, recurso número 20130176804, sendo Relator: Desembargador Trindade dos Santos, Data de Julgamento: 03/07/2013, perante Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: 18/07/2013).

Als Beispiel ein Urteil eines brasilianischen Landgerichts, das das Gleichkeitsprinzip beim Unterhalt anwendet: “In den Prozessakten war nachgewiesen, dass der Unterhaltende genügende finanzielle Mittel hat, um die vom Kläger beantragte Unterhaltserhöhung zu tragen, somit wird die Erhöhung vom Unterhalt auf denselben Betrag angeordnet, den der Unterhaltende seiner anderen Tochter leistet“ (Landgericht von Santa Catarina, Berufung Nr. 20130176804, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Trindade dos Santos, Urteilsdatum: 03.07.2013 vor der Zweiten

novo Código, também o acolhe em casos de igualdade entre filhos no direito à pensão alimentícia.

Der Widerhall findet ungehemmte und weitgehende Anwendung in den Gerichten; seit der Verfassungsverankerung des Prinzips ist es möglich, Gerichtentscheidung *verbi gratia* zu zitieren, die es seit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzbuches auch in Fällen von Gleichheit zwischen Kindern im Unterhaltsrecht annimmt.

1.5 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA VERJÄHRUNG UND VERFALL EINES RECHTES

Continuemos esse percurso apontando aspectos técnicos positivos na aplicação do novo Código Civil.

Auf diesem Weg nennen wir einige positive technische Merkmale in der Anwendung des neuen Zivilgesetzbuches.

Bem fez o legislador na parte geral ao apresentar definições precisas sobre institutos essenciais ao direito civil. O Código Civil de 2002 delinea bem as diferenças entre os institutos da prescrição e da decadência. O artigo 189, que trata especificamente da prescrição, dispõe, explicitamente, que a prescrição atinge a pretensão do titular de reclamar por seu direito que foi violado. Nesse sentido, percebe-se a diferenciação entre os dois institutos, qual seja, a ideia de pretensão. Enquanto a prescrição se baseia na esfera dos direitos subjetivos que, ao serem violados, geram uma pretensão ao titular, a decadência trata de direitos potestativos, o direito em si, e não sua pretensão. A decadência não era mencionada no Código de 1916, impreciso na fundamentação da prescrição, pois não ficava claro naquele estatuto se a prescrição atingia a ação ou o próprio direito¹⁶.

Der Gesetzgeber hat mit Recht einige genaue Begriffe über die

Zivilkammer, Urteilverkündung: 18.07.2013)

¹⁶ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

grundsätzlichen Instituten des Zivilrechts dargestellt. Das Zivilgesetzbuch von 2002 zeichnet richtigerweise die Unterschiede zwischen den Instituten der Verjährung und des Verfalls. Der für die Verjährung spezifische Art. 189 regelt ausdrücklich, dass die Verjährung auf den Rechtsanspruch eines Rechtsinhabers fällt, der Anspruch auf sein verletztes Recht erhebt. In diesem Sinne bemerkt man den Unterschied zwischen beiden Instituten, d.h. die Anspruchsidee. Während der Anspruch sich im Bereich der subjektiven Rechte befindet, die dem Rechtsinhaber bei deren Verletzung einen Anspruch hervorrufen, behandelt der Verfall Potestativrecht, also das Recht in sich und nicht den Anspruch darauf. Der Verfall war im Zivilgesetzbuch von 1916 nicht vorgesehen, das bei der Fundamentierung der Verjährung nicht genau war, denn in jenem Gesetzbuch stand nicht klar, ob die Verjährung die Klage oder das Recht selbst betraf.

A diferença entre os dois institutos é essencial; e isso não apenas pelos prazos, mas também pelo fato de a decadência não ser atingida pela interrupção e suspensão que atingem a prescrição. Assim bem ensina a literatura jurídica brasileira: “com a prescrição pune-se a inércia no exercício da pretensão que devia ser exercida em determinado período; na decadência, priva-se do direito quem deixou de exercê-lo na única vez que a lei concede.¹⁷”

Der Unterschied zwischen beiden Instituten ist grundsätzlich; das ist so nicht nur aufgrund der Fristen, sondern auch weil der Verfall nicht von der Unterbrechung und Hemmung betroffen wird, die auf die Verjährung fällt. So die brasilianische Rechtslehre: „mit der Verjährung bestraft man die Fahrlässigkeit in der Anspruchsausübung, die zu gewisser Zeit ausgeübt werden musste; beim Verfall wird das Recht desjenigen gehindert, der es ein einziges vom Gesetz erlaubtes Mal nicht ausgeübt hat.“

O reflexo dessa distinção, antes exclusiva da doutrina, e agora expressa no

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 568-569.

texto do Código, pode ser observada com nitidez nos julgamentos dos tribunais¹⁸ brasileiros, fornecendo relevante baliza de dessemelhança entre figuras jurídicas que, de modo algum, se identificam ou se confundem; é o caso, por exemplo, do reconhecimento da decadência para alegar vício oculto consistente em servidão de passagem que já era objeto do registro de imóveis, como também de prazo prescricional para cobrar valor devido pela companhia seguradora, após o transcurso de um ano como previsto pela lei.

Die Auswirkung dieses vorher in der Rechtslehre exklusiven und jetzt im Gesetztext ausgedrückten Unterschiedes kann in den brasilianischen Gerichtsentscheidungen genau beobachtet werden und liefert wichtigen Unterschied zwischen Rechtsfiguren, die sich keinesfalls identifizieren oder zu verwechseln sind; das ist der Fall zum Beispiel der Anerkennung des Verfalls beim versteckten Mangel beim Notwegrecht, das bereits Immobilienregisterobjekt war, so wie die Verjährungsfrist für das Verlangen des von der Versicherungsfirma geschuldeten Betrags nach einem Jahr, wie im Gesetz vorgesehen.

¹⁸ Observe-se jurisprudência sobre o tema: Tribunal de Justiça de São Paulo, recurso número 273767920058260100, sendo Relator: Desembargador Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 16/02/2012, perante a 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2012. Tenhamos, ainda, outro exemplo esclarecedor, ao bem cancelar a natureza prescricional do prazo: “1. A contagem do prazo prescricional para cobrança da indenização pelo segurado tem início com a negativa de pagamento efetuada pela via administrativa. 2. Prescreve em um ano a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele. 3. O pedido de reanálise somente foi apresentado pelo segurado após o transcurso do prazo prescricional de 01 (um) ano legalmente previsto” (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, recurso número 6866733, sendo Relator: Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 11/11/2010, perante a 10ª Câmara Cível).

Siehe die Rechtsprechung darüber: Landgericht von São Paulo, Berufung Nr. 273767920058260100, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Alexandre Lazzarini, Urteilsdatum: 16.02.2012 vor der 6. Zivilrechtsgerichtskammer, Urteilverkündung: 17.02.2012. Ein anderes erklärendes Beispiel bei der Verjährungsnatur der Frist: “1. Die Zählung der Verjährungsfrist für die Beitreibung vom Schadensersatz durch den Versicherten beginnt mit der verwaltungsmäßigen Zahlungsverweigerung. 2. In einem Jahr verjährt der Anspruch des Versicherten gegen die Versicherung oder umgekehrt. 3. Der Antrag auf erneuerte Analyse wurde vom Versicherten nur nach Ablauf der Verjährungsfrist von 01 (einem) gesetzlichen Jahr eingereicht“ (Landgericht vom Bundesland Paraná, Berufung Nr. 6866733, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, Urteilverkündung: 11.11.2010 vor 10. Zivilkammer).

1.6 NULIDADE E ANULAÇÃO Nichtigkeit und Aufhebung

Com relação a precisas diferenciações que operou o legislador, deve-se aqui mencionar a bem realizada caracterização tanto de nulidade quanto de anulação no casamento.

In Bezug auf genaue Unterschiede seitens des Gesetzgebers muss man hier die gut durchgeführte Charakterisierung sowohl der Nichtigkeit als auch der Aufhebung der Ehe erwähnen.

Sabe-se que a nulidade é o mais alto grau de invalidade dos atos e negócios jurídicos em geral. Atos nulos não produzem, em regra, eficácia jurídica, de modo que sua invalidade é decretada desde o momento de seu surgimento. A anulabilidade, por sua vez, se apresenta como um grau menor de invalidade dos atos, sendo que pode ser sanável ou mesmo convalidada. Essas regras gerais de nulidade e anulação devem, porém, ser invocadas com prudência no direito de família, pois mesmo o casamento nulo pode gerar efeitos irreversíveis do ponto de vista material¹⁹. Está-se aqui diante do poder normativo da realidade fática.

Die Nichtigkeit ist der höchste Grad der Unwirksamkeit von Rechtsakten und Rechtsgeschäften im Allgemeinen. Nichtige Rechtsakten sind grundsätzlich rechtsunwirksam, so dass deren Unwirksamkeit seit ihrer Entstehung angeordnet wird. Die Aufhebung stellt sich andererseits als minderer Grad der Unwirksamkeit von Rechtsakten dar und kann geheilt oder als gültig erklärt werden. Diese allgemeinen Regeln der Nichtigkeit und Aufhebung sollen aber im Familienrecht mit Vorsicht erwähnt werden, denn selbst die nichtige Eheschließung kann unumkehrbare materielle Wirkungen hervorrufen. Hier steht man vor der normativen Kraft der faktischen Realität.

Algumas causas de nulidade absoluta no antigo Código de 1916 tornaram-se questões de anulabilidade no Código de 2002. Por exemplo, a realização de casamento

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

por autoridade incompetente, antes era tida como nulidade absoluta, agora se trata de anulação. Outras causas de nulidade, como a de casamento do cônjuge adúltero com seu corréu não constam mais no Código de 2002. Andou bem o legislador com tais diferenciações técnicas de grande importância para a precisão jurídica.

Einige Ursachen der absoluten Nichtigkeit im alten Gesetzbuch von 1916 sind Aufhebungsfragen im Gesetzbuch von 2002 geworden. Zum Beispiel war die Eheschließung durch unzuständige Behörde als absolute Nichtigkeit verstanden, jetzt ist es Fall der Aufhebung. Andere Nichtigkeitsgründe wie die Eheschließung vom ehebrecherischen Ehegatten mit dessen Mitangeklagten befinden sich nicht mehr im Gesetzbuch von 2002. Der Gesetzgeber handelte richtig bei diesen für die Rechtsgenauigkeit sehr wichtigen technischen Differenzierungen.

