2

Curso de Direito Civil

Fábio Ulhoa Coelho

Obrigações • Responsabilidade Civil

5ª edição

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Curso de Direito Civil

Obrigações • Responsabilidade Civil

2

5ª edição
2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13444-7

Coelho, Fábio Ulhoa
Curso de direito civil, volume 2 : obrigações : responsabilidade civil / Fábio Ulhoa Coelho. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil 3. Obrigações (Direito) 4. Responsabilidade civil I. Título.
CDU-347

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito civil 347

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Cíntia da Silva Leitão

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Claudirene de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Rita de Cassia S. Pereira / Willians Calazans de V. de Melo

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Lupércio de Oliveira Damasio

Capa Roney Camelo

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 28-10-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

A *Beatriz*

ÍNDICE

SEGUNDA PARTE
DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO 13
INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

1. Conceito de obrigação
2. Execução da obrigação
3. Elementos da obrigação
4. Classificação das obrigações
5. Obrigações imperfeitas
6. Obrigação e patrimônio
7. Significados da expressão “obrigação”
8. Obrigação e dever
9. Flexibilização do direito das obrigações

CAPÍTULO 14
MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

1. Introdução
2. Obrigações de dar
    2.1. Dar coisa certa
    2.2. Sucessos da coisa certa
    2.3. Dar coisa incerta
    2.4. Escolha da prestação
    2.5. Obrigação de restituir
    2.6. Obrigações pecuniárias
3. Obrigações de fazer
    3.1. Caracterização da obrigação de fazer
    3.2. Espécies de obrigação de fazer

3.3. Execução da obrigação de fazer
4. Obrigação de não fazer
5. Obrigações alternativas
5.1. Concentração
5.2. Impossibilidade ou inexequibilidade de prestação alternativa
5.3. Sucesso das coisas nas obrigações alternativas
5.4. As obrigações facultativas
6. Divisibilidade das obrigações
7. Obrigações solidárias
7.1. Solidariedade passiva
7.2. Solidariedade ativa

CAPÍTULO 15

TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO

1. Espécies de transmissão
2. Cessão de crédito
2.1. Relações com o cedido e com o cedente
2.2. Cessão civil e endosso
3. Assunção de dívida

CAPÍTULO 16

ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO: PAGAMENTO

1. Conceito de pagamento
2. Os sujeitos
2.1. O sujeito que paga
2.2. O sujeito a quem se paga
3. Objeto do pagamento
4. Alteração do objeto do pagamento
5. Prova do pagamento
6. Lugar do pagamento
7. Tempo do pagamento
8. Pagamento indireto
8.1. Pagamento em consignação
8.2. Pagamento com sub-rogação
8.3. Dação em pagamento

9. Imputação do pagamento

CAPÍTULO 17

EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO

1. Extinção ordinária e extraordinária
2. Novação
3. Compensação
    3.1. Reciprocidade subjetiva
    3.2. Prestação compensável
    3.3. Observações finais
4. Confusão
5. Remissão de dívidas

CAPÍTULO 18

INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO

1. O descumprimento da obrigação
2. Consequências gerais do inadimplemento
3. Mora
4. Inadimplemento voluntário
    4.1. Inadimplemento das obrigações pecuniárias
        4.1.1. Mora do devedor nas obrigações pecuniárias
        4.1.2. Os consectários
            4.1.2.1. Perdas e danos
            4.1.2.2. Juros
            4.1.2.3. Correção monetária
            4.1.2.4. Cláusula penal nas obrigações pecuniárias
            4.1.2.5. Honorários de advogado
        4.1.3. Conclusão
    4.2. Obrigações não pecuniárias
        4.2.1. Inadimplemento absoluto das obrigações não pecuniárias
        4.2.2. A mora nas obrigações não pecuniárias
        4.2.3. Juros nas obrigações não pecuniárias
        4.2.4. Cláusula penal nas obrigações não pecuniárias
5. Inadimplemento involuntário: caso fortuito
6. Inadimplemento e execução judicial

7. Inadimplemento e insolvência

CAPÍTULO 19

INTRODUÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES EM ESPÉCIE

1. Obrigações em espécie
2. Questão de ordem
3. Direito das obrigações e a globalização

CAPÍTULO 20

ATOS UNILATERAIS

1. Negócios jurídicos unilaterais
2. Promessa de recompensa
    2.1. Concursos de mérito
    2.2. Concursos promocionais
3. Gestão de negócios
4. Pagamento indevido
5. Enriquecimento sem causa

TERCEIRA PARTE

RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO 21

INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Externalidades
2. Classificação da responsabilidade civil
3. Espécies de responsabilidade civil
    3.1. Fundamento da responsabilidade civil subjetiva
    3.2. Fundamento da responsabilidade civil objetiva

3.3. Teorias de transição
4. Funções da responsabilidade civil
5. Princípio da indenidade
5.1. Estado mutualista: a experiência neozelandesa
5.2. Responsabilidade objetiva pura
5.3. Distorção do princípio da indenidade: o Judiciário como justiceiro
6. Dano
7. Conclusão

CAPÍTULO 22

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

1. Responsabilização por atos ilícitos
2. O pressuposto subjetivo
2.1. Ato humano
2.1.1. Ação
2.1.2. Omissão
2.2. Culpa
2.3. Abuso de direito
3. Profissionais liberais
3.1. Questão de ordem
3.2. Profissionais da saúde
3.2.1. Médicos
3.2.2. Medicina de embelezamento
3.2.3. Prova da culpa
3.3. Advogados
3.4. Engenheiros civis
4. Acidente de trânsito
5. Acidente de trabalho
6. Responsabilidade com culpa presumida: ruína de prédio
7. Responsabilidade em função do grau de culpa
7.1. Transporte de cortesia
7.2. Cobrança indevida

