2020.1

@cadernossistematizados contato@cadernossistematizado.com

Caderno Sistematizado de Direito Civil II – Obrigações e Responsabilidade Civil

Direitos Civil II - Obrigações e Responsabilidade Civil

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES 9
1. CONCEITO 9
1.1. VISÃO GERAL 9
1.2. OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO 10
1.3. QUAL A DIFERENÇA ENTRE SCHULD E HAFTUNG? 11
1.4. OBRIGAÇÕES “PROPTER REM” 11
1.5. O QUE SE ENTENDE POR OBRIGAÇÃO COM EFICÁCIA REAL? 11
2. ESTRUTURA E REQUISITOS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL 11
2.1. REQUISITOS 11
2.2. FONTES DA OBRIGAÇÃO 12
2.2.1. Classificação clássica de Gaio (Romana) 12
2.2.2. Classificação Moderna 12
2.2.3. Classificação Tartuce 13
2.3. ELEMENTO IMATERIAL DA OBRIGAÇÃO: VÍNCULO. TEORIA MONISTA E DUALISTA DA OBRIGAÇÃO 13
2.3.1. Teoria Unitária (monista) 13
2.3.2. Teoria binária (dualista) 13
2.4. ELEMENTO SUBJETIVO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL 14
2.5. ELEMENTO OBJETIVO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL 14
2.6. EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES 15
3. CLASSIFICAÇÃO BÁSICA DA OBRIGAÇÃO 15
3.1. OBRIGAÇÃO DE DAR 16
3.1.1. Obrigação de dar coisa certa 16
3.1.2. Obrigação de dar coisa incerta 17
3.2. OBRIGAÇÃO DE FAZER 18
3.3. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER 19
3.4. ESQUEMA GRÁFICO 19
3.5. O “EQUIVALENTE” 20
4. CLASSIFICAÇÃO ESPECIAL DAS OBRIGAÇÕES 22
4.1. OBRIGAÇÃO NATURAL 22
4.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO 23
4.3. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA 24
4.3.1. Solidariedade passiva 25
4.3.2. Solidariedade ativa 28
4.3.3. Questões especiais da Jurisprudência envolvendo SOLIDARIEDADE 28
4.3.4. Nova redação do art. 274 29

4.4. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA, CUMULATIVA E FACULTATIVA 29
4.4.1. Conceito 29
4.4.2. Diferença entre obrigação alternativa x obrigação facultativa 30
4.5. OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS 30
4.6. OBRIGAÇÃO DE GARANTIA 32
5. TEORIA DO PAGAMENTO 32
5.1. NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO 33
5.2. "TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL" (*SUBSTANCIAL PERFORMANCE*) 33
5.3. CONDIÇÕES DO PAGAMENTO 33
5.4. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DO PAGAMENTO 34
5.4.1. Quem pode pagar 34
5.4.2. A quem se deve pagar 35
5.5. CONDIÇÕES OBJETIVAS DO PAGAMENTO 36
5.5.1. Tempo do pagamento 36
5.5.2. Lugar do Pagamento 37
5.5.3. Prova (quitação) do Pagamento 37
5.5.4. Objeto do Pagamento 38
6. FORMAS ESPECIAIS DE PAGAMENTO 40
6.1. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO 41
6.1.1. Conceito 41
6.1.2. Natureza Jurídica 41
6.1.3. Hipóteses de ocorrência 41
6.1.4. Requisitos de validade 41
6.1.5. Possibilidade do levantamento do depósito pelo devedor 42
6.1.6. Consignação de coisa certa/incerta 42
6.1.7. Despesas processuais 43
6.1.8. Prestações periódicas 43
6.1.9. Consignação extrajudicial 44
6.1.10. Consignação judicial em pagamento 45
6.2. PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO (SUBSTITUIÇÃO) 47
6.2.1. Conceito 47
6.2.2. Espécies de pagamento com sub-rogação 47
6.3. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO 49
6.3.1. Conceito 49
6.4. NOVAÇÃO 50
6.4.1. Conceito 50

6.4.2. Requisitos da novação 50
6.4.3. Espécies de novação 52
6.4.4. Efeitos da novação 53
6.5. DAÇÃO EM PAGAMENTO (*DATIO IN SOLUTUM*) 53
6.5.1. Conceito 53
6.5.2. Requisitos da Dação em Pagamento 54
6.5.3. Evicção da coisa dada em pagamento (art. 359) 54
6.6. REMISSÃO 55
6.6.1. Conceito 55
6.6.2. Remissão x Renúncia 55
6.6.3. Remissão x Doação 56
6.6.4. Requisitos de validade 56
6.6.5. Tipos de remissão 56
6.6.6. Modalidades de perdão 56
6.7. CONFUSÃO 57
6.7.1. Conceito 57
6.8. COMPENSAÇÃO 57
6.8.1. Conceito 57
6.8.2. Espécies de compensação 58
6.8.3. Compensação Legal (art. 369) 58
6.8.4. Hipóteses de impossibilidade de compensação (art. 373) 59
6.9. TRANSAÇÃO 60
6.9.1. Conceito e natureza jurídica 60
6.9.2. Elementos constitutivos 60
6.9.3. Espécies 60
6.9.4. Forma 61
6.9.5. Objeto 61
6.9.6. Características 61
6.9.7. Efeitos 61
7. TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES 61
7.1. CESSÃO DE CRÉDITO 62
7.1.1. Conceito 62
7.1.2. Cessão X pagamento com sub-rogação 62
7.1.3. Cessão x novação subjetiva ativa 62
7.1.4. Cessão X Endosso (ver Empresarial) 62
7.1.5. Análise dos artigos 63

7.1.6. Responsabilidade pela cessão do crédito 64
7.2. CESSÃO DE CONTRATO (CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL) 65
7.2.1. Conceito 65
7.2.2. Cessão de contrato x Cessão de crédito/débito 65
7.2.3. Teorias explicativas da cessão contratual 66
7.2.4. Requisitos da cessão de contrato 66
7.3. CESSÃO DE DÉBITO (ASSUNÇÃO DE DÍVIDA) 66
7.4. QUADRO ESQUEMÁTICO (cessão x novação) 67
8. TEORIA DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES 68
8.1. INTRODUÇÃO 68
8.2. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO x INADIMPLEMENTO RELATIVO 68
8.3. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO 68
8.3.1. Inadimplemento absoluto FORTUITO 68
8.3.2. Inadimplemento absoluto CULPOSO 69
8.4. INADIMPLEMENTO RELATIVO 71
8.4.1. Mora do CREDOR (mora *accipiendi* ou *credendi*) 71
8.4.2. Mora do DEVEDOR (mora solvendi ou debendi) 72
9. PERDAS E DANOS 73
10. JUROS 75
10.1. PREVISÃO LEGAL 75
10.2. QUANTO À ORIGEM: JUROS CONVENCIONAIS OU LEGAIS 75
10.3. QUANTO À RELAÇÃO COM O INADIMPLEMENTO: JUROS MORATÓRIOS OU COMPENSATÓRIOS/REMUNERATÓRIOS. 76
10.4. JUROS CAPITALIZADOS (ANATOCISMO) 80
10.4.1. Capitalização anual de juros 80
10.4.2. Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano 81
10.4.3. Desde que expressamente pactuada 81
10.4.4. Impugnações à MP 2.170-36/2001 82
11. CLÁUSULA PENAL 83
11.1. CONCEITO 83
11.2. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA 85
11.3. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA 86
11.4. CLÁUSULA PENAL E PERDAS E DANOS 86
11.5. PLURARIDADE DE PARTES 87
11.6. HIPÓTESES DE REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL 87
12. ARRAS (sinal) 88
12.1.1. Arras x Cláusula penal 89

13. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA 90
RESPONSABILIDADE CIVIL 91
1. INTRODUÇÃO 91
2. CONCEITO 92
3. SISTEMA POSITIVO DE RESPONSABILIDADE CIVIL 93
4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 96
4.1. CONDUTA HUMANA 96
4.2. NEXO DE CAUSALIDADE 97
4.2.1. Conceito 97
4.3. DANO OU PREJUÍZO 98
4.3.1. Conceito 99
4.3.2. Requisitos 99
4.3.3. Espécies de danos 100
4.3.4. Questões especiais sobre dano 101
4.4. FATOR DE ATRIBUIÇÃO 103
5. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE 104
5.1. CONCEITO 104
5.2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE É ADOTADA NO BRASIL? 104
5.3. NATUREZA DO DANO 104
5.4. EXEMPLO DE APLICAÇÃO DESTA TEORIA 104
6. TEORIA DO RISCO (RESPONSABILIDADE OBJETIVA) 107
6.1. ORIGEM 107
6.2. MODALIDADES DO RISCO 107
6.2.1. Teoria do Risco Proveito 107
6.2.2. Teoria do Risco Profissional 107
6.2.3. Teoria do Risco Excepcional 108
6.2.4. Teoria do Risco Criado 108
6.2.5. Teoria do Risco Integral 108
7. CAUSA EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL 108
7.1. EXCLUDENTES DA ILICITUDE 109
7.1.1. Estado de necessidade e legítima defesa (188, I - primeira parte – e II CC) 109
7.1.2. Estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito (art. 188 inc. I - segunda parte - CC) 109
7.2. EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL 110
7.2.1. Caso fortuito e força maior 110
7.2.2. Culpa exclusiva da vítima 111
7.2.3. Fato de terceiro 112

7.3. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR 113
7.4. QUESTÕES ESPECIAIS ENVOLVENDO VEÍCULO 114
8. LIQUIDAÇÃO DO DANO: INDENIZAÇÃO 115
8.1. MORTE DA VÍTIMA 115
8.2. LESÃO LEVE OU GRAVE 117
8.3. ACESSÓRIOS DA INDENIZAÇÃO 118
8.3.1. Juros moratórios 119
8.3.2. Correção monetária 120
8.4. LEGITIMADOS PARA POSTULAR A INDENIZAÇÃO 121
8.4.1. Danos Materiais 121
8.4.2. Danos Morais 121
9. ACIDENTE DE TRABALHO 122
10. O DANO MORAL 122
10.1. HISTÓRICO 122
10.2. CONCEITO 122
10.3. NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL 123
10.4. DANO MORAL EM SEDE DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS 123
10.5. DANO MORAL POR “ABANDONO AFETIVO” 124
10.6. CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL 125
10.7. “DANO BUMERANGUE” 126
10.8. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL: COMENTÁRIOS À TEORIA DO PUNITIVE DAMAGE 126
10.9. TRANSMISSIBILIDADE *MORTIS CAUSA* DO DANO MORAL 127
10.10. DANO MORAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ 127
10.11. DANO MORAL E PRESCRIÇÃO 130
11. DANOS SOCIAIS 130
11.1. CONCEITO 130
11.2. CASOS PRÁTICOS 131
12. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA 133
12.1. INTRODUÇÃO 133
12.2. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO ANIMAL 133
12.3. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA 134
12.3.1. Responsabilidade pela ruína (edifícios ou construções) – Art. 937 CC. 134
12.3.2. Responsabilidade por objetos lançados/caídos (de edifícios ou construções) – Art. 938 CC. 134
12.4. RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO (RESPONSABILIDADE “INDIRETA”) ... 135
12.4.1. Introdução 135

12.4.2. Análise do Art. 932 135
12.4.3. Ação regressiva 139
13. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA 139
13.1. RESPONSABILIDADE PELO ERRO MÉDICO 139
13.2. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO 140
13.3. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA 140
13.4. ANESTESIOLOGISTA: DANO EM RAZÃO DA ANESTESIA 140
13.5. TRANSFUSÃO DE SANGUE E TESTEMUNHAS DE JEOVÁ (VER CHAVES) 140
13.6. O QUE É "TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO"? 141
13.7. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE 141
13.8. INFECÇÃO HOSPITALAR 141
13.9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANO DE SAÚDE 141
14. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR 141
14.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO AOS SEUS EMPREGADOS 142
14.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO A TERCEIROS 142
14.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO AOS PASSAGEIROS 142
14.4. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR 143
14.5. TRANSPORTE DE SIMPLES CORTESIA 143
15. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO 143
16. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 143
16.1. REGRA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO 144
16.2. EXCLUDENTES 144
16.3. ALCANCE DO ART. 37, §6º, CF. "TERCEIROS". 144
16.4. ESTADO EXECUTANDO ATIVIDADE ECONÔMICA 145
16.5. CONDUTA OMISSIVA 145
17. DPVAT 145
17.1. EM QUE CONSISTE O DPVAT? 145
17.2. QUEM CUSTEIA AS INDENIZAÇÕES PAGAS PELO DPVAT? 146
17.3. VALOR DA INDENIZAÇÃO DO DPVAT 146
17.4. AÇÕES DE COBRANÇA ENVOLVENDO O SEGURO DPVAT 146
17.5. PRAZO PRESCRICIONAL NA AÇÃO COBRANDO A INDENIZAÇÃO DO DPVAT 147
17.6. PRAZO PRESCRICIONAL NA AÇÃO COBRANDO A COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DPVAT 147
17.7. PRAZO PRESCRICIONAL DURANTE A TRAMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PEDIDO DO DPVAT 147

17.8. FORO COMPETENTE 148
17.9. MINISTÉRIO PÚBLICO 148

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

1. CONCEITO

1.1. VISÃO GERAL

Trata-se de um conjunto de normas que disciplina a relação jurídica pessoal vinculativa de um credor a um devedor, por meio da qual o sujeito passivo assume o dever de cumprir uma prestação de interesse do outro.

A relação jurídica obrigacional é uma relação jurídica PESSOAL, pois vincula pessoas – sujeito ativo, credor a sujeito passivo, devedor. É este vínculo que liga o sujeito ativo e passivo. A relação obrigacional é relação horizontal, vincula pessoas ***horizontalmente***. Exemplo: tenho relação jurídica obrigacional com a empresa de telefonia, com o estado, com a empresa do cartão de crédito.

Pablo Stolze define a obrigação como "*uma relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)*"

Segundo Flávio Tartuce, a obrigação pode ser definida como sendo "*uma relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa. Havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor.*"

A relação jurídica REAL, diferentemente, que é disciplinada não pelo direito obrigacional, mas pelos direitos reais (direitos das coisas) é vertical, vinculando um sujeito a uma coisa. Para alguns autores, não seria entre um sujeito e umas coisas, mas na "ponta" teria sempre um sujeito passivo universal, que teria a obrigação de respeitar a relação.

Entretanto, **Orlando Gomes** diz que **"***a existência de obrigação passiva universal não basta para caracterizar o direito real, porque outros direitos radicalmente distintos, como os personalíssimos, podem ser identificados pela mesma obrigação negativa universal*". Então, os **direitos reais** têm eficácia erga omnes (respeitados por qualquer pessoa), no aspecto interno (relação jurídica em si), o poder jurídico que contém é exercitável diretamente contra os bens e coisas em geral, independentemente da participação de um sujeito passivo.

Os **direitos pessoais** (notadamente os obrigacionais**), tem** por objeto a atividade do devedor, contra o qual são exercidos. Ao transferir a propriedade da coisa vendida, o vendedor passa a ter um direito pessoal de crédito contra o comprador (devedor), a quem incumbe cumprir a prestação de dar a quantia pactuada (dinheiro). É uma relação vinculativa, entre o sujeito ativo, credor e sujeito passivo, devedor.

OBS: toda relação jurídica real, é típica, ou seja, prevista em lei. Já a relação jurídica obrigacional, não depende de previsão legal.

Os direitos reais estão SEMPRE na lei (não se inventa direitos reais, propriedade, etc.) agora os direitos obrigacionais, a relação obrigacional é constituída segundo a autonomia privada, é muito mais ***dinâmica***.

DIREITOS REAIS	DIREITOS PESSOAIS OBRIGACIONAIS
Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa. O sujeito passivo não é determinado, mas é toda a coletividade.	Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo – credor) e outra (sujeito passivo – devedor).
Princípio da publicidade (tradição e registro).	Princípio da autonomia privada (liberdade).
Efeitos *erga omnes*.	Efeitos *inter partes*. Obs.: há uma tendência de relativização do efeito *inter partes*, como ocorre na tutela externa do crédito.
Rol taxativo (*numerus clausus*). *É o que prevalece.	Rol exemplificativo (*numerus apertus*).
A coisa responde (direito de sequela).	Os bens do devedor respondem (princípio da responsabilidade patrimonial).
Caráter permanente.	Caráter transitório.
Exemplo: propriedade.	Exemplo: contrato.

1.2. OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO

Vista sob o **enfoque clássico/estático**, a obrigação é uma relação jurídica pessoal e transitória existente entre credor e devedor e que concede ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação de direitos pessoais, que pode ser positiva ou negativa, havendo possibilidade de coerção judicial em caso de inadimplemento.

Analisada sob o **conceito dinâmico**, a **obrigação é vista como um processo**, conceito trazido por Clóvis Couto e Silva. A obrigação seria uma série de atividades a serem exercidas pelo credor e pelo devedor com a finalidade de ver satisfeita a prestação devida. Deixa-se de lado o conceito estático de obrigação e passa-se a falar em **relação de cooperação** voltada ao adimplemento.

Nas palavras de Clóvis Couto e Silva, "*a obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer interesse do credor. A relação jurídica como um todo,* é um sistema de processos. Não seria possível definir a obrigação como ser dinâmico se não existisse separação entre o plano do nascimento e desenvolvimento e o do adimplemento."

É sob o enfoque da **obrigação vista como um processo** que se fala em deveres anexos e em função social da obrigação. Assim, passam a exercer influência sobre o direito obrigacional os princípios da eticidade e da sociabilidade, além da boa-fé objetiva. Dentre os **deveres anexos,** que possuem por base, primordialmente, a boa-fé objetiva que se exige das partes, podemos citar a lealdade, a probidade, a retidão, a ética, a reciprocidade, a proteção, a informação e o auxílio.

Nelson Rosenvald: A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si -, que desde o início encaminha uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais relevante o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e do devedor.

1.3. QUAL A DIFERENÇA ENTRE SCHULD E HAFTUNG?

Expressões alemãs. Dois sentidos importantes para o direito obrigacional.

SCHULD - DÉBITO

HAFTUNG – RESPONSABILIDADE.

Em geral, no direito das obrigações fala-se que o devedor tem schuld – débito – e haftung – responsabilidade –. Mas pode acontecer que o devedor tenha o débito (SCHULD) e um terceiro ter a responsabilidade, como na fiança. O fiador é um terceiro que tem o haftung.

1.4. OBRIGAÇÕES "PROPTER REM"

As obrigações *propter rem* são também chamadas de simbióticas, mistas ou híbridas porque possuem características tanto de direito real como de direito pessoal

Trata-se de uma obrigação híbrida, de **natureza mista, REAL e PESSOAL**. Este tipo de obrigação, posto vincule pessoas (credor e devedor), adere a uma coisa acompanhando-a. Fica entre o real e o obrigacional. É como se fosse uma sequela, acompanha a coisa.

1.5. O QUE SE ENTENDE POR OBRIGAÇÃO COM EFICÁCIA REAL?

Trata-se de uma obrigação que, levada ao registro, passa a ter eficácia erga omnes.

A obrigação que se tem, no contrato de locação, por exemplo, é uma obrigação que une locador, locatário. Essa obrigação tem eficácia inter partes, em geral as obrigações só geram efeitos entre as próprias partes. Se o dono do imóvel resolve vender a terceiro, mesmo estando alugado, como a obrigação só gera efeitos entre as partes, o terceiro dará um "chute" (denunciar o contrato, com prazo de 90 dias para desocupação) no inquilino. EXCETO se na forma do art. 8º da lei do inquilinato, for averbada a relação locatícia no registro de imóveis, então ela terá eficácia real, qualquer pessoa que comprar o imóvel, terá de respeitar a locação.

> *Lei de Locações - Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.*
> *§ 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.*

2. ESTRUTURA E REQUISITOS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

2.1. REQUISITOS

A doutrina reconhece três requisitos fundamentais na relação obrigacional.

1) IMATERIAL (espiritual): é o próprio **VÍNCULO** abstrato que une credor e devedor. Vínculo pessoal não se confunde com vínculo real.

2) SUBJETIVO: sujeitos que devem ser determinados/determináveis.

3) OBJETIVO: mais importante de todos - a PRESTAÇÃO.

2.2. FONTES DA OBRIGAÇÃO

Tecnicamente, desde o jurisconsulto "Gaio", fonte da obrigação, é o fato jurídico que lhe dá origem. É o que constitui a relação obrigacional. **A fonte cria a relação obrigacional**.

GAIO: primeiro jurista a apresentar uma classificação de fontes das obrigações.

A **lei é a fonte primária** de toda relação obrigacional. Entretanto, entre a norma legal e a relação jurídica, há de concorrer um fato que a concretize.

Exemplo: no CC consta o ato ilícito. Entre o ato ilícito e a obrigação de indenizar, deve concorrer especificamente uma situação de ilicitude.

2.2.1. Classificação clássica de Gaio (Romana)

Segundo a classificação clássica de GAIO, as fontes seriam as seguintes:

a) Contrato (acordo bilateral de vontades).

b) "Quase contrato" (figuras negociais, que não nasciam de um acordo bilateral de vontades, exemplo: promessa de recompensa, cria obrigação, mas a promessa não é um contrato, não nasce de um acordo bilateral de vontades. Segundo Gaio, seria fonte da obrigação, mas não um contrato)

c) Delito (era o ilícito doloso, eu intencionalmente lanço meu carro no seu, nasce a obrigação de indenizar)

d) "Quase delito" (ilícito culposo)

Doutrina moderna, em geral, não adota essa sistematização de Gaio, ela prefere apontar as seguintes fontes das obrigações:

2.2.2. Classificação Moderna

a) ***Atos negociais*** (contrato – *NJ bilateral*, testamento – *NJ unilateral*, promessa de recompensa – *ato unilateral* –, declarações unilaterais de vontade – *atos unilaterais*)

b) ***Atos não negociais*** (atos jurídicos em sentido estrito, o fato material da vizinhança é um ato não negocial que pode criar obrigação para os vizinhos)

c) ***Atos ilícitos*** (abuso de direito, enriquecimento ilícito)

A fonte cria a relação obrigacional.

OBS: a palavra obrigação, em sentido estrito, significa dever jurídico. Confunde-se com o schuld. MAS em sentido amplo, obrigação, pode traduzir a própria relação jurídica que une credor e devedor.

2.2.3. Classificação Tartuce

a) lei: é a fonte primária ou mediata de todas as obrigações. Pode também ser fonte imediata, como no caso de obrigação de prestar alimentos que o pai possui para com o filho. Alguns doutrinadores discordam que a lei, sozinha, seja fonte obrigacional. Prevalece, no entanto, que a lei é, ao menos de forma mediata, sempre fonte das obrigações.

b) atos unilaterais: declarações unilaterais de vontade, tais como a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.

c) contratos: declarações bilaterais de vontade, são tidos como a principal fonte do direito das obrigações.

d) atos ilícitos e o abuso de direito: geram o dever de indenizar por força dos arts. 186 e 187c/c art. 927 do CC.

e) atos lícitos: também podem gerar o dever de indenizar, ainda que não constituam ato ilícito. Exemplo: uso anormal do direito de vizinhança.

f) título de crédito: trazem em si uma relação obrigacional de natureza privada, mas que só será regida pelo Código Civil nos casos de título de crédito sem previsão legal específica (art. 903 do CC).

2.3. ELEMENTO IMATERIAL DA OBRIGAÇÃO: VÍNCULO. TEORIA MONISTA E DUALISTA DA OBRIGAÇÃO

2.3.1. Teoria Unitária (monista)

O vínculo entre credor e devedor é um só. Este vínculo se compõe da relação de crédito e débito. A responsabilidade civil é tratada como uma sombra da obrigação, mas dela não faz parte. A responsabilidade civil é a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento da obrigação. **Essa teoria caiu em desuso**.

2.3.2. Teoria binária (dualista)

Esta teoria defende que a obrigação é formada por um duplo vínculo:

-Dever jurídico (*Schuld; debitum*); e

-Responsabilidade civil (*Haftung; obrigatio*).

A teoria dualista foi desenvolvida na Alemanha por Brinz. Dever jurídico é o dever que o devedor tem de espontaneamente cumprir o objeto imediato da obrigação (dar, fazer ou não fazer). Não cumprindo este dever jurídico, surge a responsabilidade civil. A responsabilidade civil não está à parte, mas **passa**

a integrar o conceito de obrigação. A responsabilidade civil é consequência jurídica e patrimonial do descumprimento do dever jurídico. A responsabilidade civil nada mais é do que a possibilidade de se exercer uma pretensão em juízo; esta pretensão decorrente do dever jurídico violado está sujeita a prazo prescricional.

2.4. ELEMENTO SUBJETIVO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Quanto ao elemento subjetivo, os sujeitos da obrigação, devem ser DETERMINADOS ou ao menos DETERMINÁVEIS. Vale ressaltar, que essa indeterminabilidade subjetiva, *é sempre relativa ou temporária*.

Em uma relação obrigacional, em geral, credor e devedor são determinados, sujeitos individualizados na relação. Partir da premissa que a indeterminabilidade não deve ser para todo o sempre.

Exemplos:

- *Indeterminabilidade subjetiva relativa ATIVA (credor)*: credores. Título ao portador e promessa de recompensa. O devedor é certo, mas o credor é indeterminado (temporariamente), se eu emitir o cheque ao portador, o credor será indeterminado temporariamente, porque o credor não está especificado, porém quando da apresentação do cheque, o credor será preenchido.

Promessa de recompensa (ato unilateral): no caso de perda de animal de estimação, o credor será quem encontrar o animal e levar, ou seja, o credor é temporariamente indeterminado.

- *Indeterminabilidade subjetiva relativa PASSIVA (devedor):* Obrigação de pagar taxa de condomínio. Porque é uma obrigação propter rem, nessa obrigação não importa quem é o dono, quem for proprietário vai pagar. Não se tem certeza permanente do devedor.

Destaca-se, ainda, que a indeterminabilidade pode ocorrer por vontade das partes. Cita-se, como exemplo, o contrato com pessoa a declarar, os casos de estipulação em favor de terceiros (indeterminabilidade ativa) em que, por sua natureza, o estipulante se reserva o direito de substituir o terceiro designado no contrato (beneficiário), conforme o art. 438 do CC.

2.5. ELEMENTO OBJETIVO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

PRESTAÇÃO – única palavra que não falta em minha prova de obrigações. É o elemento objetivo da relação obrigacional.

A prestação, elemento objetivo da relação obrigacional, deverá ser LÍCITA, POSSÍVEL e DETERMINADA ou ao menos DETERMINÁVEL.

O que é prestação? A prestação é o **objeto imediato/direto** da obrigação. O **objeto mediato/indireto** é o bem da vida. (Tal como ocorre no pedido – ver *processo civil* - o pedido imediato é a prestação jurisdicional, o pedido mediato é o bem da vida).

Entende-se por prestação a atividade do devedor, satisfativa, do direito do credor.

Exemplo: Contrato de compra e venda. O objeto direto da relação obrigacional, o imediato será a PRESTAÇÃO, o carro e o pagamento são objetos MEDIATOS.

Esta atividade do devedor poderá ser:

- Dar;
- Fazer;
- Não fazer.

OBS: Em um contrato de compra e venda quem é o credor? Depende do recorte que se dá a relação jurídica. O vendedor é credor do preço e devedor da coisa, o comprador é credor da coisa e devedor do preço. **É a chamada relação complexa.**

A patrimonialidade é característica obrigatória da obrigação?

Em geral, a patrimonialidade, é sentida nas relações obrigacionais; todavia, autores como Pontes de Miranda e Paulo Lobo anotam que, excepcionalmente, há obrigação insuscetível de valoração econômica como na hipótese em que o herdeiro assume o dever de enterrar o morto segundo a sua vontade (embora o CC de 2002 nada diga a respeito, vale observar que o art. 398 do Código de Portugal admite, no direito das obrigações, que uma prestação possa não ter valor pecuniário).

No Brasil, em regra a patrimonialidade é uma característica presente nas relações obrigacionais. EM REGRA.

Emílio Betti, em sua clássica obra, Teoria Geral das Obrigações, anota uma "crise de cooperação" entre credor e devedor. Vale dizer, as partes na relação obrigacional que é dinâmica, devem atuar, segundo uma perspectiva ética, valorizando a **função social da obrigação**, a exemplo do que se dá no **"duty to "mitigate"** – figura jurídica desenvolvida pelo direito dos EUA, em uma obrigação as partes têm o dever da cooperação, é um **desdobramento da boa-fé objetiva** *(ver contratos)*. DEVER DE MITIGAR. Instituto frequente no direito norte-americano impõe à luz da boa-fé o dever de cooperação entre credor e devedor, na medida em que veda ao sujeito ativo, titular do direito de crédito, deixar de atuar para minimizar o prejuízo. Proíbe, portanto, ao credor que ele fique inerte, impõe ao credor o dever de mitigar o dano.

Exemplo: batida de carros, devedor sai para ligar para guincho, credor vê chama se iniciando, deixa de apagar o fogo, para que se o carro pegue fogo ganhe um novo. Violação do dever de mitigar. Deveria pegar o extintor e apagar. O devedor pode alegar que só pagará a batida, porque o credor não atuou para mitigar o dano.

2.6. EFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

Nessa senda, pode-se afirmar que as obrigações produzem efeitos *DIRETOS* e *INDIRETOS*.

Os *diretos* são o adimplemento (é o *efeito desejável*), o inadimplemento e o atraso no adimplemento (ambos são *efeitos indesejáveis*).

Os *indiretos* são os direitos conferidos pela Lei ao credor para obter ou o adimplemento preciso da obrigação ou o ressarcimento por perdas e danos, ou os dois ao mesmo tempo.

3. CLASSIFICAÇÃO BÁSICA DA OBRIGAÇÃO

Toma por critério a prestação.

A obrigação poderá ser:

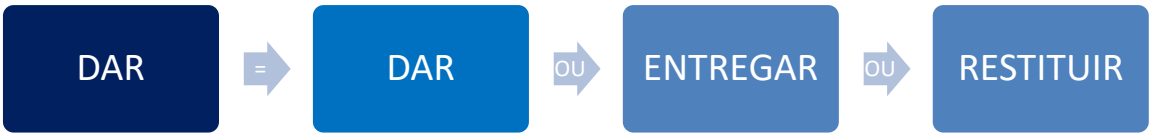
1) Positiva

   1.1) Dar:
      i. Dar coisa certa
      ii. Dar coisa Incerta
   1.2) Fazer

2) Negativa
   2.1) Não fazer

3.1. OBRIGAÇÃO DE DAR

A obrigação de dar tem por objeto a prestação de coisas. E, a palavra DAR, juridicamente tem mais de um sentido.



Dar pode significar transferir a posse e a propriedade da coisa, como também, haverá obrigação de dar, quando apenas a posse é transferida. Na locação, o locador tem a obrigação de dar a posse.

Também haverá a prestação de dar, na situação de devolução ou restituição da coisa, exemplo: contrato de depósito. Exemplo: empréstimo de livro em biblioteca, deixar carro em estacionamento pago.

3.1.1. Obrigação de dar coisa certa

Sua disciplina é feita a partir do artigo 233 do CC.

É aquela em que, a prestação, refere-se a um bem específico ou individualizado. O objeto da prestação é individualizado, determinado, medido, qualificado.

Exemplo: obrigação de dar tal apartamento, de tal animal registrado.

> ***Art. 233.*** *A obrigação de dar coisa CERTA abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.*

Exemplo**:** A, vai vender determinada vaca para B, se está prenha, o terneiro irá junto**. Gravitação jurídica. O famoso; "o acessório segue o principal".**

****Responsabilidade civil pelo risco de perda ou deterioração da coisa certa (art. 234 a 236)***

> ***Art. 234.*** *Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, **SEM CULPA do devedor**, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a*

> *obrigação para ambas as partes; **se a perda resultar de CULPA do devedor**, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.*

Regra geral: **quando não houver culpa do devedor**, NÃO HÁ obrigação de perdas e danos, e a relação jurídica obrigacional é simplesmente extinta.

Havendo culpa do devedor, a regra do direito das obrigações é de que a obrigação se converte em perdas e danos.

Lógico, obrigação extinta não há indenização nenhuma a ser paga. Havendo culpa, haverá perdas e danos.

Exemplo: Se a vaca prometida morrer afogada graças a uma enchente, a obrigação se resolve. Porém, se o vendedor deu ração estragada e ela morreu, a obrigação será convertida em perdas em danos.

No caso de deterioração da coisa, aplicam-se os arts. 235 e 236 do CC:

> *Art. 235. **Deteriorada a coisa**, **não sendo o devedor CULPADO**, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.*
>
> *Art. 236. **Sendo CULPADO o devedor**, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.*

Obs.: Deterioração é a redução da funcionalidade ou valor agregado de uma coisa, de modo que ela ainda exista, mas tenha um valor reduzido no mercado. Desta forma, enquanto a perda se apresenta como máximo alcance. A deterioração, resume-se a qualquer nível de redução da utilidade do bem.

3.1.2. Obrigação de dar coisa incerta

Previsão legal: art. 243.

Na forma da lei brasileira, obrigação de dar coisa incerta, também conhecida como **obrigação genérica**, é aquela em que a prestação é relativa ou temporariamente indeterminada. Trata-se da obrigação indicada apenas, nos termos do CC, pelo gênero e quantidade.

Exemplo: Obrigação de dar 10 (quantidade) sacas de arroz, (gênero). Falta a qualidade da coisa, a especificação.

OBS: parte respeitável da doutrina brasileira, encabeçada pelo professor Álvaro Vilaça Azevedo, critica duramente a palavra gênero, defendendo sua substituição pela palavra espécie. A palavra gênero é muito aberta, imprecisa.

Exemplo: quando você se obriga entregar 10 sacas de arroz (não é gênero, é espécie, o gênero seria CEREAL), mais adequado seria utilizar a palavra espécie.

> ***Art. 243.** A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.*

A indeterminabilidade é temporária. Quem faz a escolha da coisa? O credor ou devedor? Regra geral, no direito das obrigações, a escolha é feita pelo **DEVEDOR.** Como se dá no art. 244 do Código Civil.

> ***Art. 244.*** *Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao DEVEDOR, se o contrário não resultar do título da obrigação;* ***mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.***

A luz do princípio da boa-fé a escolha deve ser feita pela média.

OBS: denomina-se **concentração do débito, ou, concentração da prestação devida** o ato de escolha ou indicação da qualidade da coisa incerta.

Feita a escolha, transforma em obrigação de coisa certa.

Clássico no Direito Civil o dogma de que o GÊNERO NÃO PERECE, consagrado no art. 246:

> ***Art. 246.*** *Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.*

Exemplo: se houver enxurrada e o gado do devedor morrer, uma vez que a coisa é genérica, ele pode se deslocar a outra cidade, adquirir as cabeças de gado e cumprir a obrigação.

Pergunta: e se o gênero for limitado pela natureza? (Raça rara, com únicos espécimes).

Doutrina: crítica ao art. 246 – a doutrina brasileira, e nesta linha a redação original do projeto de reforma do CC, caso tratar-se de um gênero limitado na natureza, o devedor poderia se defender alegando caso fortuito ou força maior.

3.2. OBRIGAÇÃO DE FAZER

A obrigação de fazer tem por objeto a prestação de um fato positivo, traduzindo, a própria atividade do devedor com propósito de satisfazer o crédito. A sua disciplina é feita a partir do art. 247.

Obs.: em qualquer das classificações das obrigações, tanto na de dar, fazer, não fazer, HÁ PRESTAÇÃO. Atividade do devedor satisfazer o crédito. Na de fazer a prestação é a própria atividade de fazer. Exemplo: dar aula. Na de fazer interessa a própria atividade do devedor.

a) Fungível: é aquela em que a prestação pode ser realizada por outra pessoa, não apenas o devedor;

b) Infungível: é aquela que somente pode ser dada pelo devedor, seja por se tratar de fato personalíssimo ou por convenção das partes. Se culposamente não a cumprir, arcará com perdas e danos. Sem prejuízo da tutela específica.

> *Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. Infungível.*
>
> *Art. 248. Se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.*

O devedor não pode cumprir a obrigação porque ficou doente, foi sequestrado, por exemplo, não há perdas e danos. No entanto, se a obrigação se torna inexequível por culpa dele, haverá a obrigação de pagar perdas e danos.

> ***Art. 249.*** *Se o fato puder ser executado por terceiro* ***(fungível)****, será livre ao credor mandá-lo* ***executar à custa do devedor****, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.*
> *Parágrafo único - Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.*

Se a obrigação de fazer é fungível e o devedor não cumpriu, eu sendo credor posso contratar um terceiro para que faça e depois vou cobrar o devedor. Parágrafo único é forma de autotutela.

3.3. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

A obrigação de não fazer tem por objeto uma prestação de fato negativo; neste tipo de obrigação, o devedor assume juridicamente, o dever de realizar um comportamento omissivo de interesse do credor. Essa obrigação de não fazer é disciplinada a partir do art. 250 do CC.

Exemplo1: obrigação de não construir acima de determinada altura.

Exemplo2: obrigação de não concorrência ou de não explorar determinada atividade.

Podem ser temporárias essas obrigações.

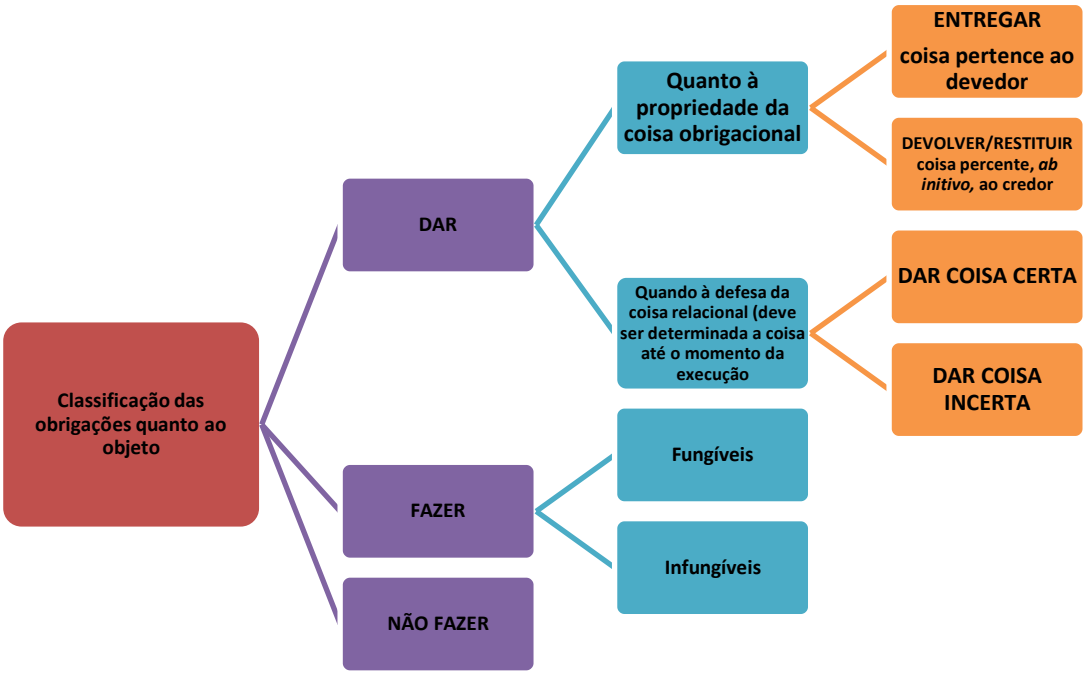
> ***Art. 250.*** *Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que,* ***sem culpa do devedor****, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.*

Exemplo: obrigação de não construir muro, vem Administração pública e manda construir, fundamentadamente (questão de ordem pública), claro. Não tem culpa.