Essa direção de adequada configuração de tais categorias jurídicas se mostra, à luz do novo Código, presente em diversos pronunciamentos emitidos por tribunais²⁰ brasileiros sobre a matéria; podemos citar, a título de exemplo, os efeitos de um segundo casamento (nulo, por evidente), durante a constância do matrimônio existente,

²⁰ Observemos alguns exemplos, a começar pelo seguinte: Recurso de Agravo de Instrumento Nº 70055967996, julgado perante Oitava Câmara Cível, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 28/11/2013; também se ressalte o que foi acochado, a propósito, no seguinte julgamento: “O apelante, pessoa de pouca instrução, se viu rapidamente envolvido e, concomitantemente ao momento que conheceu a recorrida, já firmou pacto antenupcial de comunhão universal de bens e, em 30 dias, se casaram. Os fatos que dão causa ao pedido (ingenuidade do varão, ignorância acerca das consequências da escolha do regime de comunhão universal de bens e alegação de que a mulher pretendia, apenas, aquinhoar seu patrimônio), no caso dos autos, são suficientes para caracterizar hipótese de erro essencial (art. 1.557 do CCB - erro quanto à honra e boa fama)”. (Recurso de Apelação Cível Nº 70052968930, julgado perante a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos; julgado em 02/05/2013).

Einige Beispiele sind es zu beobachten: Berufung der sofortigen Beschwerde Nr. 70055967996, Beschluss vor der Achten Zivilkammer des Landgerichts von Rio Grande do Sul, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Luiz Felipe Brasil Santos, Urteil am 28.11.2013; was im folgendem Urteil angenommen wurde: “Der Berufungskläger, einfacher Mensch fühlte sich mit der Angeklagten schnell eingelassen und unterzeichnete Ehevertrag unter universeller Gütergemeinschaft, wobei sie in 30 Tagen heirateten. Die dem Antrag zugrundeliegenden Tatsachen (Naivität des Mannes, Unkenntnis über die Auswahlfolgen des Güterstandes der universellen Gütergemeinschaft und die Behauptung, dass die Frau an seinem Vermögen nur teilhaben wollte) sind genügend, um Grundfehler zu charakterisieren (Art. 1.557 do CCB – Irrtum bezüglich der Ehre und guten Ansehens)“. (Zivilberufung Nr. 70052968930 vor der Achten Zivilkammer des Landgerichts von Rio Grande do Sul, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Luiz Felipe Brasil Santos; verurteilt am 02.05.2013).

para autorizar o afastamento da meação sobre o imóvel então em inventário; ou ainda a anulação de casamento por erro essencial quando, somente decorridos trinta dias depois de se conhecerem, os nubentes firmaram pacto antenupcial pela comunhão universal de bens, fazendo uma das partes incorrer em erro e assim perder seu patrimônio.

Diese Gestaltungsrichtung solcher Rechtskategorien ist nach dem neuen Zivilgesetzbuch in verschiedenen Urteilen von brasilianischen Gerichten über das Thema anwesend; beispielweise die Wirkungen der zweiten (sicherlich nichtigen) Eheschließung während der Dauer anderer Ehe, um die Teilungshälfte auf der im Inventar befindenden Immobilie zu entfernen; oder noch die Eheaufhebung aufgrund essentiellen Irrtums nach dreißig Tagen, nachdem sie sich kennengelernt haben, wenn die Eheschließenden Ehevertrag unter universeller Gütergemeinschaft geschlossen haben, wobei dann eine Partei sich geirrt hat und sein Vermögen verlor.

1.7 DIVÓRCIO SEM PARTILHA

Scheidung ohne Güterteilung

O sétimo ponto realçado permanece ainda no âmbito das famílias. O artigo 1.581 do Código Civil traz a possibilidade de se proceder ao divórcio sem a partilha prévia dos bens, que antes não existia na lei. Em verdade, o Código Civil de 2002 apenas positivou aquilo que já era pacífico na doutrina e jurisprudência, a partir da Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça. De modo bastante prático, portanto, o Código refletiu sobre a realidade, quando, muitas vezes, o procedimento de partilha de bens é moroso e complexo, para, dessa forma, não impedir um novo matrimônio.

Der siebte betonte Punkt befindet sich noch im Familienrechtsbereich. Der Art. 1.581 Zivilgesetzbuch regelt die Möglichkeit der Scheidung ohne vorherige Güterteilung, was vorher nicht vorgesehen war. Das Zivilgesetzbuch von 2002 hat eigentlich nur positiviert, was bereits in der Rechtslehre und Rechtsprechung ab dem Leitsatz 197 vom Obersten Gerichtshof herrschende Meinung war. Auf einer sehr praktischen Art spiegelte also das Gesetz die Realität wider, wenn die Güterteilung langsam und komplex ist, um auf dieser Weise keine neue Eheschließung zu verhindern.

Antes era necessária a partilha dos bens para que então se pudesse contrair novo casamento. Na atual legislação esse obstáculo foi retirado, e se privilegia o afeto em detrimento das questões patrimoniais.

Vorher war die Güterteilung nötig, nur dann konnte neue Ehe geschlossen werden. In der jetzigen Regelung wurde dies Hindernis beseitigt, und die Zuneigung geht den vermögensrechtlichen Fragen vor.

No início da legislação de divórcio²¹ era impossível decretar o divórcio direto, ou a conversão em divórcio da separação judicial, sem a prévia partilha de bens. A jurisprudência foi, cada vez mais, relativizando o tema, dispensando a divisão dos bens. E hoje “todo esse dissídio está terminantemente superado desde o advento do artigo 1.581 do Código Civil, ao estabelecer e sem qualquer precedente na lei brasileira, ser possível decretar o divórcio direto ou por conversão, judicial e também extrajudicial, sem que haja prévia partilha dos bens”.²²

Am Anfang der Scheidungsgesetzgebung war unmöglich, direkte Scheidung oder die Umwandlung der gerichtlichen Trennung in Scheidung ohne vorherige Gütertrennung anzuordnen. Die Rechtsprechung hat das Thema immer mehr relativiert, indem sie dann auf die Güterteilung nicht für nötig hielt. Und heute „ist diese Auseinandersetzung seit dem Art. 1.581 Zivilgesetzbuch endgültig überwunden, nach dem ist es dann nach brasilianischem Recht möglich ist, direkte Scheidung oder deren gerichtliche bzw. außergerichtliche Umwandlung ohne vorherige Güterteilung anzuordnen“.

Impende, pois, salientar o papel construtivo que teve a jurisprudência brasileira nesse sentido, inclusive para chancelar a extinção do instituto da separação

²¹ A denominada 'Lei do Divórcio' no Brasil é da década de 70 do século pretérito (Lei número 6.515, de 26 de dezembro de 1977).

Die sogenannte ‘Scheidungsgesetz’ in Brasilien ist aus den 70er Jahren des letzten Jh. (Gesetz Nr. 6.515 vom 26. Dezember 1977).

²² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 328.

judicial. Assim tem sido julgado²³: “O único requisito para o divórcio se restringe à iniciativa de uma das partes em dissolver a sociedade conjugal. O divórcio é um direito potestativo”.

Die aufbauende Rolle der brasilianischen Rechtsprechung ist dann hervorzuheben, die auch das Auslösen der gerichtlichen Trennung befürwortet hat: „die einzige Voraussetzung für die Scheidung beschränkt sich auf die Initiative einer Partei zur Auflösung der Ehegemeinschaft. Die Scheidung ist Potestativrecht“.

1.8 NOVO DIREITO REAL NEUES DINGLICHES RECHT

Quanto aos direitos reais, o artigo 1.225 do Código Civil, que apresenta o catálogo de direitos reais, consagrou, na redação que entrou em vigor, em seu inciso VII, o direito real do promitente comprador do imóvel. É o denominado direito real de aquisição, importante garantia para compradores de imóveis urbanos loteados: pago o

²³ A título de exemplo é possível mencionar o seguinte julgamento: “O divórcio é o ato judicial que tem como finalidade a dissolução da sociedade conjugal. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, suprimiu-se o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. A redução do texto constitucional tem o condão de possibilitar que o casamento civil se dissolva imediatamente após a sua celebração se assim desejarem os contraentes, facilitando sobremaneira a concretização, no mundo jurídico, da vontade dos cônjuges em deixar de sê-lo. O único requisito para o divórcio se restringe à iniciativa de uma das partes em dissolver a sociedade conjugal. O divórcio é um direito potestativo, não mais existindo qualquer requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão, salvo o estado civil de casado e a vontade de um dos cônjuges de se separar. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, recurso número 01707873120128190004, sendo Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA, Data de Julgamento: 18/12/2013, perante a NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/04/2014).

Als Beispiel die folgende Entscheidung: “Die Scheidung ist Gerichtsakt mit dem Ziel, die Ehegemeinschaft aufzulösen. Mit der Verfassungsänderung Nr. 66/2010 wurde die Voraussetzung der vorherigen gerichtlichen Trennung für mehr als ein Jahr oder bewiesenen tatsächlichen Getrenntlebens für mehr als zwei Jahren abgeschafft. Die Reduzierung des Verfassungstextes ermöglicht, dass die Zivilehe gleich nach ihrer Schließung nach dem Willen der Parteien aufgelöst werden kann, was die Konkretisierung des Ehegattenwillens vereinfacht, keine Ehegatten mehr zu sein. Die einzige Scheidungsvoraussetzung beschränkt sich auf die Initiative einer Partei, die Ehegemeinschaft aufzulösen. Die Scheidung ist ein Potestativrecht, somit gibt es keine objektive oder subjektive Voraussetzung für deren Anordnung außer das Verheiratet sein und dem Willen eines Ehegatten, sich scheiden zu lassen. (Landgericht von Rio de Janeiro, Berufung Nr. 01707873120128190004, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter ROBERTO DE ABREU E SILVA, Urteilsdatum: 18.12.2013 vor der NEUNTEN ZIVILKAMMER, Urteilsverkündung: 07.04.2014).

preço, nasce o direito a adjudicar o bem, pois há, aí, direito real agora reconhecido pelo Código.

In Bezug auf dingliche Rechte hat der Art. 1.225 Abs. VII Zivilgesetzbuch im Katalog der dinglichen Rechte in der neu in Kraft getretenen Fassung das dingliche Recht des versprechenden Immobilienerwerbers festgelegt. Das ist das dingliche Erwerbsrecht, wichtige Garantie für Käufer von parzellierten städtischen Grundstücken: wenn der Preis einmal bezahlt ist, beginnt das vom Gesetzbuch anerkannte dingliche Recht auf gerichtliche Gutvergabe.

É certo que tal figura jurídica já estava presente na legislação esparsa no Brasil²⁴, mas mesmo assim se registre esse progresso; apesar do avanço no conteúdo, a lei peca na terminologia, visto que não se confunde com o contrato preliminar e “é necessariamente uma promessa irretratável que dá lugar à adjudicação compulsória”.²⁵

Solche Rechtsfigur war bereits in einfachen Gesetzen in Brasilien vorgesehen, trotzdem soll dieser Fortschritt hier erwähnt werden; trotz des Fortschrittes ist das Gesetzbuch terminologisch unklar, da es sich mit dem Vortrag nicht verwechselt und „ein unwiderrufliches Versprechen auf der Stelle von der zwingenden Zuerkennung tritt“.