CAPÍTULO 23

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

1. Responsabilização por atos lícitos
2. Teoria do risco
3. Significado de “atividade”
4. Responsabilidade dos empresários
    4.1. Conceito de empresário
    4.2. Atividades econômicas não empresariais
    4.3. Empresário individual e sociedade empresária
    4.4. Acidente de consumo
        4.4.1. Fornecimento perigoso
        4.4.2. Fornecimento defeituoso
    4.5. Empresários do ramo de transporte
    4.6. Empresários do ramo de albergaria
5. Responsabilidade do Estado
6. Responsabilidade puramente formal
    6.1. Responsabilidade por ato de outrem
        6.1.1. Ato de incapaz
        6.1.2. Ato de capaz
    6.2. Outras hipóteses
7. Responsabilidade por dano ambiental

CAPÍTULO 24

EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

1. Elementos e excludentes da responsabilidade
2. Inexistência de dano
3. Inexistência de relação de causalidade
    3.1. Caso fortuito ou de força maior
    3.2. Culpa de terceiro
    3.3. Culpa exclusiva da vítima
4. Cláusula de não indenizar

CAPÍTULO 25

INDENIZAÇÃO

1. O valor da indenização
    1.1. A culpa e o valor da indenização
        1.1.1. Grau de culpa do devedor

1.1.2. Culpa concorrente do credor
1.2. Indenização tarifada
2. Danos patrimoniais
3. Danos extrapatrimoniais ou morais
3.1. Função dos danos morais
3.2. Titulares do crédito
3.3. Hipóteses de danos morais
3.4. Quantificação do dano moral
3.5. Um mundo de *não me toques*
4. Indenização punitiva (*punitive damages*)
5. Solidariedade e direito de regresso

Bibliografia

Segunda Parte

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Capítulo 13

INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

1. CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

Obrigação conceitua-se como o vínculo entre dois sujeitos de direito juridicamente qualificado no sentido de um deles (o sujeito ativo ou credor) titularizar o direito de receber do outro (sujeito passivo ou devedor) uma prestação. Os exemplos são inúmeros. Locador e locatário estão unidos por uma obrigação, em virtude da qual o primeiro pode exigir do segundo o pagamento do aluguel pelo uso do bem locado. Entre alimentante e alimentado há um vínculo obrigacional que faz deste credor dos alimentos em face daquele. Quem sofre danos causados culposamente por outra pessoa titulariza perante esta o direito ao ressarcimento dos prejuízos. A Prefeitura pode cobrar do proprietário de bem imóvel situado em área urbana o IPTU (imposto predial e territorial urbano). Em todos esses casos, e em muitos outros, um sujeito (locador, alimentado, vítima, Prefeitura etc.) é titular do direito de receber uma prestação de outro (locatário, alimentante, causador do dano, proprietário imobiliário etc.). Aproxima-os uma *obrigação*.

Neste conceito, pus ênfase no lado ativo da obrigação, ao defini-la como o vínculo que faz de alguém *credor* de outra pessoa. Note-se, desde logo, porém, que é possível conceituá-la também pelo lado passivo da relação. Neste caso, obrigação é definida como o vínculo que faz de um sujeito de direito *devedor* de outro. As mesmas relações acima indicadas podem ser também descritas por este ângulo. Assim, locatário e locador estão unidos por uma obrigação, em virtude da qual o primeiro deve pagar ao segundo o aluguel. Entre alimentante e alimentado há um vínculo obrigacional que faz daquele devedor dos alimentos em favor deste. Quem culposamente causa dano a outra pessoa fica ligado a esta pela obrigação de ressarcir os prejuízos causados. O proprietário de bem imóvel situado em área urbana está obrigado perante a Prefeitura ao pagamento do IPTU.

As duas formas de conceituar obrigação — como direito do sujeito ativo ou

dever do passivo — são igualmente adequadas. Aliás, pode-se também definir obrigação compreendendo, no conceito, simultaneamente os dois polos da relação. Neste caso, a obrigação é o vínculo entre sujeitos de direito, em que um deles deve cumprir uma prestação de interesse do outro, que, por sua vez, tem o direito de a receber (Gomes, 1961:10). Independentemente da alternativa adotada, o conceito será operacional na superação de conflitos de interesses entre credores e devedores.

Quando o devedor cumpre sua obrigação no vencimento, não se verifica entre ele e o credor nenhum conflito de interesses. Neste caso, aliás, todo o aparato conceitual e tecnológico e as normas do *direito das obrigações* serão inúteis. Cumprida a obrigação como devida, não se estabelece entre os interesses dos sujeitos vinculados nenhum conflito. Este, na verdade, surge quando o devedor não cumpre a obrigação. Postar-se-á, então, de um lado, o credor interessado em receber a prestação correspondente e, de outro, o devedor que considera interessante resistir em cumpri-la. Na sociedade democrática dos nossos tempos, tal conflito só deve ser superado pela atuação de um complexo sistema social (o Direito). Em outros termos, se a obrigação existir, o Estado, por meio do Poder Judiciário, reconhecendo o direito do sujeito ativo, acionará seu aparato repressor para constranger o sujeito passivo a cumprir a prestação.