> ***Art. 251.*** *Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.*
> *Parágrafo único - Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.*

Forma de autotutela no parágrafo único.

3.4. ESQUEMA GRÁFICO



3.5. O "EQUIVALENTE"

Em se tratando de Teoria Geral das Obrigações o Código Civil se utiliza, com frequência, do termo equivalente. A palavra aparece em diversos dispositivos e entre eles os artigos 234, 236, 239, 279, 418 e 410.

Em ocasião, debatia com o Prof. Mauricio Bunazar o alcance do termo e seu real significado no tocante à extinção da obrigação de dar coisa certa.

Isso porque, o artigo 234 do CC/02, reprodução fiel do art. 865 do CC/16, assim dispõe:

> *Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo* ***EQUIVALENTE*** *e mais perdas e danos.*

O dispositivo consagra a ideia que a prestação pode perecer por dois motivos: com ou sem culpa do devedor.

1ª hipótese:

Caso pereça sem culpa do devedor, a saber, em decorrência do caso fortuito ou da força maior, a obrigação se extingue ou resolve-se. Como não houve culpa, não há que se falar em indenização e as partes retornam ao estado anterior (*statu quo ante*). Um exemplo ajuda a esclarecer a questão.

João vende seu carro a José, que pelo veículo paga a quantia de R$ 20.000,00, por meio de depósito na conta bancária do vendedor. No dia marcado para a entrega do carro, João para no semáforo e é assaltado. Os ladrões fogem com o veículo e o vendedor fica impossibilitado de entregar a coisa. Como não houve culpa do devedor João, a obrigação se resolve e João restitui o dinheiro recebido com

correção monetária, sem juros, e não responde por eventuais danos materiais ou morais sofridos por José.

2ª hipótese:

Se a perda resultar de culpa do devedor, este responde pelo equivalente e mais perdas e danos. A segunda parte da fórmula legal não gera dúvidas: se o devedor foi culpado pela perda responderá por todos os danos decorrentes do inadimplemento da obrigação, a saber, danos materiais que se dividem em danos emergentes e lucros cessantes, bem como, danos morais, eventualmente sofridos. Em síntese, este é o alcance da expressão perdas e danos.

Agora, qual seria o significado da expressão — EQUIVALENTE? A leitura da doutrina se faz necessária.

Paulo Luiz Netto Lobo, em obra de excelência, afirma que na hipótese de culpa do devedor este responderá —pelo valor da obrigação mais perdas e danos, devendo ainda restituir o que recebeu do credor (Teoria Geral das Obrigações, p. 124). Note-se que o mestre se utiliza da ideia —valor da obrigação para substituir o termo equivalente.

Diz Maria Helena Diniz que o devedor responderá pelo equivalente, isto é, pelo valor que a coisa tinha no momento em que pereceu, mais perdas e danos (Curso, v. II, p. 79).

Da obra clássica de Tito Fulgência depreende-se que —impossível a entrega da coisa certa, uma vez que se perdeu, em sua entidade real, a consequência da culpa é a entrega da coisa na sua entidade econômica, a sub-rogação no equivalente. Este sub-rogado da prestação devida não pode consistir senão em dinheiro, única matéria que, na linguagem das fontes, tendo uma *publica e perpetua aestimatio*, é denominador comum de todos os valores. (Do direito das obrigações, 1958, p.74).

Por fim, também expõe seu entendimento, por meio de um exemplo, Sílvio de Salvo Venosa —se o devedor se obrigou a entregar um cavalo e este vem a falecer porque não foi bem alimentado (...) deve o devedor culpado pagar o valor do animal, mais o que for apurado em razão de o credor não ter recebido o bem, como, por exemplo, indenização referente ao fato de o cavalo não ter participado de competição turfística já contratada pelo comprador (Direito civil, 2009, v. 2, p. 63). Diante das opiniões transcritas, qual o conceito de equivalente? Usemos como exemplo aquela situação da obra de Venosa.

João vende a José um cavalo pela importância de R$ 2.000,00. José aluga o cavalo que lhe seria entregue em 10 dias para um rodeio em Jaguariúna. Antes da entrega, João, por negligência (culpa) esquece a porteira aberta e o animal escapa, desaparecendo definitivamente. Certamente, João responderá pelo lucro cessante de José referente ao aluguel do animal para o rodeio (perdas e danos).

Agora, indaga-se: sendo o valor do cavalo de R$ 2.000,00, João deverá pagar esta importância a José? A resposta depende do caso concreto. Se o comprador já havia pago a importância de R$ 2.000,00 a vendedor, este fica obrigado a restituí-la acrescida de correção monetária e juros de mora, porque a perda se deu por culpa.

Entretanto, se João nada recebeu de José, não será responsável pelo pagamento do valor do animal (equivalente!). Se o fosse, teríamos claro enriquecimento sem causa do credor. Assim vejamos. Se, no exemplo, José recebesse de João R$ 2.000,00 pela perda do cavalo, sem nada ter pago a ele, João ganharia um cavalo em sua entidade econômica, nas palavras de Tito Fulgêncio, ocorrendo claro enriquecimento sem causa.

Qual seria, então, o alcance da expressão equivalente? Aquela constante na lição de Maria Helena Diniz. Se o credor havia pago pela coisa, e esta perece antes da entrega, por culpa do devedor, o devedor responderá pelo valor da coisa na data em que se perdeu mais perdas e danos. Vamos, então, ao exemplo do cavalo.

Se José PAGOU a João R$ 2.000,00 pelo cavalo que se perdeu por culpa de João, temos duas hipóteses:

1. Se o cavalo se valorizou após o pagamento, porque houve uma doença mundial (gripe equina) que causou mortes a centenas de animais e, agora, vale R$ 5.000,00, João responde por R$ 5.000,00, qual seja, o equivalente.

2. Se o cavalo se desvalorizou após o pagamento porque houve uma explosão demográfica de cavalos (superpopulação) e agora vale R$ 1.000,00, João paga a José R$ 2.000,00, ou seja, R$ 1.000,00 referente ao equivalente e R$ R$ 1.000,00 de desvalorização referente às perdas e danos.

4. CLASSIFICAÇÃO ESPECIAL DAS OBRIGAÇÕES

Para nossa análise, destacamos os seguintes:

1- Obrigação Natural ou Imperfeita;

2- Obrigação de Meio e de Resultado;

3-Obrigação Solidária;

4-Obrigação Alternativa, Cumulativa e Facultativa;

5-Obrigação Divisível e Indivisível;

6-Obrigação de Garantia.

4.1. OBRIGAÇÃO NATURAL

Também chamada de **obrigação IMPERFEITA.** Aparentemente, é uma relação obrigacional comum, todavia, é desprovida de exigibilidade jurídica.

Obrigação de fundo moral é desprovida de coercibilidade. Exemplo: dívida de jogo, dívida prescrita.

Art. 882 e 814.

> ***Art. 882.*** *Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.*
>
> ***Art. 814.*** *As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.*

Informativo 566 STJ:

A dívida de jogo contraída em casa de bingo é inexigível, ainda que seu funcionamento tenha sido autorizado pelo Poder Judiciário.
STJ. 3ª Turma. REsp 1.406.487-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/8/2015 (Info 566).

Lembrar da SV nº 2:

> *Súmula vinculante 2-STF: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.*

Situação hipotética (Dizer o Direito)

Maria era jogadora compulsiva de bingo. Durante o ano de 2006, praticamente todos os dias ela foi até a casa de bingo "Las Pedras", onde passava a noite jogando.

Vale ressaltar que o "Las Pedras" somente ainda estava funcionando por força de uma decisão judicial liminar, considerando que o bingo já estava proibido pela legislação federal.

Determinado dia, ela perdeu cerca de R$ 100 mil no jogo. A fim de cobrir os débitos, ela emitiu um cheque "pré-datado". No dia previsto na cártula, a casa de bingo fez a apresentação do cheque, mas este não tinha fundos. Diante disso, o bingo ajuizou ação de execução cobrando o valor previsto no cheque. A cobrança terá êxito?

NÃO. A dívida de jogo contraída em casa de bingo é inexigível. Isso porque o bingo não era, na época, assim como não o é hoje em dia, uma atividade legalmente permitida.

Obrigação natural gera efeito jurídico? Embora de fato não tenha coercibilidade, não possa ser cobrada judicialmente, ela gera UM EFEITO:

*A obrigação natural gera o efeito jurídico da "**SOLUTI RETENTIO**". Significa a retenção do pagamento.* Você sendo devedor de uma dívida prescrita, se me procura, e paga, eu recebo, se no outro dia se arrepende, e resolve pedir de volta, NÃO PODERÁ, o credor tem o direito de reter o pagamento.

4.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender uma atividade, sem garantir o resultado final, já a obrigação de resultado é aquela em que o devedor assume o dever de realizar o resultado final projetado.

Obrigação de MEIO	Obrigação de RESULTADO
Ocorre quando o devedor NÃO se responsabiliza pelo resultado e se obriga apenas a empregar todos os meios ao seu alcance para consegui-lo.	Ocorre quando o devedor se responsabiliza pelo atingimento do resultado.
Se não alcançar o resultado, mas for diligente nos meios, o devedor não será considerado inadimplente (exs: advogados, médicos como regra).	Se o resultado não for obtido, o devedor será considerado inadimplente (ex: médico que faz cirurgia plástica embelezadora; se a cirurgia plástica for para corrigir doença, será obrigação de meio).

Exemplo1: obrigação de meio - advogado, não tem como garantir o resultado final. Até quando é parecerista. Médico também, exceto cirurgias estéticas.

Exemplo2: Obrigação de resultado - engenheiro.

Regra geral na relação entre médico e paciente: obrigação de meio

Segundo o entendimento do STJ, a relação entre médico e paciente é CONTRATUAL e encerra, de modo geral, OBRIGAÇÃO DE MEIO, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (REsp 819.008/PR).

Cirurgia meramente estética: obrigação de resultado

A obrigação nas cirurgias meramente estéticas é de resultado, comprometendo-se o médico com o efeito embelezador prometido.

Cirurgia meramente estética: responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Vale ressaltar que, embora a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico no caso de cirurgia meramente estética permanece sendo SUBJETIVA, no entanto, com inversão do ônus da prova, cabendo ao médico comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua atuação profissional. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. NÃO é caso de responsabilidade objetiva.

A responsabilidade com culpa presumida permite que o devedor (no caso, o cirurgião plástico), prove que ocorreu um fato imponderável que fez com que ele não pudesse atingir o resultado pactuado. Conseguindo provar esta circunstância, ele se exime do dever de indenizar.

Como é a responsabilidade do médico nos casos de cirurgia que seja tanto reparadora como também estética?

Nas cirurgias de natureza mista (estética e reparadora), como no caso de redução de mama, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Assim, a responsabilidade do médico será de resultado em relação à parcela estética da intervenção e de meio em relação à sua parcela reparadora (STJ. 3ª Turma, REsp 1.097.955-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 27/9/2011).

4.3. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA

Seleção de artigos importantes, quanto a essa matéria.

Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores ou devedores, cada um com direito ou obrigado a toda dívida.

> ***Art. 264.*** *Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.*

Solidariedade passiva: é como se houvesse um só devedor, o credor pode cobrar toda dívida de um só.

Porém fazendo isso, o devedor que pagou ficará com direito de regresso perante os outros devedores.

Mais comum. Temos 03 devedores e 01 credor, por força de um contrato, temos uma dívida de 300 reais, existindo a solidariedade passiva, significa que o credor poderá cobrar 300 de um só, ou 200 de um e 100 de outro, ou 200 de um e 50 dos outros dois.

Sendo pactuada a solidariedade ativa, em caso da mesma situação anterior, porém inversa, com 03 credores perante 01 devedor, 1 dos credores pode exigir do devedor parte da dívida ou toda, e se assim receber, ele deve passar aos outros credores as respectivas partes.

DICA: quando há 03 (ou vários, tanto faz) devedores, devendo tanto dinheiro, não supor que os devedores estão em solidariedade, deve vir claro, expresso, NUNCA PRESUMIR.

NA forma do art. 265, deve ficar claro que: a solidariedade NÃO se presume NUNCA, resultando da lei ou da vontade das partes.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

O que se entende por OBRIGAÇÃO "IN SOLIDUM"?

Segundo Guillermo Borda e Silvio Venosa, trata-se da obrigação em que, posto não exista solidariedade, os devedores estão UNIDOS PELO MESMO FATO.

Exemplo: seguro sobre a casa, incêndio. Entrou indivíduo e colocou fogo. Neste caso, segundo Guillermo, há dois devedores NÃO SOLIDÁRIOS: o incendiário e a seguradora. Pode-se pedir indenização tanto para um quanto para outro. Um exclui o outro.

4.3.1. Solidariedade passiva

a) Previsão legal

A disciplina da solidariedade passiva é feita a partir do art. 275.

Art. 275. *O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.*
Parágrafo único - Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

É cômoda para o credor. Demandando contra um, não estará renunciando o direito perante os outros.

A solidariedade passiva resulta da vontade das partes quando, por exemplo, o contrato prevê este vínculo entre os devedores solidários. Exemplo: contrato de locação com fiança (fiador).

O **art. 932**, por sua vez, consagra situações de solidariedade passiva por força de lei. (Cuida da responsabilidade por ato de terceiro, pai responde por filho...) (ver adiante, Responsabilidade Civil).

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 279. *Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.*

Ou seja, se a prestação se tornar impossível por culpa de um dos devedores, TODOS os devedores solidários responderão pelo equivalente (*como? Devolvendo o preço que receberam, para evitar o enriquecimento sem causa - ver texto do Prof. Simão sobre o "equivalente" acima*). Mas, pelas perdas e danos, só responderá o CULPADO.

Exemplo: entrega de coisa – cavalo –, são 03 devedores. Um deles ficou bêbado e envenenou o cavalo puro-sangue, culposamente, este vindo a morrer. A prestação se torna impossível. Então os 03 serão responsáveis pelo equivalente, porém somente este que envenenou responderá pelas perdas e danos.

Art. 281. *O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro codevedor.*

Então, quando o devedor na solidariedade passiva é demandado, ele só poderá demandar em defesa, a defesa pessoal dele ou a comum a todos, não poderá opor a defesa pessoal do outro devedor.

Exemplo: 03 devedores em solidariedade passiva. O credor demanda o devedor 01, este devedor pode arguir defesa pessoal dele: "fui vítima de coação, não vou lhe pagar" (defesa pessoal) ou "a dívida já foi paga" ou "está prescrita" (comum a todos).

Não poderá, por exemplo, dizer: "não lhe pago porque o devedor 03 quando assinou o contrato era menor", porque o devedor demandado não pode manejar uma defesa pessoal que não é dele.

b) Diferença entre REMISSÃO x RENÚNCIA da solidariedade passiva

Os arts. 277 e 282 têm sido interpretados à luz dos enunciados 349 a 351 da IV JDC. Tem se entendido que renunciando a solidariedade em face de UM dos devedores, poderá cobrar em solidariedade a dívida dos demais, abatida do débito a parte correspondente ao beneficiado pela renúncia.

CJF
*349 – Art. 282: Com a **renúncia** à solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o **credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida**, **permanecendo a solidariedade quanto aos demais devedores**, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia.*

*351 – Art. 282: A **renúncia** à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese do seu chamamento ao processo.*

CC Art. 277. O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada.

> *Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores.*
> *Parágrafo único - Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais.*

Ou seja, a diferença é que na **renúncia à solidariedade**, credor **ainda pode cobrar** de tal devedor o qual foi agraciado por esta, a sua quota parte (ele ainda deve, porém, o valor dividido entre todos os solidários), e **dos outros cobra valor remanescente** total (em solidariedade), ou uma parte de um ou de outro, tanto faz, a solidariedade permanece para eles, com a subtração da parte do credor o qual foi agraciado.

No caso da **remissão**, do perdão, este **devedor ficará liberado da dívida**, o credor só poderá cobrar dos outros o valor subtraído a quota do devedor perdoado, sem receber deste o valor (o remido fica livre inclusive do rateio/regresso entre codevedores)

c) Insolvência de um dos devedores

A cota do insolvente se divide entre os demais, quando na ação de regresso. É caso de sub-rogação legal.

> *Art. 283. O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a **exigir de cada um dos codevedores a sua quota**, **dividindo-se igualmente por todos a do insolvente**, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.*

E se no exemplo acima, há um deles que é exonerado (renúncia à solidariedade), como fica?

> *Art. 284. No caso de rateio entre os codevedores, contribuirão também os EXONERADOS da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente.*

Único elo que o mantém mesmo após ser exonerado da solidariedade.

Lembrar que a exoneração só tem a ver com a cobrança da dívida e não com a própria dívida.

E se o devedor tivesse sido beneficiado pela remissão e não pela exoneração? Ele NÃO responderia pela parte do insolvente, conforme a posição dominante. Mas o artigo fala "sem prejuízo de terceiros", e aí?

> *Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, **mas sem prejuízo de terceiro**.*

Há uma corrente que diz que, nesses casos, ele deveria responder, para não prejudicar os demais devedores. Outra corrente fala que sem prejuízos de *terceiros* não significa prejuízo dos demais devedores. Mas os demais devedores não são terceiros em relação ao perdão? Não se concorda com essa corrente, mas ela prevalece.

E se fossem três devedores, um deles foi exonerado e os demais são insolventes. O que ocorre? Aqui, o credor só poderá cobrar a COTA PARTE do exonerado. Não poderá cobrar além de sua cota parte. O art. 284 fala que o exonerado só contribuirá no RATEIO entre codevedores no que diz respeito ao insolvente. Neste caso, não há rateio entre codevedores, pois todos outros estão insolventes.

> *Art. 276. Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão*

> *hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.*

4.3.2. Solidariedade ativa

A disciplina da solidariedade ativa entre credores é feita no art. 267 e seguintes do CC.

> *Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro.*
>
> *Art. 268. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá a este pagar.*
>
> *Art. 269. O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago.*

Exemplos de solidariedade proveniente de lei:

1) Art. 12 da lei 209/48. Criava uma solidariedade ativa entre credores, relativa a contratos entre pecuaristas.

2) Mais atual: art. 2º da lei do inquilinato, 8245/91 – "havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende-se que são solidários se o contrário não se estipulou."

Exemplo da solidariedade ativa que resulta da vontade das partes:

Contrato de conta corrente conjunta. Qualquer dos correntistas pode sacar o crédito da conta por cheque, visto que o banco é devedor, depositário do dinheiro. Os correntistas são credores em solidariedade do valor que está lá.

O STJ entende que a penhora de valores depositados em conta bancária conjunta solidária somente poderá atingir a parte do numerário depositado que pertença ao correntista que seja sujeito passivo do processo executivo, presumindo-se, ante a inexistência de prova em contrário, que os valores constantes da conta pertencem em partes iguais aos correntistas (Informativo 539)

> *Art. 270. Se um dos credores solidários falecer deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível.*
>
> *Art. 271. Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade.*
>
> ***Art. 272.** O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba.*

Ainda que responda em face dos demais, ele poderá perdoar toda a dívida.

4.3.3. Questões especiais da Jurisprudência envolvendo SOLIDARIEDADE

- A obrigação de pagar alimentos, segundo o STJ, é **CONJUNTA** e não solidária, ressalvada a situação do estatuto do Idoso. Ou seja, não posso pegar qualquer parente e exigir os

alimentos, existe uma ORDEM, e nesta ordem, um complementa o outro no caso da impossibilidade do pagamento integral.

Porém no caso do Idoso, se em seu favor, tendo em vista sua natureza, pode exigir todo valor dos alimentos de qualquer um dos parentes legitimados, **nessa situação há SOLIDARIEDADE** (ver estatuto do idoso).

> ***Estatuto do Idoso*** *Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.*

- O STJ tem firmado entendimento no sentido de que existe solidariedade passiva entre o proprietário do veículo e o condutor pelo fato da coisa.

4.3.4. Nova redação do art. 274

O art. 274 do CC foi alterado pelo NCPC, passando a prever:

> *Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles*

De acordo com Cristiano Chaves, o presente artigo, como o anterior, tem acentuada natureza processual, vez que trata da possibilidade de oposição de exceções em feitos que se baseiam na solidariedade ativa. Somente decisões positivas podem ser estendidas aos cocredores. E, mesmo nestas, não se poderá ampliar o espectro de alcance se o fundamento do pedido tiver natureza pessoal. A nova redação do CPC modifica o presente artigo, alinhando o pensamento ao que já se defendia.

4.4. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA, CUMULATIVA E FACULTATIVA

4.4.1. Conceito

(Não confundir com cumulação alternativa de pedidos – processo civil – a demanda tem 02 pedidos, ou um ou outro é acolhido; aqui – pedido alternativo –, o pedido é um e o devedor se exonera cumprindo um deles)

A obrigação **alternativa (ou disjuntiva)** é disciplinada a partir do art. 252. É aquela que tem objeto múltiplo, ou seja, o devedor se exonera cumprindo um deles. Exemplo: o devedor se obriga perante o credor a entregar-lhe ou um barco ou um carro, ele se exonera cumprindo uma prestação ou outra.

É o contraponto da **obrigação cumulativa (ou "conjuntiva")**, onde o devedor se obriga a cumprir uma prestação conjuntamente com outra, se obriga a entregar um barco E um carro. Mais de uma prestação estabelecida e o adimplemento está ligado a todas. Exemplo, deixar roupa na lavanderia para lavar E passar.

Não confundir também com a obrigação genérica de dar coisa incerta.

> *Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao DEVEDOR, se outra coisa não se estipulou.*
> *§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra.*

§ 2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período.
§ 3º No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação.
§ 4º Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

4.4.2. Diferença entre obrigação alternativa x obrigação facultativa

Na **alternativa (ou disjuntiva)**, ela nasce com o objeto múltiplo. O devedor se obriga a prestar uma coisa OU outra. Multiplicidade do objeto. É uma espécie de ***obrigação composta*** (tem mais de uma prestação ou sujeito passivo ou ativo).

Na **facultativa,** é uma ***obrigação de objeto ÚNICO,*** embora assista ao devedor a faculdade de, querendo, quando do pagamento, substituir a prestação originária por outra (Tartuce: por determinada quantia em dinheiro).

Exemplo: não existem duas prestações em alternatividade, acontece que QUANDO do pagamento, SE o devedor quiser, ele tem a faculdade de entregar o outro objeto, outra prestação.

Nesta última, se ocorre força maior, caso fortuito, se a obrigação principal se extinguir, não se converte em perdas e danos, **e o credor não pode exigir o outro objeto.**

ORLANDO GOMES aponta as seguintes características das **obrigações facultativas**:

a) O credor não pode exigir a prestação facultativa.

b) A impossibilidade da prestação devida extingue a obrigação.

c) Somente a existência de defeito na prestação devida pode invalidar a obrigação.

4.5. OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

Conceito: as obrigações divisíveis, são aquelas que admitem o cumprimento fracionado da prestação; já as indivisíveis, devem ser cumpridas por inteiro. (Art. 257 e 258).

Art. 257. *Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta se presume dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.*

Art. 258. *A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão,* ***por sua natureza*** ***(um cão, por exemplo),*** *por motivo de* ***ordem econômica*** ***(direito agrário, módulo rural),*** *ou dada a razão determinante do* ***negócio jurídico*** ***(convencional, pode-se convencionar).***

OBS: Não confundir indivisibilidade com solidariedade. Se 03 devedores se comprometem a entregar o touro reprodutor, eles devem entregá-lo inteiro, vivo.

A indivisibilidade refere-se ao OBJETO (ou seja, não significa que são solidários pelo objeto ser indivisível), enquanto a solidariedade aos SUJEITOS. Além disso, caso a prestação converta-se em perdas e danos, a indivisibilidade acaba, ao passo que a solidariedade pode persistir.

Havendo pluralidade de credores, não tendo sido pactuada a solidariedade ativa, o devedor somente se exonera, cumprindo a prestação nos termos do art. 260.

> ***Art. 260.*** *Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:*
> *I - a todos conjuntamente;* ***(o recibo sai em nome de todos...)***
> *II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.*

A caução de ratificação é o documento por meio do qual os outros credores de obrigação indivisível, confirmam o pagamento feito a apenas um dos credores.

> ***Art. 261.*** *Se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total.*

Mais uma vez deve ficar claro que indivisibilidade é critério que diz respeito ao OBJETO; ao passo que solidariedade é critério que diz respeito aos SUJEITOS. Até porque se a obrigação for apenas indivisível resolve-se em perdas e danos, fraciona-se, não havendo o que se falar, aqui, em solidariedade.

Por óbvio, qualquer que seja a natureza da indivisibilidade (natural, legal ou convencional), se concorrerem dois ou mais devedores, cada um deles estará obrigado pela dívida toda (art. 259, CC-02, art. 891, CC-16), eis que não se admite o fracionamento do objeto da obrigação.

> *Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.*
> *Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.*

Note-se, todavia, que o dever imposto a cada devedor de pagar toda a dívida não significa que exista solidariedade entre eles, uma vez que, no caso, é o objeto da própria obrigação que determina o cumprimento integral do débito. Por óbvio, se A, B e C obrigam-se a entregar um cavalo, qualquer deles, demandado, deverá entregar todo o animal. E isso ocorre não necessariamente por força de um vínculo de solidariedade passiva, mas sim, pelo simples fato de que não se poderá cortar o cavalo em três, para dar apenas um terço do animal ao credor.

OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA	OBRIGAÇÃO INDIVISÍVEL
A causa da solidariedade é o título (lei ou contrato).	A causa é, normalmente, a natureza da obrigação (mas pode ser lei ou contrato).
Cada devedor paga por inteiro, porque deve integralmente.	Cada devedor solve a totalidade em razão da impossibilidade jurídica de se repartir em quotas a coisa devida.
A solidariedade é uma relação subjetiva.	A indivisibilidade é objetiva
Visa a facilitar a satisfação do crédito.	Assegura a unidade da prestação.
Sempre de origem técnica, resultando da lei ou da vontade das partes.	Justifica-se com a própria natureza da prestação, quando o objeto é, em si mesmo, insuscetível de fracionamento.
Cessa com a morte dos devedores.	Subsiste enquanto a prestação suportar.
Quando a obrigação se converte em perdas e danos, deve o culpado pagar as perdas e danos e a solidariedade persiste quanto ao equivalente.	Termina quando a obrigação se converte em perdas e danos.

Com a sua peculiar erudição, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA enumera os caracteres distintivos das duas espécies de obrigação: (indivisível e solidária)

4.6. OBRIGAÇÃO DE GARANTIA

Tais obrigações têm por conteúdo eliminar riscos que pesam sobre o credor, reparando suas consequências.

Na exemplificação sobre a matéria, observa MARIA HELENA DINIZ:

"Constituem exemplos dessa obrigação a do segurador e a do fiador, a do contratante, relativamente aos vícios redibitórios, nos contratos comutativos (CC, arts.441 e s.); a do alienante, em relação à evicção, nos contratos comutativos que versam sobre transferência de propriedade ou de posse (CC, arts. 447 e ss); a oriunda de promessa de fato de terceiro (CC, art. 439). Em todas essas relações obrigacionais, o devedor não se liberará da prestação, mesmo que haja força maior ou caso fortuito, uma vez que seu conteúdo é a eliminação de um risco, que, por sua vez, é um acontecimento casual ou fortuito, alheio à vontade do obrigado. Assim sendo, o vendedor, sem que haja culpa sua, estará adstrito a indenizar o comprador evicto; igualmente, a seguradora, ainda que, por exemplo, o incêndio da coisa segurada tenha sido provocado dolosamente por terceiro, deverá indenizar o segurado".

5. TEORIA DO PAGAMENTO

Conceito: pagamento significa, em direito das obrigações, adimplemento ou cumprimento voluntário da prestação devida.

5.1. NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO

O pagamento é um fato jurídico. PORÉM, a doutrina diverge quanto à espécie de fato jurídico:

Ato jurídico em sentido estrito: comportamento humano voluntário não negocial, cujo efeito está previsto na lei.

O pagamento enquanto fato jurídico é um ato negocial. (Caio Mário).

Pablo Stolze: "não se pode adotar posição definitiva a respeito do assunto. Somente a análise do caso concreto poderá dizer se o pagamento tem ou não natureza negocial, e bem assim, caso seja considerado negócio se é unilateral ou bilateral".

OBS: A grande utilidade de se reconhecer a natureza negocial do pagamento é a possibilidade de aplicação dos vícios do **negócio jurídico**.

5.2. "TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL" (*SUBSTANCIAL PERFORMANCE*)

Para esta teoria, a luz do princípio da boa-fé, não se considera razoável resolver a obrigação, quando a prestação, posto não adimplida de forma perfeita, fora substancialmente atendida.

A despeito do que dispõe o art. 763 do CC, no contrato de seguro, é defensável, para evitar injustiça, a aplicação da teoria do adimplemento substancial, pagando-se ao segurado o valor da indenização devida, abatido o prêmio que ainda não havia sido pago. O STJ inclusive, já aplicou a teoria para o contrato de alienação fiduciária (Resp 415971/SP e 469577/SC).

Eventualmente a teoria tem sido aceita, depende do caso concreto.

> *STJ - Inf. 500:* ***Por meio da teoria do adimplemento substancial, defende-se que, se o adimplemento da obrigação foi muito próximo ao resultado final, a parte credora não terá direito de pedir a resolução do contrato porque isso violaria a boa-fé objetiva, já que seria exagerado, desproporcional, iníquo****. No caso do adimplemento substancial, a parte devedora não cumpriu tudo, mas quase tudo, de modo que o credor terá que se contentar em pedir o cumprimento da parte que ficou inadimplida ou então pleitear indenização pelos prejuízos que sofreu (art. 475, CC). Em uma alienação fiduciária, se o devedor deixou de pagar apenas umas poucas parcelas, não caberá ao credor a reintegração de posse do bem, devendo ele se contentar em exigir judicialmente o pagamento das prestações que não foram adimplidas.*

Segundo o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva. Desse modo, esta teoria está baseada no princípio da boa-fé objetiva. Aponta-se também como outro fundamento o princípio da função social dos contratos.

5.3. CONDIÇÕES DO PAGAMENTO

As condições (ou requisitos) são:

1) Condições subjetivas do pagamento;
2) Condições objetivas do pagamento.

5.4. CONDIÇÕES SUBJETIVAS DO PAGAMENTO

Arts. 304 e ss. As condições subjetivas do pagamento são:

1) Quem pode pagar;

2) A quem se deve pagar;

5.4.1. Quem pode pagar

> *Art. 304. Qualquer INTERESSADO na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.*
> *Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro NÃO INTERESSADO, se o fizer em nome e à conta do devedor,* ***salvo oposição deste.***
>
> *Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.*
> *Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.*

Em primeiro plano, o pagamento deve ser feito pelo devedor ou seu representante; no entanto, o sistema brasileiro, admite que o pagamento possa ser feito também pelo terceiro (interessado ou não interessado). Exemplo: qualquer um pode pagar uma conta de qualquer um.

OBS: terceiro INTERESSADO é aquele que se vincula juridicamente à obrigação, posto não seja parte dela. Por exemplo: fiador, avalista.

MAS, também poderá pagar o terceiro NÃO interessado, aquele desprovido de interesse jurídico no cumprimento da obrigação.

Quais são os efeitos jurídicos que decorrem do pagamento feito pelo terceiro interessado ou não? Afinal, o devedor pode se opor a pagamento feito por terceiro?

O terceiro interessado, a exemplo do fiador, ao efetuar o pagamento, sub-roga-se em todos os direitos, ações, privilégios e garantias do credor originário. Por ter interesse jurídico, tem muita força. Quando ele paga, ele assume a posição de credor originário. Com os direitos, os privilégios, as garantias...

No caso do terceiro **NÃO interessado**, duas situações podem ocorrer, na forma dos art.s 304 e 305 do CC:

a) Se o terceiro ***não interessado*** pagar em seu próprio nome, terá pelo menos direito ao reembolso. Não se sub-roga em todos direitos e garantias por ventura existentes.

b) Se o terceiro ***não interessado***, todavia, pagar apenas em nome do devedor, não terá direito a nada.

O devedor pode opor-se ao pagamento feito por terceiro?

Nos termos do art. 306 do CC ***é possível a oposição do pagamento***, desde que o devedor indique ter meios de satisfazer o credor. Também é possível a oposição, quando há fundamento relevante, a exemplo da prescrição da dívida.

> ***Art. 306.*** *O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.*

Em uma perspectiva civil constitucional, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, é razoável entender-se que a preservação dos direitos da personalidade do devedor justifica a oposição ao pagamento. Pode ser que o terceiro queira utilizar a dívida de má-fé, como por exemplo, querer humilhar o devedor, por ser seu concorrente empresarial.

Pode então ser que o devedor se oponha ao pagamento de terceiro não interessado com fundamento nos direitos de personalidade.

Pode, embora seja incomum, ainda se opor ao pagamento por terceiro interessado, desde que justificadamente, como por exemplo, dívida prescrita.

5.4.2. A quem se deve pagar

Em primeiro plano, o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente.

É juridicamente possível também, o pagamento feito à TERCEIRO, observando-se as duas seguintes condições:

1) O credor deverá ratificar o pagamento, ou, caso não o faça, poderá o devedor demonstrar que o pagamento reverteu em proveito daquele.

> *Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.*

2) Também será considerado eficaz pagamento feito a terceiro nos termos do art. 309, à luz da "**Teoria da Aparência**" no caso do credor putativo.

> ***Art. 309.*** *O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.*

O que dá base principiológica a essa teoria, é o princípio da boa-fé. Nelson Nery Jr: para segurança das relações jurídicas. O credor putativo parece ser credor, mas não é, o devedor de boa-fé incorrendo em erro escusável efetua o pagamento a uma pessoa imaginando que ela é a credora, é um pagamento motivado pela boa-fé a quem aparenta ser credor, mas não é.

O que existe aqui é um pagamento feito de boa-fé, segundo o princípio da confiança, a quem aparenta ser credor sem ser.

Exemplo: ex-representante de empresa de vendas por catálogo se faz de atual representante, e na venda se apresenta como credor para o consumidor, que, com boa-fé efetua o pagamento como costumava fazer, para receber após 15 dias os produtos.

Guilherme Nogueira da Gama lembra interessante hipótese de aplicação da teoria no caso do mandatário putativo, como na hipótese do devedor de boa-fé locatário que efetua o pagamento por falta de informação devida, à antiga administradora de imóveis do locador.

OBS: art. 310

> *Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.*

5.5. CONDIÇÕES OBJETIVAS DO PAGAMENTO

As condições objetivas são:

1) Tempo do pagamento;
2) Lugar do pagamento;
3) Prova (quitação) do pagamento;
4) Objeto do pagamento.

5.5.1. Tempo do pagamento

Em regra, na forma do art. 331 e ss, o pagamento deve ser feito no VENCIMENTO da dívida. Caso a obrigação não tenha vencimento certo, salvo norma especial em contrário, o credor pode exigi-la de imediato.

> *Art. 331. Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigi-lo imediatamente.*

Esse artigo configura o chamado ***Princípio da Satisfação Imediata***. Está ligado diretamente ao art. 397, §único.

> ***Art. 397,*** *Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial. Seria a chamada mora ex persona, precisa dar ciência que está em mora. Diferente da mora ex re, a qual é automática.*

Continuando:

> ***Art. 332.*** *As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.*

OBS: no caso do **mútuo de dinheiro**, existe regra específica (art. 592, II CC) no sentido de que, não se estipulando vencimento, o prazo mínimo para pagamento é de 30 dias.

> ***Art. 592.*** *Não se tendo convencionado expressamente, o **prazo do mútuo** será: [...]*
> *II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;*

O art. 333 do CC disciplina situações de vencimento antecipado da dívida.

> ***Art. 333.*** *Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida **ANTES DE VENCIDO O PRAZO** estipulado no contrato ou marcado neste Código:*
> *I - no caso de **falência** do devedor, ou de **concurso de credores**;*
> *II - se os bens, **hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução** por outro credor;*

*III - se **cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito**, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.*
Parágrafo único - Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

OBS1: Interessante este parágrafo único: o vencimento antecipado não produz efeitos diante dos credores solidários, somente diante daquele que foi incurso no art. 333.

OBS2: antecipação por conveniência do devedor: art. 133. O prazo é uma benesse ao devedor, portanto disponível para ele, desde que não gere prejuízo para o credor. A segunda possibilidade é no art. 333, aqui ocorre por iniciativa do credor.

Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.

5.5.2. Lugar do Pagamento

Regra do direito brasileiro nos termos do art. 327, as dívidas são **QUESÍVEIS** (querable), ou seja, o pagamento é feito no domicílio do devedor. (“seu barriga vai até seu madruga para cobrar a dívida”)

Por EXCEÇÃO, se o pagamento for feito no domicílio do próprio credor, as dívidas são **PORTÁVEIS** (portable).

OBS: se no título da obrigação, houver dois ou mais lugares para o pagamento, a escolha deverá ser feita pelo **CREDOR** (não confundir aqui com o caso de obrigações genéricas e alternativas em que, não sendo nada previamente determinado, a escolha da PRESTAÇÃO caberá ao DEVEDOR)**.**

***Art. 327.** Efetuar-se-á o pagamento no **domicílio do devedor**, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.*
*Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao **CREDOR escolher entre eles**.*

Art. 328.** Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem. **(exceção)

***Art. 329.** Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.*

***Art. 330.** O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.*

OBS: este artigo consagra o ***Princípio do venire contra factum proprium*** (“vir contra fato próprio” – desdobramento da boa-fé objetiva), para evitar que o credor, quebrando o princípio da confiança, adote comportamento contraditório.

5.5.3. Prova (quitação) do Pagamento

O ato jurídico que traduz a PROVA DO PAGAMENTO é a QUITAÇÃO, regulada a partir do art. 319. O recibo é o documento da quitação, o instrumento da quitação.