O direito real de aquisição surge, portanto, do pagamento integral do preço²⁶. De tal modo que, nos dias atuais, o titular de direitos derivados do compromisso particular irrevogável e irretratável de compra e venda, cujo preço foi pago, tem direito real sobre o bem; e assim tem proteção tanto possessória quanto petitoria (como se

²⁴ Já havia previsão de tal direito na Lei número 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Solches Recht war bereits im Gesetz Nr. 6.766 vom 19. Dezember 1979 vorgesehen.

²⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 359.

²⁶ A regra legal, no Brasil, é a de que os bens imóveis, na compra e venda, devem ser transacionados via escritura pública; há exceções, como por exemplo, na aquisição de imóveis urbanos residenciais pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Die Gesetzregelung in Brasilien bestimmt, dass die Immobilien beim Kauf und Verkauf durch öffentliche Urkunde ausgehandelt werden müssen; es gibt Ausnahmen wie z.B. der Erwerb von städtischen Wohnimmobilien durch das Wohnfinanzsystem.

dono fosse), o que é francamente reconhecido pelos tribunais²⁷.

Das dingliche Erwerbsrecht entsteht aus der vollständigen Preisbezahlung. Heutzutage hat also der Inhaber von Rechten aus dem unwiderruflichen und unentziehbaren Privatversprechen von Kauf und Verkauf, dessen Preis bezahlt wurde, das dingliche Recht auf die Sache; somit hat er den besitzenden (in Bezug auf den Besitz) sowie petitorischen (in Bezug auf das Eigentum) gerichtlichen Schutz (als ob Eigentümer wäre), was von Gerichten deutlich anerkannt wird.

1.9 MELHORIA NO TERRENO DA RESPONSABILIDADE CIVIL Verbesserung im Bereich der zivilrechtlichen Haftung

O nono ponto de caráter prático diz respeito à responsabilidade civil. O Código Civil progrediu no tratamento da matéria de responsabilidade civil, sobretudo, a partir da introdução do artigo 927, que em seu parágrafo único, dá ensejo à

²⁷ A seguir, um julgado sobre o tema, proferido no campo das relações trabalhistas, dando correto valor jurídico adequado à figura jurídica que aqui estamos comentando: “Compromisso de compra e venda de imóvel, embora sem o necessário registro, não pode ser considerado destituído de qualquer valor para a oposição apresentada pelos agravantes ao ato de constrição. (...) O empregado exequente, já vencedor no processo que move em face de seu ex-empregador, poderá ter satisfeito o seu crédito na sequência da execução contra quem de direito, mas os agravantes que pagaram o preço do imóvel e podem perdê-lo pelo ato de penhora ficarão destituídos do bem que com esforço adquiriram, sem possibilidade de ver ressarcido o patrimônio e sem defesa hábil, porquanto ao tempo da aquisição ou após a mesma, como no caso dos autos, uma execução trabalhista põe em risco o bem comprado, pela falta de um procedimento formalmente necessário, o registro, mas que não pode em determinadas e específicas situações ser levado às últimas consequências (Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, recurso número 1225200807202001, São Paulo, Relator: Desembargador Federal CARLOS ROBERTO HUSEK, Data de Julgamento: 05/05/2009, perante a 4ª TURMA, Data de Publicação: 29/05/2009).

Im Folgenden ein Urteil darüber im Bereich der Arbeitsverhältnisse, in dem dieser Rechtsfigur richtiges Rechtswert zuerkannt wird: „Kaufversprechen von Immobilie, obwohl ohne den notwendigen Register kann nicht als ohne jegliches Wert für den Widerspruch der Beschwerdeführer.... Der vollstreckende Angestellte, der im Prozess gegen seinen Ex-Arbeitgeber bereits erfolgreich ist, kann sein Kredit im Laufe der Vollstreckung gegen den Rechtsinhaber befriedigt haben, aber die Beschwerdeführer, die den Immobilienpreis bezahlt haben und ihn durch Pfandakt verlieren können, werden von der mit Mühe erworbenen Sache ohne die Möglichkeit vom Vermögensersatz und Verteidigung entzogen, denn bei der Erwerbszeit oder danach bedeutet eine arbeitsrechtliche Vollstreckung Risiko für die Sache aufgrund Fehlen eines notwendigen Formalverfahrens, d.h. des Registers, aber der in gewissen und besonderen Situationen nicht zu letzten Folgen geführt werden kann (Regionalarbeitsgericht der Zweiten Region, Berufung Nr. 1225200807202001, São Paulo, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter CARLOS ROBERTO HUSEK, Urteilsdatum: 05.05.2009 vor der 4. Kammer, Urteilverkündung: 29.05.2009).

responsabilização objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, sem eliminar, por evidente, a culpa.

Der neunte praktischer Punkt bezieht sich auf die Zivilhaftung. Das Zivilgesetzbuch schritt diesbezüglich vor, insbesondere ab der Einführung von Art. 927 einziger §, der die objektive Haftung in der brasilianischen Ordnung regelt, doch ohne die Schuld zu beseitigen.

Aqui se percebe a tônica que o Código pretende dar à reparação da vítima, visto que uma concepção que absolutize a culpa acaba, por diversas vezes, não reparando adequadamente a vítima. Trata-se da adoção da Teoria do Risco pelo legislador de 2002. Segundo a doutrina jurídica brasileira, “o fundamento da obrigação de indenizar, nesta espécie de responsabilidade, não decorre da ilicitude do ato, mas de um princípio de equidade e de justiça comutativa.”²⁸

Hier bemerkt man den Grundton des Gesetzesbuches, dem Opfer das Recht auf Schadensersatz zu verleihen, denn ein Konzept, das die Schuld unumschränkt, das Opfer vielmals nicht ordentlich entschädigt. Es geht um die Annahme der Risikotheorie durch den Gesetzgeber von 2002. Nach der brasilianischen Rechtstheorie „entsteht das Fundament der Schadensersatzpflicht nicht aus der unerlaubten Handlung, sondern aus dem Gleichheitsprinzip und der kommutativen Gerechtigkeit.“

O parágrafo único do referido dispositivo adota uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco, e assim “o legislador de 2002 afastou definitivamente a ideia de prevalência da culpa no sistema brasileiro.”²⁹

Der einzige Paragraph dieses Artikels bestimmt eine Generalklausel der objektiven Verantwortung für Risikoaktivitäten und somit „entfernte der Gesetzgeber von 2002 endgültig die Idee des Schuldvorzugs im brasilianischen System.“

²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 558-559.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22-23.

Essa perspectiva, que já vinha sendo albergada pela jurisprudência, consolidou-se com esse sentido e alcance merecedores de boas vindas. É o caso, no Brasil, da responsabilidade³⁰ das empresas concessionárias de energia elétrica que respondem pelos riscos de sua atividade.

Diese bereits von der Rechtsprechung angenommene Perspektive befestigte sich in diesem Sinne und Reichweite, die willkommen sind. In Brasilien ist es der Fall der Haftung von Stromkonzessionsfirmen, die für Risiken ihrer Aktivitäten haften.

1.10 ALTERAÇÃO RESPEITÁVEL EM MATÉRIA DE TESTAMENTO E SUCESSÕES BEACHTENDE ÄNDERUNG IM BEREICH VOM TESTAMENT UND ERBRECHT

Chegamos ao direito das sucessões. O décimo e último ponto aqui apresentado como melhoria se refere ao direito das sucessões, e diz respeito à limitação da possibilidade de impor gravame à legítima. O Código Civil brasileiro de 1916 consagrava em seu artigo 1.723 a possibilidade de gravar a legítima dos herdeiros com as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade, em homenagem ao pátrio poder, que no antigo estatuto tinha incontestável relevância. Não havia limites nem condições: bastava o pai assim o querer e fazer.

Somit gelangen wir zum Erbrecht. Der zehnte und hier dargestellte

³⁰ Para exemplificar: “A responsabilidade das concessionárias prestadoras de serviço público é de natureza objetiva. Provado o dano e o nexo de causalidade com a prestação do serviço, para eximir-se da obrigação de indenizar os prejuízos incumbe à concessionária a prova de inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.(...) Não é razoável, pois, que a empresa que lucra com a atividade potencialmente lesiva fique isenta de indenizar os efeitos negativos referentes à concretização desses riscos, passando ao usuário os ônus deles decorrentes” (julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, recurso número 2009.000195-1, sendo Relator: Desembargador Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 01/09/2009, julgado perante a Terceira Câmara de Direito Público).

Zum Beispiel: “Die Verantwortung der Konzessionsfirmen im öffentlichen Dienst ist objektiver Natur (ohne Schuld). Sind die Schaden und der Kausalitätszusammenhang mit der Dienstleistung bewiesen, muss die Konzessionsfirma die Nichtmangelhaftigkeit oder die exklusive Schuld des Verbrauchers oder Dritten beweisen, um sich vom Schadensersatz zu befreien. (...) Es ist nicht rechtmässig, dass das Unternehmen, das mit der potenziell beschädigende Aktivität Gewinn erzielt, die negativen Folgen bezüglich der Konkretisierung dieser Risiken nicht entschädigt, und den Verbraucher für die davon entstandene Last verantwortlich“ (Urteil vom Landgericht vom Bundesland Santa Catarina, Berufung Nr. 2009.000195-1, Berichterstatter: erstinstanzlicher Richter Luiz César Medeiros, Urteilsdatum: 01.09.2009 vor der Dritten Kammer des öffentlichen Rechts).

Verbesserungspunkt bezieht sich auf das Erbrecht und auf die Lastbeschränkung des Pflichtteils. Das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916 regelte im Art. 1.723 die Möglichkeit, den Pflichtteil der Erben mit den Klauseln der Unpfändbarkeit, Unveräußerlichkeit und der ‚Nichtausdehnung der Rechtsposition auf den Ehegatten‘ (Incomunicabilidade) zu belasten, was im Namen der väterlichen Gewalt geschah, die im alten Gesetzbuch unbestreitbare Relevanz hatte. Es gab weder Einschränkungen noch Bedingungen: es reichte, dass der Vater es so wollte und tat.

A mudança, que migrou da ideia de pátrio poder para o afeto e a solidariedade familiar, determinou a restrição dessa possibilidade, segundo o artigo 1.848 do Código Civil, ressaltando que tais gravames só poderão ser impostos à legítima mediante “justa causa”, declarada no testamento. O novo Código, por conseguinte, “diminui a violação da legítima.”³¹

Die Änderung, die von der väterlichen Gewalt zur familiären Affektivität und Solidarität ging, bestimmte nach Art. 1.848 Zivilgesetzbuch die Einschränkung dieser Möglichkeit, indem es betont, dass solche Lasten auf Pflichtteil nur aufgrund des im Testament bestehenden „berechtigten Grundes“ auferlegt werden können. Das neue Zivilgesetzbuch hat also „die Pflichtteilverletzung“ verringert.