Apenas como auxiliar na superação de conflitos de interesses entre credor e devedor operam os conceitos, princípios, normas e elaborações tecnológicas deste ramo do direito civil. As disposições legais sobre o pagamento, por exemplo, não se aplicam quando o devedor paga a prestação ao credor e este se dá por satisfeito. Nesta oportunidade, ninguém se socorre do direito das obrigações. Aplicam-se, na verdade, as normas sobre o pagamento quando o credor questiona a validade, eficácia ou regularidade do ato de pagar do devedor, ou seja, quando conflitam os interesses desses sujeitos de direito. Aplicam-se, em outras palavras, se o devedor diz que os atos por ele praticados caracterizam o pagamento da obrigação — e que, portanto, está já liberado de seus compromissos —, mas o credor reputa que tais atos não importaram o cumprimento integral da prestação. O conflito será superado pelo juiz, orientado pelas normas da legislação civil e auxiliado pela tecnologia civilista. Se os atos praticados pelo devedor correspondem àqueles que a lei define como pagamento válido, eficaz e regular, o juiz está orientado pela lei a negar ao credor a pretensão de exigir novamente a prestação. Caso contrário, a orientação é a de que o juiz ampare o credor nessa pretensão.

Até aqui, ao conceituar obrigação, tem-se falado em dois sujeitos. Na maioria

das vezes, isto é correto, por aproximar o vínculo obrigacional um sujeito de direito de outro. Há, porém, obrigações que unem mais de dois sujeitos. Quando o pagamento dos aluguéis pelo locatário está, por exemplo, garantido por fiança prestada por dois amigos, na obrigação que vincula locador e fiadores, no polo passivo encontram-se mais de um sujeito de direito. Estas obrigações são chamadas de complexas e suscitam questões próprias (Cap. 14, itens 5 a 7). Para que o conceito de obrigação compreenda também a circunstância de um mesmo polo da relação obrigacional ser ocupado por duas ou mais pessoas, deve-se descartar a noção de *sujeito de direito* e empregar a de *parte*.

Obrigação é o vínculo entre duas partes juridicamente qualificado no sentido de uma delas (o sujeito ou sujeitos ativos) titularizar o direito de receber da outra (o sujeito ou sujeitos passivos) uma prestação.

Parte da obrigação é o centro de referência a interesses essencialmente iguais. É a identidade dos interesses dos sujeitos participantes da relação jurídica que define as partes. Numa compra e venda, têm-se sempre duas partes, a *compradora* e a *vendedora*, mas cada uma delas pode corresponder a um ou mais sujeitos de direitos. A parte vendedora tem o interesse de dispor da coisa objeto de contrato em troca do preço contratado, e a compradora, o de pagar o preço para ter a coisa. Se o bem vendido pertence em condomínio a mais de um sujeito, todos os proprietários postam-se, na relação obrigacional, como vendedores. Eles são a parte vendedora, porque têm o mesmo interesse de trocar a coisa pelo dinheiro correspondente ao preço. A seu turno, se são mais de um os compradores, formam eles a parte compradora porque têm todos o mesmo interesse de pagar o preço para ter a coisa.

Obrigação, assim, é o vínculo entre duas *partes* juridicamente qualificado no sentido de uma delas (a do sujeito ou sujeitos ativos) titularizar o direito de receber da outra (a do sujeito ou sujeitos passivos) uma prestação.

2. EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO

A execução da obrigação é a realização de seus objetivos. Quando o Direito considera duas partes ligadas por um vínculo obrigacional tem em mira determinadas finalidades. Quando a obrigação deriva de declarações intencionais de vontade das partes (negócio jurídico), o objetivo é ditado por estas. Destina-

se, assim, a compra e venda a fazer com que o comprador tenha a coisa que quer e o vendedor receba, por ela, o preço contratado. Executada a obrigação correspondente a este contrato, atingem as partes o que pretendiam ao contratar.

Nem sempre o objetivo da obrigação corresponde ao querido pela parte. Se o motociclista atropela culposamente o pedestre, surge entre eles uma obrigação em razão da qual o primeiro torna-se devedor da indenização dos danos que causou ao segundo. A finalidade dessa obrigação é, aqui, fixada pela lei: recomposição dos danos do ato ilícito, com a reparação da vítima e a punição do culpado. É irrelevante se o motociclista quer ou não pagar as perdas e danos sofridos pelo pedestre derivados do atropelamento. Provavelmente não; mas, tanto faz, terá que cumprir a obrigação de modo a se realizar a finalidade buscada pela ordem jurídica.

Execução da obrigação é a realização dos seus objetivos, fixados pelas partes ou pela lei. A expectativa do credor — e, em certo sentido, da própria sociedade — é a de que a obrigação seja executada por pura iniciativa do devedor, isto é, através da entrega espontânea da prestação (execução voluntária).

Espera-se que o devedor cumpra a obrigação, entregando a prestação ao credor, de forma espontânea. É a execução *voluntária*, traduzida pelo cumprimento do dever pelo sujeito passivo exclusivamente em consideração ao direito do sujeito ativo e, portanto, sem a necessidade de atuação do aparelho repressor do Estado. Nem sempre, porém, essa expectativa (que não é só do credor, mas presumivelmente de toda a sociedade) se realiza. Numa parcela pequena, mas significativa, dos casos, o devedor não executa voluntariamente a obrigação. Não entrega a prestação a que ficou obrigado pelo negócio jurídico ou pela lei. Quando isso acontece, o credor tem que buscar a satisfação de seu direito em juízo. O Estado, por meio do aparato judicial, forçará o devedor a cumprir a obrigação, com vistas a garantir a concretização das finalidades desta. A execução não será então voluntária, mas *judicial*.