Caso o credor se negue a dar a quitação, poderá o devedor ingressar com a **consignação em pagamento.**

> ***Art. 319.*** *O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.*
>
> ***Art. 320.*** *A quitação, que **sempre** poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.*

Quitação sempre poderá ser por instrumento particular (recibo).

> ***JDC** 18 – Art. 319: A "quitação regular" referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de "comunicação a distância", assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes.*
>
> ***Art. 320,** Parágrafo único - Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.*

Respeita o princípio da boa-fé.

O se entende por "presunções" de pagamento?

Pressupõe-se que houve quitação. Art. 322 a 324 – presunções relativas, admitem, prova em contrário.

> ***Art. 322.*** *Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.*

Quer dizer, pode-se não ter a quitação das anteriores, mas há a presunção que estão pagas. Se paga março, presume-se pagas as de fevereiro...janeiro...até prova em contrário. O ônus de provar o contrário é do próprio credor.

> ***Art. 323.*** *Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes se presumem pagos.*

Juro é um bem acessório, gerado pelo capital. Se o capital for quitado, há uma presunção que os juros também foram, se o banco der um recibo quitando o capital devido, há a presunção relativa de que estão pagos os juros.

> ***Art. 324.*** *A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.*
> *Parágrafo único - Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, **em sessenta dias**, a falta do pagamento.*

5.5.4. Objeto do Pagamento

REGRA 1- Nos termos do art. 313, o credor não é obrigado a receber prestação diversa, ainda que mais valiosa. ***Regra da intangibilidade do objeto***.

> ***Art. 313.*** *O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.*

REGRA 2 - À luz do ***princípio da indivisibilidade***, nos termos do art. 314, o credor não é obrigado a receber nem o devedor a pagar por partes, se assim não se convencionou ou se a lei permitir.

> ***Art. 314.*** *Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.*

REGRA 3- O art. 315 consagra o ***princípio do nominalismo***, segundo o qual, nas obrigações pecuniárias o devedor libera-se pagando a mesma quantidade de moeda prevista no título da obrigação. Este princípio sobre certo aspecto utópico é relativizado pelos mecanismos de correção monetária.

Princípio do Nominalismo = pagar a MESMA moeda. Mas e o tempo que passou? Inflação? Etc.? A depreciação do valor nominal da moeda, fez com que o direito criasse mecanismos de correção monetária que visam NÃO estabelecer um plus, mas atualização do valor da dívida.

Doutrina, influenciada pela instabilidade da nossa economia, elabora o conceito de **"dívidas de valor"** – não tem por objeto o dinheiro em si, mas o próprio valor econômico – aquisitivo – expresso pela moeda.

OBS: esses mecanismos de correção monetária (que inclusive se tornaram obrigatórios para débitos decorrentes de decisão judicial por meio da lei 68.99/81) atuam atualizando o valor das dívidas de dinheiro. IGPM, INPC, ATR.

> ***Art. 315.*** *As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo VALOR NOMINAL, salvo o disposto nos artigos subsequentes.*

OBS2: o credor não está obrigado a receber em cheque nem em cartões de crédito ou débito, uma vez que é a moeda nacional que tem curso forçado.

OBS3: apesar de não ser de aceitação obrigatória, se admitido o pagamento por meio de cheque, a sua recusa indevida pode gerar dano moral.

A variação cambial pode ser utilizada como índice de correção monetária?

A regra do direito é negativa, a variação cambial não pode ser utilizada como índice de correção monetária. Salvo em situações excepcionais, como na hipótese do leasing (arrendamento mercantil) ou quando houver autorização específica prevista em lei (ver lei 8.880/94 art. 6º).

Para parte da doutrina, a exemplo de Mário Delgado, a possibilidade de atualização das dívidas de dinheiro está consagrada no art. 316 (artigo de redação confusa).

> ***Art. 316.*** *É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.*

Para Pablo, este artigo não significa apenas atualizar o valor do débito, mas sim aumentar a progressivamente base do débito.

OBS: Venosa diz que pode dar embasamento àqueles que defendem a TABELA PRICE – trata-se de um sistema de amortização que incorpora juros a um empréstimo ou financiamento, mantendo, entretanto, o valor homogêneo das prestações (cálculo dificílimo de matemática financeira).

Grande parte da doutrina, a exemplo de Luiz Scavone Jr., sustenta a ilegalidade da tabela Price, uma vez que a sua fórmula matemática praticaria anatocismo – juros sobre juros.

A partir do art. 317, entra na teoria da imprevisão (ver em teoria geral dos contratos).

> *Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrever desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

O salário mínimo pode ser utilizado como índice de correção de pensão alimentícia?

A rigor não poderia (vedado pelo CC art. 1710 e pelo inciso IV, art. 7º da CRFB mais Súmula vinculante nº 4 do STF).

> ***CC** Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.*

> ***CF** Art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;***

> ***STF SÚMULA VINCULANTE Nº 4** SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O **SALÁRIO MÍNIMO** NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.*

A despeito da polêmica, defende Maria Berenice Dias, com propriedade, amparada em precedentes do próprio STF (RE 274897) a possibilidade de utilização do SM como critério de correção de pensão alimentícia – hermenêutica social, aplicação no caso concreto.

6. FORMAS ESPECIAIS DE PAGAMENTO

As formas especiais de pagamento são as seguintes:

1) Consignação em pagamento;
2) Pagamento com sub-rogação (substituição);
3) Imputação do pagamento;
4) Novação;
5) Dação em pagamento (*datio in solutum*);
6) Remissão;
7) Confusão;
8) Compensação;
9) Transação;

Na verdade, são ***FORMAS INDIRETAS*** de extinção da obrigação. Também chamados de ***PAGAMENTO INDIRETO.***

COM PAGAMENTO	SEM PAGAMENTO	CONTRATUAL
Consignação, sub-rogação, imputação, dação.	Compensação, confusão, remissão, novação.	Transação, compromisso.

6.1. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Obs.: Todos os comentários relativos ao NCPC foram retirados do CPC comentado do Daniel Neves, ano 2016.

6.1.1. Conceito

Trata-se de instituto jurídico colocado à disposição do devedor para que, ante o obstáculo ao recebimento criado pelo credor ou quaisquer circunstâncias impeditivas do pagamento, exerça, por depósito da coisa devida, o direito de adimplir a prestação liberando-se no liame obrigacional.

Não se confunde com "venda por consignação" (contrato estimatório), que é um NJ por meio do qual uma das partes – consignante – transfere a outra – consignatário – bens móveis, a fim de que os venda, segundo preço previamente estipulado, ou simplesmente os restitua ao próprio consignante.

6.1.2. Natureza Jurídica

Pagamento INDIRETO da prestação avençada. É uma mera faculdade do devedor, que não pode adimplir a obrigação, por culpa do credor.

6.1.3. Hipóteses de ocorrência

> *Art. 335. A consignação tem lugar:*
> *I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;*
> *II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;*
> *III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;*
> *IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;*
> *V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.*

Aqui estão elencadas as causas justificadoras da consignação, isto porque ela não é meio natural de satisfação, pois cria todo uma gama de custos ai credor.

6.1.4. Requisitos de validade

> *Art. 336. Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorram, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo,* ***todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento****.*

Lembrar aqui a discussão da natureza jurídica do pagamento. Ato jurídico em sentido estrito ou NJ? Se for NJ aplicam-se suas regras ao pagamento...e consequentemente à consignação.

A consignação não é pagamento, mas produz os efeitos deste, visto gerar a satisfação do crédito e a liberação do devedor. Necessário que se dê a consignação, respeitadas todas as características da

dívida, nos aspectos pessoais, materiais e temporais, modais. Não havendo correspondência em apenas um destes, não haverá efeitos liberatórios.

6.1.5. Possibilidade do levantamento do depósito pelo devedor

1) Antes da aceitação ou impugnação do depósito: nesse momento tem o devedor total liberdade para levantar, a importância não saiu do seu patrimônio.

> *Art. 338. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as consequências de direito.*

2) Depois da aceitação ou impugnação do depósito pelo credor: a oferta já está caracterizada, agora, somente com anuência do credor. Fiadores e codevedores que não tenham anuído são liberados (art. 340)

> *Art. 340. O credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os codevedores e fiadores que não tenham anuído.*

3) Julgado procedente o depósito: já não poderá levantá-lo, ainda que o credor consinta, senão de acordo com outros devedores e fiadores. Caso isso aconteça, tudo volta ao "status quo ante".

> *Art. 339. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levantá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.*

6.1.6. Consignação de coisa certa/incerta

1) Consignação de coisa CERTA

Se a coisa for imóvel ou corpo certo, poderá o devedor citar o credor para que venha recebê-la, sob pena de ser depositada.

Se a coisa certa estiver em lugar distinto do lugar do pagamento (que em regra é o domicílio do devedor), corre por conta do *solvens* as despesas de transporte.

2) Consignação de coisa INCERTA

É preciso proceder à **concentração.** Se couber ao credor, ele deve ser citado (em regra é ao devedor). Sob pena de ser depositado à escolha do devedor. Procedida escolha pelo devedor, segue as regras da coisa certa.

> *NCPC Art. 543. Se o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, será este citado para exercer o direito dentro de 5 (cinco) dias, se outro prazo não constar de lei ou do contrato, ou para aceitar que o devedor a faça, devendo o juiz, ao despachar a petição inicial, fixar lugar, dia e hora em que se fará a entrega, sob pena de depósito.*

6.1.7. Despesas processuais

CC Art. 343. As despesas com o depósito, quando julgado procedente, correrão à conta do credor, e, no caso contrário, à conta do devedor.

Se o credor aceita sem impugnação?

NCPC Art. 546. Julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.
Parágrafo único. Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.

A demanda consignatória passa a ter, após a citação do réu, o procedimento comum, de forma que nenhuma especialidade digna de nota existe após o momento procedimental inicial, seguindo-se ao momento de defesa do réu o saneamento do processo, instrução probatória e decisão por meio de sentença, recorrível por apelação a ser recebida no duplo efeito (art. 1.012, caput, do Novo CPC).

A sentença tem em regra natureza meramente declaratória; no acolhimento do pedido do autor, haverá declaração e extinção da obrigação em razão da idoneidade e suficiência do depósito realizado; na rejeição do pedido, haverá a declaração de que o depósito realizado não é apto a extinguir a obrigação. Excepcionalmente, a sentença terá também natureza condenatória, quando o réu alegar a insuficiência do depósito e o autor não complementá-lo em 10 dias, caso em que o juiz irá condená-lo a pagar a diferença apurada (art. 545, § 2.°, do Novo CPC) (STJ, 2a Turma, REsp 661.959/RJ, rei. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.04.2006, DJ 06.06.2006). É claro que em todas as hipóteses haverá um capítulo da sentença condenando o sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Tais conclusões sempre foram tranquilas na doutrina, mas no CPC/1973 não havia qualquer previsão legal nesse sentido. A omissão foi parcialmente sanada pelo art. 546, caput, do Novo CPC ao prever que, julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios

6.1.8. Prestações periódicas

NCPC Art. 541. Tratando-se de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar a depositar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que o faça em até 5 (cinco) dias contados da data do respectivo vencimento.

Segundo o art. 541 do Novo CPC, tratando-se de prestações periódicas (obrigações de trato sucessivo, com prestações deferidas no tempo), permite-se ao autor a consignação das prestações vincendas, conforme vençam no decorrer do trâmite procedimental, no prazo de 5 dias do vencimento da prestação. A previsão legal está fundada no princípio da economia processual, buscando evitar uma inadequada multiplicidade de demandas consignatórias (cada qual com uma prestação depositada) que, pela conexão, seriam de qualquer maneira reunidas para julgamento conjunto. Afirma-se corretamente que a regra desse dispositivo legal é a mesma constante no art. 323 do Novo CPC, admitindo-se a consignação incidental mesmo que não haja pedido expresso nesse sentido na petição inicial (pedido implícito).

Já existindo uma conta corrente aberta na qual foi realizado o primeiro depósito, o autor sucessivamente realizará o depósito no prazo máximo de 5 dias do vencimento da prestação, sem a necessidade de se abrir prazo para a defesa do réu, embora seja interessante a intimação do mesmo para que tome ciência de que as prestações que vão vencendo na constância da demanda estão sendo

consignadas judicialmente. A não realização da consignação de prestação vincenda impede que o autor continue a se utilizar da demanda já interposta para a consignação de parcelas subsequentes, sendo indispensável, nesse caso, a propositura de uma nova demanda consignatória.

6.1.9. Consignação extrajudicial

> *NCPC Art. 539. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*
> *§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.*
> *§ 2º Decorrido o prazo do § 1º, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.*
> *§ 3º Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.*
> *§ 4º Não proposta a ação no prazo do § 3º, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.*

O art. 539 do Novo CPC permite ao devedor, desde que preenchidos determinados requisitos, a realização de consignação extrajudicial, sendo esta uma forma alternativa de solução do conflito que dispensa a participação do Poder Judiciário. Trata-se de uma opção do devedor, que mesmo preenchendo todos os requisitos ainda poderá optar pela demanda judicial, sendo obrigatória somente na hipótese de consignação de prestação oriunda de compromisso de compra e venda de lote urbano (art. 33 da Lei 6.766/1979).

Apesar da omissão da Lei de Locações, não existe qualquer obstáculo para a aplicação do art. 539 do Novo CPC à consignação de valores oriundos da relação locatícia (STJ, REsp 618.295/DF, 5.a Turma, rei. Min. Felix Fischer, j. 06.06.2006, DJ 01.08.2006).

São requisitos da consignação extrajudicial:

a) A prestação deve ser pecuniária - consignação de dinheiro (art. 539, § l.°, do Novo CPC) -, até mesmo porque o devedor se valerá de instituição financeira;

b) Existência no local do pagamento (sede da comarca) de estabelecimento bancário oficial ou particular, preferindo-se o primeiro quando existirem ambos;

c) Conhecimento do endereço do credor, em razão da necessidade de tal informação para que se realize a notificação;

d) Credor conhecido, certo, capaz e solvente, o que afasta a consignação nos casos de:

   - Não se conhecer o credor (dúvida sobre a identidade física);
   - Dúvida a respeito de quem é o credor (dúvida sobre a condição jurídica);
   - Devedor incapaz, que não pode validamente receber ou dar quitação;
   - Credor insolvente ou falido, hipóteses nas quais o crédito deve ser destinado às respectivas massas;

- Existência de demanda judicial que tenha como objeto a prestação devida.

Preenchidos os requisitos legais e sendo a vontade do devedor, este realizará o depósito do valor junto ao estabelecimento bancário, sendo cientificado o credor pelo estabelecimento bancário por meio de carta com aviso de recebimento para que no prazo de 10 dias se posicione com relação ao depósito realizado. No silêncio do CPC/1973 a respeito do tema, criou-se divergência doutrinária a respeito do termo inicial desse prazo de 10 dias, sendo a melhor doutrina a que entende contar-se o prazo do efetivo recebimento da notificação, e não do recebimento pelo banco do AR assinado pelo credor. A divergência é resolvida pelo § 2o do art. 539 do Novo CPC, ao prever que o prazo terá sua contagem iniciada a partir do retorno do aviso de recebimento, ou seja, a partir do recebimento pela instituição financeira do AR assinado pelo credor.

São quatro as possíveis reações do credor no decêndio: (a) comparecer à agência bancária e levantar o valor, ato que extingue a obrigação; (b) comparecer à agência bancária e levantar o valor fazendo ressalvas quanto à sua exatidão, quando poderá cobrar por vias próprias a diferença (STJ, REsp 189.019/SP, 4.a Turma, rei. Min. Barros Monteiro, j. 06.05.2004; D] 02.08.2004); (c) silenciar, entendendo-se que nesse caso houve aceitação tácita, de forma que a obrigação será reconhecida como extinta, ficando o valor depositado à espera do levantamento do credor; (d) recusar o depósito mesmo sem qualquer motivação, hipótese em que o depositante poderá levantar o dinheiro ou utilizar o depósito já feito para ingressar com a ação consignatória no prazo de um mês, instruindo a petição inicial com a prova do depósito e da recusa (art. 539, § 3.°, do Novo CPC).

O prazo de um mês para o ingresso da ação de consignação em pagamento serve tão somente para que o devedor não sofra os efeitos da mora, de maneira que, transcorrido esse prazo, a propositura da demanda continua possível, desde que o credor realize a consignação do valor principal acrescido dos juros e devidas correções, que contarão da data de vencimento da obrigação. Segundo o art. 539, § 3.°, do Novo CPC, após o decurso do prazo legal, o depósito extrajudicial perderá os seus efeitos, o que dá a entender que o autor deverá realizar um novo depósito

6.1.10. Consignação judicial em pagamento

1) Competência territorial: lugar do pagamento (regra: devedor).

OBS: consignatória de aluguéis e encargos, de acordo com o art. 58, II da lei 8.245/91 é o foro de eleição ou lugar da situação do imóvel.

2) Deve ser feito depósito em 05 dias do deferimento. E se não for? *Indeferimento da inicial* (Fredie: mas...como vai **indeferir a inicial**, se ela já foi deferida?), extinção do processo sem resolução de mérito.

3) O réu (credor) tem 15 dias para responder.

NCPC
Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que:
I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida;
II - foi justa a recusa;
III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;
IV - o depósito não é integral.
Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Realizada a citação do réu, ocorrerá concomitantemente a sua intimação para que levante o valor ou a coisa consignada ou, ainda, para que ofereça contestação (art. 542, II, do Novo CPC). No prazo de 15 dias poderá (a) responder, por meio de contestação, exceções rituais e reconvenção; (b) tornar-se revel; (c) requerer o levantamento da quantia depositada.

Caso o réu compareça em juízo, devidamente representado por advogado, e aceite a consignação, requerendo o levantamento do valor ou da coisa consignada, entende-se que reconheceu juridicamente o pedido do autor, devendo ser proferida sentença de mérito nos termos do art. 487, III, "a" do Novo CPC. Nesse caso, por reconhecer que a consignação extingue a obrigação, o réu concorda, ainda que implicitamente, que deu causa para a propositura da demanda, devendo responder pelas verbas de sucumbência. A sentença, nesse caso, terá como capítulo principal a declaração de extinção da obrigação e como capítulo acessório a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Só não haverá extinção do processo no caso de o réu pedir o levantamento da quantia consignada e, em contestação, impugnar o valor, apontando para a insuficiência da quantia ou da coisa depositada (art. 544, IV, do Novo CPC).

4) E se o depósito não for integral?

> *NCPC Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao **autor completá-lo, em 10 (dez) dias**, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.*
> *§ 1º No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.*
> *§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária.*

A complementação só será admitida quando a prestação não tiver se tornado imprestável ao réu, o que poderá ocorrer na obrigação que tenha como objeto a entrega ou a restituição de coisa, mas nunca na obrigação de pagar, porque nesse caso o recebimento é sempre útil ao credor. No caso de a prestação ter se tornado inútil, caberá ao réu alertar o juiz no caso concreto que não tem mais interesse em receber a prestação, mesmo que completa, alegando expressamente o afastamento da regra prevista no art. 545 do Novo CPC.

Alegada pelo réu a insuficiência do depósito inicial, e ainda sendo útil ao credor a prestação devida, o juiz intimará o autor para que realize no prazo de 10 dias a sua complementação. Realizada a complementação e sendo a insuficiência do depósito a única alegação defensiva, a demanda será extinta com resolução de mérito, acolhendo-se o pedido do autor e liberando-o da obrigação. Ocorre, entretanto, que ao complementar o depósito inicial, o autor confessa que o réu tinha razão em não receber o pagamento conforme originariamente ofertado, de forma que, apesar do acolhimento de seu pedido, o autor será condenado ao pagamento das verbas de sucumbência. Havendo outros fundamentos da defesa, a demanda seguirá normalmente, sendo lícito ao réu o levantamento imediato do depósito realizado.

O levantamento também é autorizado na hipótese de não ocorrer a complementação, em razão da incontrovérsia quanto ao valor ou das coisas depositadas em juízo, havendo doutrina que aponta o art. 545, § l.°, do Novo CPC, como espécie de tutela antecipada em favor do réu, considerando-se que com relação ao objeto do levantamento, se considerará a obrigação extinta, e também em favor do réu, que poderá se aproveitar faticamente do levantamento realizado.

Quanto ao levantamento imediato dos valores previstos no dispositivo ora analisado, vale destacar o Enunciado 61 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "É permitido ao réu da ação de consignação em pagamento levantar 'desde logo' a quantia ou coisa depositada em outras hipóteses além da prevista no § 1.° do art. 545 (insuficiência do depósito), desde que tal postura não seja contraditória com fundamento da defesa

5) Revelia

Na hipótese de não contestar, ocorrerá revelia, devendo-se analisar em primeiro lugar a ocorrência ou não dos seus efeitos, em especial a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Não há particularidade alguma desse fenômeno jurídico na consignação em pagamento, de forma que, presumidos os fatos verdadeiros, caberá ao juiz julgar antecipadamente o mérito (art. 355, II, do Novo CPC), aplicando o melhor direito aos fatos, o que poderá inclusive levar à improcedência do pedido do autor, embora tal circunstância na demanda consignatória seja rara (STJ, REsp 769.468/RJ, 3.a Turma, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, DJ 02.03.2006). Não ocorrendo o efeito descrito, o juiz determinará ao autor a especificação de provas, seguindo a demanda pelo procedimento comum

6.2. PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO (SUBSTITUIÇÃO)

6.2.1. Conceito

O pagamento com sub-rogação traduz a ideia de cumprimento da dívida por terceiro, com a consequente substituição de sujeitos: sai o credor originário, e entra o novo credor.

Exemplo: no momento em que outro paga ao credor originário o valor devido pelo devedor, sub-roga-se no lugar daquele.

OBS: Sub-rogação x Cessão de crédito

A despeito da inequívoca semelhança e pontos de contato, NÃO se pode dizer que "pagamento com sub-rogação" e "cessão de crédito" são o mesmo instituto. Isso porque uma das diferenças existentes é que a cessão de crédito pode ser gratuita, sem pagamento. A transferência da qualidade creditória opera-se sem que tenha havido pagamento da dívida (posteriormente, será falado de cessão de crédito).

6.2.2. Espécies de pagamento com sub-rogação

1) *Pagamento com SUB-ROGAÇÃO LEGAL – art. 346.*

É a lei que determina a sub-rogação. A substituição opera-se por força de lei.

> ***Art. 346.*** *A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:*
> ***I - do credor que paga a dívida do devedor comum;***
> ***II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;***

1ª parte: exemplo – 'A,' é proprietário de fazenda e ao mesmo tempo é devedor do Bradesco, que hipotecou aquela. 'A' tem dívida e está pagando, quando tem a fazenda hipotecada pelo Bradesco. 'B'

resolve comprar a fazenda - terceiro adquirente – este, comprando a fazenda, pagando ao credor hipotecário, no caso o Bradesco, sub-roga-se nos direitos de Bradesco, contra 'A'.

2ª parte: sempre que um terceiro efetuar um pagamento para não ser privado de um direito sobre imóvel, sub-rogar-se-á nos direitos do credor. Exemplo: o inquilino que paga a dívida ao credor do locador, sub-rogando-se em seus direitos.

> *III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.*

Exemplo: fiador.

2) *Pagamento com SUB-ROGAÇÃO CONVENCIONAL – art. 347*

A mudança de credores opera-se por força de um **negócio jurídico**.

> ***Art. 347.*** *A sub-rogação é convencional:*
> ***I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;***

Neste caso, existe uma ***identidade*** de cessão de crédito. Há uma grande aproximação. MAS, não é a mesma coisa, como já dito. Os institutos têm regras próprias.

> *II - quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia precisa para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito.*

Exemplo: credor 'A', devedor 'B'. 'B' deve a 'A' 15.000. Um terceiro, 'C', por meio de um NJ empresta a quantia necessária a 'B', para que pague a 'A', sob a condição de sub-rogar-se nos direitos deste. Trazendo para realidade: BNDES, empresta dinheiro, abre linhas de crédito para desafogar devedores, tirando outros Bancos, credores originários, sub-rogando-se no direito desses, dando melhores condições a tais devedores.

> *Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente (credor recebe o pagamento de terceiro e transfere expressamente seus direitos), vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.*

Ou seja:

> *Artigo referente à cessão de crédito*
> *Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.*

Quanto aos efeitos do pagamento com sub-rogação vale registrar o que dispõe o art. 349:

> ***Art. 349.*** *A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.*

Se o pagamento é convencional, pode-se, à luz do princípio da autonomia privada, revisar os direitos do novo credor, para dar melhores condições ao devedor para quitar o débito.

OBS1: o CC em seu artigo 350, na linha do art. 593 do Código de Portugal, estabeleceu que, o novo credor só poderá exercer o seu direito até o limite do que efetivamente pagou.

> ***Art. 350.*** *Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.*

OBS2: preferência do credor originário. Art. 351 do CC.

> *CC Art. 351. O credor originário, só em parte reembolsado, terá preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não chegarem para saldar inteiramente o que a um e outro dever.*

6.3. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

6.3.1. Conceito

Segundo a doutrina de Álvaro Villaça, a imputação do pagamento se dá quando é feita a indicação, dentre dois ou mais débitos da mesma natureza, de qual deles será solvido.

Pablo: Seria muito mais uma forma de indicação de pagamento...não tem muita utilidade prática.

Exemplo: entre duas partes, credor e devedor, D age assumindo dívidas (1,2,3) em face de C, vamos imaginar que as três dívidas estejam vencidas, cada dívida é no valor de 5.000 reais. D só dispõe de 5.000 para efetuar o pagamento, qual delas será feita a imputação? A 1, 2 ou 3?

A regra geral, nos termos do art. 352 CC, é no sentido de que a imputação será feita pelo DEVEDOR. MAS, se o devedor não fizer a imputação, a imputação é feita pelo CREDOR.

> ***Art. 352.*** *A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.*
>
> ***Art. 353.*** *Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo.*

OBS: se indicar na questão que o devedor não fez a imputação e o credor também não, a imputação do pagamento é feita pela LEI. Esta imputação legal é subsidiária, verifica-se se o devedor imputou ou não, se não, então se o credor imputou, se nenhum dos dois imputaram, aí sim vamos para a regra da **imputação legal** – art. 354 e **355.**

> ***Art. 354.*** *Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á **primeiro nos juros vencidos, e depois no capital**, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital.*

Artigo específico, para a situação de haver dívida de juro vencido. No exemplo dado, tendo dívida 1,2 e 3. Se a dívida 2, for de juro vencido, a imputação cairá nela.

> ***Art. 355.*** *Se o devedor não fizer a indicação do art. 352, e a quitação for omissa quanto à imputação, esta se fará **nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar**. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á **na mais onerosa**.*

Se o devedor não imputou e o credor não imputou, a imputação será na dívida vencida em primeiro lugar. Os 5.000 de D serão imputados na dívida mais velha, a que venceu em primeiro lugar (3 no exemplo).

E se todas as dívidas forem vencidas na mesma data? 352, 2ª parte. Será imputada aquela que tem a multa mais alta, a que tenha cláusula penal mais severa, etc.

Casuística: C e D, D deve 3 débitos da mesma natureza a C, d1,d2,d3, cada uma no valor de 5.000 reais, D só dispõe de 5.000 reais para efetuar o pagamento. Se o devedor não imputa, o credor não imputa, não sendo nenhuma de juros, e, sendo todas igualmente vencidas e líquidas e ainda igualmente onerosas?

CC silencia. Se todas as dívidas, na imputação legal, forem vencidas ao mesmo tempo e igualmente onerosas, recomenda-se, diante da ausência de norma legal, que se mantenha, até mesmo por equidade e segurança jurídica, a solução do REVOGADO ART. 433, item 4, do Código Comercial no sentido do pagamento proporcional entre as dívidas.

Raciocínio construído principiologicamente, fundamentação baseada em raciocínio jurídico, devido à omissão da lei.

6.4. NOVAÇÃO

6.4.1. Conceito

Disciplinada a partir do art. 360, a novação se opera quando, mediante estipulação negocial, as partes criam uma obrigação nova destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior.

Ato de eficácia complexa que repousa na vontade. Decorre da vontade das partes, a lei não pode impor “novação legal”, ela SEMPRE decorre da vontade das partes que criam uma obrigação nova destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior. **Não se confunde com renegociação.**

P1 e P2 firmam um contrato X, por força do qual se constitui uma relação obrigacional, P2 assume a obrigação de dar algo a P1. Vencendo a dívida, o devedor propõe ao credor (poderia ser ao contrário) que eles criassem uma nova obrigação destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior, a obrigação era dar um carro, então a posteriori, firmam uma obrigação, substituindo a anterior, sendo a nova de dar um carro, ou prestar uma obrigação.

OBS: não há apenas a mudança do objeto da relação obrigação prestacional. As partes estipulam um novo contrato Y, uma nova relação obrigacional que vai substituir e EXTINGUIR e obrigação anterior, que estará QUITADA.

Os prazos serão ZERADOS, pelo fato de firmarem um novo contrato. A prescrição começa do zero. O juro deve iniciar novo cálculo e o nome do devedor não poderá permanecer negativado.

Na mesma obrigação, já VENCIDA, for ofertado outro bem ou outro serviço, ou seja, substituição do objeto na MESMA obrigação, NÃO HÁ NOVAÇÃO.

6.4.2. Requisitos da novação

1) Existência de obrigação anterior: só poderá efetuar a novação se juridicamente existir uma obrigação anterior a ser novada. Ressalte-se, porém, que se a obrigação primitiva for simplesmente anulável essa invalidade não obstará a novação. Entretanto, **nula** ou **extinta** não admite novação.

2) Criação de obrigação nova substancialmente diversa da primeira. Se a mesma obrigação é alterada, renegociada, não há novação. Alterações secundárias da mesma obrigação, a exemplo da redução da taxa de juro ou o simples parcelamento, não traduzem obrigatoriamente novação. Vale dizer, a renegociação da mesma obrigação não é novação.

"***Aliquid novi***" = elemento novo. A segunda obrigação deve extinguir a primeira, o primeiro contrato deve ser QUITADO. Obrigação com elemento novo.

3) Ânimo de novar (***animus novandi***). Intenção das partes de criarem uma obrigação nova.

Doutrina diverge profundamente a respeito da possibilidade de se **novar obrigação natural ou imperfeita**: Marcel Planiol, Serpa Lopes, Silvio Rodrigues, Nogueira da Gama admitem a tese, mas autores como Barros Monteiro e Clóvis Beviláqua negam a possibilidade. Em nosso pensar a tese favorável deverá prevalecer, mormente pelo que dispõe o parágrafo 1º do art. 814.

> *CC Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.*
> *§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, NOVAÇÃO ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.*

OBS: Alterações secundárias da mesma obrigação não significa que as partes novaram, para que fique claro que isto aconteceu, deve-se ter um indicativo que fizeram um contrato novo, sendo a obrigação anterior liquidada. É preciso ainda investigar se as partes tiveram intenção de novar.

Lembra-nos Eduardo Espínola que a esmagadora maioria dos Códigos do mundo, não exige uma declaração expressa da intenção de novar. A intenção de novar depende da interpretação do comportamento das partes no ***caso concreto*** (comportamento concludente)***.***

O único Código que diz que a novação deve constar sempre de declaração expressa é o Código Civil do México. No Brasil, mesmo que não diga, o comportamento das partes pode indicar a novação.

Algumas empresas em suas cláusulas contratuais indicam que determinados comportamentos não configurarão novação, mas o juiz, no caso concreto, presente os requisitos, pode interpretar tal comportamento como novação.

Quem renegocia uma obrigação ou nova uma obrigação, se depois perceber uma cláusula inválida ou abusiva, pode impugnar o ato?

Em respeito ao princípio da função social, a novação ou a renegociação da mesma obrigação, não pode convalidar cláusulas ilegais (AgRg no AG 801930/SC e Súmula 286 do STJ). Nesses casos, poderá a parte, prejudicada, justificadamente, impugnar a cláusula abusiva, mormente porque, a regra do *venire* não pode chancelar ilegalidade (o *venire contra factum proprium* não pode ser invocado para acobertar, justificar uma ilegalidade e princípios de ordem pública). Não há comportamento contraditório, porque o segundo comportamento de impugná-lo, é justificável.

Ou seja, se a obrigação é renegociada ou novada e mantida uma clausula inválida ou abusiva do contrato anterior, ainda sim pode ser impugnada.

> ***STJ*** *Súmula: 286 A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.*

6.4.3. Espécies de novação

> ***Art. 360.*** *Dá-se a novação:*
> *I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;*
> *II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;*
> *III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o*
> *devedor quite com este.*

1) *Novação OBJETIVA (art. 360, inc. I)*

> *I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;*

É aquela em que, as mesmas partes, constituem obrigação nova destinada a substituir e extinguir a anterior.

2) *Novação SUBJETIVA (art. 360, II e III)*

Na novação subjetiva, alteram-se os sujeitos da relação obrigacional, de maneira que, com o ingresso do novo agente (credor ou devedor), é considerada CRIADA obrigação nova.

Tanto na ativa como na passiva, a partir do ingresso do novo agente, é considerada DALI o começo de uma obrigação nova.

> *III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.*

Ativa (art. 360, inc. III): em virtude de obrigação nova, sai o credor antigo, e assume credor novo. No momento em que sai o credor antigo, cria-se nova obrigação, perante o novo credor, quitando a dívida perante o credor antigo, então ocorrendo a NOVAÇÃO, a partir daqui é considerada criada obrigação NOVA. Exemplo: parcelar o crédito.

> *II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;*

Passiva (art. 360, inc. II): um novo devedor sucede ao antigo, considerando-se criada, a partir daí obrigação nova. Quando o novo devedor assumir, considera-se A PARTIR daí a obrigação nova, ainda que se mantenha o valor a ser pago.

A mudança de devedores, na novação ***SUBJETIVA PASSIVA***, pode-se dar de duas maneiras:

1ª Hipótese: EXPROMISSÃO: art. 362.

> *Art. 362. A novação por substituição do devedor pode ser efetuada* ***independentemente de consentimento deste****.*

Na expromissão a mudança de devedores opera-se independentemente da anuência do devedor antigo. Ato de força do credor, o devedor originário não é ouvido, seu consentimento não importa.

Exemplo: pai paga dívida pelo filho – filho não quer que pague, o credor cria obrigação nova com o pai, e tira o filho da relação jurídica por expromissão, o credor comunica ao devedor antigo, que o novo assumirá obrigação nova. Na expromissão não há o consentimento do devedor antigo.

2ª Hipótese: DELEGAÇÃO: Não tem previsão explícita. Porém é amplamente aceita.

Na delegação, diferentemente da anterior, o devedor antigo participa do ato novatório, aquiescendo com o ingresso do novo devedor que assume obrigação nova. Relação é mais triangular, os três participam do ato novatório.

O devedor originário pode ser chamado a voltar para a relação, mesmo tendo sido novada perante novo devedor a obrigação?

Excepcionalmente, o antigo devedor, poderá responder perante o credor, a despeito da novação, nos termos do art. 363.

> ***Art. 363.*** *Se o novo devedor for insolvente, não tem o credor, que o aceitou, ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve por má-fé a substituição.*

Exemplo: devedor originário engana o credor, sabendo que o devedor novo está sem dinheiro, por isso convence o credor a fazer novação, assumindo o novo devedor, prejudicando assim o credor.

6.4.4. Efeitos da novação

LIBERATÓRIO: a novação tem efeito liberatório, inclusive no que tange às garantias pactuadas (art. 364 e 366).

> ***Art. 364.*** *A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.*
>
> ***Art. 366.*** *Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal.*

OBS: Silvio Venosa observa, analisando o art. 365 do CC, que, em se tratando de solidariedade ativa e não passiva, o credor que novou, deverá compensar os credores que não participaram do ato novatório.

> ***Art. 365.*** *Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.*

6.5. DAÇÃO EM PAGAMENTO (*DATIO IN SOLUTUM*)

6.5.1. Conceito

A dação em pagamento, disciplinada a partir do art. 356, consiste em uma forma especial de pagamento pela qual, na mesma obrigação, o credor aceita receber prestação diversa da que lhe é devida.

Difere da novação, visto que a prestação diversa, a mudança opera-se na MESMA obrigação. NÃO é criado uma obrigação nova para substituir a anterior, o pagamento é feito na mesma obrigação.

Art. 356. *O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.*

OBS: Não confundir a dação em pagamento ora estudada, com a obrigação DAÇÃO *PRO SOLVENDO,* também chamada de dação por causa de pagamento ou em função de pagamento. A dação PRO SOLVENDO **não** satisfaz plenamente o interesse do credor (ao contrário da datio in solutum), ou seja, é apenas um meio facilitador do pagamento. (# in solutum)

Exemplo: é o que se dá quando o credor aceita receber do devedor título de crédito, emitido por terceiro. O crédito não é cabalmente satisfeito, por exemplo, devedor A, ao invés de pagar os 10.000 que deve a B, vai e lhe propõe pagar 12.000 em títulos de créditos contra C. A aceitando, o direito ainda não está satisfeito, pois terá de cobrar ainda de C – dação PRO SOLVENDO.

6.5.2. Requisitos da Dação em Pagamento

1) A existência de uma **obrigação vencida**.

2) **Consentimento** do credor.

3) Cumprimento de **prestação diversa** pelo devedor.

4) *Animus solvendi* – intenção de pagar.

OBS: se o devedor não atuar com o animus solvendi, pode estar caracterizado uma DOAÇÃO, uma mera liberalidade, ou seja, pode dar ensejo a fraude.

6.5.3. Evicção da coisa dada em pagamento (art. 359)

Art. 359. *Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada,* ***ressalvados os direitos de terceiros****. (ou seja, para o evicto se resolverá em perdas e danos)*

Evicção – PERDA.

A evicção se opera, quando o adquirente de um bem, vem a perder a sua posse e propriedade, por ato judicial ou administrativo, em virtude do reconhecimento do direito anterior de outrem.

Temos então 3 personagens: alienante (responde pelo risco da evicção), adquirente (quem perde a coisa - evicto), terceiro (quem reivindica a coisa - evictor).

Exemplo: obrigação pactuada, Devedor se obriga a entregar a C um veleiro. Vencida a dívida, o devedor sugere ao credor no lugar de entregar o veleiro, dar-lhe um carro. C aceita o veículo e a obrigação foi quitada. Quando C para em uma blitz, vê que o carro era roubado, perde o carro por evicção. Se ele

perder por evicção, a obrigação de entregar o veleiro é restabelecida, PORÉM, se o veleiro já foi vendido a um terceiro de boa-fé, mesmo que o credor venha a perder o carro por evicção não há como se restabelecer a obrigação primitiva, ***resolver-se-á, então em perdas e danos.***

Então, o art. 359, respeitando-se o princípio da boa-fé, estabelece que caso a obrigação primitiva não possa ser restabelecida, resolver-se-á em perdas e danos.

É possível dação em sede de pensão alimentícia?