Os tribunais brasileiros deram mesmo efetividade a essa restrição: sem justa causa³² não é possível clausular a legítima, com o que estamos de inteiro acordo.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

³² Observe-se julgado a propósito: “No caso, como a testadora não aditou o testamento para declarar a justa causa das cláusulas restritivas apostas à legítima no prazo a que alude o art. 2.042, parte final, do CC/02 (um ano após a entrada em vigor do aludido diploma legal), incide, na espécie, a regra geral descrita no art. 1.848 do CC/02, segundo a qual, "não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima". Disposição legal que não abrange a parte disponível, a qual permanece com os gravames vitalícios instituídos”. APELAÇÃO DESPROVIDA (recurso de Apelação Cível número 70051938678, julgado perante a Oitava Câmara Cível no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/02/2013).

Siehe das diesbezügliche Urteil: “Im Fall hat die Testament-Erblasserin das Testament nicht geändert, um den Rechtsgrund der einschränkenden Klauseln zum Pflichtteil in der Frist vom Art. 2.042 Endteil CC/02 (ein Jahr nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzbuches) zu erklären; die allgemeine Regel des Art. 1.848 CC/02 wird angewandt, nach der „der Testament-Erblasser eine Klausel über die Unveräußerlichkeit, Unpfändbarkeit und der Nichtausdehnung auf den Pflichtteilgüter bestimmt hat“.

Die brasilianischen Gerichte haben dieser Einschränkung wirklich Effektivität gegeben: ohne berechtigten Grund kann man dem Pflichtteil keine Klausel auferlegen, womit wir ganz einverstanden sind.

Assim, estão apresentados dez pontos que realçam, entre outros, aspectos positivos da lei e de sua respectiva aplicação.

Somit sind zehn Punkte dargestellt, die positive Aspekte u.a. des Gesetzes und deren entsprechende Anwendung hervorheben.

PARTE II - RETROCESSOS

Rückgänge

Mesmo diante desses e de outros reconhecidos progressos trazidos pelo novo Código Civil brasileiro, em que pese o debate havido sobre a necessidade e a oportunidade de uma nova codificação, é inquestionável que muitos retrocessos também ocorreram, tanto nas previsões codificadas quanto na aplicação que se sucedeu.

Selbst angesichts dieser und anderer anerkannten Fortschritte des neuen Zivilgesetzbuches und trotz der Debatte über die Notwendigkeit und die Möglichkeit einer neuen Kodifizierung ist es unbestreitbar, dass viele Rückgänge sowohl in den kodifizierten Bestimmungen als auch in deren Anwendung vorgekommen sind.

Em verdade, o projeto que se tornou o Código Civil de 2002 já tramitava desde a década de 70, de modo que nasceu velho em diversos aspectos. Em face da nova Constituição democrática promulgada, o Código aportou dependente de um esforço hermenêutico para que se adequasse aos parâmetros constitucionais erigidos após 1988. Emergiu daí o papel atuante do Poder Judiciário brasileiro, ao lado do

Gesetzregel erstreckt sich nicht auf den verfügbaren Teil, der mit den lebenslänglichen Lasten verbleibt“. BERUFUNG NICHT ZUGELASSEN (zivilrechtliche Berufung Nr. 70051938678, Urteil vor der Achten Zivilkammer im Landgericht von Rio Grande do Sul, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Ricardo Moreira Lins Pastl, Urteil vom 28.02.2013).

esforço interpretativo da doutrina.

Das Projekt, das das Zivilgesetzbuch 2002 geworden ist, wurde bereits in den 70er Jahren bearbeitet, so dass es in verschiedenen Aspekten schon alt war. Angesichts der neu erlassenen demokratischen Verfassung war das Gesetzbuch von einer hermeneutischen Mühe abhängig, damit es sich den verfassungsmäßigen Parametern nach 1988 anpassen könnte. Daraus entstand die aktive Rolle der brasilianischen Rechtsprechung neben den auslegenden Bemühungen der Rechtslehre.

Houve e ainda há, por conseguinte, deficiências técnicas, históricas e hermenêuticas. Algumas dessas falhas serão, portanto, versadas daqui por diante.

Indessen gab und gibt es technische, historische und hermeneutische Mängel, die im Folgenden dargestellt werden.

2.1 CLÁUSULAS GERAIS: A OUTRA FACE

Allgemeine Klauseln: Die andere Seite

O primeiro desses pontos negativos equivale ao primeiro ponto positivo do Código nesta explanação. Pode ser um paradoxo, mas isso se explica. A adoção de princípios e cláusulas gerais tem caráter ambivalente na codificação de 2002. Se por um lado trazem ao Código novas contribuições, estabelecendo um modelo aberto de interpretação das normas, por outro, determinam incerteza e geram insegurança, na medida em que não há consenso jurisprudencial na aplicação e interpretação desses princípios e cláusulas gerais.

Der erste dieser negativen Punkten gleicht dem ersten positiven Punkt dieser Darstellung. Das kann paradox sein, aber es erklärt sich. Die Annahme von Prinzipien und allgemeine Klauseln hat doppeldeutigen Charakter in der Kodifizierung von 2002. Wenn das Gesetzbuch einerseits neue Beiträge darstellt und ein offenes Modell der Gesetzauslegung vorbringt, andererseits rufen sie Unsicherheit hervor und erzeugen Ungenauigkeiten in dem Masse, dass es keinen rechtsprechenden Konsens in der Anwendung und Auslegung dieser Prinzipien und allgemeine Klausel gibt.

Observe-se, portanto, que, de fato, os princípios e cláusulas abertas possibilitam uma aplicação mediada pelo caso concreto, contudo, quando os princípios são utilizados como fundamentos de soluções práticas, há incerteza e dissonância jurisprudencial. O legislador pecou ao não corporificar de modo mais denso essas normas. Isso não significa retirar-lhes seu caráter mais aberto, mas apenas auferir maior grau de segurança em sua aplicação.

Man beobachtet also, dass die Prinzipien und offene Klauseln eine sofortige Anwendung im konkreten Fall ermöglichen, aber wenn die Prinzipien als Grundlage für praktische Lösungen benutzt werden, ergibt sich Unsicherheit und rechtsprechende Dissonanz. Der Gesetzgeber irrte sich, indem er diese Normen nicht dichter eingliedert hat. Das bedeutet aber nicht, denen deren öffnere Charakter zu entziehen, sondern höheren Sicherheitsgrad bei deren Anwendung zu geben.

O problema não é apenas teórico, mas tem consequências práticas relevantes; não raro, a imprecisão e até mesmo certa plasticidade de tais categorias emergem dos julgamentos, propiciando decisões³³ bem diversas em profusão pelos tribunais

³³ Percebe-se tal dificuldade de encontrar segurança jurídica nos julgados que tratam de abuso na questão do período de carência de planos de saúde; veja-se, de um lado, o seguinte: “PLANO DE SAÚDE - INTERNAÇÃO - CARÊNCIA - Cláusula que não é abusiva, pois a restrição se apresenta clara e precisa, redigida com destaque e sem subterfúgio gramatical” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recurso número 1919776320098260100, sendo Relator: Desembargador Percival Nogueira, Data de Julgamento: 02/06/2011, perante 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/06/2011); agora, de outro lado, tome-se o exemplo que segue: PLANO DE SAÚDE URGÊNCIA CARÊNCIA LIMITAÇÃO DE TEMPO DE INTERNAÇÃO. (...) “A limitação do tempo de cobertura às doze primeiras horas é também abusiva porque contraria a função do contrato que é assegurar o tratamento e a saúde do consumidor, que não tem como controlar por quanto tempo deverá permanecer na instituição hospitalar” (no mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recurso número 00101807120118260008, sendo Relator: Desembargador Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 21/05/2013, perante a 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/06/2013).

Solche Schwierigkeit, Rechtssicherheit in den Gerichtsurteilen über Missbrauch in der Karenzzeit von Gesundheitsversicherungen vorzufinden, ist bemerkbar; siehe einerseits folgendes: „GESUNDHEITSVERSICHERUNG – INTERNIERUNG – KARENZZEIT – nicht missbrauchende Klausel, denn die Einschränkung stellt sich klar und genau mit Hervorhebung und ohne Grammatikausrede dar“ (Landgericht von São Paulo, Berufung Nr. 1919776320098260100, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Percival Nogueira, Urteilsdatum: 02.06.2011 vor der 6. privatrechtlichen Kammer, Verkündungsdatum: 21.06.2011); andererseits das Beispiel: GESUNDHEITSVERSICHERUNG DRINGLICHKEIT EINSCHRÄNKUNG DER INTERNIERUNGSZEIT. (...) „Die Einschränkung der Zeitdeckung auf die ersten zwölf Stunden ist auch missbräuchlich, weil sie die Vertragsfunktion verletzt, d.i. die Behandlung und die

brasileiros; por exemplo: é difícil encontrar um mínimo de segurança jurídica no Brasil de hoje em termos de prazo de carência para valer-se dos benefícios de planos de saúde; os julgados, sem embargo de intentarem a justiça para o caso concreto, adotam caminhos e fundamentos os mais diferenciados.

Das Problem ist nicht nur theoretisch, sondern hat wichtige praktische Folgen; nicht selten entstehen die Ungenauigkeit und sogar gewisse Plastizität solcher Kategorien aus den Gerichtsurteilen, die eine Fülle von verschiedenen Entscheidungen durch die brasilianischen Gerichten liefern; z.B. ist es schwierig in Brasilien heute, ein Minimum von Rechtssicherheit bezüglich Karenzzeit zu finden, um zu den Begünstigungen von Gesundheitsversicherungen zu gelangen; die Gerichtsurteile, obwohl sie die Gerechtigkeit im konkreten Fall suchen, nehmen verschiedene Wege und Grundlagen an.

2.2 A ESPANTOSA PROPRIEDADE PARTICULAR DA HISTÓRIA

Das beeindruckende Privateigentum der Geschichte

Na temática dos direitos da personalidade, agora previstos na codificação, o artigo 20 do Código Civil alberga um evidente problema. É um destempero de o dispositivo condicionar a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa à prévia autorização por parte do titular do direito de personalidade.

In der Thematik der jetzt in der Kodifizierung vorgesehenen Persönlichkeitsrechte beinhaltet Art. 20 Zivilgesetzbuch ein offensichtliches Problem. Es ist eine Verstimmung, wenn die Bestimmung die Schriftenverbreitung, das Wortübermittlung oder die Veröffentlichung, die Ausstellung oder die Benutzung des Personenbildes auf die vorherige Bewilligung des Persönlichkeitsrechtsinhabers abstellt.