Deste modo, se o devedor não cumpre a obrigação, o credor tem o direito de acionar o aparato repressivo do Estado (pelos instrumentos próprios estudados em *direito processual civil*) para obter sua satisfação forçada. Esta se dá, em última instância, pela expropriação de bens do patrimônio do devedor. Se *Antonio* emprestou a *Benedito* a quantia de *R$ 10.000,00*, sob a condição de este a restituir em 60 dias, estabelece-se entre eles uma obrigação. Em razão dela,

Benedito fica vinculado a *Antonio*; quer dizer, vencido aquele prazo e não sendo feito o pagamento do empréstimo, poderá ter, depois de cumpridas as regras processuais pertinentes, um ou mais bens de sua propriedade penhorados por ordem do juiz. Estes bens serão, em seguida, também mediante a observância das regras processuais aplicáveis, vendidos em hasta pública (isto é, num *leilão* promovido pelo Poder Judiciário, que recebe, por vezes, a denominação de *praça*). Com o produto da venda judicial desses bens, o juiz determina que se paguem a *Antonio* os *R$ 10.000,00* objeto do empréstimo e mais os valores a que ele faz jus em virtude do inadimplemento da obrigação (Cap. 18).

O objetivo da execução judicial é possibilitar ao credor receber exatamente a prestação devida, concretizando-se assim as finalidades da obrigação fixadas pela lei ou pelas partes. A execução da obrigação em juízo, em outros termos, deve procurar assegurar a entrega ao credor da mesma prestação que ele receberia na hipótese de execução voluntária. Sendo a prestação uma quantia em dinheiro — como no caso das obrigações do mutuário, comprador, contribuinte, alimentante, culpado por danos etc. —, atende satisfatoriamente a este desiderato a expropriação de bens do devedor e sua venda judicial para o subsequente pagamento ao credor.

Quando a prestação não consiste na entrega de dinheiro, mas de coisa diversa, ou mesmo se ela envolve uma ação ou omissão do devedor, não é sempre possível fazer com que o credor receba, na hipótese de inadimplemento do devedor, exatamente o que esperava. Quando o juiz pode determinar providências que importam a entrega ao credor da exata prestação objeto da obrigação inadimplida, realiza-se a *execução específica*. Se o vendedor do imóvel, após o pagamento de todas as parcelas do preço pelo comprador, recusa-se a outorgar-lhe a escritura pública de compra e venda, indispensável, em regra, ao registro de transferência da propriedade imobiliária, o juiz pode determinar a realização do ato formal, substituindo com sua decisão a declaração da parte inadimplente. Neste caso, o credor (comprador do imóvel) acaba recebendo exatamente a mesma prestação objeto da obrigação, ou seja, a escritura apta a viabilizar a transmissão da propriedade. Realiza-se, assim, precisamente o objetivo da obrigação.

Há hipóteses, contudo, em que descabe a execução específica. O Judiciário não tem como assegurar sempre ao credor a entrega da mesma prestação que adviria da execução voluntária da obrigação. É o caso de impossibilidade material, de qualquer ordem, que obsta a execução específica. Se o consumidor adquire um eletrodoméstico de certa marca e modelo que manifesta, depois de

algum tempo, defeito de fabricação, tem ele o direito de exigir do fornecedor a sua substituição por outro igual. Mas, se a marca ou modelo em questão não existe mais no mercado, é impossível ao fornecedor entregar ao consumidor exatamente a prestação contratada. Nestes casos, quando materialmente possível, a lei assegura ao credor o resultado *mais próximo* que adviria do cumprimento voluntário da obrigação. No exemplo, o consumidor pode reclamar em juízo a substituição do seu produto defeituoso por outro de mesma espécie, embora de marca ou modelo diversos (CDC, art. 18, § 1º, I). Não é exatamente a mesma prestação, mas outra apta a produzir resultado próximo ao cumprimento espontâneo da obrigação. Neste caso, verifica-se a *execução judicial subsidiária por prestação equivalente*.

Vezes há, por fim, que é impossível até mesmo a entrega ao credor de prestação que assegure resultado equivalente ao da execução voluntária. Há situações em que a oportunidade única para a entrega da prestação passa e não há como recuperá-la. A perda irremediável da oportunidade ocorre principalmente se a obrigação é personalíssima, por não poder ser cumprida por ninguém mais além do próprio devedor. Se o empresário, por exemplo, contrata o cantor de jazz para apresentação durante um grande evento de música jazzística, obriga-se o artista a comparecer no local do espetáculo no horário apropriado, subir ao palco e cantar. Não cumprindo o cantor sua obrigação no tempo e lugar avençados, torna-se impossível a entrega da prestação, tal como contratada, ao empresário credor. Não há, em outros termos, nenhuma providência que o juiz possa decretar capaz de produzir resultados equivalentes ao da execução voluntária. Em casos tais, não havendo como impor ao devedor a entrega de prestação que leve a resultado equivalente — já que, no exemplo, não é o caso de se promover outro evento do mesmo porte só para que o artista faltoso se apresente —, ela é substituída pela indenização em dinheiro. O credor que não pode receber a prestação objeto da obrigação, nem outra de resultados equivalentes, deve ser compensado pelo prejuízo que sofreu. É a hipótese de *execução judicial subsidiária por indenização*.

Quando a obrigação não é executada por pura iniciativa do devedor, o credor pode obter, em juízo, o seu cumprimento forçado. Em princípio, a lei procura assegurar ao credor prestação jurisdicional que lhe proporcione o mesmo resultado que adviria da execução voluntária (execução específica). Caso não seja isto possível, procura assegurar-lhe o resultado mais próximo ou a indenização em dinheiro (execução subsidiária).

Caso o devedor não pague a indenização fixada pelo juiz, tem lugar a expropriação de bens de seu patrimônio, com as consequências já assinaladas: venda destes bens em juízo e pagamento ao credor com o produto da venda.