SIM, STJ. Em sede de HC (HC317/SP) a possibilidade de dação de imóvel em pagamento de pensão alimentícia, tendo afirmado ainda, que este tipo de dação não implica adiantamento de legítima.

6.6. REMISSÃO

6.6.1. Conceito

Trata-se do perdão da dívida, expresso ou tácito, total ou parcial, nos termos do art. 385 do CC.

> ***Art. 385.*** *A remissão da dívida,* ***ACEITA pelo devedor****, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.*
>
> *Art. 386. A devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir.*

Como dito, a remissão trata-se do perdão da dívida, liberação graciosa, expresso ou tácito, total ou parcial, nos termos do art. 385, CC[1]. Por depender de aceitação do devedor (igual ao perdão do direito penal, para fazer comparação), é um ato jurídico *bilateral*. Essa característica ressalta o seu caráter de **pagamento**.

Na doutrina italiana, o devedor não precisa aceitar o perdão, é unilateral, somente pelo credor. O Brasil NÃO segue isso. No art. 385, pressupõe a aceitação pelo devedor.

OBS1: o perdão feito pelo credor, não pode prejudicar terceiro. Exemplo: A deve 5.000 para B, e C deve para A, A perdoa a dívida de C. Não pode. Pode ensejar fraude, inclusive. Pode, em caso de insolvência ou pré-insolvência caracterizar fraude contra credores, se preenchidos demais requisitos.

Tartuce trata da função social da remissão (socialidade do CC) – é admitida remissão quando se tratar de direito patrimonial de caráter privado e desde que não prejudique o interesse público ou a coletividade. Esse condicionamento à inexistência de prejuízo, é expressão da socialidade.

6.6.2. Remissão x Renúncia

A remissão depende de aceite (é bilateral), renúncia não (unilateral). Tanto a remissão quanto a renúncia são irretratáveis. A remissão pode ser expressa e tácita, a renúncia somente expressa. Enxergamos bem isso no art. 387. Se eu devolvo um relógio empenhado, renunciei a garantia, não a dívida.

[1] "A remissão da dívida, **aceita pelo devedor**, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro".

> *Art. 387. A restituição voluntária do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, não a extinção da dívida.*

6.6.3. Remissão x Doação

Doação é contrato de natureza gratuita e unilateral. Na remissão, nem sempre estará presente o intuito de liberalidade, para a remissão é irrelevante o intuito com que é feita, o que não ocorre na doação.

A remissão é o perdão de uma dívida, a doação é uma liberalidade.

6.6.4. Requisitos de validade

Os requisitos dos atos jurídicos – art. 166 CC. O Poder Público depende de lei para fazê-lo.

> *Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:*
> *I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;*
> *II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;*
> *III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;*
> *IV - não revestir a forma prescrita em lei;*
> *V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;*
> *VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;*
> *VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.*

6.6.5. Tipos de remissão

Total (sobre toda a dívida) ou parcial (parte da dívida).

6.6.6. Modalidades de perdão

São admitidas a remissão expressa e a tácita. *Expresso* (firmado por escrito) e *tácito* (conduta do credor que é prevista em lei e incompatível com a preservação do direito obrigacional). Ex.: credor entrega o título escrito da obrigação ao devedor. Isso prova a desoneração do devedor e coobrigados. Art. 386.

Obs.: não confundir com o art. 324 do CC, pelo qual a entrega dos títulos de crédito faz presumir pagamento. O art. 386 aplica-se aos instrumentos particulares ou contratos que traduzem dívidas.

> *Art. 386. A devolução voluntária do **título da obrigação**, **quando por escrito particular**, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir.*
>
> *Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.*
> *Parágrafo único. Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.*

Ainda, o perdão pode ser por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (testamento).

Perdão ao codevedor (perdão *in persanam*) – art. 388 CC – remissão a um dos codevedores extingue a dívida na parte respectivamente correspondente. Se a dívida é solidária, não extingue a solidariedade, mas o credor deve abater a parcela remitida dos demais devedores.

> ***Art. 388.*** *A remissão concedida a UM dos codevedores extingue a dívida na parte a ele correspondente; de modo que, ainda reservando o credor a solidariedade contra os outros, já lhes não pode cobrar o débito sem dedução da parte remitida.*

6.7. CONFUSÃO

6.7.1. Conceito

Opera-se a confusão, quando as qualidades de credor e devedor se reúnem na mesma pessoa, extinguindo a obrigação.

Exemplo1: cheque endossado, 'A' emite um cheque para 'B', que endossa para 'C', que endossa para 'A' novamente. 'A' acaba sendo devedor de si mesmo, operando-se a CONFUSÃO.

Haverá confusão também, quando o devedor for o único herdeiro do seu credor.

Exemplo2: 'A' na família só tem um tio, homem rico, 'A', devia 15.000 o qual era cobrado pelo tio, no entanto, tio morre. Todo patrimônio vai para 'A', operando-se a confusão, 'A' vira credor de si mesmo pela sucessão.

> ***Art. 381.*** *Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.*

Situação do 384:

> ***Art. 384.*** *Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.*

Planiol, Ripert e Radonant dão exemplo: Quando o herdeiro (devedor), é excluído por indignidade, da herança do credor. Neste caso, cessará TODOS efeitos da confusão, não há mais confusão.

6.8. COMPENSAÇÃO

6.8.1. Conceito

A compensação é uma forma de extinção da obrigação, em que as partes são, reciprocamente credora e devedora uma da outra. (Art. 368)

Confusão x compensação: na confusão a mesma pessoa reúne as qualidades de credora e devedora, na compensação as duas partes são reciprocamente credora e devedora uma da outra, a compensação traz a ideia de RECIPROCIDADE.

> ***Art. 368.*** *Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*

Exemplo: A tem um crédito contra B de 1.500, e B tem um crédito contra A de 500. Compensa-se e remanesce o crédito de 1000 de A contra B. Se as partes têm crédito recíproco de 1000 reais, é compensada a dívida na sua totalidade.

6.8.2. Espécies de compensação

1) *Compensação LEGAL:* reunidos os requisitos previstos em lei (art. 369), **uma vez provocado pelo interessado,** o juiz deve pronunciá-la (é **exceção substancial**, *defesa indireta de mérito*, exemplo: cabe à parte que está sendo cobrada alegar a compensação). Não pode ser dada de ofício pelo juiz

> *Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.*

2) *Compensação CONVENCIONAL (ou facultativa – Eduardo Espínola):* ajustada pelas partes, à luz do princípio da autonomia privada, posto dispense os requisitos da lei, exige também, a manifestação do interessado.
3) *Compensação JUDICIAL:* independe da provocação da parte. É aquela, pronunciada de ofício pelo juiz, no próprio processo.

Exemplo: art. 86 do NCPC

> *Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.*
> *Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.*

6.8.3. Compensação Legal (art. 369)

> *Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.*

Requisitos da compensação legal:

1) **Reciprocidade das dívidas** (vale dizer, regra geral, as mesmas partes na relação obrigacional, devem ser reciprocamente credora e devedora uma da outra).

OBS: fugindo desta primeira característica, o art. 371 admite que o fiador, mesmo não sendo parte recíproca na relação, pode compensar.

Exemplo: A e B são credores e devedores recíprocos. C é fiador, sendo este demandado por A, poderá alegar compensação por crédito PRÓPRIO ou do DEVEDOR (B) contra A.

> ***Art. 371.*** *O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado.*

2) **Dívida deve ser líquida** - CERTA. Liquidez.

3) **Exigibilidade das dívidas** – os créditos e débitos recíprocos devem já ser vencidos.
Não se pode então compensar uma dívida vincenda.

4) **Homogeneidade dos débitos** – da mesma natureza. Exemplo: café tipo A com café tipo A. Só poderá se compensar café do tipo A com café do tipo A, não pode ser com café do tipo B.

> ***Art. 370.*** *Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.*

Se as partes ajustarem, elas podem mitigar os requisitos da compensação legal, então CONVENCIONALMENTE pode-se compensar café com boi, ou soja com dinheiro, ou entrega de cachorro de raça e aula, vencida e não vencida, líquida e ilíquida (influxo do princípio da autonomia privada). **Compensação convencional.** Lembrando Eduardo Espínola que é opcional.

OBS: devo ficar atento, ao que dispõe o art. 372 do CC, no sentido de que a concessão de "prazo de favor", a luz do princípio da eticidade, não impede compensação.

> ***Art. 372.*** *Os* ***prazos de favor****, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação.*

Exemplo: A tem dívida vencida contra B. B pede favor, pede uma elasticidade no prazo, um prazo de favor...A dá então 30 dias, porém, na semana seguinte, A vira devedor de B – então o CC, em respeito à ética, A, necessitando, poderá compensar, embora tenha concedido o prazo de favor.

OBS: Aspecto tributário- art. 374, por razões tributárias, foi revogado pela lei 10.677/03, posição esta, reafirmada na Primeira Jornada de Direito Civil, Enunciado 19. Tal dispositivo dizia que o contribuinte podia aplicar a regra do CC para compensar suas dívidas fiscais e parafiscais. REVOGADO. A matéria de compensação agora é estritamente do campo tributário, no máximo pode-se buscar algo no CC, subsidiariamente. Ver compensação em tributário – causas de extinção do crédito tributário.

> ~~*Art. 374. A matéria da compensação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste capítulo. (Vide Medida Provisória nº 75, de 24.10.2002)*~~ *(Revogado pela Lei nº 10.677, de 22.5.2003)*

> ***JDC*** *19 – Art. 374: A matéria da compensação no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais de estados, do Distrito Federal e de municípios não é regida pelo art. 374 do Código Civil.*

6.8.4. Hipóteses de impossibilidade de compensação (art. 373)

Em regra, a diferença de causa nas dívidas, não impede a compensação, com as exceções do art. 373.

> ***Art. 373.*** *A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:*
> ***I - se provier de esbulho, furto ou roubo;***
> ***II - se uma se originar de comodato*** *(quebraria a confiança),* ***depósito*** *(quebra a confiança também, depósito do carro em estacionamento, compensar dívida retendo o carro...)* ***ou alimentos****;*

TEORIA DA CAUSA = causa é a fundamentação da formação da dívida. Cada contrato e obrigação possuem uma causa específica, que não se confunde com o motivo (este é apenas a carga de subjetividade que levou a parte a participar da relação)

Não são compensáveis as obrigações derivadas de ilícitos (esbulho, roubo, furto), as que se verificarem em comodato, depósito e alimentos e as que forem passiveis de excussão judicial forçada.

> *III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.*

Exemplo1: Salário, não pode ser compensado, não é objeto de penhora.

Exemplo2: Correntista é devedor do banco, empréstimo...entrou o crédito de salário dele, o Banco BLOQUEIA. Juridicamente o banco não pode fazer isso sem haver medida judicial, ou autorização específica contratual, que ainda seria discutível, porque no momento em que o banco bloqueia o salário do correntista ele está operando uma compensação de algo não penhorável, ou seja, NÃO PODE.

6.9. TRANSAÇÃO

6.9.1. Conceito e natureza jurídica

Nada mais é do que um **NEGÓCIO JURÍDICO** (eis que previsto na seção própria do CC/02) que previne ou termina um litígio, mediante concessões mútuas.

Muito já se divergiu quanto sua natureza jurídica, hoje prevalece que é **contratual. É um contrato.**

Por ser um NJ, são aplicados os vícios de consentimento aptos a invalidar o NJ: dolo, coação, erro essencial. É injustificável a restrição a esses vícios, seria totalmente aplicável a simulação, fraude contra credores, lesão e estado de perigo.

> *Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.*
> *Parágrafo único.* ***A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.***

Na prática pode ficar difícil desconectar erro de direito x erro de fato.

Pela natureza contratual que tem, é possível a estipulação de **cláusula penal.**

Transação não se confunde com conciliação. Conciliação pode ter como conteúdo a transação ou reconhecimento do pedido, renúncia do direito em que se funda a pretensão...

6.9.2. Elementos constitutivos

1) Acordo entre as partes

2) Existência de relações jurídicas controvertidas (deve haver dúvida razoável sobre a relação jurídica que envolve as partes)

3) *Animus* de extinguir as dívidas, prevenindo ou terminando o litígio.

4) Concessões recíprocas (se tal não ocorrer, inexistirá transação e sim renúncia, desistência ou doação).

6.9.3. Espécies

1) Extrajudicial (prevenir)
2) Judicial

6.9.4. Forma

CC Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

6.9.5. Objeto

Somente podem ser objeto de transação direitos patrimoniais de caráter privado.

6.9.6. Características

1) Indivisibilidade

Art. 848. Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta. (Exceto se autônomas)

2) Interpretação restritiva

Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

3) Natureza declaratória

Art. 845. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

6.9.7. Efeitos

1) Limitada aos transatores**,** produzindo, entre eles, efeito **semelhante**, ao da coisa julgada.

2) Gera extinção dos acessórios.

CC Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.
§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.
§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.
§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores.

7. TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

Segundo Cláudio do Couto e Silva, na memorável obra "A Obrigação como um processo" (Ed. FVG). A obrigação é dinâmica, como uma relação processual, ela se movimenta. Por conta desta dinâmica (anunciada por Couto e Silva), admitem-se três formas básicas de transmissão obrigacional:

1) Cessão de crédito;

2) Cessão de contrato;
3) Cessão de débito.

7.1. CESSÃO DE CRÉDITO

7.1.1. Conceito

A cessão de crédito traduz a transmissibilidade total ou parcial de um crédito a um terceiro, a título gratuito ou oneroso, mantida a mesma relação obrigacional com o mesmo devedor (cedido).

Cedente/credor originário → Cessionário credor
| |
Devedor..... Devedor
(Cedido)

Cedente, credor originário, transfere seu crédito ao cessionário credor.

7.1.2. Cessão X pagamento com sub-rogação

Deve-se reconhecer que a **transmissão de crédito onerosa** tem um ponto de contato com o pagamento com sub-rogação, a diferença é que a **cessão pode ser gratuita**, já o pagamento com sub-rogação NÃO.

No pagamento com sub-rogação, o sub-rogado paga ao cedente, sub-rogando-se no seu crédito; na cessão de crédito, o cessionário paga ao cedente que cede o crédito ao cessionário e daí este se sub-roga.

Na sub-rogação o sub-rogado não poderá exercer os direitos e ações do credor além dos limites do desembolso, tal restrição não é imposta à cessão de crédito (até porque o cessionário pode não ter pagado NADA pela cessão, visto que pode ser gratuita), entretanto, sendo a sub-rogação **convencional**, o tratamento é o mesmo da cessão de crédito.

7.1.3. Cessão x novação subjetiva ativa

Na cessão de crédito, quando o cedente cede ao cessionário os prazos são os mesmos, é a mesma relação.

DIFERENTE da novação subjetiva, que quando o novo credor entra, é criada NOVA obrigação. Na novação subjetiva ativa, quando o novo credor entra, é considerada criada nova obrigação, na cessão de crédito NÃO, a obrigação é a mesma.

7.1.4. Cessão X Endosso (ver Empresarial)

Endosso e cessão civil são atos jurídicos trasladadores da titularidade de crédito que se diferenciam quanto aos efeitos, basicamente em dois aspectos: quanto à extensão da responsabilidade

do alienante (endossante) do crédito perante o adquirente (endossatário) e quanto aos limites de defesa do devedor (sacado) em face da execução do crédito pelo adquirente (endossatário).

Quem ***endossa*** um título responde não só pela sua existência, mas também pelo seu pagamento (***solvência, pro solvendo***). Em outros termos, se o devedor (sacado) não paga o título, o tomador pode cobrar e executar o endossante.

Na **cessão civil** o cedente responde, em regra, tão somente pela ***existência do título (pro soluto)***, nos termos do art. 296 do Código Civil (cessão de crédito).

> *Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor (pela existência sim: pro soluto).*

O devedor poderá defender-se, quando executado pelo cessionário, arguindo matérias atinentes a sua relação jurídica com o cedente (CC, art. 294), mas não poderá defender-se, quando executado pelo **endossatário**, arguindo matérias atinentes a sua relação jurídica com o endossante.

> *Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.*

7.1.5. Análise dos artigos

> ***Art. 286.*** *O credor pode ceder o seu crédito,* ***se a isso não se opuser a NATUREZA DA OBRIGAÇÃO, A LEI, ou a CONVENÇÃO COM O DEVEDOR****; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.*

Regula a cessão de crédito.

Toda cessão é permitida, EXCETO se houver:

1) Proibição decorrente da **natureza da obrigação**;
2) Proibição pela **lei**;
3) Proibição por **convenção com o devedor**.

Exemplo1 (em virtude da natureza do crédito): crédito alimentar, o direito aos alimentos não pode ser cedido, o direito ao salário não pode ser cedido.

Exemplo2 (em virtude da proibição da lei): art. 1749, III.

> *CC Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:*
> *...*
> *III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.*

Lei proíbe que o tutor se torne cessionário credor do tutelado.

OBS: o CC prevê ainda que a proibição da cessão de crédito decorra de estipulação convencional entre credor e devedor, nos termos da parte final do art. 286.

> *Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei,* ***ou a convenção com o devedor****; a cláusula proibitiva da cessão*

> *não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.*

Em geral a relação obrigacional tem no contrato a sua fonte, em um contrato firmado entre o credor originário e o devedor, pode constar uma cláusula proibindo a cessão de crédito (chamada de *pacto de non cedendo*). Para que O pacto de NON CEDENDO surta efeitos em relação a terceiros, deve constar no contrato EXPLICITAMENTE, não pode ser oralmente, "de boca". Deriva da boa-fé objetiva.

> *Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.*
>
> *Art. 287. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se TODOS os seus acessórios.*

Na cessão de crédito, faz-se necessária a autorização prévia do devedor? Dever de informação – deriva da boa-fé objetiva. Logicamente o devedor deve ser informado da cessão de crédito.

À luz do princípio da boa-fé, com amparo no dever anexo de informação, é correto dizer, que o devedor, embora não tenha legitimidade para autorizar a cessão ou não, deve ser comunicado do ato, como requisito de eficácia (art. 290).

> ***Art. 290.*** *A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.*

Esta comunicação ao devedor é importante também, para que ele saiba contra quem se defender (art.s 292 e 294). Se o devedor não for notificado, ele não saberá a quem pagar, de maneira que, se pagar ao credor primitivo, não poderá ser responsabilizado. Art. 292.

> ***Art. 292.*** *Fica desobrigado o devedor que,* ***antes de ter conhecimento da cessão,*** *paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação.*

Na esteira do art. 1474 do CC argentino, o art. 294 do CCB estabelece que, a partir do momento em que toma conhecimento da cessão, o devedor poderá opor as suas defesas ao novo credor. Caso contrário, daria ensejo a fraudes, exemplo: C1 coage o devedor a assinar o contrato, depois cede o crédito ao C2.

> *CC Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.*

7.1.6. Responsabilidade pela cessão do crédito

Na cessão de crédito, qual seria a dimensão da responsabilidade do cedente? Ao ceder o crédito, ele responderia apenas por sua EXISTÊNCIA ou também pela SOLVÊNCIA do devedor?

Interpretando sistematicamente, os arts 295 a 297, do CC, podemos concluir que, regra geral, a cessão opera-se PRO SOLUTO (regra): o cedente é responsável apenas pela existência do crédito. Mas,

caso seja estipulado que também responde pela solvência do devedor, a cessão é PRO SOLVENDO (exceção).

> *Art. 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário **pela EXISTÊNCIA do crédito** ao tempo em que lhe cedeu (**PRO SOLUTO**); **a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.***
>
> *Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente NÃO responde pela SOLVÊNCIA do devedor.*
>
> *Art. 297. O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor (**PRO SOLVENDO**), **não responde por mais do que daquele recebeu**, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.*

Assim, percebe-se que o cedente, na cessão PRO SOLUTO, se libera com a cessão da obrigação. No entanto, na obrigação PRO SOLVENDO, o cedente só se libera com o adimplemento da obrigação, eis que pode ser obrigado por esta (responde pela solvência). Em regra, as cessões são PRO SOLUTO, somente se garantindo a existência da dívida. No entanto, na prática o que mais se vê são cessões PRO SOLVENDO.

> *Art. 298. O crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora; mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro.*

7.2. CESSÃO DE CONTRATO (CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL)

7.2.1. Conceito

Emílio Betti, em sua obra dedicada à Teoria das Obrigações, anota que a cessão de contrato realiza a forma mais completa de sucessão a título particular na relação obrigacional.

Na cessão de contrato, o cedente não está cedendo um crédito ou um débito, ele está cedendo a POSIÇÃO GLOBAL dele no contrato.

A cessão de contrato, mais abrangente do que a simples cessão de crédito ou de débito, opera-se quando o cedente transfere a sua própria **posição contratual a** um terceiro.

Exemplo: A quer “passar o financiamento para frente”, na verdade é uma cessão da posição contratual.

O CC/02 não regulou esta matéria, diferentemente do Código de Portugal (art. 424 a 427). Mas a jurisprudência a utiliza.

7.2.2. Cessão de contrato x Cessão de crédito/débito

Diferentemente da cessão de crédito ou de débito, na cessão de contrato, o cedente transfere a sua própria posição contratual integralmente, como um todo a um terceiro (cessionário), que passará a substituí-lo na relação obrigacional. A posição no contrato envolve um conjunto de créditos e débitos, muito mais abrangente.

7.2.3. Teorias explicativas da cessão contratual

Duas correntes explicativas se digladiaram:

1) *Teoria da Decomposição Atomística:* sustentava que a cessão de contrato careceria de unidade, traduzindo apenas um **conjunto de cessões de crédito e débito**. Esta teoria não vingou.

Stolze: teoria fraca, teoria sem substância...Pontes de Miranda discordava. Na verdade, não é somente cessão de crédito e débito, é uma posição GLOBAL.

2) *Teoria Unitária (Pontes de Miranda, Antunes Varella...)*: **mais adequada,** por defender a cessão global da posição contratual. Por isso, recebe este nome.

7.2.4. Requisitos da cessão de contrato

1) Celebração de **negócio jurídico** entre cedente e cessionário.

2) Integralidade da cessão (cessão deve ser global).

3) A anuência da outra parte. (Requisito lógico, regra. Emílio Betti: caso não haja anuência, ocorre a invalidade da cessão, ineficácia).

OBS: a regra geral, na cessão de contrato é no sentido de que deve haver a anuência da outra parte contratante (a doutrina em situação excepcional dispensa essa anuência na denominada **CESSÃO LEGAL OU IMPRÓPRIA** – ver art. 31 §1º da lei 6766/79 – Lei do Parcelamento de Solo Urbano).

> *Lei 6766/79 Artigo 31 - **O contrato particular pode ser transferido por simples trespasse**, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando-se o número do registro do loteamento, o valor da cessão e a qualificação do concessionário, para o devido registro.*
> *§ 1° - A **cessão independe da anuência do loteador** mas, em relação a este, seus efeitos só se produzem depois de cientificado, por escrito, pelas partes ou quando registrada a cessão.*

Exemplo: 'A' está comprando um loteamento. Poderá ceder a posição contratual sem a anuência do outro contratante.

7.3. CESSÃO DE DÉBITO (ASSUNÇÃO DE DÍVIDA)

Cessão de débito ou assunção de dívida trata-se de um negócio jurídico por meio do qual o devedor, com ***expresso consentimento do credor***, transmite a um terceiro o seu débito, mantida a mesma relação obrigacional.

OBS1: *modus operandi* muito parecido com a novação subjetiva passiva. Porém, na novação, quando o devedor assume por expromissão, assume-se uma nova obrigação; na cessão de débito, o novo devedor assume o débito antigo na MESMA obrigação. Na CESSÃO de DÉBITO o credor deve aceitar EXPRESSAMENTE (na expromissão da novação, o devedor não precisa aceitar a assunção do débito por outro, o credor sim, obviamente).

> ***Art. 299.*** *É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento* ***expresso*** *do credor, ficando exonerado o devedor primitivo,* ***salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.***

OBS2: se o novo devedor for insolvente e o credor de nada souber, o devedor primitivo poderá ser chamado de volta para responder pela dívida.

> ***Art. 299,*** *Parágrafo único - Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como* ***recusa.***

OBS: O SILÊNCIO DO CREDOR é interpretado como RECUSA.

> *Art. 300. Salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor.*

Somente se o devedor primitivo quiser, ele continua garantindo a obrigação.

*Ver arts. seguintes no CC:

> *Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.*
>
> *Art. 302. O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo. (Perceba: o contrário do que ocorre com a cessão de CRÉDITO, onde o devedor* ***pode opor*** *as exceções que tinha contra o credor primitivo...)*
>
> *Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito,* ***entender-se-á dado o assentimento****. (Perceba que no caso do imóvel hipotecado, caso o devedor assuma a dívida que é garantida pelo imóvel que adquiriu, o consentimento do credor poderá ser tácito!)*

7.4. QUADRO ESQUEMÁTICO (cessão x novação)

TRANSMISSÃO/PAGAMENTO	Cessão de crédito	Cessão de débito	Cessão contratual	Novação subjetiva ativa	Novação subjetiva passiva
Autorização do CREDOR	Ele participa do ato.	Sim. Silêncio configura **recusa** (exceto no caso de hipoteca)	Sim.	Ele participa do ato.	Ele participa do ato.
Autorização do DEVEDOR	Não. Mas deve ser informado (boa-fé objetiva).	Ele participa do ato.	Sim.	Ele participa do ato.	Expromissão: não. Delegação: sim (ele está presente no ato).
Responsabilidade do CEDENTE	PRO SOLUTO (pode ser pro solvendo se determinado)	O devedor original fica exonerado, exceto se o novo devedor	Não há regulação no CC.	X	Pode ressurgir a obrigação antiga caso haja má-fé.

		era já insolvente ao tempo da assunção e o credor ignorava.			
Oposição de exceções	Devedor pode opor as que tinha contra o credor originário.	NÃO pode opor as que competiam ao devedor primitivo.		É uma nova obrigação.	É uma nova obrigação.

8. TEORIA DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

8.1. INTRODUÇÃO

Os inadimplementos de obrigação geram a chamada responsabilidade civil **CONTRATUAL** (decorre de um vínculo anterior). Nessa forma de responsabilidade (diferente da aquiliana), basta ao credor demonstrar que a obrigação não foi cumprida (descumprimento de um dever jurídico), recaindo sobre o devedor o ônus da prova da culpa (da inexistência dela). Ou seja, enquanto na responsabilidade extracontratual o credor deve mostrar a existência de dolo ou culpa, na contratual esta é presumida, tendo o DEVEDOR que demonstrar sua inexistência (ocorrência de caso fortuito ou força maior).

8.2. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO x INADIMPLEMENTO RELATIVO

INADIMPLEMENTO ABSOLUTO	INADIMPLEMENTO RELATIVO
Traduz o descumprimento total da obrigação. Se desdobra em inadimplemento culposo e inadimplemento fortuito. Inadimplemento fortuito: deriva de fato não imputável ao devedor, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 393, CC). Inadimplemento culposo: deriva de fato imputável ao devedor (culpa ou dolo), impondo-se a obrigação de pagar perdas e danos, sem prejuízo de eventual tutela jurídica específica (art. 389, CC).	Configura a chamada MORA. Ocorre a mora, espécie de inadimplemento relativo, quando o pagamento não é feito no tempo, lugar e forma convencionados. a) Mora do credor (mora accipiendi ou credendi) b) Mora do devedor (mora solvendi ou debenti)

Como visto, o inadimplemento das obrigações pode ser absoluto ou relativo. Vejamos:

8.3. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

Traduz o descumprimento total da obrigação. Desdobra-se em:

8.3.1. Inadimplemento absoluto FORTUITO

Deriva de fato não imputável ao devedor, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 393).

> ***Art. 393**. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*
> *Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.*

Em geral, a consequência do descumprimento fortuito é a extinção da obrigação sem perdas e danos.

Entretanto, em casos excepcionais, poderá o devedor assumir os efeitos decorrentes do caso fortuito ou da força maior, como se dá nas obrigações decorrentes de contratos de seguro (obrigações de garantia).

OBS.: Fortuito interno – estando atrelado ao risco inerente ao dever de indenizar (ou em caso de mora ou demais disposições legais) o fortuito não será excludente de responsabilidade. Neste sentido, o Enunciado 443:

> *O caso fortuito e a força maior somente serão considerados excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.*

8.3.2. Inadimplemento absoluto CULPOSO

Deriva de fato imputável ao devedor (culpa ou dolo), impondo-se a obrigação de pagar perdas e danos, sem prejuízo de eventual tutela jurídica específica (art. 389). Nasce aqui a responsabilidade civil contratual do devedor.

> ***Art. 389**. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e **honorários de advogado**.*

Os honorários de que trata o art. 389 são os sucumbenciais ou contratuais? Tartuce entende serem contratuais, pois não é à toa que constam do CC. Mas há muitas divergências!

Há diferença entre culpa contratual e extracontratual? Segundo Arnaldo Rizzardo, deixando de lado todas as teorizações, há sim distinção. Em se tratando de obrigações, a culpa contratual é muito mais sensível, ou seja, requer menos requisitos do que a culpa extracontratual. Aquela se contenta com a **mera inadimplência**, **desde que não advindo de caso fortuito ou força maior**. Para fins do art. 389, não se cogita de correlação entre gravidade da culpa e a reparação do dano. Está claro isso no art. 403 CC.

> *Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

Perdas e danos. O que se entende por PERDAS e DANOS?

As perdas e danos, nos termos do art. 402 do CC, consistem no prejuízo efetivo sofrido pelo credor (dano emergente), compreendendo também aquilo que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes). Pagar perdas e danos, portanto, significa indenizar a vítima, restituindo o *status quo ante*.

> ***Art. 402***. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele* ***efetivamente perdeu****, o que* ***razoavelmente deixou de lucrar****.*

Conforme se denota do artigo, existem exceções que limitam as perdas e danos.

OBS1: Conforme veremos nas aulas de Teoria Geral dos Contratos, a moderna doutrina tem entendido que o descumprimento de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva (violação positiva do contrato) determina responsabilidade civil objetiva (ver enunciado 24 da 1ª Jornada de Direito Civil).

> ***JDC*** *24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.*

OBS2: ***Qual o regramento especial no inadimplemento nos contratos benéficos?***

> *Art. 392. Nos* ***contratos benéficos****, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem NÃO favoreça. Nos* ***contratos onerosos****, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.*

Art. 392 CC, primeira parte[2] - há uma bipartição da relação jurídica para fins de atribuição da responsabilidade:

1) Quem se beneficia – responde por culpa e dolo (exemplo: comodatário);
2) Quem não se beneficia – responde (como regra) só por dolo (exemplo: comodante) –

Observação – exceção: No que se refere ao depósito, mesmo que gratuito, o depositário tem responsabilidades, art. 629 CC, o que pode ser considerado uma exceção. 2. Ver súmula 145 STJ, outra exceção, responde por culpa no transporte benéfico (é também exceção à responsabilidade do transportador, que é objetiva).

> *Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.*

> *STJ Súmula: 145 No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em* ***dolo*** *ou* ***culpa grave****.*

Inadimplemento nos contratos onerosos (art. 392 CC, parte final), por ser sinalagma, partes contratantes em pé de igualdade, a mera inadimplência traz direito às perdas e danos. Importante observar que, se ambas as partes infringiram o contrato, a cada uma reserva-se o direito de pedir reparação, inclusive permitindo-se a compensação (Carvalho Santos), embora a proposta seja de difícil aplicação, forte no art. 476 CC.

> *Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

[2] Atos unilaterais, não sinalagmáticos, contratuais (exemplo: doação pura e simples, comodato, remissão de dívida, promessa de recompensa, etc.). Mas nem sempre são benéficos (gratuitos) como, por exemplo, doação com encargo.

8.4. INADIMPLEMENTO RELATIVO

Configura a chamada **MORA**.

Ocorre a mora, espécie de inadimplemento relativo, quando o pagamento não é feito no tempo, lugar e forma convencionados. A mora não traduz o inadimplemento total da obrigação.

Espécies de mora:

1) Mora do credor (mora accipiendi ou credendi);
2) Mora do devedor (mora solvendi ou debendi).

Em uma mesma relação obrigacional, pode haver, concomitantemente, mora do credor e mora do devedor. Segundo WASHINGTON MONTEIRO e MARIA HELENA DINIZ, havendo mora do credor e do devedor, deverá o juiz, na medida do possível, compensá-las proporcionalmente, ficando tudo como está – solução doutrinária.

8.4.1. Mora do CREDOR (mora *accipiendi* ou *credendi*)

1) Requisitos da mora do credor

Conforme o art. 394 do CC considera-se em mora o credor que NÃO quiser receber o pagamento no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

> *Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*

Alguns autores, como SÍLVIO RODRIGUES, afirmam que a mora do credor não só existe como independe do aditamento da culpa. Ou seja, SÍLVIO RODRIGUES diz que a mora do credor é OBJETIVA, não se perquirindo o elemento anímico, isto é, a intenção do credor. PABLO filia-se a essa corrente.

2) Efeitos da mora do credor

O art. 400 do CC trata dos efeitos da mora do credor, in verbis:

> ***Art. 400.*** *A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.*

Temos então os seguintes efeitos:

Efeito1- O devedor se isenta do ônus da conservação da coisa, exceto quando tenha agido com dolo. Exemplo: O credor se recusa a receber o touro. As despesas ficam à custa do credor, mas não pode o devedor agir com dolo, como por exemplo, deixar de alimentar o animal ou largá-lo pela rua todo podre.

Efeito2- Cabe ao credor a obrigação de ressarcir as despesas feitas pelo devedor para a conservação da coisa**.**

Efeito3- O credor deve aceitar o cumprimento da obrigação pelo valor que for mais favorável ao devedor, se tiver havido oscilação do valor entre a data pactuada para o pagamento e a data efetiva do pagamento. Exemplo: devedor tem obrigação de dar um animal pelo preço de 10.000. Se no dia da efetivação do pagamento o mesmo animal estiver cotado em 15.000, será esse o valor que o credor deverá pagar.

8.4.2. Mora do DEVEDOR (mora solvendi ou debendi)

Súmula do STJ em contratos bancários:

> ***STJ*** *Súmula 379: Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros de mora poderão* ***ser fixados em até 1% ao mês****. (REsp. 402.483)*

A mora do devedor, em linhas gerais, traduz o retardamento culposo no cumprimento da obrigação.

1) *Requisitos da mora do devedor (Baseada na doutrina de CLÓVIS BEVILÁQUA)*

1-Existência de uma dívida líquida e certa

2-Vencimento da dívida (ou seja, a sua exigibilidade).

Nas dívidas com termo de vencimento pré-estabelecido, o não pagamento tempestivo configura automaticamente a mora, independentemente de interpelação do devedor. Aplica-se aqui a regra *dies interpellat pro homine* (o dia interpela pelo homem). Neste caso, fala-se que a mora é ***ex re*** (*caput* do art. 397).

> ***Art. 397****. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.*

Todavia, caso o credor necessite constituir em mora o devedor (**quando não há termo**), interpelando-o (judicial ou extrajudicialmente), a mora será ***ex persona*** (art. 397, parágrafo único).

> ***Art. 397,*** *Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.*

Vale lembrar que em alguns casos, mesmo havendo prazo pré-estabelecido, a notificação é imprescindível para constituição em mora do devedor. Exemplo: busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.

OBS: Orlando Gomes fala em "**MORA IRREGULAR" ou "PRESUMIDA"**, que ocorre no caso do art. 398.

> *Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.*

2) *Culpa do devedor: art. 396*

> ***Art. 396****. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.*

Sem culpa ou dolo do devedor, não há que se falar na ocorrência de mora. Ao contrário da mora do credor, que se configura independentemente da existência de culpa (conforme parte da doutrina).

3) Viabilidade do cumprimento tardio da obrigação

Conforme a previsão do parágrafo único do art. 395 do CC, se a prestação, objetivamente considerada, em virtude da mora, não for mais do interesse do credor, deixa-se de falar em mora e passa a ser caso de inadimplemento absoluto da obrigação, resolvendo-se em perdas e danos.

Na forma do parágrafo único do art. 395, à luz do enunciado 162 da 3ª Jornada de Direito Civil, se a prestação, objetivamente considerada, não for mais de interesse do credor, não há falar em simples mora, mas sim em **inadimplemento absoluto da obrigação**, resolvendo-se em perdas e danos.

> ***Art. 395,*** *Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.*

> ***JDC*** *162* ***–*** *Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.*

"Sinalagma": Dependência recíproca das obrigações num contrato.

Exemplo clássico de devedor em mora cuja obrigação cumprida posteriormente é inútil: Buffet que chegou após a formatura.

4) Efeitos da mora do devedor

Efeito1- A responsabilidade civil do devedor pelos prejuízos causados ao credor em virtude da mora (art. 395, *caput*).

> ***Art. 395****. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

Efeito2- A responsabilidade civil do devedor pela integridade da coisa devida, em outras palavras, ***perpetuatio obligacionis*** (art. 399)

> ***Art. 399****. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação****, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso****; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.*

Conforme o supracitado artigo, o devedor em mora responde pela integridade da coisa devida, mesmo que sobrevenha dano sobre ela decorrente de caso fortuito ou força maior. Excepcionalmente, poderá se liberar desde ônus se comprovar: a) que a **mora** ocorreu sem sua culpa; b) que o caso fortuito ou a força maior provocaria igualmente o dano na coisa devida **mesmo se a obrigação tivesse sido cumprida no prazo estabelecido**.

9. PERDAS E DANOS

Significa indenizar aquele que experimentou um prejuízo, um déficit no seu patrimônio material ou moral por força de um comportamento ilícito de um transgressor da norma. Traduz o prejuízo material ou moral, causado por uma parte a outra, em razão do descumprimento a obrigação. As perdas e danos em geral, **além da <u>prova do dano</u>, exigem o <u>reconhecimento de culpa do devedor</u>.**

Não se confunde com "pagamento do equivalente". Isto porque esta diz respeito à restituição de valores adiantados ou já pagos, é o restabelecimento do *status quo ante*. Enquanto as perdas e danos, como já mencionado, se refere ao prejuízo que a parte sofreu em virtude do descumprimento.

Para ser considerado indenizável, o dano deve ter os seguintes requisitos:

1) **<u>Efetividade ou certeza</u>**: não se indeniza danos hipotéticos.

2) **<u>Subsistência</u>**: se já foi reparado não há o que reparar.

3) Lesão a um **<u>interesse juridicamente tutelado</u>** (material ou moral)

> *Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu **(dano emergente)**, o que razoavelmente deixou de lucrar **(lucro cessante)**.*
>
> *Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de DOLO do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

Não incluem danos **indiretos**. Pode incluir dano em **ricochete** (será visto a seguir – responsabilidade civil).

> *Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.*
> *Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.*
>
> ***Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.***

Por que o art. 405 trata que os juros correm da citação? Segundo Rizzardo, com lastro em Pontes de Miranda, a interpretação não pode ser isolada. Esse artigo seria específico para casos de ações que **<u>não se fundam no inadimplemento</u>**. Se for caso de inadimplência, decorre da constituição em mora *ex re* ou *ex persona*[3].