Verbrauchergesundheit zu sichern, der die Internierungszeit nicht kontrollieren kann“ (vor demselben Landgericht vom Bundesland São Paulo, Berufung Nr. 00101807120118260008, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter, Urteilsdatum: 21.05.2013 vor der 9. Zivilrechtlichen Kammer, Verkündungsdatum: 06.06.2013).

Percebe-se, portanto, que o Código, de modo equivocado, procura absolutizar o direito à imagem, dando ao titular de tal direito um verdadeiro poder de censura. A questão se torna ainda mais sensível quando se trata de pessoa pública, ou da temática das biografias não autorizadas. Nas palavras da doutrina, “o artigo 20 do novo Código Civil (...) é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.”³⁴

Das Gesetzbuch versucht also das Recht am eigenen Bild falscherweise absolut zu nehmen, indem es dem Rechtsinhaber ein richtiges Zensurrecht verleiht. Die Fragestellung wird noch komplexer, wenn es sich um eine öffentliche Person oder nicht gestattete Biographien handelt. Nach der Rechtslehre „hat Art. 20 neuen Zivilgesetzbuchs (...) keinen Sinn, denn er bewertet verfassungsrechtliche Güter im entgegengesetzten Sinne zu den in der Verfassung verankerten Werten. Die Auswahl des Gesetzgebers, wenn sie aprioristisch und keine Rücksicht auf den Verfassungswert der Freiheit und Pressefreiheit nimmt, kann und soll durch die Verfassungsauslegung entfernt werden.“

Há, portanto, demasiada ênfase na proteção da imagem em detrimento da liberdade de expressão e da liberdade de informação, que também conformam princípios básicos da Democracia.

Es gibt also übertriebenen Nachdruck des Rechts am eigenen Bild zum Nachteil der Äußerungs- und Informationsfreiheit, die auch auf die Grundprinzipien der Demokratie beruhen.

Em verdade, esse dispositivo permite tratar um direito de personalidade tal qual direito patrimonial. Advoga-se, dessa forma, pela inconstitucionalidade da interpretação que tal dispositivo enseja: a de impedir a liberdade de expressão por

³⁴ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação x Direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. In: Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, Revista da AMAERJ, n. 5, 2002, p. 15.

meio de vedação privada do titular do direito da personalidade.

Diese Bestimmung erlaubt im Grunde die Behandlung eines Persönlichkeitsrechts genau wie ein Vermögensrecht. Aus diesem Grund plädiert man für die Verfassungswidrigkeit der Regel: denn sie hindert die Äußerungsfreiheit durch das Privatverbot seitens des Persönlichkeitsrechtsinhabers.

Esse tema está em debate perante o Supremo Tribunal Federal por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn número 4815), promovida pela Procuradoria Geral da República, que trata da temática das biografias não autorizadas, intentando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 20 do Código Civil sem a redução do texto, ou seja, objetiva-se a declaração de inconstitucionalidade para uma hipótese de aplicação da lei, sem que haja alteração alguma no texto normativo. O que ali se pede, e em breve a Corte Suprema do Brasil vai sobre isso deliberar, é que “se afaste do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de consentimento da pessoa biografada.”

Das Thema steht zur Debatte vor dem STF (obersten Verfassungsgericht) durch die von Republikgeneralstaatsanwaltschaft eingereichte unmittelbare Verfassungsklage (ADIn Nr. 4815), die die Thematik von nicht bewilligten Biographien behandelt und die Erklärung der Verfassungswidrigkeit des Art. 20 Zivilgesetzbuch ohne Textreduzierung versucht, d.h. auf die Erklärung der Verfassungswidrigkeit für eine Hypothese der Gesetzanwendung ohne jegliche Änderung des Gesetztextes abzielt. Das Oberste Verfassungsgericht soll darüber entscheiden, dass „die Notwendigkeit der Bewilligung der biographierten Person von der brasilianischen Rechtsordnung entfernt werden soll“.

2.3 A CLÁSSICA CULPA

Die klassische Schuld

No âmbito do direito de família, o artigo 1.572 representou retumbante retrocesso, sobretudo quando se colocam em debate os novos princípios que regem o

direito de família contemporâneo. Esse artigo permite a chancela de culpa do cônjuge quando da dissolução do casamento.

Im Bereich des Familienrechts bedeutete Art. 1.572 widerhallenden Rückgang, insbesondere wenn neue Prinzipien für das heutige Familienrecht zur Debatte stehen. Dieser Artikel erlaubt die Schuld des Ehegatten bei der Eheauflösung.

A tentativa de imputação de culpa para qualquer um dos cônjuges parte de um pressuposto equivocado, e, mesmo de uma análise simplista do relacionamento conjugal, uma vez que transmite para um dos cônjuges toda a responsabilidade do fracasso do relacionamento, sem se levar em conta todos os meandros conjugais que desembocaram na culpa: “O divórcio é concedido pela presunção do fracasso conjugal, diante da iniciativa de um dos cônjuges de promover a dissolução do casamento, sendo estranho ao bom senso jurídico (...) punir um dos cônjuges pelo fracasso do matrimônio.”³⁵

Der Versuch, einem Ehegatten die Schuld aufzuerlegen, geht von einer falschen Voraussetzung und selbst einer einfachen Analyse der Ehebeziehung aus, da ein Ehegatte dadurch die ganze Verantwortung für das Eheversagen ohne Rücksicht auf die Geschehnisse, die zur Schuld beitragen, tragen muss: „Die Scheidung wird aufgrund der Vermutung des Eheversagens stattgegeben, wenn ein Ehegatte die Initiative ergreift, die Ehe aufzulösen. So ist es dem Rechtssinn fremd, dass (...) ein Ehegatte für das Eheversagen bestraft werden soll.“

Ainda que com oscilações, os tribunais³⁶ brasileiros tendem a se afastar das

³⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 325.

³⁶ De modo geral, a jurisprudência, antes mesmo da EC 66/2010, já se mostrava contra a atribuição de culpa na separação, muito embora alguns acórdãos nesse sentido ainda fossem encontrados: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, recurso número 126158 SC 2004.012615-8, sendo Relator: Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 05/05/2005, Segunda Câmara de Direito Civil.

Selbst vor der EC 66/2010 (Verfassungsänderung) zeigte sich die Jurisprudenz gegen die Schuldzuweisung im Fall der Trennung, obwohl manche Gerichtssprüche in dieser Richtung vorzufinden waren: Landgericht vom Bundesland Santa Catarina, Berufung Nr. 126158 SC 2004.012615-8, Berichterstatter: zweitinstanzlicher Richter Luiz Carlos Freyesleben, Urteilsdatum: 05.05.2005, Zweite Zivilkammer.

discussões subjetivas sobre os culpados nas dissoluções matrimoniais.

Selbst mit Schwankungen tendieren die brasilianischen Gerichte dazu, sich von den subjektiven Diskussionen über die Beschuldigten in den Ehebeziehungen zu entfernen.

Após a referida Emenda Constitucional, contudo, a jurisprudência³⁷ parece ter se pacificado na impossibilidade de destinação de culpa na dissolução da relação conjugal.

Nach der erwähnten Verfassungsänderung scheint die Rechtsprechung indessen über die Unmöglichkeit der Schulzuweisung bei der Eheauflösung einig zu sein.

2.4 A PRETENSIOSA HIERARQUIA ENTRE AS FORMAS DE FAMÍLIA Die anmassende Hierarchie zwischen Familienformen

Proseguindo nos retrocessos do Código Civil de 2002, no âmbito do direito das sucessões, o artigo 1.790 explicita evidente discriminação entre o modelo familiar com base no casamento e o modelo familiar da união estável. Em verdade, a questão sucessória na união estável parece fomentar a crítica de que o Código estabeleceria uma espécie de hierarquia entre os arquétipos familiares. Viver em união estável tem menor dignidade jurídica do que viver em casamento civil? Pode ser que sim, para a atual codificação civil.

Noch über die Rückgänge des Zivilgesetzbuchs von 2002 ausführend zeigt Art. 1.790 im Bereich des Erbrechts offensichtliche Diskriminierung zwischen dem Familienmodell auf der Basis der Ehe und dem unter der eheähnlichen

³⁷ Eis um exemplar dessa tendência: “Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, mostra-se inócua a discussão acerca da culpa na separação do casal”. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais -MG - AI: 10707110253705001 MG, Relator: Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 15/05/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/05/2014).

Ein Beispiel dieser Tendenz: “Nach Inkrafttreten der Verfassungsänderung Nr. 66/2010 zeigt sich die Diskussion über die Schuld bei Ehegattentrennung sinnlos“. (Landgericht vom Bundesland Minas Gerais - MG - AI: 10707110253705001 MG, Berichterstatter: Luís Carlos Gambogi, Urteilsdatum: 15.05.2014, Zivilkammern/ 5. ZIVILKAMMER, Urteilsverkündung: 23.05.2014)

Lebensgemeinschaft. Die erbrechtliche Frage in der eheähnlichen Lebensgemeinschaft scheint die Kritik zu fördern, dass das Gesetzbuch eine gewisse Hierarchie zwischen Familienarchetypen darstellen würde. Ist dann das Leben in der eheähnlichen Gemeinschaft weniger würdig als in der Ehe? Für die jetzige Zivilkodifizierung scheint so zu sein.

O referido artigo dispõe que o direito sucessório do companheiro diz respeito apenas aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Ainda, o companheiro não concorre só com os ascendentes e descendentes do *de cujus*, mas também com os colaterais, havendo assim evidente discriminação diante da tutela sucessória do casamento. Há claro desrespeito ao princípio constitucional da igualdade entre os modelos familiares, o que significa inegável retrocesso, além de que o artigo supracitado é inconstitucional. Parece-nos, de acordo com a melhor doutrina, que “não há razão constitucional, lógica ou ética para tal discriminação, em relação aos direitos sucessórios das pessoas, que tiveram a liberdade de escolha assegurada pela Constituição e não podem sofrer restrições de seus direitos em razão dessa escolha. Não há fundamento constitucional para a desigualdade de direitos.”³⁸

Nach diesem Artikel bezieht sich das Erbrecht des Ehegatten nur auf die während der Ehe entgeltlich erworbenen Güter. Außerdem konkurriert der Lebenspartner nicht nur mit den Vorfahren und Abkömmlingen des *de cujus*, sondern auch mit den zur Seitenlinie Angehörigen, wobei dann offensichtliche Diskriminierung in den erbrechtlichen Ehefolgen vorliegt. Es gibt klare Verletzung des Verfassungsprinzips der Gleichheit zwischen Familienmodellen, was unbestreitbarer Rückgang bedeutet. Außerdem ist der genannte Artikel verfassungswidrig. Nach besserer Rechtslehre „gibt es keinen verfassungsrechtlichen, logischen oder ethischen Grund für solche Diskriminierung der Erbrechte der Personen, die die verfassungsgestützte Freiheitswahl haben und keine Beschränkungen ihrer Rechte wegen dieser Wahl erleiden sollen. Es gibt keine Verfassungsgrundlage für die Rechtsungleichheit.“

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150-151.