A execução voluntária da obrigação corresponde, em geral, à forma menos custosa — individual ou socialmente falando — de se realizarem os objetivos pretendidos pelas partes ou fixados pela lei. O devedor que cumpre espontaneamente a obrigação não se sujeita ao pagamento dos acréscimos contratuais ou legais (juros, multa, honorários de sucumbência e custas do processo). Quer dizer, a menos que não disponha dos recursos para tanto, costuma ser mais vantajoso, para ele, a execução voluntária. Para o credor, é óbvio que o recebimento da prestação no prazo e modo devidos corresponde à melhor alternativa econômica. Verificada a execução voluntária, o credor não precisa buscar em juízo a satisfação de seu crédito, antecipando custas e honorários advocatícios, nem procurar, como muitas vezes ocorre, obter de terceiros, por mútuo ou financiamento, os recursos de que disporia caso houvesse sido cumprida tempestivamente a obrigação pelo devedor. Para a sociedade, também é a execução voluntária das obrigações a opção menos custosa de se cumprirem as finalidades destas, porque ela libera o aparato repressivo estatal para outras tarefas de maior urgência (repressão ao crime, p. ex.).

3. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO

São três os elementos da obrigação: sujeitos, prestação e vínculo.

Sujeitos da obrigação. A obrigação é um vínculo jurídico entre sujeitos, isto é, uma relação jurídica. Nem todos os vínculos importantes para o Direito aproximam sujeitos. Há outros juridicamente qualificados que aproximam, por exemplo, sujeitos e coisas. Quando se examina o direito de propriedade não pelo ângulo do conflito de interesses entre o titular do direito e os que têm o dever de o respeitar, mas pelo do aproveitamento econômico dos bens, dá-se destaque ao vínculo entre o proprietário e a coisa objeto de domínio. Há, por outro lado, vínculos jurídicos entre coisas. O bem acessório, por exemplo, está vinculado ao principal. Entre eles há um vínculo juridicamente qualificado que faz com que o primeiro dependa do segundo (CC, art. 92).

Convém assinalar que somente os vínculos entre sujeitos de direitos podem ser chamados de *relação jurídica*. Entre sujeitos e coisas e entre coisas, há

vínculos, porque o Direito os liga para determinados efeitos, mas não há relação jurídica. Este é o entendimento predominante na tecnologia jurídica. E, embora alguns autores definam o direito real, em contraposição ao obrigacional, como uma relação jurídica entre sujeito e coisa (Gomes, 1957:99), não se deve empregar esse conceito senão na identificação de vínculos entre sujeitos, como as obrigações.

Os sujeitos da relação obrigacional agrupam-se em *partes*, segundo o critério da proximidade dos interesses. Em sua estrutura mais simples, a obrigação une duas partes (credor e devedor), correspondendo cada uma a um sujeito de direito diferente. *Antonio* é locador e titulariza o crédito pelo aluguel; *Benedito* é locatário e deve o pagamento deste. O primeiro é a parte credora; o segundo, a devedora. Mas, como já destacado (item 1), a uma parte da obrigação podem corresponder, em estruturas mais complexas, dois ou mais sujeitos. *Carlos* e *Darcy* são coproprietários do imóvel, e o vendem a *Evaristo* e *Fabrício*. Os dois primeiros, em razão da proximidade dos interesses que têm (ambos querem dispor do bem em troca do preço), integram uma das partes da obrigação; os dois últimos, também por terem interesses próximos (querem dispor do preço em troca do bem), a outra parte.

Os sujeitos da obrigação são identificados segundo a posição que nela ocupam. *Sujeito ativo* é o que titulariza o crédito; *passivo*, o que deve a prestação. Deste modo, na relação obrigacional correspondente aos alimentos, por exemplo, o alimentante é o sujeito passivo e o alimentado, o ativo (este é credor dos alimentos devidos por aquele). Nos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, a identificação dos sujeitos varia de acordo com o aspecto da obrigação que adquire relevo. Neles, as partes são simultaneamente ativas e passivas. No exemplo do parágrafo anterior, *Carlos* e *Darcy* são sujeitos ativos no que diz respeito ao pagamento do preço, mas são sujeitos passivos no tocante à obrigação de transferir o domínio da coisa vendida. A seu turno, *Evaristo* e *Fabrício* são sujeitos passivos relativamente ao pagamento do preço e ativos, quanto à transferência da propriedade do bem.

Os sujeitos da relação obrigacional são identificados de acordo com a posição que nela ocupam. Os que titularizam o direito (crédito) são os sujeitos ativos; os que devem a prestação (débito), os sujeitos passivos.

Cabe relembrar que *sujeito de direito* é conceito mais amplo que o de *pessoa*.

São sujeitos, para o Direito, todos os seres aptos a titularizar direitos ou deveres. Entre os sujeitos, incluem-se as pessoas, seres genericamente autorizados a praticar todos os atos e negócios jurídicos para os quais não haja proibição. As pessoas podem ser *físicas* (homens e mulheres) ou *jurídicas* (associações, fundações, sociedades empresárias, Estados etc.). Quando os sujeitos de direito não são pessoas, não podem praticar os atos e negócios jurídicos em geral, mas apenas aqueles inerentes às suas finalidades (quando existem estas) ou expressos na lei. São sujeitos de direito *despersonificados* o nascituro, a massa falida, o condomínio edilício etc. (Cap. 6). Todos os sujeitos de direito estão aptos a se vincular, uns com os outros, por obrigação. O *condomínio edilício* pode ser credor de *sociedade empresária*, pelas contribuições condominiais devidas em razão da propriedade de unidade autônoma do prédio de escritórios; o *Estado* pode ser devedor de indenização a *pessoa física*, em razão dos danos causados pelo veículo conduzido por funcionário público; a *associação* por titularizar crédito perante a *fundação*, em decorrência de contrato e assim por diante.