ATENÇÃO!

> *Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa **e constitui em mora o devedor**, ressalvado o disposto nos <u>arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)</u>.*

[3] Sílvio Rodrigues afirma que, não havendo constituição *ex personae*, a citação a supre, contando-se a mora na forma do art. 405 CC.

Os arts. 240, caput, do Novo CPC e 405 do CC contêm a mesma regra: a citação constitui o devedor em mora. Ocorre, entretanto, que essa regra encontra uma série de exceções no Código Civil, diploma que apropriadamente trata do tema, conforme o próprio art. 240, caput, do Novo CPC reconhece, ao fazer a ressalva de não ser a citação que constitui o devedor em mora nas hipóteses previstas pelos arts. 397 e 398 do CC.

Dessa forma, o devedor será constituído de pleno direito em mora na data do vencimento de obrigação positiva e líquida (art. 397, caput, do CC). Na hipótese de obrigação sem termo certo, além da citação, também a interpelação judicial ou extrajudicial será apta a constituir o devedor em mora (art. 397, parágrafo único, do CC). Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se em mora o devedor desde o momento em que praticou o ato (art. 398 do CC). Registre-se posicionamento pacificado do Superior Tribunal de justiça de que, tratando-se de ato ilícito contratual, somente com a citação é constituído o devedor em mora (Súmula 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratuar).

10. JUROS

10.1. PREVISÃO LEGAL

> *Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.*

Era **estabelecido o percentual do art. 161, §1º do CTN,** isto é, 1% ao mês ou 12% ao ano. O STJ firmou entendimento que a taxa SELIC não poderia ser utilizada devido à sua insegurança, ela não permitiria o prévio conhecimento.

Contudo, mudou o entendimento no inf. 510, afirmando que a taxa a que se refere o art. 406 do CC é a SELIC.

> *STJ Inf. 510 - A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do Código Civil de 2002, é a SELIC. A incidência da taxa Selic como juros moratórios exclui a correção monetária, sob pena de bis in idem, considerando que a referida taxa já é composta de juros e correção monetária.*

> *Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.*

Juro trata-se de um FRUTO CIVIL que corresponde à remuneração devida ao credor em virtude da utilização do seu capital. Os juros podem ser:

1) Quanto à origem: convencionais ou legais;
2) Quanto à relação com o inadimplemento: moratórios ou compensatórios / remuneratórios.

10.2. QUANTO À ORIGEM: JUROS CONVENCIONAIS OU LEGAIS

São casos de **juros legais**: juros moratórios, juros processuais (art. 240 NCPC – são moratórios que decorrem da mora), juros das indenizações por atos ilícitos (que o art. 398 reputa moratórios). Os **convencionais** decorrem de manifestação das partes.

> *NCPC*
> *Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e **constitui em mora o devedor**, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).*

> ***CC** Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.*

Em suma:

Juros convencionais	*Juros legais*
São aqueles pactuados (ajustados, combinados) pelas partes.	São aqueles fixados pela própria lei. Estão previstos no art. 406 do CC.

10.3. QUANTO À RELAÇÃO COM O INADIMPLEMENTO: JUROS MORATÓRIOS OU COMPENSATÓRIOS/REMUNERATÓRIOS.

Juros moratórios – são uma penalização pela mora no cumprimento da obrigação, um ressarcimento imputado pelo descumprimento *parcial* da obrigação. Incidem independentemente de alegação de prejuízo.

Como regra, são devidos desde a constituição em mora (mora *ex re* e *ex persona*) e independem de alegação e prova do prejuízo. No caso de dívida líquida e vencida a mora é *ex re* (*dies interpellat homine*).

Juros compensatórios/remuneratórios – são os que têm a exata noção de frutos (compensam ou remuneram determinada pela utilização do seu capital por outrem). São também aqueles incidentes sobre a verba indenizatória, nos casos de inadimplemento total da obrigação, sob a justificativa de que o credor a ser indenizado ficou privado da utilização do capital.

Em suma:

Juros compensatórios (remuneratórios)	*Juros moratórios*
São pagos pelo devedor como uma forma de remunerar (ou compensar) o credor pelo fato de ele ter ficado privado de seu capital por um determinado tempo.	São pagos pelo devedor como forma de indenizar o credor quando ocorre um atraso no cumprimento da obrigação. Veja o art. 395 do CC.
É como se fosse o preço pago pelo "aluguel" do capital.	É como se fosse uma sanção (punição) pela mora (inadimplemento culposo) na devolução do capital. São devidos pelo simples atraso, ainda que não tenha havido prejuízo ao credor (art. 407 do CC).
Ex: José precisa de dinheiro emprestado e vai até um banco, que dele cobra um percentual de juros como forma de remunerar a instituição financeira por esse serviço.	Ex: José pactuou com o banco efetuar o pagamento do empréstimo no dia 10. Ocorre que o devedor somente conseguiu pagar a dívida no dia 20. Logo, além dos juros remuneratórios, terá que pagar também os juros moratórios, como forma de indenizar a instituição por conta deste atraso.

Como se vê, os juros compensatórios ou remuneratórios podem ser tanto os contratuais (normalmente nominados de encargos básicos nos contratos de adesão) quanto indenitários.

ATENÇÃO!

Informativo 537 do STJ:

Os juros moratórios contratuais, em regra, correm a partir da data da citação. No entanto, no caso de obrigação positiva e líquida, com vencimento certo, os juros moratórios correm a partir da data do vencimento da dívida.

Assim, em ação monitória para a cobrança de débito decorrente de obrigação positiva, líquida e com termo certo, deve-se reconhecer que os juros de mora incidem desde o inadimplemento da obrigação se não houver estipulação contratual ou legislação específica em sentido diverso.

STJ. Corte Especial. EREsp 1.250.382-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 2/4/2014.

Qual é o termo inicial dos juros moratórios?

O termo inicial dos juros moratórios deve corresponder ao dia em que configurada a mora. Com base nisso, podemos construir o seguinte quadro:

Termo inicial dos JUROS MORATÓRIOS (em caso de danos morais ou materiais)	
Responsabilidade EXTRACONTRATUAL	**Responsabilidade CONTRATUAL**
Os juros fluem a partir do EVENTO DANOSO (art. 398 do CC e Súmula 54 do STJ).	• **Obrigação líquida: os juros são contados a partir do VENCIMENTO da obrigação (art. 397). É o caso das obrigações com mora *ex re*.** • **Obrigação ilíquida: os juros fluem a partir da CITAÇÃO (art. 405 do CC). É o caso das obrigações com mora *ex persona*.**

Termo inicial da CORREÇÃO MONETÁRIA	
Danos MATERIAIS *(Responsabilidade contratual ou extracontratual)*	**Danos MORAIS *(Responsabilidade contratual ou extracontratual)***
Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito *(contratual ou extracontratual)* a partir da data do efetivo PREJUÍZO (Súmula 43 do STJ)	**A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do ARBITRAMENTO (Súmula 362 do STJ).**

OBS1: na desapropriação incidem juros compensatórios e moratórios, conforme jurisprudência. Os compensatórios integram a base de cálculo sobre a qual incidem os moratórios.

Informativo 580 STJ:

Na responsabilidade civil extracontratual, se houver a fixação de pensionamento mensal, os juros moratórios deverão ser contabilizados a partir do vencimento de cada prestação, e não da data do evento danoso ou da citação.

Não se aplica ao caso a súmula 54 do STJ, que somente tem incidência para condenações que são fixadas em uma única parcela. Se a condenação for por responsabilidade extracontratual, mas o juiz fixar pensão mensal, neste caso, sobre as parcelas já vencidas incidirão juros de mora a contar da data em que venceu cada prestação. Sobre as parcelas vincendas, em princípio não haverá juros de mora, a não ser que o devedor atrase o pagamento, situação na qual os juros irão incidir sobre a data do respectivo vencimento.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.270.983-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 8/3/2016 (Info 580).

Ver súmulas 596 STF e 283 STJ – juros remuneratórios do SFN e administradoras de cartão de crédito. Limitação, conforme jurisprudência torrencial, pela famosa taxa média do mercado e necessidade de demonstração da abusividade no caso concreto.

> ***STF*** *SÚMULA Nº 596 AS DISPOSIÇÕES DO DECRETO 22626/1933 NÃO SE APLICAM ÀS TAXAS DE JUROS E AOS OUTROS ENCARGOS COBRADOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR INSTITUIÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS, QUE INTEGRAM O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.*
>
> ***STJ*** *Súmula: 283 As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.*
>
> ***JDC*** *163: "A regra do art. 405 aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do CC, afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ".*

OBS2:

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

***STJ Súmula**: 54 Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*

Entendo que esse artigo 405 aplica-se somente às obrigações com mora ex persona nas quais o credor NÃO interpelou o devedor... caso contrário não faria sentido, pois na mora ex persona o devedor estará em mora quando for interpelado, e nas obrigações com mora ex re ela parte do termo para pagamento.

Mora *ex re* (mora automática)	Mora *ex persona* (mora pendente)
Determinadas obrigações possuem mora *ex re*, ou seja, se o devedor não cumprir a obrigação no dia certo do vencimento, considera-se que ele está, automaticamente, em mora. O credor pode ingressar com ação contra o devedor mesmo sem notificação. A mora ocorre de pleno direito, independentemente de notificação. Aplica-se a máxima *dies interpellat pro homine*: o dia interpela pelo homem (o termo interpela no lugar do credor).	Outras obrigações possuem mora *ex persona*, ou seja, exigem a interpelação judicial ou extrajudicial do devedor para que este possa ser considerado em mora. Apenas depois dessa notificação, o credor estará autorizado a mover a ação judicial de cobrança do débito.
Em regra, a mora será *ex re* se a obrigação a ser cumprida pelo devedor for: • positiva (de dar ou fazer) • líquida e • com dia certo de vencimento. Ora, se o devedor acertou um prazo certo para cumprir a prestação e se não há dúvida quanto ao valor dessa prestação, não há motivo para se exigir que o credor o relembre sobre sua obrigação. Exceção: em alguns casos, a própria lei, por cautela, exige expressamente a notificação prévia e afasta a constituição automática da mora, mesmo tendo sido cumpridos os requisitos acima. Obs: nas obrigações de não-fazer e nas decorrentes de ato ilícito, a mora também é *ex re*.	A mora será *ex persona* em duas situações: • quando, no contrato, não tiver sido estipulado um prazo certo de vencimento. • quando, mesmo havendo prazo certo, a lei exigir a interpelação (ex: *leasing*). Súmula 369-STJ: No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora. A interpelação, quando necessária, pode ser: • Judicial: feita, via de regra, pela citação (art. 219 do CPC). • Extrajudicial: realizada sem forma solene, ou seja, por meio de qualquer ato que torne certa a exigência do pagamento, como, p. ex., a notificação ou o protesto.

OBS3: os juros de mora podem ser tanto legais (ex.: art. 398) quanto contratuais (casos dos contratos de financiamento, contrato de cartão de crédito, etc.). Idem os juros remuneratórios (v.g., juros legais do mútuo civil – art. 591 CC, perdas e danos – art. 404 CC, juros na gestão de negócios – art. 869 CC; art. 1404 CC, etc.)

Ao ajuizar ação é necessário pedido expresso ao juízo quanto aos juros? Depende. Se convencionais os juros, sim. Se legais, não, pois se trata de juros legais (art. 293). Lembrar que os juros

legais podem ser tanto os de mora quanto remuneratórios. Se o juiz se pronunciar aos convencionais sem que tenha ocorrido pedido, incorrerá em sentença *extra* ou *ultra petita*. Por fim, ver Súmula 254 STF.

> *STF SÚMULA Nº 254 INCLUEM-SE OS JUROS MORATÓRIOS NA LIQUIDAÇÃO, EMBORA OMISSO O PEDIDO INICIAL OU A CONDENAÇÃO.*

10.4. JUROS CAPITALIZADOS (ANATOCISMO)

A capitalização de juros, também chamada de anatocismo, ocorre quando os juros são calculados sobre os próprios juros devidos. Outras denominações para "capitalização de juros": "juros sobre juros", "juros compostos" ou "juros frugíferos". Normalmente, os juros capitalizados estão presentes nos contratos de financiamento bancário.

Carlos Roberto Gonçalves explica melhor: "O anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros. Há, no caso, capitalização composta, que é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Em resumo, pois, o chamado 'anatocismo' é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos. " (Direito Civil Brasileiro. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409).

Veja outra definição um pouco mais difícil, porém necessária à plena compreensão da matéria: Juros capitalizados são os "juros devidos e já vencidos que, periodicamente (v.g., mensal, semestral ou anualmente), se incorporam ao valor principal (LIMA, Roberto Arruda de Souza; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Contratos Bancários - Aspectos Jurídicos e Técnicos da Matemática Financeira para Advogados. São Paulo Atlas, 2007, p. 36).

Desse modo, a capitalização (incidência dos juros vencidos sobre o principal) pode ter periodicidades diversas. Existe a capitalização mensal, semestral, anual etc. Isso deve ser previsto no contrato.

10.4.1. Capitalização anual de juros

A capitalização de juros foi vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 22.626/33 (Lei de Usura), cujo art. 4º estabeleceu:

> *Art. 4º É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.*

O STJ entende que a ressalva prevista na segunda parte do art. 4º (a parte em cinza) significa que a Lei de Usura permite a capitalização anual. Em outras palavras, a Lei de Usura proibiu, em regra, a capitalização de juros.

Exceção: é permitida a capitalização de juros em periodicidade anual.

O CC-1916 (art. 1.262) e o CC-2002 também permitem a capitalização anual:

> *Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.*

Desse modo, a capitalização anual sempre foi PERMITIDA (para todos os contratos).

10.4.2. Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano

Como vimos, a capitalização de juros por ano é permitida, seja para contratos bancários ou não-bancários. O que é proibida, como regra, é a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Ex: capitalização mensal de juros (ou seja, a cada mês incidem juros sobre os juros).

A capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano (ex: capitalização mensal de juros) é proibida também para os bancos?

NÃO. A MP n.º 1.963-17, editada em 31 de março de 2000, permitiu às instituições financeiras a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Em suma, é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos BANCÁRIOS celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000 (atual MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

Veja a redação da MP 2.170-36/2001:

> *Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.*

O STJ confirma essa possibilidade na Súmula 539:

> *Súmula 539 do STJ - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada.*

Desse modo, os bancos podem fazer a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, desde que expressamente pactuada.

10.4.3. Desde que expressamente pactuada

O que significa essa terminologia “desde que expressamente pactuada”? De que modo o contrato bancário deverá informar ao contratante que está adotando juros capitalizados com periodicidade inferior a um ano?

1ª corrente:	2ª corrente:
A capitalização de juros deve estar prevista no contrato de forma clara, precisa e ostensiva. A capitalização de juros não pode ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal (Obs: duodécuplo significa 12 vezes maior).	A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para que a capitalização esteja expressamente pactuada. Em outras palavras, basta que o contrato preveja que a taxa de juros anual será superior a 12 vezes a taxa mensal para que o contratante possa deduzir que os juros são capitalizados. Na prática, isso significa que os bancos não precisam dizer expressamente no contrato que estão adotando a "capitalização de juros", bastando explicitar com clareza as taxas cobradas. A cláusula com o termo "capitalização de juros" será necessária apenas para que, após vencida a prestação sem o devido pagamento, o valor dos juros não pagos seja incorporado ao capital para o efeito de incidência de novos juros.

O STJ adota a segunda corrente, inclusive editou a Súmula 541 sobre o assunto:

> *Súmula 541-STJ: A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.*

10.4.4. Impugnações à MP 2.170-36/2001

Existem, no Poder Judiciário, milhares de ações judiciais questionando a legalidade e a constitucionalidade da MP 2.170-36/2001. As três impugnações principais contra a referida MP são as seguintes:

1) Ilegalidade da capitalização inferior a um ano

Sustentava-se que o art. 5º da MP 2.170-36/2001, que permite a capitalização inferior a um ano, teria sido revogado pelo art. 591 do Código Civil, que permite somente a capitalização anual.

Alguns alegavam também que haveria violação ao CDC.

Essa tese foi acolhida pela jurisprudência? A MP 2.170-36/2001 é ilegal? A capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano (ex: capitalização mensal de juros) é proibida também para os bancos?

NÃO. É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos BANCÁRIOS celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000 (atual MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada (STJ. 2ª Seção. REsp 973.827/RS, Rel. p/ Acórdão Min.Maria Isabel Gallotti, julgado em 08/08/2012).

O art. 591 do Código Civil não alterou a regra do art. 5º da MP porque esta é norma específica e o CC é lei geral, aplicando-se o princípio da especialidade, segundo o qual lei geral não revoga lei especial, ainda que seja posterior.

A MP também não viola qualquer disposição do CDC.

Portanto, sob o ponto de vista da legalidade, o art. 5º da MP 2.170-36/2001 é plenamente válido.

2) Inconstitucionalidade formal da MP por violação ao art. 62 da CF/88 (relevância e urgência)

Outra impugnação que era feita contra a MP 2.170-36/2001 era a de que o tema "capitalização de juros" não possuía relevância e urgência, de forma que não poderia ter sido tratado por meio de medida provisória (art. 62 da CF/88).

Essa tese foi acolhida pela jurisprudência? A MP 2.170-36/2001 é inconstitucional por ter sido editada sem relevância e urgência?

NÃO. O STF decidiu que o art. 5º da MP 2.170-36/2001 é formalmente constitucional, não tendo violado o art. 62 da CF/88.

A definição do que seja relevante e urgente para fins de edição de medidas provisórias consiste, em regra, em um juízo político (escolha política/discricionária) de competência do Presidente da República, controlado pelo Congresso Nacional.

Desse modo, salvo em caso de notório abuso, o Poder Judiciário não deve se imiscuir na análise dos requisitos da MP.

No caso concreto, do ponto de vista da relevância, esta estaria presente, considerando que a MP trata sobre a regulação das operações do Sistema Financeiro, tema de suma importância para a economia do país. No que se refere à urgência, a norma foi editada há 15 anos, em um período cuja realidade financeira era diferente da atual, sendo difícil afirmar com segurança que não havia o requisito da urgência naquela oportunidade. O cenário econômico, caracterizado pela integração da economia nacional ao mercado financeiro mundial, exigia medidas céleres, destinadas à adequação do Sistema Financeiro Nacional aos padrões globais. Além disso, se a Corte declarasse a inconstitucionalidade da norma, isso significaria atuar sobre um passado em que milhares de operações financeiras poderiam, em tese, ser atingidas. STF. Plenário. RE 592377/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 4/2/2015 (repercussão geral) (Info 773).

3) Inconstitucionalidade material da MP

Existe uma ADI no STF que, além dos requisitos da MP, alega também a inconstitucionalidade material da capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano. Trata-se da ADI 2316, cujo julgamento ainda não foi concluído. Dificilmente, contudo, esta MP será declarada inconstitucional.

11. CLÁUSULA PENAL

11.1. CONCEITO

A cláusula penal, também denominada ***pena convencional***, consiste em um pacto acessório (subsidiária) por meio do qual as partes visam a antecipar a indenização devida em caso de inadimplemento absoluto (CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA) ou relativo (CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA).

A função precípua da cláusula penal é **antecipar a indenização** devida na hipótese de inadimplemento absoluto ou relativo.

Ainda, segundo o Prof. CRISTIANO CHAVES, a cláusula penal teria uma *função secundária* ***intimidatória.***

OBS: Na praxe a cláusula penal é chamada de "multa", mas isto não é correto. Tecnicamente, a multa tem uma função precípua sancionatória e não de ressarcimento. A multa sanciona, castiga, primariamente, ao contrário da cláusula penal, que tem por escopo compensar.

A cláusula penal é considerada ESTANQUE. Não tem um caráter progressivo, como juros, etc. Ela ocorre e ponto.

OBS (Lúcia Junqueira/VERBO/MP): em um exame mais aprofundado da classificação do adimplemento, constata-se o seguinte: sabe-se que o inadimplemento absoluto é aquele em que a obrigação não foi cumprida e não poderá mais o ser, restando perdas e danos. O inadimplemento relativo é aquele em que a obrigação não foi cumprida, mas há a possibilidade de ainda o ser. Diferentemente de inadimplemento total e parcial, que se restringe à matemática, a valores. Assim, pela dicção do art. 410, percebe-se que a cláusula penal está mais relacionada ao inadimplemento relativo, sendo ela compensatória ou moratória.

A disciplina da cláusula penal é feita a partir do art. 408 do CC, desdobrando-se em duas espécies fundamentais: cláusula penal compensatória e cláusula penal moratória. Vejamos:

Cláusula penal: É uma cláusula do contrato ou um contrato acessório ao principal em que se estipula, previamente, o valor da indenização que deverá ser paga pela parte contratante que não cumprir, culposamente, a obrigação.

A cláusula penal possui duas finalidades:

Função ressarcitória: serve de indenização para o credor no caso de inadimplemento culposo do devedor. Ressalte-se que, para o recebimento da cláusula penal, o credor não precisa comprovar qualquer prejuízo. Desse modo, a cláusula penal serve para evitar as dificuldades que o credor teria no momento de provar o valor do prejuízo sofrido com a inadimplência do contrato.

Função coercitiva ou compulsória (meio de coerção): intimida o devedor a cumprir a obrigação, considerando que este já sabe que, se for inadimplente, terá que pagar a multa convencional.

Espécies:

a) MORATÓRIA (compulsória)	b) COMPENSATÓRIA (compensar o inadimplemento)
Estipulada para desestimular o devedor de incorrer em mora ou para evitar que deixe de cumprir e terminada cláusula especial da obrigação principal. É a cominação contratual de uma multa para o caso de mora**.**	Estipulada para servir como indenização no caso de total inadimplemento da obrigação principal (adimplemento absoluto).
Funciona como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação ou pelo inadimplemento de determinada cláusula	Funciona como uma prefixação das perdas e danos.

A cláusula penal moratória é cumulativa, ou seja, o credor poderá exigir o cumprimento da obrigação principal e mais o valor da cláusula penal.	A cláusula penal compensatória não é cumulativa. Assim, haverá uma alternativa para o credor: exigir o cumprimento da obrigação principal ou apenas o valor da cláusula penal.
Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.	*Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.*

11.2. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA

Compensa o credor pelo inadimplemento culposo absoluto da obrigação. Indeniza o credor para o caso de descumprimento total da obrigação principal.

> ***Art. 408**. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação (**cláusula penal compensatória**) ou se constitua em mora (**cláusula penal moratória**).*

> ***Art. 409**. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação (**cláusula penal compensatória**), à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora (**cláusula penal moratória**).*

OBS: Lembra-nos Guilherme Gama que, por exceção, o jogador de futebol que resolva exercer o direito de desistir do contrato, mesmo não estando tecnicamente descumprindo a obrigação, poderá ser compelido a pagar cláusula penal (art. 28 da Lei 9605/98).

O credor tem, conforme o art. 410 do CC, a alternativa de exigir a obrigação descumprida (via tutela específica, por exemplo) ou executar a cláusula penal. **Opção do credor.**

> ***Art. 410**. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.*

Revendo, inclusive, o ponto já defendido em sala de aula, acreditamos que o credor também NÃO tem a opção de ajuizamento de ação autônoma de cunho indenizatório (para apuração do dano e fixação do seu correspondente valor), uma vez que isso seria incompatível com a própria natureza da estipulação de uma cláusula penal, que é a **pré-tarifação das perdas e danos**, não havendo, além disso, interesse de agir na propositura dessa ação. Nesse sentido, é o posicionamento de CLÓVIS BEVILÁQUA, para quem, escolhida a pena, "desaparece a obrigação originária, e com ela o direito de pedir perdas e danos, já que se acham pré-fixados na pena. Se o credor escolher o cumprimento da obrigação, e não puder obtê-la, a pena funcionará como compensatória das perdas e danos".

O valor da cláusula penal **não poderá ultrapassar**, sob pena de enriquecimento sem causa e consequente invalidade da cláusula, o valor da obrigação principal (art. 412).

> ***Art. 412**. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.*

Por outro lado, se o valor do dano for superior ao pactuado em cláusula penal, somente poderá o credor exigir indenização suplementar caso exista previsão contratual expressa nesse sentido (Pablo: ainda assim não pode extrapolar o valor da obrigação principal).

Na cláusula penal, ao contrário da indenização por perdas e danos, não precisa o credor provar a existência de prejuízo, visto que sua existência é presumida (art. 416, §único).

> *Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. (presunção)*
> *Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado.* ***Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.***

11.3. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA

É mais simples, de valor menor. Na forma do art. 411, visa indenizar o credor pelo atraso no cumprimento da obrigação (mora) ou pelo descumprimento de alguma cláusula isolada ou específica do contrato.

> ***Art. 411****. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada,* ***juntamente com o desempenho da obrigação principal.***

Conforme o artigo supra, pode o credor exigir simultaneamente a execução da **cláusula penal moratória** e o cumprimento da obrigação principal. Como já vimos, o mesmo não ocorre na cláusula penal compensatória, onde o credor deve OPTAR entre sua execução e a cumprimento específico.

Vale frisar que em ambos (moratória ou compensatória...) os casos não há prejuízo da ação de tutela específica para o cumprimento da obrigação.

11.4. CLÁUSULA PENAL E PERDAS E DANOS

Em um contrato no qual foi estipulada uma cláusula penal **MORATÓRIA,** caso haja o inadimplemento, é possível que o credor exija o valor desta cláusula penal e mais as perdas e danos?

A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes. Tanto isso é verdade que a maioria dos contratos de promessa de compra e venda prevê uma multa contratual por atraso (cláusula penal moratória) que varia de 0,5% a 1% ao mês sobre o valor total do imóvel. Esse valor é escolhido porque representa justamente a quantia que imóvel alugado, normalmente, produziria ao locador.

Assim, como a cláusula penal moratória já serve para indenizar/ressarcir os prejuízos que a parte sofreu, não se pode fazer a sua cumulação com lucros cessantes (que também consiste em uma forma de ressarcimento). Diante desse cenário, havendo cláusula penal no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a sua cumulação com lucros cessantes.

Salienta-se que o STJ afirmou que disse que, a depender do caso concreto, a parte poderá demonstrar que sofreu algum dano especial, além daqueles regularmente esperados da inadimplência, e

que a cláusula penal moratória seria insuficiente para reparar esse dano. Assim, nesses casos excepcionais, seria possível a cobrança tanto da cláusula penal moratória como também da indenização. É o caso, por exemplo, da situação em que a cláusula penal moratória se mostre objetivamente insuficiente, em vista do tempo em que veio a perdurar o descumprimento contratual, a atrair a incidência do princípio da reparação integral, insculpido no art. 944 do CC.

11.5. PLURARIDADE DE PARTES

CC Art. 414. Sendo INDIVISÍVEL a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.
Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

11.6. HIPÓTESES DE REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

O juiz pode reduzir a cláusula penal, na forma do art. 413 do CC.

***Art. 413**. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver **sido cumprida em parte,** ou se o **montante da penalidade for manifestamente excessivo**, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.*

Percebe-se assim, duas hipóteses passíveis de redução da cláusula penal:

1) Quando a obrigação principal houver sido cumprida em parte;

2) Quando o valor da cláusula for manifestamente excessivo.

Juiz pode reduzir de ofício?

Banca conservadora: a luz da autonomia privada, somente se a parte assim se manifestar.

Modernamente: sob o influxo do princípio da função social do contrato, o enunciado 356 da IV JDC, estabelece a possibilidade de o juiz reduzir de ofício o valor da cláusula penal (cumpriu em parte, manifestamente excessiva...).

***JDC** 356 – Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.*

*Ler os enunciados 355 a 359 da IV JDC bem como artigo a respeito do reconhecimento de ofício de cláusula abusiva em contrato bancário.

***JDC 355 -** Art. 413: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.*

***JDC** 357 – Art. 413: O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4º da Lei n. 8.245/91. Revogado o enunciado 179 da III Jornada.*

> ***JDC** 358 – Art. 413: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.*

> ***JDC** 359 – Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.*

OBS: A cláusula penal que estipule a perda de todas as prestações pagas passou a ser passível de revisão, segundo as características do caso concreto, após a entrada em vigor do CDC (ver REsp 399.123/SC, REsp 435.608/PR).

> *STJ Inf. 500 A cláusula penal **deve** ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.*

12. ARRAS (sinal)

De acordo com Clóvis Beviláqua, é tudo que uma parte entrega a outra, como **antecipação do pagamento**, garantia da solidez da obrigação contraída.

Trata-se de uma disposição convencional, pela qual uma das partes entrega determinado bem a outra (em geral dinheiro), como garantia da obrigação pactuada.

Existem duas espécies: arras confirmatórias e arras penitenciais.

Previsão legal: Art. 417 e seguintes.

> *Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.*

Existem duas espécies de arras:

1) Arras confirmatórias: As arras confirmatórias, popularmente denominadas de ***sinal***, marcam o início da execução do contrato, **não garantindo direito de arrependimento**. O momento do sinal é o momento do início do pagamento, do início da execução do contrato.

No caso das arras confirmatórias, que não conferem direito de arrependimento, em caso de descumprimento do contrato o valor do sinal é perdido nos termos do art. 418. Se quem deu arras descumpre, perde o valor. Se quem descumpre é a outra parte, deve devolver o sinal dado, e pagar mais o equivalente (é uma espécie de taxa mínima de indenização pelo descumprimento). Quem descumpre é considerado inadimplente.

> *Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.*

O que fazer se o prejuízo sofrido pela parte for superior ao valor do sinal? Pode a parte pedir indenização suplementar, nos termos do art. 419.

> *Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.*

Perceber a diferença para a cláusula penal compensatória: nesta, a indenização suplementar só pode ser cobrada se assim pactuado e a parte não pode pedir a cláusula penal compensatória mais a execução do contrato, deve escolher uma ou outra, não tendo direito a perdas e danos, porque já há a pré-fixação da pena convencional.

2) Arras penitenciais: As arras penitenciais, reguladas no art. 420, posto tenham natureza indenizatória, garantem o direito de arrependimento. São hipóteses de arras mais raras.

OBS: Embora o exercício do direito de arrependimento opere a perda das arras penitenciais (como ocorre nas confirmatórias), a parte que se arrependeu **não é considerada inadimplente**. Vale acrescentar ainda que, pactuadas arras penitenciais, não há direito à indenização suplementar.

> ***Art. 420****. Se no contrato for* ***estipulado o direito de arrependimento*** *para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.*

12.1.1. Arras x Cláusula penal

A cláusula penal impede, salvo previsão contratual, o pagamento de indenização suplementar em sede de perdas e danos. Já as arras somente impedirão tal indenização na modalidade penitencial. Somente a cláusula penal pode sofrer redução judicial quando excede o valor da prestação principal, ou tiver havido cumprimento parcial da obrigação.

Dentre outras diferenças, a cláusula penal é sempre paga a posteriori, após a ocorrência de inadimplemento. Já as arras, são sempre pagas antecipadamente e podem garantir direito de arrependimento (se forem penitenciais).

	Arras Confirmatórias	Arras Penitenciais	Cláusula Penal (compensatória/moratória)
Previsão Legal	Art. 418.	Art. 420.	
Finalidade	Confirma a avença	Garantem direito de arrependimento.	***Pena convencional***, consiste em um pacto acessório por meio do qual as partes visam a antecipar a indenização devida em caso de inadimplemento.
Arrependimento/indenização	***Não tem direito a arrependimento. Inadimplência gera direito à indenização,*** **funcionando arras**	***Tem direito a arrependimento. Não há que se falar indenização suplementar***. Foi uma	***Não garante o arrependimento. Impede a indenização suplementar salvo se previsto (ou se o***

	para tal finalidade , ***pode haver indenização suplementar*** (dependendo do caso, computo na indenização devida por quem as deu ou devolução mais equivalente por quem recebeu, no lugar de pleitear indenização).	faculdade assegurada no contrato, com a perda (por quem as deu) ou devolução mais o equivalente (por quem recebeu).	***valor do dano for maior do que a cláusula).***
Manifestação	Expressa	Expressa	Expressa
Momento	Paga antes do inadimplemento.	Paga antes do inadimplemento.	Paga após o inadimplemento.

13. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

A comissão de permanência é um valor cobrado pelas instituições financeiras no caso de inadimplemento contratual enquanto o devedor não quitar sua obrigação. Em outras palavras, é um encargo cobrado por dia de atraso no pagamento de débitos junto a instituições financeiras. É cobrado após o vencimento e incide sobre os dias de atraso.

Fundamento: A comissão de permanência foi instituída por meio da Resolução n.° 15/1966, do Conselho Monetário Nacional. Atualmente, rege o tema a Resolução n.° 1.129/1986 do CMN.

> *STJ Súmula 472 A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.*

Duas conclusões da súmula:

1) O valor cobrado de comissão de permanência não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato.

2) A comissão de permanência exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

Portanto, ou se cobra a comissão de permanência, ou se cobra os demais encargos previstos no contrato.

Encargos inacumuláveis:

A comissão de permanência não pode ser cumulada com:

1) Juros remuneratórios;
2) Correção monetária;
3) Juros moratórios;
4) Ou multa moratória (cláusula penal moratória?).

Em suma, não pode cumular com nada.

Veja as outras súmulas do STJ que tratam sobre o tema:

> *Súmula 30-STJ: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.*
>
> *Súmula 294-STJ: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.*
>
> *Súmula 296-STJ: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.*

RESPONSABILIDADE CIVIL

1. INTRODUÇÃO

Na linha de pensamento de José de Aguiar Dias, em sua clássica obra "Da Responsabilidade Civil", toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade.

É uma espécie de responsabilidade jurídica: quando se cuida da responsabilidade jurídica não se tem apenas a responsabilidade civil, mas a penal, a administrativa, a processual.

Qual a diferença fundamental entre responsabilidade civil e responsabilidade penal?

Para Pablo, quem melhor trouxe esta diferença foi Miguel Fenech (Universidade de Barcelona). A diferença fundamental não está no comportamento humano em si, que poderá deflagrar mais de um tipo de responsabilidade. O ponto fundamental de distinção desdobra-se em três aspectos:

1. A seriedade da sanção penal (a gravidade da resposta)

2. A exigência da tipicidade para a resposta sancionatória (exige-se que o comportamento tenha um reflexo aprioristicamente previsto, ao contrário das normas civis, que são genéricas, não se exige tipicidade).

3. O foco é a vítima (recolocá-la no status quo ante), enquanto no direito penal o foco é o agressor (puni-lo).

2. CONCEITO

A responsabilidade civil deriva (pressupõe) da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano o dever jurídico de indenizar.

A noção jurídica de responsabilidade civil pressupõe a atividade ***danosa*** de alguém que, atuando ***a priori*** ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (**legal ou contratual)**, subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Como dito acima, a depender da natureza jurídica da norma preexistente violada, a responsabilidade civil poderá ser **contratual** (violação da norma do contrato) ou **extracontratual** (violação direta da norma jurídica/legal – *responsabilidade Aquiliana*).

Exemplo1: se tu deixas de pagar a mensalidade do curso de inglês, descumprindo a obrigação (de dar dinheiro), significa que violastes a norma contratual preexistente causando danos ao contratante. Responsabilidade Contratual.

Exemplo2: Saindo do curso manobrando carro no estacionamento, no momento da ré, bate danificando outro carro, manobra negligente ocasiona dano, violação de norma jurídica legal preexistente, responsabilidade extracontratual ou aquiliana (regra geral encontra-se no art. 186 do CC – definição de ato ilícito.)

OBS: Essa distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual é adotada pela teoria *dualista/clássica*. MAS, ATENÇÃO: a teoria unitária/monista é a adotada pelo CDC, que não faz distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que refere à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, pois nesse caso (art. 17, CDC), o fundamento dessa responsabilidade é a *violação do dever de segurança*.

> *Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (consumidor "by stander").*

Com o se nota, esse modelo dual ou binário de responsabilidades foi mantido pela atual codificação privada. Todavia, conforme destaca a doutrina, a tendência é de unificação da responsabilidade civil, como consta, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, que não faz a citada divisão. Como bem afirma Fernando Noronha, a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete "um tempo do passado", uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente os mesmos. Em sentido muito próximo, leciona Judith Martins-Costa que há um grande questionamento acerca desta distinção, "pois não resiste à constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o 'contrato social, e obedecem aos mesmos princípios, nascendo de um mesmo fato, qual seja, a violação de dever jurídico preexistente"

O art. 187 do CC 2002 (abuso de direito) também pode e deve ser aplicado em sede de autonomia privada. Eis aqui um dispositivo unificador do sistema de responsabilidade civil, que supera a dicotomia responsabilidade contratual x extracontratual.

3. SISTEMA POSITIVO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A despeito de o CC não conter tipos especiais como no direito penal, consagrou, todavia, um sistema normativo de responsabilidade calcado em três artigos fundamentais: arts. 186, 187 e 927 do CC.

> ***Art. 186.*** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

É a regra geral da responsabilidade civil, isto porque ele define o ato ilícito. Mas, lembrar das lições de Cristiano Chaves:

Se o ato ilícito é a violação da norma, é ela própria que dirá quais serão os efeitos de sua violação. Nem todo ato ilícito gera responsabilidade civil. Existem outros efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito.

Nem toda responsabilidade civil provém de um ato ilícito. Exemplo: Responsabilidade civil pelos danos praticados em estado de necessidade.

Além do conhecido (e mais comum) dever de reparar o dano – "efeito indenizante" – (responsabilidade civil), peculiar a CERTOS (a maioria dos) ilícitos, existe vários outros efeitos que podem decorrer de um ato ilícito: caducificante (perda do poder familiar), invalidante (transporte de substancia ilícita – contrato nulo), autorizante (revogação de doação por indignidade), efeito decorrente de presunção legal ou judicial.

O sistema da responsabilidade civil no Brasil NÃO se esgota nesse artigo. Porque a responsabilidade civil extracontratual encontra fundamento ou base no art. 187 (define o chamado abuso de direito) e no art. 927 (será visto na responsabilidade objetiva e de risco) do CC.

Em verdade, tal sistema visa a coibir comportamentos danosos em atenção ao princípio Neminem Laedere = "Ninguém é dado causar prejuízo a outrem".

A responsabilidade civil subjetiva, prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil, exige a verificação de culpa (em sentido amplo: dolo e culpa), havendo duas modalidades de culpa:

1) culpa provada – que depende de prova do autor;

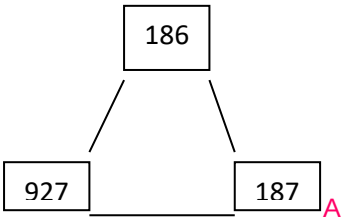
2) culpa presumida – há uma inversão no ônus da prova, de modo que há uma presunção de que o requerido agiu com culpa, devendo ele provar a inocorrência de culpa.