A jurisprudência, contudo, sobre a matéria é oscilante até o momento, inexistindo peremptória declaração de inconstitucionalidade. O tema está, ainda, em aberto³⁹. Será o Poder Judiciário brasileiro que irá fixar esse rumo.

Die Rechtsprechung darüber ist aber bis jetzt schwankend und es gibt keine peremptorische Verfassungswidrigkeitserklärung. Das Thema ist noch offen. Die brasilianische Rechtsprechung wird diese Richtung noch befestigen.

2.5 PROBLEMAS COM A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Probleme mit der Verjährungsunterbrechung

No que se refere à regra de interrupção da prescrição, prevista no artigo 202 do Código Civil, o retrocesso diz respeito à redação do dispositivo e aos efeitos práticos confusos que acaba gerando. A partir do novo Código a regra passou a ser simplesmente a da interrupção unitária da prescrição: prescrição somente se interrompe uma vez, e pronto.

In Bezug auf die Verjährungsunterbrechung im Art. 202 Zivilgesetzbuch bezieht sich der Rückgang auf die Regelfassung und deren verwirrende praktische Folgen. Ab dem neuen Zivilgesetzbuch gilt einfach die Regel der einzigen Verjährungsunterbrechung: die Unterbrechung erfolgt nur einmal.

Ocorre que o próprio Código estabeleceu como hipóteses de interrupção da prescrição as seguintes: i) o despacho do juiz, mesmo incompetente, ordenando a

³⁹ Há julgados que insistem na aplicação do artigo comentado, considerando-o constitucional: “Ao estabelecer no art. 1.790 do CC que a companheira ostenta a condição de herdeira, em concorrência com descendentes do falecido, apenas em relação aos bens particulares, ao invés da propalada violação ao princípio a igualdade, quis o legislador prestigiar a igualdade material, tratando de forma diferente situações reconhecidamente desiguais. (...)” (TJ-RS - AG: 70040781395 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 24/02/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/03/2011).

Manche Beschlüsse wenden die Regel an und verstehen sie als verfassungswidrig: “Nach Art. 1.790 CC hat die Lebenspartnerin Erbe-Status und konkurriert mit den Abkömmlingen des Verstorbenen nur in Bezug auf die privaten Güter. Anstatt der verkündeten Verletzung des Gleichheitsprinzips wollte der Gesetzgeber die materielle Gleichheit privilegieren, indem es ungleiche Situationen verschieden behandelt werden. (...)“ (TJ-RS - AG: 70040781395 RS, Berichterstatter: Luiz Felipe Brasil Santos, Urteilsdatum: 24.02.2011, Achte Zivilkammer, Verkündungsdatum: Diário da Justiça am 09.03.2011).

citação, desde que o interessado a promova no prazo de 10 dias; ii) o protesto nas condições acima descritas; iii) o protesto cambial; iv) a apresentação do título de crédito em inventário ou em concurso de credores; v) qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora; vi) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Das Gesetz legte aber selbst folgende Hypothesen der Verjährungsunterbrechung fest: i) die Vorladung selbst des unzuständigen Richters, vorausgesetzt der Interessenten sie in der Frist von 10 Tagen beantragt; ii) der Protest unter den Bedingungen der vorangehenden Ziffer; iii) der Wechselprotest; iv) Vorweisung des Forderungstitels im gerichtlichen Inventarverfahren oder im Wettstreit der Gläubiger; v) irgendeine gerichtliche Handlung, welche den Schuldner in Verzug setzt; vi) irgendeine unzweideutige Handlung, welche die Anerkennung des Rechts durch den Schuldner darstellt, selbst wenn sie außergerichtlich erfolgt.

Diante dessa variedade de causas, a unitariedade da interrupção pode, pois, gerar confusões de ordem prática, que podem frustrar a pretensão do indivíduo. Da lição da doutrina colhemos a ressalva de que a ‘aplicação estrita do dispositivo legal (art. 202, CC), conforme redigido, poderá gerar controvérsia de ordem prática’, ao trazer como exemplo um credor de uma letra de câmbio, que após ter interrompido a prescrição por meio do protesto do seu título, tem frustrada a ação de execução devido à prescrição ocorrida no *iter* processual.⁴⁰

Angesichts der Verschiedenheit von Ursachen kann die Einmaligkeit der Unterbrechung Verwirrungen in der Praxis hervorrufen, die den Anspruch des Individuums frustrieren kann. Die Rechtslehre besagt, dass die ‚strikte Anwendung der Gesetzbestimmung (Art. 202 CC) in dieser Fassung kann Kontrovers in der Praxis hervorrufen‘, indem es als Beispiel vorbringt, dass ein Schuldner eines Wechsels, nachdem er die Verjährung durch Wechselprotest unterbricht, die Vollstreckungsklage aufgrund der Verjährung im Prozessverlauf frustriert sehen kann.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson; FRANK, Felipe. Problematizações sobre a unicidade da interrupção prescricional no artigo 202 do Código Civil brasileiro. In: GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães; VENOSA, Sílvio de Salvo (Coord.). *10 anos de Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

2.6 NEGÓCIOS CIVIS E ATIVIDADES EMPRESÁRIAS

Zivilrechtliche Geschäfte und Unternehmensaktivitäten

Ainda se pode citar como anacronismo do Código a manutenção da distinção entre atividades negociais simples e empresárias, que se entende no artigo 982. As sociedades simples são aquelas em que os sócios exercem suas profissões, tal como uma sociedade de advogados ou de médicos, por exemplo. De outro lado, a sociedade empresária, é aquela que tem por objeto o exercício, de forma profissional, de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços. Ainda, o Código exclui da empresariedade as sociedades que exercem atividade intelectual, científica, literária ou artística.

Ein Anachronismus des Gesetzbuches ist noch die Aufrechterhaltung der Unterscheidung zwischen einfachen und unternehmerischen Geschäftshandlungen im Art. 982. Die einfachen Gesellschaften sind diejenigen, in denen die Gesellschafter ihre Berufe ausüben, wie z.B. eine Anwalts- oder Arztgesellschaft. Andererseits ist die unternehmerische Gesellschaft diejenige, die die berufliche Ausübung von ökonomischen Aktivitäten zur Herstellung und zum Güter- oder Dienstverkehr als Objekt hat. Das Gesetzbuch schließt auch von unternehmerischer Tätigkeit die Gesellschaften aus, die intellektuelle, wissenschaftliche, literarische oder künstlerische Aktivität führen.

Não parece mais fazer sentido essa distinção entre atividade negocial simples e empresária, **primeiramente** porque muitas das sociedades simples funcionam como verdadeiras empresas, exercendo atividade econômica de modo profissional e organizado. O legislador adotou a distinção sem a devida explicitação.

Es macht keinen Sinn, zwischen einfacher und unternehmerischer Handelsaktivität zu unterscheiden, weil viele einfache Gesellschaften als richtige Unternehmen betrieben werden und ökonomische beruflich organisierte Aktivitäten führen. Der Gesetzgeber nahm die Unterscheidung ohne vorherige Erklärung an.

É tênue a linha que separa as atividades excluídas da empresariedade, na medida em que toda atividade econômica, em algum grau, pressupõe a atividade intelectual. Tal como assenta a doutrina no Brasil, “o Código Civil brasileiro, copiando seu congênere italiano, dividiu as sociedades em simples e empresárias (art. 982 do Código Civil), mantendo uma tendência que remonta à Idade Média e já deveria ter sido superada entre nós (...)”.⁴¹

Zart ist die Linie, die die unternehmerisch ausgeschlossenen Aktivitäten trennt, denn jede ökonomische Aktivität setzt die intellektuelle Aktivität im gewissen Grad voraus. Nach der brasilianischen Rechtslehre „hat das brasilianische Zivilgesetzbuch, das dem italienischen folgt, zwischen einfachen und unternehmerischen Gesellschaften (Art. 982 Zivilgesetzbuch) unterschieden. Diese Tendenz geht auf das Mittelalter zurück und sollte unter uns bereits überwunden sein (...)“.

2.7 FASES DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS, A OMISSÃO DO CÓDIGO

Phasen der Vertragspflichten, die Gesetzlücke

No âmbito contratual, há que se citar o artigo 422 do novo Código Civil. O retrocesso não está no artigo em si, muito pelo contrário, o dispositivo avança sobremaneira ao positivar princípios como probidade e boa-fé e determinar sua observância obrigatória no decorrer da relação jurídica. A falta está naquilo que o artigo omite.

Auf Vertragsebene wird Art. 422 neuen Zivilgesetzbuchs zitiert. Der Rückgang befindet sich nicht im Artikel selbst, im Gegensatz schreitet die Bestimmung überaus fort, indem es die Prinzipien wie Redlichkeit und guten Glauben gesetzlich verankert und deren zwingende Beachtung im Laufe des Rechtsverhältnisses bestimmt. Das Fehlen befindet sich dort, wo der Artikel schweigt.

⁴¹ MAMEDE, Gladston. O Código Civil e o Direito Empresarial: análise crítica. In: GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães; VENOSA, Sílvio de Salvo (Coord.). *10 anos de Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 495.

Muito embora trate o dispositivo da necessidade de observância da probidade e da boa-fé na execução e na conclusão do contrato, silencia em relação às negociações preliminares e à eficácia pós-contratual.

Obwohl die Bestimmung die Notwendigkeit der Beachtung von Redlichkeit und guten Glauben in der Durchführung und Vertragsschluss behandelt, schweigt es über die vorvertraglichen Verhandlungen und die nachvertragliche Wirksamkeit.

A boa-fé objetiva pressupõe conduta honesta, leal e correta, trata-se de um princípio que deve ser observado por todas as partes da relação jurídica contratual. O contrato pode, entretanto, contar com uma fase pré-contratual e seus efeitos se estenderem no tempo, para além do fim formal da relação jurídica, assim parece lógico defender que a boa-fé seja princípio regente também nessas outras fases contratuais.

Der objektive gute Glaube setzt treues, redliches und korrektes Verhalten voraus. Das Prinzip soll von allen Parteien im Vertragsverhältnis beachtet werden. Der Vertrag kann aber eine vorvertragliche Phase haben und deren Wirkungen können bis später nach dem formalen Ende der Rechtsbeziehung dauern. So scheint es logisch zu verteidigen, dass das Prinzip des guten Glaubens auch in anderen Vertragsphasen herrscht.