Prestação. O objeto da obrigação é a prestação por que se obriga o sujeito passivo. É, assim, sempre uma *conduta* do devedor, uma ação ou omissão dele. A conduta do sujeito passivo correspondente à prestação realiza as finalidades da obrigação estabelecidas pelas próprias partes ou pela lei.

A prestação pode ser positiva ou negativa. No primeiro caso, é uma ação do devedor, que se obriga a *dar* ou *fazer* algo; no segundo, é uma omissão, obrigando-se o devedor a *não fazer* determinado ato. A prestação positiva, por sua vez, pode ter por objeto *coisa* ou *comportamento*. Na primeira hipótese, o devedor se obriga a *dar* um bem ao credor; na segunda, a *fazer* algo, isto é, prestar um serviço ou agir de determinada maneira (Gil, 1983:98/102).

Não se confundem os objetos da obrigação e da prestação. O da obrigação é sempre a prestação do devedor, enquanto o objeto da prestação é a coisa ou conduta devida pelo sujeito passivo. Na compra e venda, por exemplo, são objetos da obrigação as prestações por que se obrigam comprador e vendedor. Por sua vez, o objeto da prestação do comprador é o dinheiro correspondente ao preço e o da do vendedor, o domínio do bem vendido. Deve-se notar, contudo, que é usual mencionar-se como objeto da obrigação o da prestação, numa espécie de abreviatura. Não há nenhum problema nisto. Assim, ouve-se com frequência, por exemplo, que o objeto da obrigação correspondente à compra e venda é a coisa vendida (quando, a rigor, são as prestações do comprador e do vendedor).

A prestação pode ser positiva ou negativa. No primeiro caso, o sujeito passivo se obriga a dar ou fazer algo ao ativo; no segundo, obriga-se a não praticar determinado ato.

Assim como a parte, no vínculo obrigacional, pode ser referida a dois ou mais sujeitos de direito, também o objeto da prestação pode ser duas ou mais coisas, dois ou mais comportamentos, uma coisa e um serviço etc. O objeto da obrigação da oficina mecânica perante o proprietário do veículo avariado, por exemplo, é o de vender as peças para substituição e prestar os serviços de reparo.

A prestação não pode ser indeterminável. O sujeito ativo só pode exigir o cumprimento da obrigação, e o passivo só a pode cumprir, se a coisa ou conduta for passível de individuação. Em outros termos, a prestação pode ser determinada ou determinável. No primeiro caso, desde o nascimento do vínculo obrigacional, sabem as partes com exatidão a coisa ou conduta a ser prestada e exigida; no outro, a individuação da prestação faz-se por novo negócio jurídico, unilateral ou bilateral, no momento da execução da obrigação (Cap. 14, item 2).

Vínculo. Para que o vínculo juridicamente qualificado entre duas pessoas seja uma obrigação é necessário que ostente, em primeiro lugar, a característica da patrimonialidade. Esta marca é relacionada à mensurabilidade em dinheiro. Quando falta patrimonialidade ao vínculo jurídico entre sujeitos de direito, não se configura este como obrigação. É o caso do parentesco, por exemplo. O vínculo entre pai e filho é juridicamente qualificado, une apenas sujeitos, gera direitos e deveres, mas não tem a natureza de uma obrigação. E não a tem exatamente por não apresentar esse vínculo a marca da patrimonialidade. O direito do pai de orientar a educação do filho menor, assim como o do filho de suceder o pai em caso de falecimento decorrem do vínculo de parentesco existente entre eles. Esses direitos e os respectivos deveres não são passíveis de quantificação monetária; sua constituição e execução não importam mutações patrimoniais (item 6).

Além da patrimonialidade, todo vínculo que a obrigação estabelece entre credor e devedor ostenta uma outra característica essencial: trata-se de um vínculo de sujeição, de submissão. Na obrigação, o devedor fica *sujeito* ao credor. Quer dizer, ele deve entregar ao credor a prestação objeto da obrigação. Se não o fizer, tem o credor meios legítimos para forçar a entrega da prestação ou, pelo menos, para obter uma adequada e completa compensação pelo descumprimento da obrigação. Tais meios são os que o Estado põe, de acordo

com o ordenamento jurídico em vigor, à disposição dos sujeitos de direito.

O vínculo obrigacional caracteriza-se pela patrimonialidade e sujeição do devedor ao credor. Outros vínculos juridicamente qualificados, por não apresentarem uma ou outra destas características, não podem ser rigorosamente chamados de obrigação. É o caso, por exemplo, do vínculo de parentesco.

A submissão imposta ao devedor pela obrigação, bem entendido, não significa, nas democracias contemporâneas, constrangimento à sua liberdade pessoal. De há muito, aliás, devedor sujeita-se ao credor num sentido meramente patrimonial. Certo que, nos primórdios da civilização ocidental, o devedor que não pagava sua dívida podia tornar-se escravo do credor. Na Roma Clássica, até a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C., era esse o meio legítimo de satisfazer o direito do credor e punir o devedor inadimplente (Pereira, 1962:14). Na obrigação, assim, a sujeição é patrimonial e não pessoal. Note-se que há, ainda hoje, vínculos jurídicos em que uma das partes está submetida à outra pessoalmente. O *poder familiar*, por exemplo, corresponde a um vínculo de parentesco em razão do qual os filhos menores devem obediência aos pais e estão sujeitos a estes num sentido claramente não patrimonial.