Como visto, embora art. 186 e 927 consagre uma ilicitude subjetiva¸ baseada na culpa ou no dolo, ao lado desta ilicitude há também o reconhecimento a ilicitude objetiva (187 e 927 e §único), razão pela qual, em nosso direito, convivem dois tipos de responsabilidade: subjetiva e objetiva.

> ***Art. 186.*** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Teoria do abuso de direito ou teoria dos atos emulativos.*

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.



A partir do CC de 2002 – antes era baseada apenas no ato ilícito.

 # O que se entende por abuso de direito? (art. 187)

Ao definir o que é abuso de direito o legislador no art. 187 utilizou o critério finalístico ou o critério subjetivo baseado na culpa?

No art. 186, o legislador para definir ato **ilícito, utilizou o critério subjetivo baseado na culpa**. Mas, ao definir o que é abuso de direito, no art. 187, foi o elemento de ilicitude objetivo, elemento finalístico, critério funcional. Isto significa que na forma do art. 187 para provar o abuso de direito**, não é necessário provar que houve a intenção de prejudicar outrem ou descuido (dolo ou culpa)**, visto que foi utilizado o critério FINALÍSTICO, desviou a finalidade, não importa culpa ou dolo.

Resumindo: na linha de pensamento de Daniel Boulos (“Abuso de Direito no novo CC”) no art. 187 consagra-se uma **ilicitude objetiva**, uma vez que, para aferição do abuso, não se analisa culpa ou dolo, senão a **própria finalidade do agente**, se *realizou ou não os limites ditados pelo fim social econômico, pela boa fé e pelos bons costumes.*

OBS1: o abuso de direito também é chamado de “ILÍCITO IMPRÓPRIO”. Teoria dos atos emulativos.

OBS2: a aquisição de um direito, via *“surrectio”,* face oposta da *“supressio”,* não traduz abuso de direito. Desde que haja respeito à boa fé.

Supressio: segundo Antônio Menezes Cordeiro, a supressio traduz a situação do direito que, não tendo sido exercido em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por contrariar a boa-fé. Em contrapartida, surge para a outra parte, um direito correspondente, via surrectio. A perda do direito de um, é o ganho de direito do outro, duas faces da mesma moeda, perde via supressio, ganha via surrectio.

Exemplos:
a) Art. 330 do CC

Art. 330. *O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.*

b) Condomínio, condôminos permitem a utilização por particular de área comum, depois vem querer cobrar retroativamente o aluguel de tal área, pode? NÃO, perderam o direito de cobrar via supressio e o particular ganhou o direito de usar via surrectio, porém poderão, todavia, notificá-lo, para, a partir de então, liberar a área comum.

 # *A CULPA é um elemento <u>fundamental</u> da responsabilidade civil?* <u>Não</u>. A culpa não é necessária para a caracterização do o abuso de direito (objetivo).

O conceito de abuso de direito é, por conseguinte, aberto e dinâmico, de acordo com a concepção tridimensional de Miguel Reale, pela qual o Direito é fato, valor e norma. Eis aqui um conceito que segue a própria filosofia da codificação de 2002. O aplicador da norma, o juiz da causa, deverá ter plena consciência do aspecto social que circunda a lide, para aplicar a lei, julgando de acordo com a sua carga valorativa. Mais do que nunca, com o surgimento e o acatamento do abuso de direito com o ato ilícito pelo atual Código Civil, terá força a tese pela qual a atividade do julgador é, sobretudo, ideológica.

Em reforço, o conceito de abuso de direito mantém íntima relação com o princípio da socialidade, adotado pela atual codificação, pois o art. 187 do CC faz referência ao fim social do instituto jurídico violado. A análise do termo "bons costumes", igualmente, deve ser sociológica (V – 413).

Enunciados referentes ao abuso de direito:

> ***I JDC En. 37:*** *Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*
>
> ***VI JDC – En. 539****: art. 187 – O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.*
> ***Explicação****: O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil.*

Tartuce faz um levantamento da incidência do abuso de direito em vários ramos, tais como:

a) Direito do Consumidor: nas questões que envolvem publicidade abusiva;

b) Direito do Trabalho: nos casos de greve abusiva e nos casos em que há abuso do direito do empregador;

c) Direito Processual: nas questões que envolvem lide temerária, assédio judicial e abuso no processo (litigância de má-fé);

d) Direito Civil: nas questões que envolvem o abuso do direito de propriedade. Aqui destaca-se o art. 1.228, §2º X o art. 187 ambos do CC, o primeiro afirma que deve haver intenção de prejudicar o outro, mas o art. 187 dispensa a culpa, trata de responsabilidade objetiva. Diante do conflito, deve-se utilizar o enunciado 49 da I JDC.

> ***49 – Art. 1.228, § 2º****: Interpreta-se restritivamente a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187*

e) Direito Digital ou Eletrônico: relativo ao envio de spam.

4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Frise-se: a **culpa**, base da responsabilidade do CC da França, e também do CC/16 não é um elemento obrigatório da Responsabilidade Civil, uma vez que, como sabemos, existe responsabilidade civil sem culpa (objetiva – casos que envolvem abuso de direito, por exemplo).

TARTUCE: De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim um elemento essencial da responsabilidade civil. Para a maioria da doutrina, os elementos da responsabilidade civil são: conduta humana, culpa genérica ou latu sensu, nexo de causalidade de dano ou prejuízo.

Os elementos são os seguintes:

1) Conduta Humana;
2) Dano;
3) Nexo de Causalidade;
4) Fator de atribuição.

4.1. CONDUTA HUMANA

Para efeito de responsabilidade civil não é entendido como conduta humana o ato simplesmente derivado do homem.

A conduta humana, para ser encartada como primeiro elemento da responsabilidade civil, deve traduzir um comportamento omissivo/comissivo marcado pela VOLUNTARIEDADE (vontade consciente, que guarde capacidade de discernimento com aquilo que está realizando). A vontade é a pedra de toque para noção de conduta humana no que tange à responsabilidade civil.

OBS: Não é conduta humana ILÍCITA, porque, embora a maioria das condutas que geram responsabilidade seja decorrente de ato ilícito, pode haver responsabilidade civil decorrente de ato LÍCITO (Paulo Lobo, Windscheid, Von Thur, Garcez Neto). Em geral, a responsabilidade civil pressupõe a antijuricidade, mas não é sempre que ela ocorre.

Quando o agente age em estado de necessidade prática uma conduta lícita, mas terá o dever de indenizar a vítima. No entanto, segundo o STJ, esta indenização deve ser proporcional, pois não se deve onerar o agente que agiu licitamente.

> ***Informativo 513 STJ*** - *O ato praticado em estado de necessidade é lícito, conforme previsto no art. 188, II, do CC. No entanto, mesmo sendo lícito, não afasta o dever do autor do dano de indenizar a vítima quando esta não tiver sido responsável pela criação da situação de perigo (art. 929). Desse modo, o causador do dano, mesmo tendo agido em estado de necessidade, deverá indenizar a vítima e, depois, se quiser, poderá cobrar do autor do perigo aquilo que pagou (art. 930). Vale ressaltar, no entanto, que o valor desta indenização deverá ser fixado com proporcionalidade, evitando-se a imposição de valores abusivos (desproporcionais) para alguém que estava agindo de forma lícita.*

*Segundo o STJ, no caso aplica-se a **Teoria do Sacrifício**, que consiste em: diante de uma colisão entre os direitos da vítima e os do autor do dano, estando os dois na faixa de licitude (os dois comportamentos são lícitos), o ordenamento jurídico opta por proteger o mais inocente dos interesses em conflito (o da vítima), sacrificando o outro (o do autor do dano).*

Exemplos:

- Desapropriação (típico exemplo de ato lícito que gera responsabilidade civil);

- Direito de Passagem Forçada (art. 1285 - direito de vizinhança e **não** servidão, que pode ser feita também). A propriedade encravada entre 3 propriedades...B,C, e D. Terá de indenizar, ou seja, ato LÍCITO porém gerando o dever de indenizar, responsabilidade civil;

- Estado de necessidade agressivo em que se prejudica um terceiro;

***Conclusão: Ilicitude então não é obrigatória**. O art. 186 consagra uma **regra geral** de responsabilidade civil, excepcionalmente pode haver responsabilidade civil por **ato lícito**. Não é correto, portanto, dizer que o ato ilícito é um elemento obrigatório.

A regra é a responsabilidade que decorre da conduta ou ato próprio, respondendo o agente com o seu patrimônio. No entanto, a pessoa pode responder por ato de terceiros, como por exemplo, nos casos do art. 932, bem como por ato de animal, por fato de coisa inanimada e ou por produto colocado no mercado

4.2. NEXO DE CAUSALIDADE

4.2.1. Conceito

O nexo de causalidade, também requisito da responsabilidade civil, no âmbito da dogmática jurídica, traduz o vínculo necessário que une o comportamento do agente ao prejuízo causado. “Se o meu comportamento não está vinculado, não há um liame causal, não tenho de ser responsabilizado por isso.”

Fundamentalmente, existem três teorias explicativas:

1) Teoria da equivalência das condições;
2) Teoria da causalidade adequada;
3) Teoria da causalidade direta e adequada.

Senão, vejamos:

1) Teoria da Equivalência de Condições (Teoria da *conditio sine qua non – Von Buri*)

Esta primeira teoria não diferencia os antecedentes fáticos do resultado danoso, de maneira que tudo aquilo que concorre para o resultado é considerado causa.

Crítica: o grande problema é que no momento que considera todo e qualquer antecedente dê resultado esta teoria remete o interprete a um espiral infinito (a Teoria Objetiva da Imputação veio delimitar isto).

Pablo: Os civilistas em geral não simpatizam com esta teoria. Única hipótese de sair bem frente a uma banca (mesmo não recomendando) seria aprimorá-la de acordo com a teoria objetiva.

Em geral, os civilistas se dividem entre as outras duas teorias:

2) *Teoria da Causalidade Adequada (von Kries)*

Afirma, diferentemente da teoria anterior, que nem todo antecedente é causa: considera-se causa, apenas, o antecedente abstratamente idôneo à consumação do resultado.

Cavalieri Filho: causa, é o antecedente NECESSÁRIO e ADEQUADO à produção do resultado, logo nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada a produzir o resultado.

Exemplo1: cidadão no aeroporto esperando o avião. Tem vontade de ir ao banheiro, no banheiro é preso por outra pessoa, fica 2h, quando sai tem que pegar outro avião, este cai, a pessoa que a trancou pode ser responsabilizada? Para esta teoria, a pessoa que prendeu a vítima no banheiro não pode ser considerada causadora de sua morte, porque prender alguém no banheiro não é causa adequada para a morte. Para a teoria da *conditio sine qua non,* poderia ser responsabilizado, pela relação de causalidade.

Exemplo2: "tapinha" na cabeça de individuo com fraqueza no crânio, este vem a morrer. Na primeira teoria, poderia ser causa, aqui não, visto que um tapinha não é adequado para a determinação do resultado.

Adotada no direito argentino.

3) *Teoria da Causalidade Direta e Imediata*

Desenvolvida por Agostinho Alvim.

É mais objetiva que a teoria anterior, para ela, causa é apenas o antecedente que determina o resultado como consequência sua direta e imediata. Aqui, diferentemente da causalidade adequada, não se faz um juízo probabilístico de adequação, mas sim, um juízo de necessariedade.

O comportamento anterior determinou o resultado morte como consequência sua direta e imediata? Teoria muito mais objetiva.

Qual foi a teoria adotada pelo CC/02?

Carlos Roberto Gonçalves, Gustavo Tepedino (RTDC, ano 2, v. 06, 2001), Pablo Stolze: a teoria que melhor explica o nexo causal, e que foi adotada pelo direito brasileiro, é a **Teoria da Causalidade Direta e Imediata. Art. 403 do CC.**

> ***Art. 403.*** *Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela* ***DIRETO e IMEDIATO****, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

Todavia, essa matéria está longe de ser pacífica. Grande parte da doutrina, a exemplo de Cavalieri Filho e Romualdo dos Santos, a despeito da dicção do art. 403, entende que o CC adotou a *Teoria da Causalidade adequada.*

4.3. DANO OU PREJUÍZO

4.3.1. Conceito

O dano ou prejuízo, como elemento da responsabilidade civil, traduz a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou moral.

Pode haver responsabilidade civil SEM DANO? Não. E abuso de direito sem dano? Dano não integra seu conceito, porém isso não quer dizer que ele não integre a responsabilidade civil. Pois sem o dano indenizaríamos o quê? Sem prejuízo o que indenizar? Como se sabe, o abuso de direito enseja um ato ilícito, e a depender do ato ilícito, este pode ter como consequência a responsabilidade civil (**efeito indenizante**).

O dano integra a estrutura da responsabilidade civil, como pressuposto da indenização. Sem dano ou prejuízo não há que se falar em responsabilidade civil.

4.3.2. Requisitos

1) A violação de um interesse jurídico patrimonial ou moral

2) Subsistência do dano (MHD): se já foi reparado não há o que se falar em dano indenizável, deve subsistir.

3) Dano Certo: dano certo, não se pode indenizar dano hipotético, suposto, abstrato. Não se indeniza mero aborrecimento, pois falta a certeza do dano.

OBS: Lembra-nos o professor Fernando Gaburri que a doutrina francesa da **perda de uma chance**, mitiga a certeza do dano. Segundo este professor, a perda de uma chance, é indenizável por afastar uma expectativa ou probabilidade favorável à vítima (pode traduzir em indenização ainda que reduzida).

Exemplo1: maratonista brasileiro que foi impedido de chegar à linha de chegada por homem vestido de escocês.

Exemplo2: Sérgio Novaes Dias, na obra "*Responsabilidade Civil do Advogado pela perda de uma chance*", Editora LTR, exemplifica na situação em que o causídico deixa de preparar um recurso que poderia favorecer o seu cliente. STJ entende que a aplicação da Teoria da Perde uma Chance ao advogado, deve ser analisada no caso concreto, sendo de difícil incidência. Portanto, o fato de perder o prazo de um recurso, por si só, não gera o direito de indenização.

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA. CHANCE. A teoria de perda de uma chance (perte d'une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia*

do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal a quo, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o quantum indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento extra petita, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação. Precedentes citados: REsp 1.079.185-MG, DJe 4/8/2009, e REsp 788.459-BA, DJ 13/3/2006. REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010. (informativo 456 – 4ª Turma)

Exemplo3: observa *Cristiano Chaves*, que esta teoria pode ser aplicada inclusive no direito de família quando a mulher não informa ao pai o nascimento do filho, fazendo com que ele venha a perder o direito de convivência. Perde a chance de convivência com o filho.

Exemplo4: Vale anotar o REsp 788459/BH, que, em face da impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão, STJ aplicou a teoria da perda de uma chance. Show do milhão, não havia nenhuma resposta certa, não se sabe se ele iria acertar, entretanto, lhe foi tolhida a chance de acertar.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, ***a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.*** *2. Recurso conhecido e, em parte, provido.*

4.3.3. Espécies de danos

1) Dano patrimonial

É o dano material, que atinge bens integrantes do patrimônio da vítima. "É o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente". Pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como também o futuro; provocar sua diminuição, impedir seu crescimento. Divide-se em:

Dano emergente (positivo): importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. É o desfalque sofrido pelo patrimônio. Efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima.

Lucro cessante: são os efeitos mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros. É a consequência futura de um fato já ocorrido. É a frustração da expectativa de lucro, perda do ganho esperável. O cuidado do juiz é para não confundir o lucro cessante com o lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto.

A perda de uma chance (*perte d'une chance*): conforme CAVALIERI, tal teoria tem certa relação com o lucro cessante, pois a doutrina francesa, onde a teoria teve origem, na déc. 60, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação financeira melhor, como

progressão na carreira, emprego melhor, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável por falha do advogado... Mas é preciso que se trate de uma chance **séria** e **real,** que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. **A indenização** deve ser pela **perda da *OPORTUNIDADE* de obter uma vantagem,** e não pela *perda da* ***própria vantagem*****.**

Qual a natureza da indenização pela perda da chance? Moral ou material? Se material, dano emergente ou lucro cessante? Alguns tribunais indenizam a perda da chance a título de lucros cessantes; outros como dano moral. Há outra corrente doutrinária que coloca a perda da chance como *terceiro gênero* de indenização, a meio caminho entre dano emergente e lucro cessante. STJ entende que é gênero intermediário, entre o lucro cessante e o dano emergente.

2) Dano moral

O problema maior hoje é definir o que é o dano moral. Para CAVALIERI, dano moral não é nem o conceito negativo, residual ao dano patrimonial, nem a dor, o vexame, sofrimento. Para o autor, o dano moral deve ser analisado à luz da CF., Portanto, o dano moral é a *violação ao direito à dignidade (personalidade)*, que abarca o direito à intimidade, vida privada, honra, imagem. Enfim, abrange os bens integrantes de sua personalidade. Isso permite o reconhecimento do dano moral às vítimas que não possuem desenvolvimento intelectual/psíquico completo, seja pela idade, seja por deficiência. Então, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. A dor, o sofrimento, o vexame podem ser consequências, não a causa, assim como a febre. Abaixo trataremos mais especificamente sobre o dano moral.

3) Danos sociais

O dano social é uma nova espécie de dano reparável, que não se confunde com os danos materiais, morais e estéticos, e que decorre de comportamentos socialmente reprováveis, que diminuem o nível social de tranquilidade (veremos abaixo).

4.3.4. Questões especiais sobre dano

1) Como se deve mensurar o redutor indenizatório de dano previsto no art. 944?

Este art. cuida da indenização em face do dano.

> ***Art. 944.*** *A indenização mede-se pela extensão do dano.*
> ***Parágrafo único - Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.***

Se o dano que sofro é de 5.000, devo receber 5.000, EM REGRA.

Parágrafo único: cria-se um redutor indenizatório, quando o juiz por equidade verificar um descompasso entre o dano e a culpa. Como, por exemplo, verificar que o agente infrator agiu com culpa leve.

Exemplo: agente infrator causa dano de 20.000 à vítima, verificando que o agente atuou com culpa leve, o juiz pode, por equidade, reduzir a indenização, como deixá-la em 18.000. É justo? ***Como fica nas demandas de responsabilidade objetiva, em que a culpa não é discutida?***

De acordo com o enunciado 46 da I Jornada de Direito Civil, sustenta, que o redutor do parágrafo único do art. 944 (criticado por menoscabar a reparação integral da vítima), somente deverá ser aplicado em demandas de responsabilidade civil **subjetiva.**

> ***JDC** 46 – Art. 944: A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, **deve ser interpretada restritivamente**, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano [,] **não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.** (Alterado pelo Enunciado 380 – IV Jornada)*

OBS Crítica: bom senso – a redução pode vir a prejudicar a vítima do dano.

2) O que é dano INDIRETO? O que é **dano REFLEXO** (ou em **RICOCHETE**)?

Dano **INDIRETO**, observa Fernando Gamurri, consiste em uma série de prejuízos sofridos pela mesma vítima – cadeia de prejuízos - (exemplo: A compra cavalo doente, morre, e ainda infecta + 3 animais, dano em cadeia, sofre dano direto e indireto).

Dano **REFLEXO ou em RICOCHETE**, por sua vez, desenvolvido no direito francês, consiste no prejuízo sofrido por uma segunda *vítima ligada à vítima direta do ato danoso*. Neste tem-se 02 ou mais vítimas.

Exemplo: pai de família é assaltado na rua, sofre um tiro, vai para o hospital, ele é a vítima direta, porém o filho dele é vítima indireta pelo pai não poder ir trabalhar, por ficar fisicamente inutilizado, o filho sofre o dano reflexo ou em ricochete.

Diferença: no primeiro, a vítima sofre 02 ou mais danos; já no segundo, temos 02 ou mais vítimas.

Os dois tipos de dano geram **responsabilidade/indenização**. O que não gera é o dano **remoto.**

3) O que é dano "*IN RE IPSA"?*

Esta nomenclatura, frequentemente utilizada em julgados do STJ, que pela sua gravidade ou reiteração, afinal, por sua natureza, caracteriza uma situação de dano que **dispensa prova em juízo**. É um **dano objetivo**.

Por sua natureza, como se fosse uma hipótese de dano presumido. Implícito, dispensa prova em juízo.

Exemplo: colocar nome do devedor no SPC, não estando inadimplente – dano moral.

Observe o Info 598 do STJ:

A conduta de um adulto que pratica agressão verbal ou física contra criança ou adolescente configura elemento caracterizador da espécie do dano moral *in re ipsa*.
STJ. 3ª Turma. REsp 1.642.318-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/2/2017 (Info 598).

4) Responsabilidade objetiva e atividade de risco

O desenvolvimento tecnológico típico do século XX, consolidando a visão profética do sociólogo Durkhein, no sentido do crescente aumento da complexidade das relações sociais, determinou,

paulatinamente, o afastamento da noção da culpa como premissa única da responsabilidade, em face do reconhecimento do risco como justificativa para uma responsabilidade tão somente objetiva.

O direito brasileiro consagra tanto a responsabilidade subjetiva, quanto a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 927.

> ***Art. 927.*** *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 –subjetiva, baseada na culpa– e 187 –objetiva, sem análise de culpa para efeitos de indenização–), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (trata-se do efeito indenizante do ato ilícito → responsabilidade civil).*
> *Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano**, independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, **por sua natureza, risco para os direitos de outrem.***

Trata de duas formas de responsabilidade objetiva:

- *Nos casos especificados em lei* – Exemplo: CDC, Legislação Ambiental, Decreto 2.681/12 (primeira lei no Brasil que consagrou responsabilidade objetiva).

  OU

- *Quando a atividade **normalmente** desenvolvida pelo ator do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem* – Cuidado: deve saber mensurar o que envolve risco.

Seguindo a doutrina de Alvino Lima, em sua tese ("Da culpa ao risco"), podemos concluir que é o risco proveito que justifica a imposição da responsabilidade civil, independentemente da análise da culpa, por **submeter aquela vítima a um perigo de dano maior** *(probabilidade),* do que outros membros da coletividade.

OBS1: segundo no professor Roger Aguiar, para efeito de se impor a responsabilidade objetiva por atividade de risco, esta atividade do infrator, deve ser **habitual ou reiterada**, não podendo ser meramente episódica.

Exemplo: caminhão carregando produtos químicos fica passando por lugar estreito e que logo abaixo há uma casa. Um dia o caminhão tomba e derruba os produtos químicos na casa. O dono pode ir à justiça alegar a responsabilidade objetiva, pelo risco, por a atividade ser reiterada.

OBS2: "Responsabilidade Pressuposta" – segundo a professora Gilselda Hironaka, em sua tese de livre docência "Responsabilidade Pressuposta", para além da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, deve se pensar primeiro na vítima: tendo sofrido um DANO INJUSTO, deve ser indenizada, como se a responsabilidade do réu estivesse pressuposta em nosso sistema. Em seu pensar, perderia a importância a tradicional distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, uma vez que, toda vítima merece ser indenizada por um dano injusto que sofreu, independentemente da culpabilidade do réu ou do risco da atividade desenvolvida.

OB3: Responsabilidade Civil e o Novo Código - O CC/02 diferentemente do de 1916 (acentuadamente subjetivista), consagrou as duas formas de responsabilidade (subjetiva e objetiva).

4.4. FATOR DE ATRIBUIÇÃO

É aquele fator que justifica, torna plausível, que se atribua a alguém determinada responsabilidade. **Em regra, é a culpa** (é um fator de atribuição), gerando a responsabilidade subjetiva.

Temos também a **lei/risco** como fatores de atribuição, neste caso, a culpa não faz parte do suporte fático, é o caso da responsabilidade objetiva.

5. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

5.1. CONCEITO

Trata-se de teoria inspirada na doutrina francesa (perte d'une chance).

Segundo esta teoria, se alguém, praticando um ato ilícito, faz com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, esta conduta enseja indenização pelos danos causados. Em outras palavras, o autor do ato ilícito, com a sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

5.2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE É ADOTADA NO BRASIL?

SIM, esta teoria é aplicada pelo STJ que exige, no entanto, que o dano seja REAL, ATUAL e CERTO, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável (REsp 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 9/6/2009).

Em outros julgados, fala-se que a chance perdida deve ser REAL e SÉRIA, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. (AgRg no REsp 1220911/RS, Segunda Turma, julgado em 17/03/2011)

5.3. NATUREZA DO DANO

O dano resultante da aplicação da teoria da perda de uma chance é considerado dano emergente ou lucros cessantes?

Trata-se de uma terceira categoria. Com efeito, a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. (STJ. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010)

5.4. EXEMPLO DE APLICAÇÃO DESTA TEORIA

Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. (STJ. 3ª Turma, REsp 821.004/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19/08/2010)

Perda de uma chance e perda do prazo pelo advogado

O simples fato de um advogado ter perdido o prazo para a contestação ou para a interposição de um recurso enseja indenização pela aplicação desta teoria?

NÃO. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance.

É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. (STJ. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010)

Perda de uma chance nas relações de direito público

A teoria da perda de uma chance pode ser aplicada nas relações de direito público?

SIM, existem alguns Ministros do STJ que defendem que a teoria da perda de uma chance poderia ser aplicada também nas relações entre o Estado e o particular. Nesse sentido: Min. Mauro Campbell Marques e Min. Eliana Calmon.

Perda de uma chance e erro médico

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. STJ. 3ª Turma. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Caso concreto julgado pelo STJ:

“R”, viúvo de “V”, ajuizou ação de indenização contra “M”, médico responsável pelo tratamento da falecida, que possuía um câncer no seio. O autor alegou que, durante o tratamento da doença, “M” cometeu uma série de erros médicos, entre os quais se destacam os seguintes: após o tratamento inicial da doença não foi recomendada quimioterapia; a mastectomia realizada foi parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical; não foi transmitida à paciente orientação para não mais engravidar; com o desaparecimento da doença, novamente o tratamento foi inadequado; o aparecimento de metástase foi negado pelo médico; entre outras alegações.

O laudo pericial apontou que houve, de fato, erro médico.

O réu foi condenado por danos morais e materiais, tendo sido aplicada a teoria da perda de uma chance.

Perda de uma chance clássica X Perda de uma chance por conta de erro médico

A aplicação da teoria da perda de uma chance no caso de erro médico possui algumas diferenças da aplicação tradicional da teoria da perda de uma chance às demais hipóteses (baseado nas lições da Min. Nancy Andrighi):

Teoria da perda de uma chance CLÁSSICA (TRADICIONAL)	Teoria da perda de uma chance no caso de ERRO MÉDICO
Ocorre quando o agente frustrou a oportunidade da pessoa de auferir uma vantagem.	Ocorre quando o médico, por conta de um erro, fez com que a pessoa não tivesse um tratamento de saúde adequado que poderia tê-la curado e evitado a sua morte.
Há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade. Existe incerteza quanto à existência/extensão dos danos.	Aqui, a extensão do dano já está definida (a pessoa morreu), e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu.

Perda de uma chance no caso de mulher que foi impedida de participar de sorteio

Em 2012, o STJ julgou o seguinte caso, aplicando a teoria da perda de uma chance:

Determinada mulher fez compras em um supermercado e recebeu bilhete para participar de um sorteio. No bilhete constava a seguinte inscrição: "você concorre a 900 vales-compras de R$ 100,00 e a 30 casas."

A mulher foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas o vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes e ela, por falha de comunicação da organização, não participou do sorteio.

O STJ considerou que houve violação do dever contratual, previsto no regulamento, o que fez com que a mulher ficasse impedida de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

O STJ também entendeu que a mulher deveria ser indenizada pela perda da chance de participar do segundo sorteio, no qual 900 pessoas (ganhadoras dos vale-compras) concorreriam a 30 casas.

Na teoria da perda de uma chance não se paga como indenização o valor do resultado final que poderia ter sido obtido, mas sim uma quantia a ser arbitrada pelo juiz, levando em consideração o caso concreto.

No caso concreto acima relatado, por exemplo, o STJ não condenou o supermercado a pagar o valor de uma casa sorteada. Isso porque não havia certeza de que a mulher seria sorteada. O que ela perdeu não foi a casa em si, mas sim a chance, real e séria, de ganhar a casa. Logo, ela deve ser indenizada pela chance perdida e não pela casa perdida.

Nesse sentido, o STJ entendeu que o dano material suportado pela mulher não corresponde ao valor de uma das 30 casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.

A casa sorteada estava avaliada em R$ 40 mil. Como eram 900 pessoas concorrendo a 30 casas, a probabilidade de a mulher ganhar a casa era de 1/30. Logo, o STJ condenou o supermercado a pagar 1/30 do valor da casa (1/30 de R$ 40 mil).

6. TEORIA DO RISCO (RESPONSABILIDADE OBJETIVA)

6.1. ORIGEM

> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
> *Parágrafo único.* ***Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.***

Tem origem na França, final do século XIX, quando os juristas buscavam um fundamento para a responsabilidade objetiva, pois o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho.

Risco é perigo, probabilidade de dano. Portanto, aquele que desenvolve uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar os danos dela decorrentes. Está ligada à violação do *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco. Onde há risco, tem que haver segurança. *"Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima".* (p. 146 - CAVALIERI).

6.2. MODALIDADES DO RISCO

1) Teoria do Risco Proveito;
2) Teoria do Risco Profissional;
3) Teoria do Risco Excepcional;
4) Teoria do Risco Criado;
5) Teoria do Risco Integral.

6.2.1. Teoria do Risco Proveito

Preconiza que *responsável* é aquele que tira *proveito* da atividade danosa, com base no princípio de que, onde *está o ganho, aí reside o encargo* – '*ubi emolumentum, ibis onus'*. OU SEJA: o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo.

Crítica: conceito de proveito, se econômico ou qualquer tipo? Pois se for somente econômico, a responsabilidade fundada no risco-proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não se aplicando quando a fonte causadora do dano não é fonte de ganho. E MAIS: a vítima teria o ônus de provar o proveito econômico.

6.2.2. Teoria do Risco Profissional

Sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi especificamente criada para fundamentar a reparação de acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, *independentemente* da culpa do empregador, pois antes, a responsabilidade fundada na culpa levava, quase sempre, à improcedência da ação acidentária.

6.2.3. Teoria do Risco Excepcional

Para os adeptos dessa teoria, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça, independente de culpa. Exemplo: rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear...

6.2.4. Teoria do Risco Criado

Conforme Caio Mário, apud CAVALIERI, 'aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo'.

Mas e qual a DIFERENÇA em relação à teoria do RISCO-PROVEITO, se AMBAS podem decorrer do exercício da profissão? Conforme CAVALIERI, na teoria do risco criado não se cogita se o dano é relativo a algum proveito ou vantagem para o agente. Isso até se supõe, MAS o dever de reparar não se subordina ao pressuposto da vantagem. Então, conclui Caio Mário, *apud* CAVALIERI, que '**a teoria do *risco criado* importa AMPLIAÇÃO do conceito do *risco-proveito'***. Aumenta os encargos do agente, mas é mais equitativa para a vítima, que não precisa provar que o dano resultou de uma vantagem ou benefício obtido pelo causador do dano. Ele assume as consequências, e ponto.

6.2.5. Teoria do Risco Integral

Trata-se de modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar **até nos casos de inexistência do nexo causal**. Por esta teoria, o dever de indenizar incide tão somente em razão da existência do dano, não se excluindo nem mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. É aplicável em casos restritos, como nos danos ambientais (mas não é pacífico), nas indenizações devidas pelo INSS aos acidentes de trabalho, entre outros.

7. CAUSA EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em geral são fundamentos de defesa do réu. Podem ser assim esquematizadas:

1) Excludentes da ilicitude:

1.1) Estado de perigo e legítima defesa;
1.2) Exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal;

2) Excludentes do nexo:

2.1) Caso fortuito ou força maior;
2.2) Culpa exclusiva da vítima;
2.3) Fato de terceiro;

3) Cláusula de não indenizar.

7.1. EXCLUDENTES DA ILICITUDE

7.1.1. Estado de necessidade e legítima defesa (188, I - primeira parte – e II CC).

> ***Art. 188.*** *Não constituem atos ilícitos:*
> *I - **os praticados em legítima defesa** ou no exercício regular de um direito reconhecido;*
> *II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, **a fim de remover perigo iminente**.*

Conceitualmente, o estado de necessidade consiste na agressão a interesse jurídico alheio (de menor ou igual monta), visando a resguardar direito próprio ou de terceiros, em virtude de perigo atual ou iminente, não causado pelo seu agente.

Já na legítima defesa, o sujeito reage a uma agressão injusta, atual ou iminente, que não é obrigado a suportar.

Por exceção, à luz do princípio da solidariedade social, nos termos dos art. 929 e 930, se o agente, atuando em estado de necessidade ou legítima defesa, atingir terceiro inocente, deverá indenizá-lo, com direito de regresso em face do verdadeiro culpado. Assim, confirma-se que a ilicitude da conduta não é essencial à caracterização da responsabilidade civil, por que neste caso teremos uma conduta lícita que gera o dever de indenizar. Portanto, pode haver exclusão da ilicitude, mas não da responsabilidade civil.

Exemplo: A dirigindo seu carro, vê criança no meio rua inesperadamente, tendo que desviar para o lado de um muro da casa de B (o outro era um penhasco), A terá que indenizar B, cabendo ação regressiva contra os pais da criança.

> *Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188 (estado de perigo), não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.*
>
> *Art. 930. No caso do inciso II do art. 188 (estado de perigo), se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.*
> *Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I – legítima defesa ou estrito cumprimento de dever legal).*

Informativo 513 STJ

O ato praticado em estado de necessidade é lícito, conforme previsto no art. 188, II, do CC. No entanto, mesmo sendo lícito, não afasta o dever do autor do dano de indenizar a vítima quando esta não tiver sido responsável pela criação da situação de perigo (art. 929).
Desse modo, o causador do dano, mesmo tendo agido em estado de necessidade, deverá indenizar a vítima e, depois, se quiser, poderá cobrar do autor do perigo aquilo que pagou (art. 930).
Vale ressaltar, no entanto, que o o valor desta indenização deverá ser fixado com proporcionalidade, evitando-se a imposição de valores abusivos (desproporcionais) para alguém que estava agindo de forma lícita.

7.1.2. Estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito (art. 188 inc. I - segunda parte - CC)

> ***Art. 188.*** *Não constituem atos ilícitos:*
> *I - os praticados em legítima defesa ou no* ***exercício regular de um direito reconhecido****;*

Interessante notar que o CC não consagrou uma regra especifica para o **estrito cumprimento do dever legal**, Pablo, buscou em Frederico Marques, que quem atua no estrito cumprimento de dever legal, está atuando no exercício regular de direito, muito se aproximam.

Estrito cumprimento do dever legal – seria mais vinculado a situações de direito público, funcionário a Infraero no aeroporto obrigando passageiros a passarem no raio X, policial e oficial de justiça quando atua cumprindo ordem de prisão.

O exercício regular de um direito também exclui a responsabilidade civil (art. 188, I, segunda parte).

Exemplos de situações de **exercício regular de direito**, em que não havendo abuso ou excesso, não haverá responsabilidade civil:

-Guarda-volumes de estabelecimento comercial.

-Porta giratória em banco, não havendo excesso nem abuso.

Na mesma linha (AgRg no Ag. 1.030.872/RJ) STJ assentou o entendimento segundo qual, o mero ajuizamento de ação não gera dano moral, por traduzir exercício regular de direito. Diferente se a parte ajuizou ação querendo conspurcar, constranger a outra parte, sabendo que não tinha o direito, aí geraria indenização por dano moral.

7.2. EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

7.2.1. Caso fortuito e força maior

A doutrina não se entende quanto à definição de caso fortuito e força maior.

Stolze segue uma linha, na qual entende que a doutrina em geral, na linha de pensamento de Maria Helena Diniz, conceitua **força maior** como um evento inevitável, ainda que previsível (terremoto pode ser previsto, mas não pode ser evitado);

Já o **caso fortuito**, é marcado pela imprevisibilidade (um sequestro relâmpago não pode ser previsto). Anote-se ainda, que o CC/02, ao tratar da matéria, no parágrafo único do art. 393, não cuidou de distinguir os institutos.

> ***Art. 393.*** *O devedor não responde pelos prejuízos resultantes* ***de caso fortuito ou força maior****, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*

OBS: não se preocupar em diferenciar, porque a jurisprudência utiliza as duas expressões indiscriminadamente. Em um caso ou outro em regra, rompem o nexo causal e excluem a responsabilidade.

Qual a diferença entre fortuito interno e fortuito externo?

O ***fortuito interno*** incide durante o processo de elaboração do produto ou de execução do serviço, de maneira que, **não exclui responsabilidade** civil do réu (*em tese)*.

Exemplo: recall – se durante o processo de fabricação da peça do carro, se houve um abalo sísmico durante a elaboração da parte eletrônica do carro, podendo este por isso causar dano, isto não excluirá a responsabilidade civil da empresa automotiva.

Já o ***fortuito externo***, está fora da cadeia de elaboração do produto, ou execução do serviço, decorrendo de fato não imputável ao fornecedor, **excluindo a sua responsabilidade** civil.

Exemplo: em virtude de uma condição climática, radio recém comprado ligado na energia, ele queima. Não se pode querer imputar a responsabilidade à empresa que fabricou o produto.

STJ: O STJ, já firmou entendimento no sentido de que, assalto a ônibus, é fortuito externo, excluindo a responsabilidade civil da transportadora. (AgRg no Ag 711078/RJ, AgRg no REsp 620.259/MG).

> ***SÚMULA n. 479*** *– As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*

O que é o risco do desenvolvimento*?*

É o risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após certo período de uso do produto ou serviço. (ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN *apud* SERGIO CAVALIERI FILHO).

Ex: efeitos colaterais de medicamento contra câncer.

Quem arca com os riscos do desenvolvimento? NÃO HÁ ENTENDIMENTO PACÍFICO. Alguns entendem que se o fornecedor for responsabilizado, pode haver desestímulo ao desenvolvimento tecnológico/industrial/científico. Por outro lado, é injusto financiar o desenvolvimento tecnológico à custa do consumidor individual. Seria um retrocesso na responsabilidade objetiva, que tem por objetivo a socialização do risco segundo CAVALIERI.

Solução apontada pelo doutrinador: enquadrar os riscos do desenvolvimento como **fortuito interno** – risco integrante da atividade do fornecedor, pelo que não-exonerativo da sua responsabilidade, indo ao encontro do disposto no art. 931 do Código Civil.

> *Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.*

7.2.2. Culpa exclusiva da vítima

É fortíssima, se aplica inclusive no CDC e no Direito Administrativo.

A culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do próprio NEXO CAUSAL porque o agente, aparente causador do dano, é "***mero INSTRUMENTO do acidente****".*

Conforme Cavalieri, a melhor técnica é falar em "*FATO exclusivo da vítima"* e não "*culpa exclusiva da vítima"*, pois o 'problema' está no *nexo* causal e não da culpa.