Há necessidade de observância da boa-fé em todas as fases: “a melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas também aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva, são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato.”⁴²

Die Beachtung vom guten Glauben in allen Vertragsphasen ist notwendig: „die bessere Rechtslehre betont, dass der gute Glaube nicht nur beim Verhalten der Vertragschließenden in der Ausführung ihrer Pflichten, sondern auch beim vorvertraglichen Verhalten (*in contrahendo*) oder nach dem Erlöschen vom Vertrag

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

(*post pactum finitum*) angewandt werden soll. Somit erstreckt sich das Prinzip des guten Glaubens auf das Verhalten vor – während und nach dem Vertrag.

A jurisprudência tem adotado a perspectiva que exige a observância da boa-fé em todas as fases do contrato, inclusive nas tratativas⁴³, ou negociações preliminares, a despeito da omissão do artigo 422 do Código Civil. Novamente, é o juiz protagonista desse colmatar de lacunas.

Nach der Rechtsprechung soll trotz des Schweigens des Art. 422 Zivilgesetzbuch die Beachtung des guten Glaubens in allen Vertragsphasen inklusive in der verhandelnden Phase oder vorvertraglichen Verhandlungen erfolgen. Der Richter ist nochmal Hauptperson in der Erfüllung von Lücken.

2.8 AS IMPRECISÕES QUE FAZEM DA LEI LETRA MORTA

Die toten Buchstaben des Gesetzes aufgrund Ungenauigkeiten

Na temática dos direitos reais, o Código inovou por meio dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228; no entanto, por imperfeições, incorreu em retrocesso. Tratam os dispositivos da possibilidade de desapropriação judicial que consiste na perda da propriedade de extensa área, pela posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, que tenham realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços, considerados de interesse social e econômico

⁴³ Exemplo: “A atuação de boa-fé dos parceiros também é exigida na fase de tratativas, em consonância ao disposto no art. 422, do Código Civil. O autor omitiu informações essenciais a respeito da atividade empresarial, notadamente dados que impediam a concretização da avença. Diante disso, não se vê a atuação de boa-fé. Sentença de improcedência dos pedidos mantida. Recurso não provido” (TJ-SP - APL: 90580704220098260000 SP 9058070-42.2009.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 11/06/2013, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/06/2013).

Beispiel: “Der gute Glaube der Vertragspartner wird nach Art. 422 Zivilgesetzbuch auch in der verhandelnden Phase verlangt. Der Autor schwieg über Grundinformationen bezüglich der unternehmerischen Aktivität, insbesondere über Daten, die die Konkretisierung der Ablösung hinderten. Angesichts dessen ist kein guter Glaube zu merken. Urteil über die Erfolglosigkeit der Anträge aufrechterhalten. Berufung nicht stattgegeben“ (TJ-SP - APL: 90580704220098260000 SP 9058070-42.2009.8.26.0000, Berichterstatter: Carlos Alberto Garbi, Urteilsdatum: 11/06/2013, 10. Privatrechtliche Kammer, Verkündungsdatum: 17.06.2013).

relevante, mediante justa indenização ao expropriado.

In der Thematik von dinglichen Rechten erneuerte das Gesetzbuch durch Art. 1.228 Paragraphen 4 und 5; aber aufgrund Ungenauigkeiten erfolgte Rückgang. Diese Vorschriften regeln die Möglichkeit der gerichtlichen Enteignung, d.h. den Eigentumsverlust von großen Landflächen durch gutgläubigen Besitz während einer ununterbrochenen Frist von mehr als fünf Jahre einer beachtenswerten Zahl von Personen, welche Werke und Leistungen einzeln oder gemeinsam vollbracht haben, die von relevanten sozialen und wirtschaftlichen Interessen sind, wenn an den Eigentümer gerechten Entschädigung bezahlt wird.

Primeiramente, há que se notar uma série de conceitos jurídicos indeterminados, que tornam a aplicação dos dispositivos altamente dependentes do esforço hermenêutico por parte do juiz: “falta de precisão conceitual, que resulta em diversas dificuldades para a sua aplicação. (...) O emprego de tais fórmulas gerais tem a vantagem de dar maior margem ao juiz para valorar as especificidades do caso concreto, mas apresenta, em contrapartida, o inconveniente de tornar o direito mais inseguro.”⁴⁴

Erstens ist eine Serie von ungenauen Rechtsbegriffen zu merken, somit wird die Vorschriftsanwendung stark von der hermeneutischen Mühe des Richters abhängig: (...) Die Benutzung von solchen allgemeinen Klauseln hat den Vorteil, dem Richter höheren Spielraum in der Beurteilung der Fallbesonderheiten zu geben, aber andererseits den Nachteil, dass dadurch das Recht unsicherer wird.

Além disso, os dispositivos exigem requisitos em demasia, o que inviabiliza o aproveitamento prático da norma estabelecida. E mais: “a hipótese de transferência da propriedade imobiliária ali descrita é tão complexa, que exige a concorrência de inúmeras condições, e na prática é mais provável que os possuidores procurem outro meio para regularizar a sua situação dominial.”⁴⁵ Também se percebe que as normas

⁴⁴ RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4o. e 5o. do artigo 1.228 do código civil. *Revista dos Tribunais de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 34, p. 72-73, jun. 2008.

⁴⁵ Idem.

foram estabelecidas com o objetivo de atender a população com menor condição de renda, contudo, ao estabelecer o parágrafo 5º que a indenização deve ser paga pelo particular, deixa a norma de ser eficaz e ainda mais difícil de ser aplicada na prática.

Außerdem verlangen die Vorschriften viele Voraussetzungen, was die praktische Normanwendung hindert. Und noch dazu: „die Hypothese der dort beschriebenen Übertragung des Immobilieneigentums ist so komplex und verlangt die Konkurrenz von verschiedenen Bedingungen, und in der Praxis ist es wahrscheinlicher, dass die Besitzer ein anderes Mittel suchen werden, um den Besitz zu regulieren.“ Diese Normen wurden auch getroffen, um die Bevölkerung mit geringerem Einkommen zu berücksichtigen. Aber da Paragraph 5 verlangt, dass die Entschädigung von Privatperson zu zahlen ist, wird die Norm dadurch unzweckmäßig und in der Praxis schwer anwendbar.

Por conseguinte, “a principal crítica que se pode fazer à norma referida é o fato de a indenização ser paga pelo particular, pois, ao que parece, o instituto será preferencialmente utilizado para a proteção da população de baixa renda, o que não condiz com a realidade. Esta não tem recursos para adquirir o bem, muito menos para pagar a indenização determinada pela lei.”⁴⁶

Angesichts dessen ist “die Hauptkritik an diese Norm die Bezahlung von Entschädigung durch Privatperson, denn die Vorschrift soll eher für den Schutz der Bevölkerung mit geringem Einkommen angewandt werden, das entspricht aber nicht der Realität. Diese hat keine Mittel, das Gut zu erwerben, und noch weniger, um die vom Gesetz verlangte Entschädigung zu zahlen.“

Como o dispositivo exige muitos pré-requisitos fundados em conceitos abertos, a jurisprudência⁴⁷ tende a não reconhecer o direito, e assim leva à ineficácia

⁴⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

⁴⁷ Há numerosos exemplos dessa realidade, valendo citar: Apelação Cível Nº 70044827681, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 06/10/2011.

Es gibt zahlreiche Beispiele dieser Realität, wie z.B.: Zivilberufung Nr. 70044827681, Siebzehnte Zivilkammer, Landgericht von RS, Berichterstatter: Elaine Harzheim Macedo, Urteil vom

da norma.

Da die Vorschrift viele auf offenen Begriffen beruhenden Voraussetzungen verlangt, tendiert die Rechtsprechung dazu, das Recht nicht anzuerkennen, und somit führt es zur Normunwirksamkeit.

2.9 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM SEGUNDO PLANO

Die ungerechtfertigte Bereicherung im Hintergrund

Outro problema do Código Civil de 2002 está no campo do direito das obrigações, mais especificamente na temática do enriquecimento sem causa. O artigo 886 do Código empresta um caráter de subsidiariedade ao instituto. Segundo o referido dispositivo, não caberá restituição por enriquecimento sem causa se a lei conferir ao lesado outros meios de ressarcir o prejuízo sofrido. Percebe-se que há evidente depreciação de instituto que é autônomo em relação aos outros meios de reparação civil.

Ein anderes Problem des Zivilgesetzbuchs 2002 liegt im Bereich des Schuldrechts, genauer in der Thematik der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Art. 886 Zivilgesetzbuch verleiht dem Rechtsinstitut einen Subsidiaritätscharakter. Nach dieser Vorschrift erfolgt keine Entschädigung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung, wenn das Gesetz dem Beschädigten andere Mittel zur Verfügung stellt, um die erlittene Schädigung auszugleichen. Es gibt eine offensichtliche Wertherabsetzung des Rechtsinstituts, das im Vergleich mit anderen Entschädigungsmitteln autonom ist.

A jurisprudência⁴⁸ assume a subsidiariedade do instituto do enriquecimento

06.10.2011.

⁴⁸ É assim que se passa no seguinte julgado: “ (...) A ação de locupletamento ilícito sempre será subsidiária, tanto no caso de ação derivada de títulos de créditos como nos casos de enriquecimento sem causa em geral, tal como prevê o art. 886 do Código Civil (...)” (TJ-MG - AC: 10515110030613001 MG, Relator: Otávio Portes, Data de Julgamento: 10/07/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/07/2014).

So erfolgt in diesem Urteil: “(...) Nach Art. 886 Zivilgesetzbuch wird die Klage über ungerechtfertigte Bereicherung sowohl im Fall der von Kreditpapieren abgeleiteten Klage als auch in den Fällen von ungerechtfertigter Bereicherung im allgemeinen immer subsidiär sein (...)” (TJ-MG -

sem causa, a despeito das críticas.

Trotz der Kritiken erkennt die Rechtsprechung die Subsidiarität des Rechtsinstituts der ungerechtfertigten Bereicherung.

2.10 MAIS PRAZO PARA IRRESPONSABILIDADE, MENOR PRAZO PARA A RESPONSABILIDADE

Mehr Frist für Nichthaftung, weniger Frist für Haftung

Por fim, mas não menos importante, deve ser citada a redução do prazo de prescrição de vinte para três anos na reparação civil, conforme determina o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V. Se por um lado o Código adota a possibilidade de uma responsabilização objetiva como forma de privilegiar a mitigação dos danos sofridos, por outro, estabelece um prazo demasiadamente exíguo para a proposição de ação referente à responsabilidade civil, de modo a gerar o efeito justamente contrário, e impondo à vítima ônus excessivo. Note-se que o Código Civil de 1916 trazia prazo prescricional de vinte anos para as pretensões originárias da responsabilidade civil. A diferença de dezessete anos entre o Código pretérito e o atual apenas reforça a intranquilidade nessa temática.