Quando se destaca a sujeição do devedor como marca característica do vínculo obrigacional, está-se fazendo, portanto, mera referência ao direito de o credor pleitear em juízo a responsabilização patrimonial do primeiro. Trata-se, a rigor, da sujeição do patrimônio do devedor à satisfação do direito do credor. Diz-se, deste modo, que *a garantia do credor é o patrimônio do devedor*. Ao obrigar-se por qualquer razão (negócio jurídico, fato jurídico ou ato ilícito), o sujeito de direito inexoravelmente oferece como garantia do cumprimento da obrigação os bens de seu patrimônio. Existem, é certo, alguns bens que a lei expressamente exclui, em determinadas hipóteses, dessa garantia. Assim o bem de família (imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar — Lei n. 8.009/90), os absolutamente impenhoráveis (provisões de alimento, seguro de vida, salários e demais listados no art. 649 do CPC), os gravados com a cláusula de inalienabilidade e outros não podem ser expropriados judicialmente para a satisfação dos direitos dos credores. Excetuados esses bens, porém, todos os demais do patrimônio do devedor, em valor equivalente ao da obrigação, *servem de garantia* ao credor, enquanto não executada a obrigação.

A obrigação, portanto, importa a sujeição do devedor no sentido de que, uma

vez não cumprida espontaneamente a prestação correspondente (execução voluntária), pode o credor exigir em juízo a entrega desta tal como esperada (execução judicial específica), sua substituição por uma prestação equivalente capaz de produzir os mesmos resultados ou por uma indenização em dinheiro (execução judicial subsidiária).

4. CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Classificam-se as obrigações segundo diversos critérios. Os mais importantes e operacionais são os seguintes.

a) *Negocial ou não negocial.* Este critério de classificação deriva da fonte imediata da obrigação. Negocial é a originada da vontade das partes e não negocial, a decorrente de fato jurídico ou ato ilícito.

A fonte mediata de qualquer obrigação é sempre a lei (cf. Noronha, 2003, 1:343/345). Qualquer vínculo entre dois ou mais sujeitos só é obrigação porque assim o qualifica a lei. Há vínculos intersubjetivos ignorados pelas normas legais, como a amizade entre dois antigos colegas de universidade. O vínculo existe, provoca emoções, evoca lembranças, mas não tem nenhuma relevância jurídica. Claro que se está considerando apenas um vínculo de coleguismo. Se a amizade entre duas pessoas é muito grande, o direito já qualifica esse vínculo definindo, por exemplo, como *suspeito* o testemunho judicial de uma delas em favor da outra (CPC, art. 405, § 3º, III, *in fine*). O que torna o vínculo entre credor e devedor uma obrigação é o fato de a lei assim o qualificar, assegurando ao primeiro o direito de responsabilizar o segundo. Quando a lei não qualifica certo vínculo como obrigação, o sujeito ao qual é devida a prestação não pode acionar o aparato judicial para constranger o outro à sua entrega. Veja as obrigações de etiqueta. Normas do cavalheirismo contemporâneo dizem que é elegante o homem dar preferência à mulher em situações triviais do cotidiano (entrar no elevador vazio, sentar-se à mesa no restaurante etc.). Os vínculos intersubjetivos correspondentes a essas regras não são juridicamente qualificados. O homem não tem a obrigação, no sentido jurídico do termo, de ser cavalheiro, nem a mulher tem meios para submetê-lo a isso.

Percebe-se, deste modo, que a fonte última de qualquer obrigação é sempre a norma legal vigente na ordem jurídica aplicável ao caso. A execução do contrato pode ser obtida em juízo apenas porque uma lei o assegura. Se a vontade das partes fosse, por si, suficiente para gerar obrigações, qualquer contrato, mesmo os de objeto ilícito, vincular-iam as partes ao seu cumprimento. Não é assim,

porém. Se duas pessoas livre e conscientemente contratam um *ilícito*, não surge nenhuma obrigação porque a *lei* não qualifica este vínculo como tal. A obrigação negocial, portanto, embora decorra imediatamente de contrato ou declaração unilateral, tem como fonte *mediata* — assim como qualquer outra obrigação — a norma legal. A classificação aqui enfocada, por isso, diz respeito à fonte *imediata*. A obrigação negocial é a que decorre imediatamente do encontro de vontade das partes e a não negocial, de fato jurídico ou ato ilícito.

A obrigação pode constituir-se em razão da vontade das partes expressa em negócio jurídico (obrigação negocial) ou de outro fato jurídico ou ato ilícito (obrigação não negocial). Nos dois casos, porém, a fonte última da obrigação será sempre a lei.

São negociais as obrigações do comprador (pagar o preço ao vendedor), locatário (pagar o aluguel ao locador), mutuário (pagar o o mutuante), fiduciário (transferir o domínio do bem alienado ao fiduciante ao término do contrato), depositário (devolver o bem depositado ao depositante) etc. Obrigam-se estes sujeitos à respectiva prestação em razão do contrato que voluntariamente celebram.

São não negociais, por sua vez, as obrigações do contribuinte (pagar o imposto à Fazenda Pública), infrator (pagar a multa administrativa), alimentante (pagar alimentos ao alimentado), condômino (pagar sua parte no rateio de despesas do condomínio), do empresário (indenizar os acidentes de consumo, mesmo sem ser o culpado por eles) etc. Nestes casos, não se obrigam esses sujeitos diretamente por uma declaração de vontade, mas simplesmente por ter a lei estabelecido que um fato jurídico os torna obrigados. Estes fatos são, nos exemplos acima, respectivamente, o subsumível à hipótese de incidência tributária, a infração administrativa, o vínculo de parentesco conjugado com a necessidade do alimentado e a disponibilidade do alimentador, a divisão da propriedade e a exploração de atividade empresarial. Além dos fatos jurídicos, também atos ilícitos dão origem a obrigações não negociais. Deste modo, o culpado por danos tem a obrigação de indenizar os prejuízos da vítima.