Exemplo1: A se joga sob as rodas do veículo dirigido por B: "...o veículo dirigido por B foi mero instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns." Portanto, explica o autor que nem se há de falar em simples ausência de culpa, mas sim de causa de isenção de responsabilidade.

Exemplo2: cidadão dirigindo corretamente seu carro, na velocidade permitida, pedestre resolve subitamente passar por baixo da passarela (própria para passagem) bem na faixa de trânsito de carros em velocidade, se carro tem que parar de repentino, sendo abalroado atrás, o pedestre será responsabilizado, culpa exclusiva da "vítima".

Exemplo3: vítima liga aparelho 220v o qual tem um adesivo grande avisando que a voltagem é 110v, a empresa pode alegar a culpa exclusiva da vítima.

OBS: Culpa exclusiva (causa de exclusão de responsabilidade) não se confunde com **culpa concorrente** prevista no art. 945 do CC. Culpa concorrente da vítima, pode apenas **reduzir a indenização devida.**

> ***Art. 945.*** *Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*

Mas observe que a **redução indenizatória** proveniente da culpa concorrente é feita pelo juiz, não havendo *a priori* um tabelamento prévio na lei.

Para CAVALIERI, a concorrência somente pode ser aplicada em casos excepcionais, "quando não se cogita de preponderância causal manifesta e provada da conduta do agente".

O que é Coparticipação/Solidariedade/Causalidade comum? É o concurso de agentes: quando as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento. Ex: A e B agridem fisicamente C...

O que é Causalidade Alternativa? É uma solução encontrada pela doutrina e jurisprudência, quando o dano é causado por vários agentes, e não se consegue descobrir quem, dentre os vários participantes, com o seu ato, causou o dano. Exemplo: grevistas, passeatas estudantis, coisas que caem (ou são lançadas) de prédios e atingem transeuntes. E mais: a responsabilidade dos condôminos é solidária, com fulcro no artigo 942 do CC. Note-se que a causalidade alternativa é contrária à causalidade concorrente (comum), em que todos os participantes concorrem com o resultado.

7.2.3. Fato de terceiro

Parecido com culpa exclusiva. O comportamento causal de um terceiro pode excluir a responsabilidade do agente físico da ação.

Conforme Aguiar Dias, *apud* CAVALIERI FILHO, *terceiro*, é qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado. Mas, tal fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando rompe o nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima. Nesses casos, o fato de terceiro equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma **causa estranha** à conduta do agente aparente, imprevisível ou inevitável.

Exemplo ocorrido no RJ: mulher ajuizou ação contra empresa de ônibus porque seu marido foi atropelado e morto quando trafegava com sua bicicleta. Durante a ação ficou comprovado que o ciclista caiu em um buraco existente na pista, e no momento, foi atingido na cabeça pelo ônibus. O buraco foi aberto por uma empresa prestadora de serviços públicos, que, imprudentemente, deixou o buraco aberto: a ação foi mal endereçada. Mas, há casos que a jurisprudência não admite a exclusão por fato de terceiros, como no caso dos assaltos em bancos, no caso do transportador (art. 735 do CC)...

A súmula 187 do STF estabelece que, em se tratando de responsabilidade contratual do transportador, por acidente com passageiro, não se admite alegação de fato de terceiro.

> ***STF Súmula 187*** *A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO TRANSPORTADOR, PELO ACIDENTE COM O PASSAGEIRO, NÃO É ELIDIDA POR CULPA DE TERCEIRO, CONTRA O QUAL TEM AÇÃO REGRESSIVA.* ***(obrigação de fim!)***

Exemplo: trajeto com uma empresa de ônibus, ônibus se envolve em um acidente, a empresa deve indenizar o passageiro que sofreu a lesão, cabendo-lhe exercer o direito de regresso contra o verdadeiro culpado.

Exemplo: acidente da gol, ela indenizou os passageiros.

O que é “teoria do corpo neutro?”

Trata-se de uma aplicação do instituto jurídico do fato de terceiro, em favor do agente que, uma vez atingido, involuntariamente, agride o direito da vítima. Esta teoria tem especial aplicação nos acidentes de trânsito.

Não confundir com o **estado de necessidade**, em que ***voluntariamente*** o condutor faz a manobra.

Exemplo: engavetamento de carros em congestionamento.

OBS: O STJ, no REsp, 54444/SP, firmou entendimento no sentido de que a vítima deve demandar diretamente o verdadeiro causador do dano e não aquele que involuntariamente a atingiu. O condutor pode alegar em sua defesa o **fato de terceiro** (teoria do corpo neutro).

7.3. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Somente pode decorrer de contratos. Ou seja, não é possível na responsabilidade extracontratual ou delitual.

MAS: não é possível nas relações de consumo, por vedação expressa dos arts. 24, 25 e 51, I, CDC. Também o art. 734 do CC veda (padece de nulidade) cláusula que exclua a responsabilidade no transporte de pessoas.

> ***CDC***
> *Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso,* ***vedada a exoneração contratual do fornecedor****.*
>
> *Art. 25.* ***É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores****.*

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

CC
Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, ***sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade****.*
Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Ainda nos casos em que é possível, tem limites:

1) ordem pública: princípios e regras de intensa repercussão social, onde estão em jogo valores sociais e culturais;

2) dolo e culpa grave: do contrário, seria "assegurar a impunidade às ações danosas de maior gravidade"; e,

3) não pode ser ajustada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante. Elementos essenciais do contrato. Por exemplo: aluguel de cofre bancário, e o banco tenta excluir sua responsabilidade no caso de sumiço do valor, ou fogo...

Em três hipóteses não é admitida:

1) Contratos consumo;

2) Contrato de adesão;

3) Obrigações de resultado.

7.4. QUESTÕES ESPECIAIS ENVOLVENDO VEÍCULO

a) Nos termos da Súmula 132 do STJ, no caso de acidente que envolva veículo alienado cuja transferência não houvesse sido feita no DETRAN, a responsabilidade civil, por conta da tradição operada é do novo proprietário e não do antigo.

Se há venda de carro por concessionária de vendas, dono antigo do carro deixa documento assinado com a concessionária, que faz a venda e não se preocupa em pegar a prova de que o novo proprietário registrou o documento, a transferência, e não o fazendo, o antigo proprietário começa a receber multas, pagamento de IPVA e ainda o novo "proprietário" comete um acidente...e aí? Pode ser o antigo (na verdade atual ainda nos registros) ser responsabilizado civilmente?

STJ Súmula nº 132 *A ausência de registro de transferência não implica a Responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva veículo alienado.*

OBS: por meras infrações, todavia, o STJ, tem admitido excepcionalmente a responsabilidade do antigo dono. REsp. 965.847/PR, REsp 1024632/RS.

b) Carro alugado. Acidente. A empresa locadora pode ser responsabilizada também?

Nos termos da súmula 492 do STF, a empresa locadora é **solidariamente** responsável, com o locatário pelo dano causado.

> ***Súmula 492*** *A EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS RESPONDE, CIVIL E SOLIDARIAMENTE COM O LOCATÁRIO, PELOS DANOS POR ESTE CAUSADOS A TERCEIRO, NO USO DO CARRO LOCADO.*

Fundamento: **Teoria do Risco**. Não tem nada explícito no CC, apenas a norma geral do art. 942.

> ***Art. 942.*** *Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e,* ***se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.***
> ***Parágrafo único - São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.***
>
> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
> *Parágrafo único.* ***Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.***

Vale lembrar que o **STJ** tem permitido a responsabilidade SOLIDÁRIA, entre o proprietário do veículo e o seu condutor (hipótese especialmente aplicável em caso de veículo **EMPRESTADO**).

8. LIQUIDAÇÃO DO DANO: INDENIZAÇÃO

8.1. MORTE DA VÍTIMA

Indenização deve corresponder ao pagamento das despesas com tratamento, funeral e luto da família (danos emergentes), bem como prestação de pensão às pessoas a quem o *de cujus* devia alimentos (lucro cessante), cf. art. 948, Código Civil. Quanto ao dano moral, frise-se que deve ser pago de uma só vez, juntamente com os danos emergentes, não cabendo o parcelamento na forma de pensão, como ocorre com os lucros cessantes em razão de que o dano moral não tem natureza de ressarcimento (p. 121).

> *Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
> *I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;*
> ***II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.***

Pensão mensal aos familiares: é fixada em 2/3 dos ganhos da vítima (1/3 é para seu próprio sustento), devidamente comprovados (se não comprovado, o valor é fixado com base em um salário mínimo, cf. jurisprudência), e pelo período de sobrevida provável (órgãos oficiais estimam entre 65 e 70 anos de idade).

Informativo 536 STJ

Os credores de indenização por morte fixada na forma de pensão mensal não têm o direito de exigir que o causador do ilícito pague de uma só vez todo o valor correspondente. Isso porque a faculdade de "exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez" (parágrafo único do art. 950 do CC) é estabelecida para a hipótese do caput do dispositivo, que se refere apenas a defeito que diminua a capacidade laborativa da vítima, não se estendendo aos casos de falecimento.
STJ. 2ª Turma. REsp 1.393.577-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/2/2014.

Imagine a seguinte situação hipotética:

Paulo, de 17 anos, faleceu em um determinado acidente causado por culpa de determinada empresa. Os pais de Paulo, hipossuficientes, ajuizaram, por intermédio da Defensoria Pública, ação de indenização contra a empresa.

Pediram indenização por danos morais e materiais, alegando que o filho ajudava com seu salário nas despesas da casa. Como decidiu o juiz?

1) Quanto aos DANOS MORAIS:

Condenou a empresa a pagar indenização no valor de 300 salários-mínimos, a ser paga de uma só vez.

2) Quanto aos DANOS MATERIAIS:

Condenou a empresa a pagar aos pais do falecido:

 3 mil reais a título de danos emergentes e

 uma pensão mensal, como lucros cessantes.

A fundamentação foi feita com base no art. 948 do CC:

> *Art. 948. No caso de homicídio, a indenização (os incisos tratam de dano patrimonial) consiste, sem excluir outras reparações (dano moral):*
> *I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; (danos emergentes)*
> *II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. (lucros cessantes)*

Segundo o STJ, em se tratando de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização, na forma do inciso II do art. 948.

Qual é o valor da pensão fixada e o seu termo final?

O magistrado utilizou os seguintes critérios:

 No período em que o filho falecido teria até 25 anos: os pais deveriam receber pensão em valor equivalente a 2/3 do salário mínimo;

 No período em que o filho falecido teria acima de 25 anos até 65 anos: os pais deveriam receber pensão em valor equivalente a 1/3 do salário mínimo.

Os pais de Paulo concordaram com a sentença?

Não. Os pais de Paulo recorreram contra a sentença, alegando que precisavam urgentemente do dinheiro e que, ao invés de uma pensão mensal, eles queriam receber integralmente o valor dos danos materiais, de uma só vez.

Como fundamento legal, argumentaram que o parágrafo único do art. 950 do CC autoriza que os lesados recebam o valor da indenização de uma só vez, se assim preferirem. Confira o que diz o dispositivo:

> *Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*
> *Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

A tese dos pais do falecido poderia ser aceita pelo STJ?

NÃO. O pagamento de uma só vez da pensão por indenização é uma faculdade prevista no art. 950 do CC, que se refere apenas a defeito que diminua a capacidade laborativa, não se estendendo aos casos de falecimento. Para as hipóteses de morte, o fundamento legal não é o art. 950, mas sim o mencionado art. 948 do CC.

Assim, "em se tratando de responsabilidade civil decorrente de morte, a indenização dos danos materiais sob o regime de pensão mensal não pode ser substituída pelo pagamento, de uma só vez, de quantia estipulada pelo juiz" (STJ. 3ª Turma. REsp 1.045.775/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 04/08/2009).

"O pagamento de uma só vez da pensão por indenização é faculdade estabelecida para a hipótese do caput do art. 950 do CC, que se refere apenas a defeito que diminua a capacidade laborativa, não se estendendo aos casos de falecimento" (STJ. 2ª Turma. REsp 1393577/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04/02/2014).

8.2. LESÃO LEVE OU GRAVE

A indenização consiste em: danos emergentes (despesas com tratamento) + lucros cessantes (que pode ser: até o fim da incapacidade, se temporária; ou, durante toda a sobrevida, se permanente).

Valor: fixado com base nos seus ganhos e na proporção da redução de sua capacidade laborativa, arbitrada por perícia médica.

> *Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento (danos emergentes) e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*
> *Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

ATENÇÃO!

INFORMATIVO 561 STJ

O art. 950 do CC prevê que se a vítima sofrer uma ofensa que resulte em lesão por meio da qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se isso lhe diminuiu a capacidade de trabalho, esta vítima deverá ser indenizada com o pagamento de pensão.

O parágrafo único determina que, se o prejudicado preferir, ele poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez, ou seja, em vez de receber todo mês o valor da pensão, ele receberia à vista a quantia total.

O parágrafo único do art. 950 do CC impõe um dever absoluto de o causador do dano pagar a indenização fixada de uma só vez? Se a vítima pedir para receber de uma só vez, o magistrado é obrigado a acatar?

NÃO. Nos casos de responsabilidade civil derivada de incapacitação para o trabalho (art. 950 do CC), a vítima não tem o direito absoluto de que a indenização por danos materiais fixada em forma de pensão seja arbitrada e paga de uma só vez.

O juiz é autorizado a avaliar, em cada caso concreto, se é conveniente ou não a aplicação da regra que estipula a parcela única (art. 950, parágrafo único, do CC), considerando a situação econômica do devedor, o prazo de duração do pensionamento, a idade da vítima, etc, para só então definir pela possibilidade de que a pensão seja ou não paga de uma só vez, antecipando-se as prestações vincendas que só iriam ser creditadas no decorrer dos anos. Isso porque é preciso ponderar que, se por um lado é necessário satisfazer o crédito do beneficiário, por outro não se pode exigir o pagamento de uma só vez se isso puder levar o devedor à ruína.

Enunciado 381-CJF/STJ: O lesado pode exigir que a indenização, sob a forma de pensionamento, seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.349.968-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/4/2015 (Info 561).

INFORMATIVO 568 STJ

Determinado indivíduo, que era soldado do Exército, foi atropelado e, em virtude do acidente, ficou com deficiência em uma das pernas, sendo desligado das Forças Armadas.

O juiz condenou a empresa causadora do dano a pagar, dentre outras verbas, pensão vitalícia mensal no valor equivalente a 100% do último soldo recebido pela vítima como soldado do Exército, nos termos do art. 950 do CC.

A empresa recorreu contra a sentença sustentando que o encurtamento parcial da perna não impede que o lesado exerça outras profissões ou até mesmo outras atividades no próprio Exército, de natureza administrativa e burocrática. Assim, deveria ser excluída a condenação ao pagamento da pensão de que trata o art. 950 do CC. Esse argumento foi acolhido?

NÃO. O fato de se poder presumir que a vítima ainda tenha capacidade laborativa para outras atividades, diversas daquela exercida no momento do acidente, não exclui, por si só, o pensionamento civil de que trata o art. 950 do CC, considerando que deve ser observado o princípio da reparação integral do dano.

Outro argumento da empresa foi o de que seria exorbitante fixar a pensão em 100% do último soldo recebido pelo autor. Essa alegação foi aceita?

NÃO. A pensão civil incluída em indenização por debilidade permanente de membro inferior causada a soldado do Exército Brasileiro por acidente de trânsito pode ser fixada em 100% do soldo que recebia quando em atividade. A pensão correspondente ao soldo integral que o soldado recebia na ativa repara de forma correta o gravíssimo dano por ele sofrido, devendo, portanto, tal montante ser mantido com amparo no princípio da reparação integral do dano.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.344.962-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/8/2015 (Info 568).

8.3. ACESSÓRIOS DA INDENIZAÇÃO

Algumas parcelas acessórias à indenização merecem uma atenção especial por sua extraordinária importância prática, especialmente os juros moratórios e a correção monetária.

O Código Civil estabelece a incidência de juros moratórios e correção monetária sobre o valor da indenização, estatuindo no art. 389:

> *Art. 389.* ***Não cumprida a obrigação****, responde o devedor por perdas e danos,* ***mais juros e atualização monetária*** *segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.*

8.3.1. Juros moratórios

Os juros moratórios, como indica o seu nome, decorrem da mora, do atraso, da demora no pagamento da indenização, sendo regulados pelos arts. 405 e 406 do Código Civil.

> *Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a* ***citação inicial****.*
>
> *Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei,* ***serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional****.*

Qual é essa taxa mencionada pelo art. 406 do CC?

1ª corrente: 1% ao mês, previsto no CTN (art. 161, § 1º).

2ª corrente: taxa SELIC.

Qual corrente prevaleceu no STJ?

Taxa SELIC. Segundo a Corte Especial do STJ, a taxa dos juros moratórios a que se refere o art. 406 do CC é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), por ser ela que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei n.9.065/1995, 84 da Lei n.□ 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei n.□ 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei n.9.430/1996 e 30 da Lei n.□ 10.522/2002) (EREsp 727.842-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgados em 8/9/2008).

Em caso de mora, é possível que o credor exija do devedor o pagamento da taxa SELIC (como juros legais moratórios) e mais a correção monetária?

NÃO. No cálculo da SELIC, além de um percentual a título de juros moratórios, já é embutida a taxa de inflação estimada para o período. Em outras palavras, a SELIC já engloba a correção monetária. Logo, se, o credor, no caso de inadimplemento do devedor, exigir a dívida principal, acrescida da SELIC e mais a correção monetária, ele estará cobrando duas vezes a correção monetária, o que configura bis in idem

Na fixação do **termo inicial dos juros moratórios**, deve-se distinguir se a responsabilidade é contratual ou extracontratual. Na responsabilidade **contratual**, incide o art. 405, que dispõe que o termo inicial dos juros é a data da citação inicial: "Contam-se os juros de mora desde a citação inicial" (lembrar da crítica acima: sendo contratual dependerá do contrato, a mora pode iniciar ex re ou ex persona).

Na responsabilidade **extracontratual**, aplica-se a o enunciado sumular nº 54 do STJ, estabelecendo que o termo inicial dos juros na responsabilidade extracontratual é a data do fato do evento danoso.

> ***STJ** Súm. 54: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*

A aplicabilidade da Súmula n. 54 à responsabilidade extracontratual é assegurada pelo art. 398 do Código Civil.

> *Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.*

Assim, na responsabilidade extracontratual, mora do devedor é *ex re,* ou seja, a mora é automática, sendo independente de interpelação.

Na responsabilidade contratual, a mora é *ex persona* e o termo inicial é a data da citação por força do que dispõe o art. 405 do CC.

Quando se analisou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no exame da ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil, foi comentado que, em alguns casos, como no erro médico, na responsabilidade do transportador pelos danos sofridos pelo passageiro, no acidente de trabalho, a jurisprudência do STJ tem reconhecido que a responsabilidade é contratual e o termo inicial dos juros moratórios é a data da citação (Resp. 713.551/SP).

8.3.2. Correção monetária

A correção monetária não se confunde com juros moratórios, pois sua função diferente, sendo a de atualizar o capital em face da inflação. A correção monetária nada acrescenta, apenas evita perdas decorrentes do processo inflacionário.

De todo modo, como as ações indenizatórias demoram, com frequência, por sua complexidade, vários anos para serem julgadas, a correção monetária adquire também grande relevância prática.

Dois pontos exigem cuidado especial: o índice de correção monetária a ser utilizado e o termo inicial.

O CC no art. 389 determina a "atualização monetária segundo **índices oficiais regularmente estabelecidos."**

> *Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e **atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos,** e honorários de advogado.*

Consideram-se índices oficiais o IGP-M (da FGV) e o IPC (do DIEESE).

O **termo inicial da correção monetária** é a data do desembolso feito pelo credor da obrigação de indenizar. Ou seja, a data de cada pagamento efetuado.

Estabelece o enunciado sumular nº 43 do STJ

> ***STJ Súmula 43** "Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".*

Assim, há incidência de correção monetária a partir da data de cada pagamento efetuado.

Por exemplo, o prejudicado, após fazer os três os orçamentos para o conserto do meu automóvel, manda consertá-lo, sendo o veículo entregue dois meses depois. Ele efetua o pagamento com quatro

cheques de R$ 500,00. O termo inicial da correção monetária é a data do vencimento de cada cheque, que é o momento do efetivo prejuízo, estabelecendo-se a variação do IGP-M a partir do vencimento de cada parcela.

OBS: no DANO MORAL a correção incide desde o arbitramento na sentença.

Portanto, essas as principais regras construídas pela doutrina e pela jurisprudência para a quantificação da indenização no direito brasileiro.

> ***STJ Inf. 499*** *Correção monetária significa atualizar o valor nominal da obrigação, ou seja, manter no tempo o poder de compra original daquela quantia. Com isso, evita-se que as oscilações por causa da inflação façam com que seja diminuído o poder de compra do dinheiro. Se, no período que se busca fazer a correção monetária, houve índices negativos (deflação), tais índices devem ser também considerados no cálculo final da correção monetária. No entanto, se, no período que se busca fazer a correção, a soma de todos os índices for negativa, não se deve aplicar esse percentual porque senão o credor seria prejudicado e receberia uma quantia menor do que o valor original. O credor seria punido pelo devedor não ter pagado no tempo correto. Logo, em tal situação em que a correção monetária for negativa, o credor deverá receber o valor original, sem a aplicação do índice.*

8.4. LEGITIMADOS PARA POSTULAR A INDENIZAÇÃO

8.4.1. Danos Materiais

Somente os beneficiários que tinham dependência econômica da vítima podem pleitear. Fundamento legal: art. 948, II, CC.

OBS: tratando-se de cônjuge e filhos menores, tem-se entendido que a dependência econômica é presumida. Nos demais casos (ascendentes, filhos maiores, irmãos da vítima) a dependência deve ser comprovada.

> *Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
> *...*
> ***II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.***

8.4.2. Danos Morais

Pode atingir além dos dependentes economicamente, bastando comprovar o dano moral efetivamente sofrido. Se é o caso de ausência de dano direto ou dependência econômica, incide a hipótese que a jurisprudência vem denominando dano moral por ricochete (ou dano moral indireto ou reflexo ou *préjudice d'affection*):

Prescrição – prazo para reparação material e/ou moral: **03 anos**: art. 206, § 3º, V, CC. Conforme o autor, se for relação de consumo, o prazo permanece o CDC, qual seja, **05 anos** (art. 27, CDC). (p. 134).

CC
Art. 206. Prescreve:
....
§ 3o Em <u>três anos</u>:
...
V - a pretensão de reparação civil;

CDC
Art. 27. Prescreve em <u>cinco anos</u> a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

9. ACIDENTE DE TRABALHO

A responsabilidade é objetiva, baseada na teoria do risco INTEGRAL (ou seja, nem caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro eximem o direito à indenização). No entanto, essa indenização é paga pelo INSS. Trata-se de um seguro coletivo. Basta comprovar a relação de emprego, o dano e que o mesmo ocorreu por ocasião do trabalho. Nesse caso, a indenização é *tarifada*, isto é, sujeita aos limites previstos em lei.

Responsabilidade do empregador: há possibilidade de cumular a indenização paga pelo INSS com a indenização cobrada perante o empregador, pois são autônomas e cumuláveis.

10. O DANO MORAL

10.1. HISTÓRICO

Num primeiro momento, a história do Direito apontava no sentido do não reconhecimento do dano moral, argumentando-se que a sua incerteza prejudicava a indenizabilidade.

Lembra-nos o professor Yussef Said Cahali, que, somente com a CRFB/88 o dano moral ganhou autonomia jurídica (art. 5º, V e X CF).

CRFB Art. 5º
...
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da <u>indenização por dano</u> material, <u>MORAL</u> ou à imagem;
v
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, <u>assegurado o direito à indenização</u> pelo dano material ou <u>MORAL</u> decorrente de sua violação;

O CC/16 falava genericamente em dano, não especificando se moral ou material.

10.2. CONCEITO

Dano moral é lesão a direito da personalidade. Ou nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves é o dano que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. No próprio artigo que define o ato ilícito (art. 186) há referência ao dano moral.

> ***Art. 186**. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.*

Ao contrário do dano material, o dano moral é extremamente subjetivo, de difícil aferimento, consubstanciando-se numa interferência no bem-estar do lesionado ante a sociedade a sua volta que só pode ser observada e mensurada no caso concreto.

10.3. NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Trata-se de natureza sancionadora (como consequência de um ato ilícito – um efeito), mas não se materializa através de uma "pena civil", e sim por meio de uma **compensação material ao lesado** (até por que não há como 'ressarcir' o dano moral, apenas *compensar* de alguma forma), sem prejuízo, obviamente de outras funções acessórias da reparação civil.

Dano moral direto: Dano que atinge diretamente um interesse extrapatrimonial.

Dano moral indireto: Trata-se do dano moral oriundo de um dano material antecedente (como o dano –material– indireto, só que moral!).

Dano moral em ricochete: trata-se do dano moral sofrido por uma pessoa em função de um dano material ou moral – pouco importa – de que foi vítima outro indivíduo, ligado a ele.

10.4. DANO MORAL EM SEDE DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Existe dano moral coletivo? Sim, conforme o CDC, art. 6º, VI e Lei de Ação Civil Pública, art. 1º. O dano moral difuso aqui tutelado pela previsão legal somente pode ser caracterizado como uma lesão ao direito de toda e qualquer pessoa (e não de um direito específico de personalidade).

> *CDC*
> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
> *...*
> *VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*
>
> *LACP*
> *Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ...*

Admite-se, quando houver uma violação coletiva da personalidade. Nesse caso, ***a tutela processual deve se dar obrigatoriamente através de ação civil pública***, cujos legitimados estão no art. 5º da Lei (MP, Defensoria, Poder Público e Associações). Exemplo: Dano ambiental; dano moral ao meio ambiente do trabalho.

Esse dano moral coletivo reverte em favor do fundo previsto no art. 13 da LACP. Esse fundo é gerido por um Conselho, com participação do MP, e tem como objetivo recompor o dano causado (LACP, at. 13).

Houve mudança no entendimento do STJ, ele passou a admitir o dano moral coletivo. Como exemplo, no caso de uma agência bancária em que para ter atendimento preferencial (idosos, gestantes)

era necessário o deslocamento ao piso superior, o que é incompatível. Na ocasião, foi fixado dano moral em 50 mil reais.

OBS: A ação civil pública não se presta apenas para esse fim.

A Ação Civil Pública

A ACP se presta à Defesa de (CDC, art. 81):

- Interesses transindividuais (direitos difusos e coletivos);

- Interesses individuais homogêneos.

Os interesses transindividuais somente podem ser pleiteados por ACP.

Já os interesses individuais homogêneos também podem ser pleiteados individualmente (cada particular pode ajuizar uma ação). Em sendo ajuizada ACP, cada um dos interessados deve propor a liquidação de seu próprio dano.

Ou seja, a ACP se presta não apenas a interesses difusos e coletivos, mas também a interesses individuais, DESDE SEJAM HOMOGÊNEOS.

10.5. DANO MORAL POR "ABANDONO AFETIVO"

Abandono afetivo gera dano moral indenizável?

> *RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole* ***constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. A 3ª Turma do STJ, em decisão inédita na Corte, entendeu que o abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Terceira Turma****. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em* ***24/4/2012****.*

Vejamos os principais argumentos apresentados:

1) A ***omissão do genitor no dever de cuidar de sua filha viola um bem juridicamente tutelado, qual seja, o dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) que os pais devem ter para com seus filhos***.

2) ***Assim, ao omitir-se neste dever, o pai viola uma imposição legal, gerando a possibilidade de a pessoa lesada (filho) pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo***.

3) Não há restrição legal em se aplicar as regras da responsabilidade civil ao Direito de Família.

4) ***O "cuidado" é protegido como "valor jurídico objetivo", não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF***:

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à*

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

5) O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil sob a forma de omissão.

6) ***Seja pela concepção, seja por meio da adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole. Estas obrigações jurídicas vão além das chamadas necessarium vitae (alimentos necessários para que a pessoa sobreviva).***

7) Desse modo, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de ***outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc***.).

8) O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

9) ***Não se discute o "amar" – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de "cuidar", que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos***.

10) ***Os sentimentos de mágoa e tristeza experimentados por filho(a) e causados pela negligência paterna e pelo fato deste(a) descendente ser tratado(a) como filho(a) de segunda classe caracterizam dano moral in re ipsa (dano moral presumido) e permitem a compensação por danos morais***.

10.6. CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Doutrinariamente, a respeito da quantificação, existem dois sistemas básicos.

1) Sistema livre ou do arbitramento **(aberto):** Defendido por Judith Martins Costa, Araken de Assis e Ronaldo Andrade, se baseia no art. 4º da LINDB e no art. 140 do NCPC. Ambos dispositivos falam que o juiz deve decidir com equidade e princípios do direito, ou seja, com senso de justiça. É o sistema que confere discricionariedade ao juiz na definição do quantum indenizatório. Esse sistema de **arbitramento** prevalece no Brasil.

Nessa linha de entendimento, seria inconstitucional uma tarifação legal.

LINDB *Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

NCPC Art. 140, Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

2) Sistema do tarifamento legal: Esse sistema pretende criar critérios normativos de tabelamento do dano moral. Argumento: Arbitramento judicial cria a indústria do dano moral no Brasil.

Vale lembrar, o teor da súmula 362 do STJ, que a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a **data do arbitramento.**

> ***STJ Súmula nº 362*** *A CORREÇÃO MONETÁRIA do valor da indenização do dano moral incide desde* ***a data do arbitramento****.*

OBS: em um ilícito comum (sem ser dano moral: dano material qualquer, por exemplo) a **correção monetária** incide desde o efetivo prejuízo.

O STJ já teve oportunidade de reconhecer a inconstitucionalidade o dano moral na vetusta lei de imprensa.

> ***STJ Súmula nº 281*** *A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.*

10.7. "DANO BUMERANGUE"

Segundo o professor Salomão Resedá, em sua obra "A Função Social do Dano Moral", o dano bumerangue se opera quando o próprio infrator sofre prejuízo causado pela vítima. Dá-se uma compensação de danos. Exemplo: Bato o carro na vítima e a vítima revida com outro dano.

10.8. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL: COMENTÁRIOS À TEORIA DO PUNITIVE DAMAGE

A ***"Punitive Damage Theory",*** também chamada de ***Teoria do Desestímulo***, desenvolvida por Boris Starck (1947, França), através do "Ensaio de uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil Considerada em sua Dupla Função de Garantia e Pena Privada". Essa teoria se desenvolveu muito na Europa e especialmente nos EUA.

Preconiza que a indenização por dano moral não tem apenas caráter compensatório da vítima, mas também tem um caráter pedagógico de desestímulo da reincidência do ato ilícito.

A **teoria do desestímulo** pouco a pouco vem ganhando espaço em nosso país, embora não tenha sido totalmente abraçada pela jurisprudência, principalmente no que diz respeito à tutela individual. O próprio projeto de reforma do Código Civil, em sua redação original, pretende alterar o art. 944 para estabelecer que a indenização deve compensar a vítima e desestimular o lesante.

Além disso, o Enunciado 379 da IV Jornada reforça a teoria. Finalmente, o próprio STJ vem amparando esta Teoria (REsp. 860.705/DF, 910.764/RJ e REsp. 965.500/ES).

> ***JDC*** *379 – Art. 944: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.*

> *Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

***Dica:** se a banca for conservadora, devo enaltecer o caráter compensatório da indenização por dano moral e dar uma atenção, mencionar o caráter punitivo. Entretanto, se for uma banca mais moderna, dar a devida atenção ao caráter **punitivo, pedagógico desestimulante** da indenização por dano moral.*

10.9. TRANSMISSIBILIDADE *MORTIS CAUSA* DO DANO MORAL

Temos três correntes discutindo:

1ª) Não é transmissível;

2ª) A transmissibilidade é condicionada à existência de ação indenizatória em andamento quando a vítima vier a falecer (entendimento acolhido no STJ: REsp 11.735/PR);

> *INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SUCESSORES. A Turma deu provimento ao recurso especial a fim de assegurar aos sucessores o direito à indenização pelos danos morais suportados pelo de cujus. Na espécie, a lesada propôs a ação indenizatória por danos materiais e morais em desfavor da recorrida, mas faleceu no curso do processo, tendo sido sucedida pelos herdeiros recorrentes. O tribunal a quo condenou a recorrida a reparar apenas os prejuízos materiais; quanto aos morais, entendeu que a imagem e a personalidade são patrimônios subjetivos, portanto desaparecem com a morte de seu detentor. **Segundo a Min. Relatora, o direito de exigir a reparação do dano, inclusive moral, transmite-se com a herança nos termos dos arts. 12 e 943 do CC/2002. Ressaltou ser intransmissível o direito moral em si, personalíssimo por natureza, não o direito de ação, de cunho patrimonial. Dessa forma, concluiu que, assim como o espólio e os herdeiros têm legitimidade ativa ad causam para pleitear, em ação própria, a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão se deve admitir o direito dos sucessores de receber a indenização moral requerida pelo de cujus em ação INICIADA POR ELE PRÓPRIO**. REsp 1.040.529-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em **2/6/2011**. (Informativo 475 – 3ª Turma)*

> *Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.*
>
> *Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*
> *Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.*

3ª) A transmissibilidade é incondicionada à existência de ação em andamento (voto vencido Min. Pádua Ribeiro). A questão fundamental, alerta o autor, é que *não é o dano moral que se transmite, mas sim a correspondente indenização*, por isso a corrente que defende a intransmissibilidade não pode ser acolhida. E o art. 943, CC, garante a transmissão. A questão vai cingir-se a provar se a vítima, o *de cujus* sofreu ou não o dano moral. Uma vez comprovado, o direito à indenização transmite-se aos herdeiros.

> *Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.*

10.10. DANO MORAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Possibilidade do absolutamente incapaz sofrer dano moral

Determinado indivíduo é portador de doença mental grave (demência total e irreversível). Certo dia, a filha desse indivíduo notou que houve saques indevidos (fraudulentos) que foram feitos de sua conta bancária por um terceiro.

Foi proposta ação de indenização por danos morais contra o banco.

O absolutamente incapaz, mesmo sem entender seus atos e os de terceiros, pode sofrer dano moral?

SIM. O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral.

O dano moral caracteriza-se por uma ofensa a direitos ou interesses juridicamente protegidos (direitos da personalidade). A dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação podem ser consequências do dano moral, mas não a sua causa.

Dano moral: é a ofensa a determinados direitos ou interesses. Basta isso para caracterizá-lo.

Dor, sofrimento, humilhação: são as consequências do dano moral (não precisam necessariamente ocorrer para que haja a reparação).

STJ. 4ª Turma. REsp 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2015 (Info 559).

Importante destacar que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor após este julgado, a pessoa com deficiência mental não é mais considerada absolutamente incapaz. Isso somente reforça que a pessoa com deficiência pode sofrer dano moral.

Dano moral é presumido no caso de injusta ofensa à dignidade da pessoa humana

Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demostrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legitima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado (informativo 513).

Dano moral e pessoa jurídica

Súmula 227 STJ – a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Pessoa jurídica pode sofrer dano moral desde que haja um ferimento de sua honra objetiva (imagem, conceito, boa fama), de forma a abalar sua credibilidade, com repercussão econômica. Não é possível presumir a existência de dano moral pelo simples corte de energia elétrica por parte da concessionaria de serviço público, sendo necessária a comprovação da empresa afetada de prejuízo à sua honra objetiva.

Critérios para aferição do valor de indenização por danos morais

No momento da fixação do valor da indenização por danos morais deve-se levar em consideração as circunstancias objetivas e subjetivas da ofensa. Assim, devem ser analisadas:

a) Consequências da ofensa;

b) A capacidade do ofensor;

c) A pessoa do ofendido.

Ação ajuizada pela vítima contra genitor por ato ilícito praticado pelo filho menor

O filho menor não tem interesse nem legitimidade para recorrer da sentença condenatória proferida em ação proposta unicamente em face de seu genitor com fundamento na responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos cometidos por filhos menores.

O STJ ressaltou que, mesmo que o pai do menor pague a indenização fixada na sentença condenatória, ainda assim o patrimônio deste menor não será atingido porque, embora nos outros casos de atribuição de responsabilidade, previstos no art. 932, seja cabível o direito de regresso em face do causador do dano, o art. 934 afasta essa possibilidade na hipótese de pagamento efetuado por ascendente. Dito de outra forma, o pai que pagar a indenização por ato do seu filho menor, não tem direito de regresso contra seu descendente. A situação seria diferente caso a vítima já tivesse proposto a ação de indenização contra o pai e o menor, invocando o art. 928 do CC, hipótese na qual o menor também seria parte. No entanto, não foi isso que aconteceu.

Morte de parentes

Na fixação do valor da reparação pelos danos morais sofridos por parentes de vítimas mortas em um mesmo evento, não deve ser estipulada de forma global a mesma quantia reparatória para cada grupo familiar se, diante do fato de uma vítima ter mais parentes que outra, for conferido tratamento desigual a lesados que se encontrem em idêntica situação de abalo psíquico, devendo, nessa situação, ser adotada metodologia de arbitramento que leve em consideração a situação individual de cada parente de cada vítima do dano morte. A fixação de valor reparatório global por núcleo familiar, justificar-se-ia apenas se a todos os lesados que se encontrem em idêntica situação fosse conferido igual tratamento. STJ. Corte Especial. EREsp 1.127.913-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/6/2014 (Info 544).

O que é o chamado “prejuízo de afeição”?

Conforme explica o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o “prejuízo de afeição” (préjudice d'affection) é o dano extrapatrimonial sofrido pelos familiares da pessoa morta. Trata-se do dano moral provocado em decorrência da morte do ente querido, cujo sofrimento é incomensurável, bastando pensar na dor dos filhos menores com a perda do pai em acidente de trabalho, no sofrimento psíquico da esposa com a morte do marido em um desastre aéreo, no vazio existencial dos pais com o óbito de um filho em um acidente de trânsito. Busca-se com a indenização um paliativo para o sofrimento psíquico ensejado pelo evento danoso, sendo esse o ponto nuclear do conceito de dano moral stricto sensu (voto do Ministro no EREsp 1.127.913-RS). O prejuízo de afeição é um da moral que atinge as vítimas por ricochete considerando que a vítima direta é o falecido e seus familiares são afetados reflexamente pelo evento.

- O noivo não possui legitimidade para pedir indenização por danos morais em razão do falecimento da noiva.

Espólio e legitimidade para ação de dano moral

O espólio não tem legitimidade para buscar reparação por danos morais decorrentes de ofensa *post mortem* à imagem e à memória de pessoa. A legitimidade, nesse caso, é dos herdeiros.