Zuletzt aber nicht weniger wichtig soll die Reduzierung der Verfallsfrist von zwanzig auf drei Jahre in der Zivilhaftung nach Art. 206 § 3 Abs. V erwähnt werden. Wenn das Zivilgesetzbuch die Möglichkeit einer objektiven Haftung einerseits annimmt, um die Mäßigung der erlittenen Beschädigung vorzuziehen, legt es andererseits eine zu sehr kurze Frist fest. Somit entsteht die gegensätzliche Wirkung und dem Opfer wird übermassige Last auferlegt. Das Zivilgesetzbuch von 1916 regelte die Verfallsfrist von zwanzig Jahren für Ansprüche aus Zivilhaftung. Der Unterschied von siebzehn Jahren zwischen dem ehemaligen und dem jetzigen Gesetzbuch bekräftigt nur die Unruhe dieser Thematik.

Se a responsabilidade civil “constitui-se em um dos mais relevantes setores do

direito contemporâneo (...), esse conflito de interesses entre o autor do dano e a vítima, que exige a composição do dano injusto, é o problema fundamental da responsabilidade civil.”⁴⁹ Justamente por tutelar interesses importantes e por garantir a devida reparação à vítima de dano injusto, não pode tal instituto ter um prazo prescricional tão diminuto. Compreende-se a necessidade de segurança jurídica dentro do ordenamento, contudo, ao estabelecer prazo tão exíguo parece que o direito de reparação da vítima fica em detrimento em relação à segurança jurídica que o ordenamento pretende oferecer ao autor do dano injusto. Esse dispositivo é inadequado, considerando a tônica constitucionalizada e solidarista que deve ter o novo Código Civil.

Da die Zivilhaftung “ein der wichtigsten Bereiche des heutigen Rechts ist (...), ist dieser Interessenkonflikt zwischen Beschädigungskläger und dem Opfer, das die gerechte Beschädigungsausgleichung verlangt, ein Grundproblem der Zivilhaftung“. Da dieses Rechtsinstitut bedeutende Interessen schützt und dem Opfer der ungerechten Beschädigung die gerechte Ausgleichung garantiert, darf solches Rechtsinstitut nicht so eine zu kurze Verfallsfrist haben. Man versteht die Notwendigkeit der Rechtssicherheit in der Rechtsordnung, aber wenn es eine so kurze Frist festgelegt wird, scheint es so, dass das Recht des Opfers auf Schadensersatz im Vergleich zur Rechtssicherheit benachteiligt wird. Aber genau diese soll die Rechtsordnung dem Kläger des ungerechtfertigten Schadens anbieten. Diese Bestimmung ist unpassend, denn das neue Zivilgesetzbuch soll einen verfassungsmäßigen und solidarischen Ton beinhalten.

A jurisprudência observada nos tribunais⁵⁰ do Brasil não tem outra opção

⁴⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 546.

⁵⁰ Observe-se a propósito: “Tratando-se de pretensão de reparação civil, o prazo prescricional aplicável à espécie é o trienal” (Apelação Cível Nº 70057807950, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 19/12/2013); e ainda :TJ-RS - AC: 70057807950 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 19/12/2013, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/01/2014.

Übrigens diesbezüglich: “Wenn es um die Forderung von Zivilhaftung geht, ist die anwendbare Verfallsfrist das dreijährige“ (Zivilberufung Nr. 70057807950, Zehnte Zivilkammer, Landgericht von RS, Berichterstatter: Paulo Roberto Lessa Franz, Urteil vom 19.12.2013); und noch:

senão aplicar o dispositivo citado, e chancelar menor responsabilidade, em nosso ver.

Die beobachtete Rechtsprechung der Gerichte in Brasilien hat keine andere Option als die Anwendung der erwähnten Vorschrift und soll **unseres Erachtens** weniger Verantwortung befürworten.

Findada a análise tópica dos avanços e retrocessos do Código Civil de 2002, apresentamos algumas conclusões e considerações finais sobre esses anos de vigência, ainda que não se pretenda, de modo algum, encerrar esse debate que, certamente, encontra divergência entre os civilistas brasileiros.

Nach dieser punktuellen Analyse von Fortschritten und Rückgängen des Zivilgesetzbuches 2002 stellen wir einige Schlussfolgerungen und Schlussbemerkungen über diese Geltungsjahren dar, selbst wenn man hier nicht vorhat, diese Debatte zu beenden, die sicherlich Divergenz unter den brasilianischen Zivilrechtsexperten findet.

CONCLUSÕES SCHLUSBEMERKUNGEN

Um Código não nasce feito, se faz com auxílio da doutrina e criação da jurisprudência. O Brasil merece mais.

Das Gesetzbuch ist nicht fertig geboren, es vervollständigt sich mit der Hilfe der Rechtslehre und Schaffung der Rechtsprechung. Brasilien verdient mehr.

De modo geral, nos parece que, muito embora o Código tenha trazido inquestionáveis avanços em diversas áreas, não atende o que se esperava depois de tão longa discussão e tramitação. O Código Civil de 2002, conforme já dito acima, não nasceu constitucionalizado por completo. Em diversos momentos falhou em seu desafio de reverberar as conquistas constitucionais no âmbito do direito privado. Também não se pode olvidar que o Código, segundo foi demonstrado, em diversos momentos entra em contradição consigo mesmo. Reitera-se aqui que certamente o Código avançou em vários aspectos, porém poderia e deveria ter desbravado mais.

Im Allgemeinen scheint es uns so, dass das Gesetzbuch trotz der unbestreitbaren Fortschritte und nach so langer Diskussion und Gesetzgebungsprozess dem Erwarteten nicht nachkommt. Wie bereits erwähnt entstand das Zivilgesetzbuch von 2002 nicht ganz verfassungsmäßig. In verschiedenen Momenten scheiterte es an seiner Herausforderung, die verfassungsmäßigen Errungenschaften im Bereich des Privatrechts nachzuhalten. Man darf auch nicht vergessen, dass das Gesetzbuch, wie gezeigt, in verschiedenen Momenten sich selbst widerspricht. Das Gesetzbuch schritt aber in vielen Aspekten sicherlich fort, indessen sollte und konnte es aber mehr fortgeschritten haben.

Para além da discussão teórica, é preciso refletir se o novo Código Civil produz resultados práticos, isto é, se de fato consegue atender às necessidades do povo brasileiro, sobretudo quando se tem em mente a composição altamente heterogênea dessa nação. A resposta a isso não é simples. A inserção principiológica em um estatuto privado, conforme analisado, pode atribuir ao Poder Judiciário uma maior

possibilidade de fazer justiça no caso concreto e, nesse sentido, o Código de 2002 atende às demandas mais diversas de uma sociedade tão multicultural. Contudo, causa desassossego que o atendimento dessa demanda dependa de uma interpretação positiva por parte do Judiciário e não de uma produção legislativa competente.

Über die theoretische Diskussion hinaus ist es nachzudenken, ob das neue Zivilgesetzbuch praktische Wirkungen hat, d.h. ob es die Bedürfnissen des Volkes tatsächlich befriedigen kann, insbesondere wenn man die hoch heterogene Zusammensetzung dieses Landes vor Augen hat. Die Antwort darauf ist nicht einfach. Wie bereits analysiert kann die Einsetzung von Prinzipien in ein Privatrechtinstitut der rechtsprechenden Gewalt eine erhöhte Möglichkeit, im konkreten Fall Justiz zu machen, zuweisen, und in diesem Sinne kommt das Zivilgesetzbuch von 2002 den verschiedensten Nachfragen einer sehr multikulturellen Gesellschaft nach. Es beunruhigt aber indessen, dass die Befriedigung dieser Nachfrage von einer positiven Auslegung seitens der Rechtsprechung und nicht von einer fähigen Gesetzgebung abhängen soll.

Por exemplo, o reconhecimento da união estável homoafetiva dependeu de uma interpretação constitucionalizada pelo Judiciário, pois o legislador foi incapaz de arrostar esse desafio. O Código Civil de 2002 como codificação apresenta, sem dúvida, respostas para várias necessidades, todavia, frente a intensas mudanças e cada vez mais diversidade, um Código, sozinho, invariavelmente torna-se insuficiente.

Die Anerkennung der homoaffektiven Lebenspartnerschaft hing z. B. von einer verfassungsmäßigen Auslegung durch die Rechtsprechung ab, denn der Gesetzgeber war in dieser Herausforderung unfähig. Das Zivilgesetzbuch von 2002 als Kodifizierung stellt zweifellos Antworten auf verschiedenen Notwendigkeiten dar, es zeigt sich aber angesichts tiefgreifender Veränderungen und immer mehr Vielfalt allein ungenügsam.

Espera-se que no futuro não sofra o Código Civil da Síndrome do Barão de Münchausen, querendo interpretar o mundo apenas por meio das suas formas jurídicas e não dando atenção para os fatos que enriquecem a vida ao seu redor.

Es ist in der Zukunft zu erwarten, dass das Zivilgesetzbuch nicht an Münchhausen-Syndrom leidet, indem es die Welt nur anhand seiner Rechtsformen zu interpretieren versucht, und auf die Tatsachen, die das Leben herum bereichern, nicht achtet.

A lei nunca nasce pronta e acabada. Fazê-la na prática, essa é a tarefa de todos nós.

Das Gesetz entsteht nie fertig und vollständig. Es ist die Aufgabe von uns allen, es in der Praxis zu vervollständigen.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS BIBLIOGRAPHIE

A reflexão aqui apresentada leva em conta tanto a produção do autor, contida, especialmente na mais recente obra publicada (denominada *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. 226 páginas), bem como (indiretamente) o pensamento jurídico brasileiro que tem comentado a aplicação do Código Civil; especificamente são indicadas as fontes diretas do presente texto:

Die hier dargestellte Überlegung bezieht sich sowohl auf die Textproduktion vom Verfasser, die sich insbesondere in der neuesten Ausgabe (*Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. 226 Seiten) befindet, als auch (indirekt) auf die brasilianische Rechtslehre über die Anwendung des Zivilgesetzbuches; die direkten Quellen dieses Aufsatzes werden spezifisch angegeben:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Experiência no STJ. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011. p. 17.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação x Direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. In: Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, *Revista da AMAERJ*, n. 5, 2002, p. 15.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo código civil. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; FRANK, Felipe. Problematizações sobre a unicidade da interrupção prescricional no artigo 202 do Código Civil brasileiro. In: GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães; VENOSA, Sílvio de Salvo (Coord.). *10 anos de Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 392.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAMEDE, Gladston. O Código Civil e o Direito Empresarial: análise crítica. In: GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães; VENOSA, Sílvio de Salvo (Coord.). *10 anos de Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 495.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4o. e 5o. do artigo 1.228 do código civil. *Revista dos Tribunais de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 34, p. 71-91, jun. 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VASCONCELOS, Fernando. Extinção do contrato. In: LÔBO, P. L. N.; LYRA JUNIOR, E. M. G. (Coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 192.