Quadro-resumo:

Ofensa a direito da personalidade da pessoa enquanto viva, tendo esta ajuizado ação de indenização, mas falecido antes do trânsito em julgado.	O espólio é legitimado a prosseguir na demanda.
Ofensa a direito da personalidade da pessoa enquanto viva. Esta faleceu sem ter ajuizado a ação.	O espólio é legitimado a propor a ação de indenização.
Ofensa à memória da pessoa já falecida.	Os herdeiros (e não o espólio) são legitimados para propor a ação de indenização.
Dor e sofrimento causado pela morte da pessoa.	Os herdeiros (e não o espólio) são legitimados para propor a ação de indenização.

10.11. DANO MORAL E PRESCRIÇÃO

Vale lembrar que a pretensão reparatória de responsabilidade civil, prescreve em 03 ou 05 anos, na forma do CC ou do CDC, respectivamente.

CC Art. 206
§ 3º Em três anos:
*V - **a pretensão de reparação civil;***

CDC
*Art. 27. **Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.***

11. DANOS SOCIAIS

11.1. CONCEITO

O que são danos sociais? Danos sociais e danos morais coletivos são expressões sinônimas?

NÃO. Dano social não é sinônimo de dano moral coletivo.

Danos sociais, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, “são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.” (p. 376).

O dano social é, portanto, uma nova espécie de dano reparável, que não se confunde com os danos materiais, morais e estéticos, e que decorre de comportamentos socialmente reprováveis, que diminuem o nível social de tranquilidade.

Alguns exemplos dados por Junqueira de Azevedo: o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, o pai que solta balão com seu filho. Tais condutas socialmente reprováveis podem gerar danos como o entupimento de bueiros em dias de chuva, problemas de

comunicação do avião causando um acidente aéreo, o incêndio de casas ou de florestas por conta da queda do balão etc.

Diante da prática dessas condutas socialmente reprováveis, o juiz deverá condenar o agente a pagar uma indenização de caráter punitivo, dissuasório ou didático, a título de dano social.

Conforme explica Flávio Tartuce, os danos sociais são difusos e a sua indenização deve ser destinada não para a vítima, mas sim para um fundo de proteção ao consumidor, ao meio ambiente etc., ou mesmo para uma instituição de caridade, a critério do juiz (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Método, 2013, p. 58).

Os danos sociais representam a aplicação da função social da responsabilidade civil (PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance.

11.2. CASOS PRÁTICOS

Um deles é a decisão do TRT-2ª Região (processo 2007-2288), que condenou o Sindicato dos Metroviários de São Paulo e a Cia do Metrô a pagarem 450 cestas básicas a entidades beneficentes por terem realizado uma greve abusiva que causou prejuízo à coletividade.

Outro exemplo foi o caso de uma fraude ocorrida em um sistema de loterias, no Rio Grande do Sul, chamado de “Toto Bola”. Ficou constatado que a loteria seria fraudulenta, retirando do consumidor as chances de vencer. Nesse episódio, o TJ/RS, no Recurso Cível 71001281054, DJ 18/07/2007, determinou, de ofício, indenização a título de dano social para o Fundo de Proteção aos Consumidores. Veja a ementa do julgado:

> *(...) 1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. 2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. 3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. 4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensantion. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (...) (TJRS – Recurso Cível 71001281054 – Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 12.07.2007).*

Na V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ foi aprovado um enunciado reconhecendo a existência dos danos sociais:

Enunciado 455: A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Imagine agora a seguinte situação adaptada:

João passou várias horas na fila do banco para ser atendido.

Inconformado, ingressou, no Juizado Especial, com ação pedindo unicamente indenização por danos morais. O juiz julgou procedente, determinando que o réu pagasse R$ 3 mil a João pelos danos morais sofridos. Além disso, de ofício, condenou o banco a pagar R$ 15 mil a título de danos sociais, valor a ser revertido em favor de uma instituição de caridade.

O banco interpôs recurso inominado (art. 41 da Lei n.□ 9.099/95) alegando que a decisão violou o princípio da adstrição/congruência, considerando que o condenou ao pagamento de algo que não foi pedido.

A Turma Recursal, contudo, manteve a sentença.

Quais os recursos cabíveis contra as decisões proferidas pela Turma Recursal?

Contra os acórdãos prolatados pela Turma Recursal somente podem ser interpostos:

□ embargos de declaração;

□ recurso extraordinário.

No caso concreto, não cabe recurso extraordinário porque a matéria não envolve questão constitucional, restringindo-se apenas a aspectos processuais (de lei federal).

É cabível a interposição de Recurso Especial?

NÃO. Súmula 203-STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

O que o banco fez no presente caso?

A instituição financeira ajuizou reclamação no STJ contra a decisão da Turma Recursal.

É cabível reclamação contra acórdão da Turma Recursal?

SIM. O STJ entende possível utilizar reclamação contra decisão de Turma Recursal quando a decisão proferida:

□ afrontar jurisprudência do STJ pacificada em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC);

□ violar súmula do STJ;

□ for teratológica.

O que o STJ decidiu ao julgar a reclamação?

O STJ entendeu que a decisão da Turma Recursal era teratológica e nula por ser "extra petita". Para que haja condenação por dano social, é indispensável que haja pedido expresso, sob pena de

violação aos princípios da demanda, da inércia e, fundamentalmente, da adstrição/congruência, o qual exige a correlação entre o pedido e o provimento judicial a ser exarado pelo Poder Judiciário.

No caso concreto, em uma ação individual houve condenação do réu ao pagamento de indenização por danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, sem que houvesse pedido nesse sentido ou sem que essa questão fosse levada a juízo por qualquer das partes.

Nessa medida, a decisão condenatória extrapolou os limites objetivos e subjetivos da demanda, uma vez que conferiu provimento jurisdicional diverso daquele requerido na petição inicial, beneficiando terceiro alheio à relação jurídica processual posta em juízo.

E se o autor tivesse pedido a condenação por danos sociais, seria possível seu deferimento?

NÃO. Mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, na visão do STJ, a condenação por danos sociais somente pode ocorrer em demandas coletivas e, portanto, apenas os legitimados para a propositura de ações coletivas poderiam pleitear danos sociais.

Em suma, não é possível discutir danos sociais em ação individual.

12. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA

12.1. INTRODUÇÃO

De quem é a responsabilidade pelo fato de tu ter emprestado o carro (coisa) e o comodatário ter cometido o acidente? De quem é a responsabilidade de elevador que cai? De ventilador que se desprende e corta a cabeça das pessoas?

Augusto Texeira de Freitas é apontado por parte da doutrina como o primeiro jurista a se preocupar com a disciplina normativa desta matéria.

Em doutrina, coube à França o desenvolvimento da disciplina, especialmente pelas obras de Planiol, Ripert e Boulangor.

Com base na teoria Francesa da guarda, a responsabilidade civil toca a quem detenha o poder de comando sobre a coisa ou animal: em primeiro plano, o proprietário é o guardião presuntivo. Porém, em alguns casos essa presunção é afastada.

12.2. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO ANIMAL

O art. 1527 do CC/16 dificultava a compensação da vítima, ao consagrar uma responsabilidade subjetiva pelo fato do animal; já o CC/02, ao consagrar uma **responsabilidade OBJETIVA**, em seu art. 936, é mais favorável à vítima.

> ***Art. 936.*** *O DONO, ou DETENTOR, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.*

OBS1: a responsabilidade pelo fato de animais é objetiva, sendo que o Código Civil só afasta a responsabilidade se provado fato exclusivo da vítima ou força maior (art. 936, CC). Portanto, **caso fortuito e fato de terceiro não excluem a responsabilidade do dono/detentor do animal**.

OBS2: Animal na pista. Pode-se responsabilizar o Estado?

O **STJ,** julgando o REsp 438.831/RS, admitiu a responsabilidade subjetiva omissiva do Estado, por falta de fiscalização e sinalização de rodovia federal em caso de acidente de animal na pista. Mas, se a rodovia é objeto de concessão (pedágio), a responsabilidade é objetiva da concessionária, com base no CDC.

12.3. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA

12.3.1. Responsabilidade pela ruína (edifícios ou construções) – Art. 937 CC.

Art. 937. *O DONO de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.*

Aqui, a responsabilidade é do **dono,** veja que o CC não se referiu a 'detentor', como no caso do animal.

O proprietário é o responsável em regra, porém, pode-se demandar em solidariedade a construtora.

Ruína não se refere ao desabamento total, pode ser uma ruína parcial. Desabamento de uma marquise.

É residual à responsabilidade por fato praticado por uma pessoa. Na verdade, explica CAVALIERI, tal como no fato de terceiro, a responsabilidade se dá em razão da ausência de vigilância, cuidado sobre a coisa. **Mas quem tem a responsabilidade?** O guardião da coisa. **Mas basta o simples contato físico com a coisa?** Não. **Deve ter poder de comando sobre ela**. Por isso que o preposto não pode ser considerado guarda da coisa, pois ele próprio segue as ordens do preponente. Portanto, hoje, fala-se em ***guarda intelectual*** (que é aquele que tem poder sobre a coisa, ainda que não esteja em contato material com ela). **OBS: o proprietário é o guarda presumido (presunção relativa) da coisa**.

Sérgio Cavalieri Filho: a responsabilidade aqui também é **objetiva.** Se houve o dano é porque o reparo não foi feito.

Este art. 937 tem base no art. 1386 do Código da França.

12.3.2. Responsabilidade por objetos lançados/caídos (de edifícios ou construções) – Art. 938 CC.

Art. 938. *AQUELE QUE HABITAR prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.*

O CC/02, no art. 938, utilizando uma dicção aberta, e consagrando uma inequívoca responsabilidade **objetiva**, dispõe que a responsabilidade é daquele que habita de onde partiu o projétil.

Ação judicial que a vítima de um objeto lançado ou caído ajuíza é: ***"Actio de effusis et dejectis".*** O prazo prescricional para reparação civil, nos termos do art. 206, §3º, V é de três anos.

Art. 206. Prescreve:
§ 3o Em três anos:
V - a pretensão de reparação civil;

OBS*:* se não souber de onde partiu o projétil, a vítima não pode ficar irressarcida. A doutrina é firme, com base na ***Teoria da Causalidade Alternativa***, no sentido de admitir a responsabilidade de todo condomínio caso não se possa identificar de onde partiu o projétil. Excluem-se, todavia, dessa responsabilidade, os moradores dos blocos ou fachadas de onde seria fisicamente impossível o arremesso.

Teoria da Causalidade Alternativa: alternativamente, todos do bloco seriam possíveis arremessadores.

Essa responsabilidade então, também é OBJETIVA.

12.4. RESPONSABILIDADE POR ATO DE TERCEIRO (RESPONSABILIDADE "INDIRETA")

12.4.1. Introdução

Houve profunda modificação no tratamento da responsabilidade por ato de terceiro no NCC, uma vez que as antigas presunções de culpa (*culpa in eligendo, culpa in vigilando*) foram abandonadas (art. 933). Agora a responsabilidade por ato de terceiro é **OBJETIVA** (nos casos previstos), ou seja, não existe mais possibilidade de o responsável alegar que não teve culpa ou dolo pelo ato do terceiro, sendo sempre responsabilizado.

O fato de a relação interna entre representante e representado haver sido objetivada (art. 933), não significa que nunca se possa discutir culpa entre o representado e a vítima: por isso, a título de exemplo, embora o empregador não possa alegar ausência de culpa na escolha do empregado, poderá perfeitamente, em caso de acidente de trânsito, afirmar que o seu empregado não teve culpa. Ou que, ainda diante do dano causado por inimputável, pode-se dizer que o curatelado não teve culpa. A ***objetivação é interna***, de forma a proibir que o responsável alegue não ter tido culpa na escolha do empregado, ou que não falhou no exercício da tutela ou curatela. **O responsável pode alegar que o empregado, tutelado/curatelado não teve culpa.**

Cavalieri: "Em qualquer dessas hipóteses será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho menor, do pupilo, do curatelado, como também do empregado. O dispositivo em exame deve, pois ser interpretado no sentido de que, praticado o ato em condições de ser considerado culposo se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável, exsurge o dever de indenizar dos pais, tutor, curador, empregador, etc., independentemente de qualquer culpa destes.(...). Mas, em contrapartida, se ao menos em tese o fato não puder ser imputado ao agente a título de culpa, os responsáveis não terão que indenizar."

12.4.2. Análise do Art. 932

A responsabilidade (objetiva) por ato de terceiro é prevista no art. 932:

Art. 932*. São também responsáveis* ***(ideia de solidariedade)*** *pela reparação civil:*

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

O STJ vem entendendo que mesmo aquele que não possui a guarda do filho menor, continua com a responsabilidade solidária, por conta do poder familiar, salvo se comprovar que não concorreu com nenhuma culpa para o evento danoso.

Informativo 573

Os pais de portador de esquizofrenia paranoide que seja solteiro, maior de idade e more sozinho, têm responsabilidade civil pelos danos causados durante os recorrentes surtos agressivos de seu filho, no caso em que eles, plenamente cientes dessa situação, tenham sido omissos na adoção de quaisquer medidas com o propósito de evitar a repetição desses fatos, deixando de tomar qualquer atitude para interditá-lo ou mantê-lo sob sua guarda e companhia.
STJ. 4ª Turma. REsp 1.101.324-RJ,Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13/10/2015 (Info 573).

Vale ressaltar que, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que entrou em vigor após esse julgado, a pessoa com deficiência mental não é mais considerada nem absoluta nem relativamente incapaz. Mesmo assim, penso que a conclusão do acórdão permanece a mesma. Isso porque essa nova determinação da Lei nº 13.146/2015 teve como objetivo valorizar a dignidade da pessoa com deficiência e não visou, em nenhum momento, mitigar a responsabilidade dos pais dessas pessoas. Tanto isso é verdade que as pessoas com deficiência podem ainda ser submetidas à curatela caso a deficiência seja de tal forma grave a ponto de ela não ter condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Informativo 575

A responsabilidade dos pais por filho menor (responsabilidade por ato ou fato de terceiro) é objetiva, nos termos do art. 932, I, do CC, devendo-se comprovar apenas a culpa na prática do ato ilícito daquele pelo qual são os pais responsáveis legalmente (ou seja, é necessário provar apenas a culpa do filho).
Contudo, há uma exceção: os pais só respondem pelo filho incapaz que esteja sob sua autoridade e em sua companhia; assim, os pais, ou responsável, que não exercem autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenham o poder familiar, não respondem por ele.
Desse modo, a mãe que, à época de acidente provocado por seu filho menor de idade, residia permanentemente em local distinto daquele no qual morava o menor - sobre quem apenas o pai exercia autoridade de fato - não pode ser responsabilizada pela reparação civil advinda do ato ilícito, mesmo considerando que ela não deixou de deter o poder familiar sobre o filho.
STJ. 3ª Turma. REsp 1.232.011-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/12/2015 (Info 575).

Autoridade é diferente de poder familiar

O inciso I do art. 932 do CC exige, para responsabilizar os pais, que os filhos menores estejam "sob sua autoridade e em sua companhia".

"Autoridade" não é sinônimo de "poder familiar".

Poder familiar é um conjunto de direitos e deveres conferido aos pais com relação ao filho menor de 18 anos (não emancipado), dentre eles o poder de dirigir a criação e a educação, de conceder consentimento para casar, de exigir que preste obediência, e outros previstos no art. 1.634 do CC.

"Autoridade" é expressão mais restrita que "poder familiar" e pressupõe uma ordenação, ou seja, que o pai ou mãe tenha poderes para organizar de forma mais direta e imediata a vida do filho.

Todo pai/mãe que tem autoridade sobre o filho, possui também poder familiar. Mas o contrário não é verdadeiro, ou seja, nem todo pai/mãe que possui poder familiar tem necessariamente autoridade sobre o filho.

Assim, por mais que a mãe ainda permanecesse com o poder familiar (que não foi perdido por ela estar em outra cidade), o certo é que ela não detinha "autoridade" sobre o filho.

A mãe que não exerce autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenha o poder familiar, não deve responder pelos danos que ele causar.

Continuando art. 932...

> *II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;*

Aplica-se aqui a mesma disposição da responsabilidade dos pais pelo ato dos filhos. Também aqui a responsabilidade tem por fundamento o *vínculo jurídico* ***legal***, que se constitui após alguém ser nomeado tutor ou curador de outrem.

> *III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;*

Essa responsabilidade tem por fundamento um *vínculo jurídico* ***contratual***, do qual resulta para o empregador ou preponente o **dever de segurança** em relação àqueles que lhe prestam serviços.

Comitente: Refere-se às relações jurídicas onde há preposição (exemplo: contrato de comissão), mas não subordinação.

Relação de emprego**:** Teoria da substituição → Empregador responde pelo ato do empregado, pois o empregado teoricamente atua em substituição ao empregador.

Superando a Súmula 341 do STF, o CC estabelece ser objetiva a responsabilidade do empregador ou comitente por ato do preposto ou empregado: não cabe a alegação de ausência de culpa na escolha do seu funcionário. O empregador é **objetivamente** responsável pelo ato de seu empregado, pela **escolha** do empregado.

Todavia, é possível a discussão da culpa do empregado na relação externa com a vítima, como em um acidente de trânsito (alegando que o empregado não teve culpa, por exemplo).

Lembrando que a responsabilidade se refere aos atos praticados "**no exercício do trabalho que lhe competir"** ou "**em razão dele"**. Exemplo: o operário que no horário de folga deixa cair ferramenta num carro. Assim, ele responde nas seguintes hipóteses: no cumprimento de suas funções; no cumprimento de outra função; ou ainda agindo contra as ordens do empregador.

Entretanto, mesmo no caso de não estar no exercício ou em razão do trabalho, de acordo com a jurisprudência pode ser o empregador responsabilizado, isto porque, ao emprestar o carro, como vimos acima, **assume o risco**, de o empregado utilizar o veículo fora do serviço e ocasionar um acidente.

OBS: esse dispositivo tem pouca aplicação em razão do seguinte:

a) quando se tratar de prestador de serviço público aplica-se o artigo 37, § 6º, da CF (teoria risco administrativo, fato próprio da empresa);

b) quando for relação de consumo, aplica-se o art. 14 do CDC (risco da atividade, fato próprio, e não de terceiro);

c) todos que desenvolvem atividade de risco, que não for caso das letras 'a' e 'b', aplica-se parágrafo único do art. 927, CC (risco da atividade, fato do serviço, e não do preposto, responsabilidade direta).

PERGUNTA: quando, então se aplica o art. 932, III do CC? É norma **subsidiária**, só aplicável em casos especiais de preposição não enquadráveis nas normais acima referidas. Exemplo: empregado doméstico, motorista particular, preposição eventual. (CAVALIERI FILHO, p. 201-202).

Exoneração da responsabilidade do patrão: somente se exonera se provar caso fortuito ou força maior (e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro), ou que o ato danoso é absolutamente estranho ao serviço ou atividade, praticado fora do exercício das atribuições do empregado ou preposto.

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

Pode ser dois tipos:

a) **responsabilidade por fato dos funcionários ou educandos**;
b) **responsabilidade por fato dos hóspedes ou educandos contra terceiros**.

O primeiro caso, ou seja, responsabilidade por fato de funcionários ou educandos, aplicam-se as observações anteriores, e se conclui que esse dispositivo 'esvaziou-se' em razão do CDC, pois ambos são fornecedores de serviço, aplicando-se o art. 14 do CDC. Quanto ao segundo caso, ou seja, danos causados pelos hóspedes ou alunos a terceiros, o preceito é restrito ao período em que estiverem sob a vigilância do hospedeiro ou estabelecimento, compreendendo apenas o que ocorre no interior do estabelecimento ou em seus domínios.

O dono de hotel responde pelo ato danoso de hóspede em face de outro hóspede, com base no dever de segurança.

Lembra-nos José de Aguiar Dias, na clássica obra "Da Responsabilidade Civil" que o dever de segurança justifica a responsabilidade de donos de hotéis e congêneres especialmente pelo risco da atividade lucrativa desenvolvida.

Quanto aos educandos menores (só menores, porque os pais transferem a guarda da criança), a responsabilidade é toda da escola, ***não*** *cabendo ação regressiva contra os pais*.

OBS1: Em se tratando de escola pública, a responsabilidade é do Estado.

OBS2: Outro aspecto importante a se considerar é a possível responsabilidade civil dos donos de escolas por omissão pelos danos sofridos pelo educando em caso de "***bullying"***. Neste caso, sendo maiores ou menores.

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Responsabilidade solidária de todos que participam no produto do crime, evitando enriquecimento ilícito.

12.4.3. Ação regressiva

Aquele que paga a dívida tem o direito de cobrar do terceiro culpado em ação de regresso. No entanto, não caberá a ação de ressarcimento quando o terceiro for descendente incapaz daquele que pagou (art. 934).

> *Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.*

OBS: à luz do art. 931, fica claro que, mesmo na relação eminentemente empresarial, a responsabilidade civil também se tornou **objetiva.**

> ***Art. 931**. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos **(serviços)** postos em circulação.*

13. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Aqui estudaremos os seguintes pontos:

1) Responsabilidade civil pelo erro médico;
2) Responsabilidade do hospital por erro médico;
3) Cirurgia plástica embelezadora;
4) Anestesiologista: dano em razão da anestesia;
5) Transfusão de sangue e testemunhas de Jeová;
6) O que é “termo de consentimento informado”?
7) Teoria da perda de uma chance;
8) Infecção hospitalar;
9) Responsabilidade civil do plano de saúde.

13.1. RESPONSABILIDADE PELO ERRO MÉDICO

O médico, assim como os profissionais liberais em geral, inclusive engenheiros e advogados, respondem com base na culpa profissional (art. 14, §4º do CDC cumulado com art. 951 do CC). Ou seja, a responsabilidade civil é aferida **subjetivamente.**

> *CDC*
> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
> *[...]*
> *§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*
>
> *CC*

Art. 951. O disposto nos arts. 948 (indenização no homicídio), 949 (indenização no lesão corporal) e 950 (defeito que impeça para o trabalho) aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Considera-se profissional liberal a pessoa física que presta serviço técnico, intelectual ou científico.

No CDC a regra geral é de responsabilidade objetiva. No entanto, por exceção, profissionais liberais respondem subjetivamente, com base na culpa profissional.

Assim, em se tratando de profissionais liberais, o ônus da prova da culpa cabe à vítima. Mas se tratando de relação de consumo, pode haver inversão do ônus da prova.

13.2. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO

O STJ tem reiterado o entendimento de que a responsabilidade do hospital por erro médico é SUBJETIVA (mesmo sendo PJ exercente de uma atividade lucrativa de risco). Nesse caso, deve-se comprovar a culpa do médico (preposto), sendo a do hospital (preponente) presumida (REsp. 258.389/SP, REsp. 908.359/SC).

Para o CAVALIERI é caso de responsabilidade objetiva, forte no art. 14 do CDC. A jurisprudência do STJ oscila, sendo que há entendimentos nesse sentido, e entendimentos que distinguem: se decorre de serviços referentes à exploração de sua atividade empresarial, como manutenção de aparelhos, serviços de auxiliares de enfermagem, etc., a responsabilidade é objetiva; se a pretensão se basear na alegação de falha médica, não pode o hospital responder objetivamente, aplicando-se também, o §4º do art. 14 do CDC.

13.3. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA

Por tratar-se de obrigação de resultado, a culpa do médico por eventual erro é presumida, ou seja, cabe a ele demonstrar a quebra do nexo causal a fim de se eximir da responsabilidade (REsp. 236.708/MG).

13.4. ANESTESIOLOGISTA: DANO EM RAZÃO DA ANESTESIA

Segundo o professor Jurandir Sebastião, a natureza reserva segredos que ainda se conservam fora do alcance da medicina, a exemplo de uma reação alérgica, de maneira que a obrigação deste profissional é de MEIO e não de resultado.

13.5. TRANSFUSÃO DE SANGUE E TESTEMUNHAS DE JEOVÁ (VER CHAVES)

Uma primeira corrente defendida por autores como Gustavo Tepedino invoca a dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença para sustentar a recusa da transfusão contra a vontade do paciente.

Uma segunda corrente, defendida por autores como Fredie Didier, com base na relevância do direito à vida, matriz de todos os direitos, e nos termos dos art. 46 a 56 do Código de Ética Médica e Res. 1.021/80 do CFM, autoriza a intervenção judicial para salvar a vida do paciente, possibilitando a transfusão mesmo contra a sua vontade.

A vida não é disponível.

13.6. O QUE É "TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO"?

Trata-se de uma declaração, firmada pelo paciente, com base no art. 15 do CC, e, a luz do princípio da boa-fé, segundo a qual afirma estar ciente dos riscos e consequências da intervenção clínica. Lembra-nos o professor Miguel Kfouri Neto que este termo, embora importante, não significa um salvo conduto para aquele que cometeu erro médico, mas que o médico cumpriu seu dever de informação.

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

13.7. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Segundo o professor Julio Meirelles, essa teoria também pode ser aplicada ao médico, quando deixa de utilizar um meio adequado mais provável de atingir a cura. Exemplo: Mulher com câncer vai ao hospital e o médico tira radiografia em vez de ultrassom. Dessa forma, a mulher perdeu a chance de cura. Nesses casos, cabe indenização, mas deve ser reduzida posto não ser um dano absolutamente concreto.

Entendimento recente do STJ, no mesmo sentido!!!!

13.8. INFECÇÃO HOSPITALAR

O hospital responde objetivamente pela infecção, quando esta decorre do seu próprio serviço e não da atividade médica (REsp. 629.212/RJ).

*Lembrar Direito Penal**:** temos que a lesão provocada pelo agente, que em hospital acaba provocando a morte da vítima em virtude de agravamento por infecção hospitalar, para os tribunais superiores, é uma **concausa superveniente relativamente independente que NÃO por si só** produz o resultado (equipara-se a erro médico). Sendo que o indivíduo responde penalmente pela consumação (**homicídio consumado).**

13.9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANO DE SAÚDE

Há entendimento no STJ admitindo a responsabilidade do plano de saúde por erro (dano) médico (REsp. 328.309/RJ). Seguindo a linha do STJ, deveria ser subjetiva também.

14. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

Aqui analisaremos o seguinte:

1) Responsabilidade civil do transportador em relação aos seus empregados;
2) Responsabilidade civil do transportador em relação a terceiros;
3) Responsabilidade civil do transportador em relação aos passageiros;
4) Exclusão da responsabilidade do transportador;
5) Transporte de simples cortesia.

14.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO AOS SEUS EMPREGADOS

Acidente de trabalho. A indenização, em regra é pleiteada ao INSS. Mas, se houver dolo ou culpa do empregador, pode ser pleiteada indenização no Direito comum, forte no art. 7º, XXVIII da CF. (p. 310).

CF
Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
...
XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

14.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO A TERCEIROS

A responsabilidade aí é extracontratual, pois não há vínculo jurídico entre eles. Nesse caso têm-se as seguintes possibilidades: a) se o transporte é realizado por prestadora de serviço público, por se tratar de dano a terceiro, aplica-se o art. 37 §6º da CF; b) se não for prestadora de serviço público, aplica-se o art. 14 do CDC, combinado com o artigo 17: consumidor por equiparação, pois é vítima do evento. Nesse caso, não precisa mais invocar a responsabilidade por fato de terceiro porque o transportador não responde por fato do preposto, mas por fato próprio (defeito do serviço). Em ambos os casos, a responsabilidade é objetiva, mas tem fundamentos legais diferentes. (p. 309).

CF
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

CDC
Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

14.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR EM RELAÇÃO AOS PASSAGEIROS

A responsabilidade é *contratual*. A responsabilidade é objetiva, aplicando-se o CDC, artigo 14.

14.4. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR

Fato exclusivo do passageiro; fortuito externo; fato exclusivo de terceiro.

14.5. TRANSPORTE DE SIMPLES CORTESIA

Súmula 145, STJ: só responde se incorrer em dolo ou culpa grave.

> *Súmula: 145 No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em **dolo** ou **culpa grave**.*

Overbooking. É um ato ilícito, conforme já decidiu o STJ, que gera direito à indenização (REsp. 211.604/SC).

Conversão de Varsóvia limita o valor para indenização de mala extraviada. O STJ, em mais de um julgado, tem dito que a jurisprudência é firme no sentido de que a indenização por extravio ou perda de mercadoria rege-se pelo CDC e não pela indenização tarifada da Convenção de Varsóvia (Ver. AgRg no Ag. 827.374/MG). Isto, além de outros motivos, porque o CDC é mais benéfico ao indivíduo.

15. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO

Deve ser analisada sob duplo aspecto:

a) em relação ao cliente; e,
b) em relação a terceiros.

a) em relação ao cliente: o vínculo é contratual, assumindo o advogado uma obrigação de meio. No entanto, tem deveres como de informar e o dever do sigilo profissional. Aplica-se o art. 14, §4º do CDC. Se for empregado de empresa, Defensor Público ou Procurador do Estado, por exemplo, quem responde é a entidade. (p. 407).

> *CDC Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
> *§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

OBS: nesse último caso, o autor não referiu se a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva.

b) em relação a terceiros: a responsabilidade é extracontratual e também é subjetiva. Exemplo: ofensa em juízo. A imunidade não acoberta excessos.

16. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analisaremos o seguinte:

1) Regra da responsabilidade civil da administração;
2) Excludentes;
3) Alcance do art. 37, §6º, CF. *"terceiros";*
4) Estado executando atividade econômica;
5) Conduta omissiva**.**

16.1. REGRA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO

Responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, CF), fundamentada na Teoria do Risco administrativo, que em apertada síntese significa *"atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa".* (p. 243).

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
> *...*
> *§ 6º - **As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**.*

16.2. EXCLUDENTES

Fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, pois aí, não há relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano.

E a concorrência de causas (culpa concorrente)? Não há entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, pois alguns entendem que não atenua a responsabilidade do Estado, e outros, ao contrário, entendem que atenua. Este último entendimento parece ser o predominante (p. 249-250).

Dano decorrente de fenômeno da natureza e fato de terceiro: em regra, como dito, isentam o Estado de ser responsabilizado. Mas, pode a Administração vir a ser responsabilizada não pela teoria objetiva, mas subjetivamente, se comprovado que, pela sua "omissão genérica" (pois a específica enseja a responsabilidade objetiva) ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento. Incide aí a responsabilidade subjetiva pela '***faute du service' / culpa anônima*** – ausência do serviço ou o seu defeituoso funcionamento (serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente).

16.3. ALCANCE DO ART. 37, §6º, CF. *"*TERCEIROS*".*

> *Art. 37.*
> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, **CAUSAREM A TERCEIROS**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

ATENÇÃO: o artigo em comento refere a responsabilidade estatal objetiva por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a ***terceiros***, o que, segundo o autor, significa que só é aplicável à

responsabilidade extracontratual do Estado, ou seja, se o ato atingir alguém que não tenha vínculo jurídico com o Estado, pois, havendo vínculo contratual, este contrato será a base para apurar a responsabilidade.

16.4. ESTADO EXECUTANDO ATIVIDADE ECONÔMICA

Aqui a regra é responsabilidade subjetiva, MAS:

Se possui vínculo contratual, na condição de *fornecedora* de produto/serviço público: aplicam-se as regras do **CDC**. Portanto, nesse caso, o fundamento da responsabilidade objetiva não será o art. 37, §6º da CF, mas sim, o art. 14 do CDC.

16.5. CONDUTA OMISSIVA

Se o dano decorre de conduta omissiva, a responsabilidade continua sendo objetiva?

Há divergências. Para o autor, a questão é distinguir *omissão genérica X omissão específica*. Se a omissão for genérica (omissão propriamente dita): a responsabilidade é subjetiva. Se, por outro lado, for específica (quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo), a responsabilidade é objetiva.

Exemplo: motorista embriagado atropela e mata alguém: a Administração não poderá ser responsabilizada por não ter a entidade de trânsito fiscalizado; mas, se havia uma barreira policial, o cidadão teve o veículo parado, e, por qualquer razão o patrulhamento deixou-o seguir adiante, há omissão específica. (p. 254). OBS: No seguinte julgado, há referência a esta distinção feita pelo autor: REsp 888.420/MG.

17. DPVAT

17.1. EM QUE CONSISTE O DPVAT?

O DPVAT é um seguro obrigatório contra danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas, transportadas ou não.

Em outras palavras, qualquer pessoa que sofrer danos pessoais causados por um veículo automotor, ou por sua carga, em vias terrestres, tem direito a receber a indenização do DPVAT. Isso abrange os motoristas, os passageiros, os pedestres ou, em caso de morte, os seus respectivos herdeiros.

Ex.: dois carros colidem e, em decorrência da batida, acertam também um pedestre que passava no local.

No carro 1, havia apenas o motorista. No carro 2, havia o motorista e mais um passageiro. Os dois motoristas morreram. O passageiro do carro 2 e o pedestre ficaram inválidos. Os herdeiros dos motoristas receberão indenização de DPVAT no valor correspondente à morte. O passageiro do carro 2 e o pedestre receberão indenização de DPVAT por invalidez.

Para receber indenização, não importa quem foi o culpado. Ainda que o carro 2 tenha sido o culpado, os herdeiros dos motoristas, o passageiro e o pedestre sobreviventes receberão a indenização normalmente.

O DPVAT não paga indenização por prejuízos decorrentes de danos patrimoniais, somente danos pessoais.

17.2. QUEM CUSTEIA AS INDENIZAÇÕES PAGAS PELO DPVAT?

Os proprietários de veículos automotores. Trata-se de um seguro obrigatório. Assim, sempre que o proprietário do veículo paga o IPVA, está pagando também, na mesma guia, um valor cobrado a título de DPVAT.

O STJ afirma que a natureza jurídica do DPVAT é a de um contrato legal, de cunho social.

O DPVAT é regulamentado pela Lei nº 6.194/74.

17.3. VALOR DA INDENIZAÇÃO DO DPVAT

Qual é o valor da indenização de DPVAT prevista na Lei?

 no caso de morte: R$ 13.500,00 (por vítima)

 no caso de invalidez permanente: até R$ 13.500,00 (por vítima)

 no caso de despesas de assistência médica e suplementares: até R$ 2.700,00 como reembolso à cada vítima.

Como a indenização por invalidez é de até R$ 13.500,00, entende-se que esse valor deverá ser proporcional ao grau da invalidez permanente apurada. Nesse sentido, existe um enunciado do STJ:

> *Súmula 474-STJ: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez.*

17.4. AÇÕES DE COBRANÇA ENVOLVENDO O SEGURO DPVAT

Caso a pessoa beneficiária do DPVAT não receba a indenização ou não concorde com o valor pago pela seguradora, ela poderá buscar auxílio do Poder Judiciário?

Sim. A pessoa poderá ajuizar uma ação de cobrança contra a seguradora objetivando a indenização decorrente de DPVAT.

Contra quem essa ação é proposta?

Contra a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT.

O Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP determinou que fossem constituídos consórcios de seguros privados para administrar o pagamento do seguro DPVAT, sendo esses comandados por uma seguradora líder (Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT).

A Seguradora Líder-DPVAT é uma companhia de capital nacional, constituída por seguradoras que participam dos dois consórcios.

As seguradoras consorciadas são responsáveis pela garantia das indenizações, prestando, também, atendimento a eventuais dúvidas dos usuários. No entanto, em demandas administrativas ou judiciais, elas são representadas pela Seguradora Líder-DPVAT.

17.5. PRAZO PRESCRICIONAL NA AÇÃO COBRANDO A INDENIZAÇÃO DO DPVAT

Qual é o prazo que o beneficiário possui para ajuizar ação cobrando da seguradora a indenização do DPVAT que não lhe foi paga?

A ação de cobrança do seguro obrigatório DPVAT prescreve em 3 anos (art. 206, § 3º, IX, do CC).

Qual é o termo inicial do prazo prescricional?

O termo inicial do prazo prescricional é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez ou da morte.

> *Súmula 573-STJ: Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução.*

Em regra, a pessoa somente tem ciência inequívoca da invalidez permanente com o laudo médico que atesta essa situação. Assim, em regra, o termo inicial do prazo é a data do laudo.

Exceção: nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca da invalidez não depende de laudo médico.

17.6. PRAZO PRESCRICIONAL NA AÇÃO COBRANDO A COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DPVAT

E se o beneficiário recebeu apenas uma parte do seguro, mas não concorda com o valor e quer o pagamento do restante? Ex: sofreu invalidez permanente, recebeu R$ 10 mil, mas acha que tem direito a R$ 13.500,00. Qual é o prazo neste caso?

O prazo de prescrição para o recebimento da complementação do seguro DPVAT também é trienal. Não há motivo para que o prazo da ação pedindo o complemento seja diferente daquele previsto para que se pleiteie o todo (STJ. 4ª Turma. REsp 1220068/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/12/2011).

Qual é o termo inicial do prazo prescricional?

O prazo prescricional começa no dia que foi realizado o pagamento administrativo que o beneficiário considera que tenha sido menor que o devido. STJ. 2ª Seção. REsp 1.418.347-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 8/4/2015 (recurso repetitivo) (Info 559).

17.7. PRAZO PRESCRICIONAL DURANTE A TRAMITAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PEDIDO DO DPVAT

Como vimos acima, o prazo prescricional para que a pessoa cobre o seguro DPVAT começa na data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez.

Imaginemos que a vítima soube, no dia 02/02, que ficou inválida permanentemente em razão do acidente de trânsito. Este é o termo inicial para cobrar a indenização. Ela faz o requerimento administrativo na seguradora no dia 02/03. A seguradora demora um mês para analisar o pedido. Durante esse período de tramitação administrativa, o prazo prescricional fica suspenso, conforme prevê enunciado do STJ:

> *Súmula 229-STJ: O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.*

Depois que a seguradora informar ao beneficiário o resultado do seu pedido, podemos imaginar duas situações:

1) O pedido foi indeferido: neste caso, o prazo prescricional (que estava suspenso) volta a correr. Não há interrupção, mas simples retorno do curso do prazo prescricional. Isso significa que o beneficiário já perdeu uma parte do prazo, ou seja, o tempo que transcorreu entre a data da ciência da invalidez e a entrada do requerimento administrativo.

2) O pedido foi acolhido, mas a indenização paga não foi no valor máximo: neste caso, entende-se que houve interrupção do prazo prescricional para se postular a indenização integral. Em outras palavras, a partir do dia em que seguradora aceitou pagar parcialmente o valor da indenização surge o prazo de 3 anos para que o beneficiário ajuíze ação pleiteando a complementação do valor.

17.8. FORO COMPETENTE

> *Súmula 540-STJ: Na ação de cobrança do seguro DPVAT, constitui faculdade do autor escolher entre os foros do seu domicílio, do local do acidente ou ainda do domicílio do réu.*

17.9. MINISTÉRIO PÚBLICO

O plenário do STF decidiu que o MP tem legitimidade para defender os contratantes do seguro obrigatório DPVAT.

Por esta razão o STJ cancelou a súmula 470.