Os sujeitos de uma relação obrigacional não negocial até podem estar vinculados, também, por um negócio jurídico, mas este não é a fonte da obrigação. Quando o médico é obrigado a indenizar o cliente por danos derivados de sua imperícia, esta obrigação não tem por fundamento o contrato de

prestação de serviços existente entre as partes, mas a culpa do profissional no desempenho de suas funções.

A relevância desta classificação está relacionada à extensão da prestação. Na negocial, são as declarações intencionais de vontade emitidas pelos sujeitos da relação obrigacional que a definem. Na superação de qualquer conflito de interesse relacionado à execução da obrigação negocial, o conteúdo das declarações das partes será, assim, decisivo para delimitar-lhe a extensão. Se o mutuário declarou sua concordância em pagar juros ao mutuante à taxa superior à SELIC, o valor desta obrigação decorre da declaração emitida. Nas obrigações negociais, prevalece, em princípio, o que foi contratado entre os sujeitos. A execução apenas não se fará de acordo com as declarações emitidas (oralmente, eletronicamente ou por escrito) se alguma norma legal *cogente* dispuser em contrário. Além disso, a lei *supletiva* apenas se aplica na definição da extensão da obrigação negocial quando houverem se omitido as partes na contratação de um ponto em particular.

Já na não negocial, a extensão da obrigação é estabelecida exclusivamente por critérios gerais previstos em norma legal. O valor de um imposto é o resultante da aplicação da *alíquota* fixada na lei sobre uma *base de cálculo* também legalmente definida. A importância que o culpado pelos danos deve pagar à vítima é a correspondente ao que ela perdeu e razoavelmente deixou de ganhar (CC, art. 402). Os alimentos devem ser fixados em função das necessidades do alimentado e dos recursos do alimentante (CC, art. 1.694, § 1º). O reembolso do acionista calcula-se pelo valor patrimonial da ação a menos que o estatuto preveja sua fixação pelo valor econômico (Lei n. 6.404/76, art. 45). São os parâmetros da lei que balizam a extensão da obrigação não negocial.

Alguns doutrinadores chamam de *convencional* ou *contratual* a obrigação negocial e de *legal* e *extracontratual*, a não negocial. São expressões, aliás, largamente difundidas no meio tecnológico e profissional. Tecnólogos como Orlando Gomes (1961:29/30) e Fernando Noronha (2003, 1:21/22), porém, mostram como são procedentes as críticas à locução “contratual” para identificar as obrigações nascidas diretamente da vontade das partes. De fato, não apenas dos contratos nascem essas obrigações, mas também de declarações unilaterais de vontade (Cap. 19). A menção, neste *Curso*, a “obrigações contratuais” é feita sempre com referência às nascidas de um específico negócio jurídico, o contrato.

b) *Delitual ou não delitual*. A obrigação delitual surge em razão da prática de ato ilícito pelo sujeito passivo. Se o motorista não para no cruzamento da via em que trafega com uma preferencial, incorre em ato ilícito. Tão só por esta

conduta, que configura infração tipificada no Código Brasileiro de Trânsito, ele já se torna devedor de uma obrigação (multa). Se, em razão dessa mesma conduta, provoca um acidente de trânsito, o seu ato ilícito dará origem, também, à obrigação de indenizar os prejuízos causados.

A obrigação não delitual, por sua vez, surge de fato ou negócio jurídico. Pertencem a esta categoria as obrigações do contribuinte, do objetivamente responsável por certos danos, do alimentante e as derivadas de contrato. O contribuinte torna-se devedor do imposto quando se verifica o fato jurídico descrito na lei como hipótese de incidência tributária (Ataliba, 1977; alguns autores chamam-no *fato gerador*). Assim, o hotel obriga-se a pagar o imposto sobre serviços (ISS) sempre que o hóspede remunera a estada. O objetivamente responsável por certos danos é obrigado a indenizá-los quando se verificam os fatos previstos na norma legal que estabelece a responsabilidade. O empresário, neste contexto, é devedor da indenização pelos acidentes de consumo causados pelos seus produtos ou serviços, mesmo se não agiu com culpa (isto é, mesmo que não tenha incorrido em ato ilícito). Sua obrigação surge também de um fato jurídico (vender produtos ou prestar serviços ao mercado). O alimentante também tem sua obrigação constituída pela ocorrência de um fato jurídico. Quando determinados parentes estão em estado de necessidade e a condição econômica do alimentante permite que ele os ajude, este fato gera a obrigação de alimentar.

A obrigação pode constituir-se em razão de o devedor ter incorrido em ato ilícito (obrigação delitual) ou em decorrência de negócio jurídico ou fato jurídico (obrigação não delitual). No primeiro caso, ela equivale a uma sanção; no segundo, não apresenta este traço.

Por fim, os contratantes também assumem obrigações não delituais. Aqui, a obrigação não nasce de fato jurídico, mas de negócio jurídico, isto é, de declaração intencional de vontade. Como é nulo qualquer negócio jurídico com objeto ilícito (CC, art. 166, II), a obrigação dele emanada é necessariamente não delitual.

A obrigação delitual é sempre não negocial, enquanto a negocial é sempre não delitual.

A importância desta classificação está relacionada à natureza sancionadora da obrigação delitual. O sujeito passivo de obrigação desta categoria agiu com

culpa e por isso se tornou devedor da prestação. Fez o que não poderia ter feito ou deixou de fazer o que deveria ter feito; de um modo ou de outro, incorreu num ilícito e deve sofrer a sanção por isso. Entre as medidas sancionadoras, encontra-se a obrigação delitual. Ao seu turno, o sujeito passivo de obrigação não delitual não agiu com culpa. Obrigou-se em razão da verificação de um fato jurídico ou pela declaração intencional de vontade emitida. A imputação da obrigação, neste caso, não tem caráter de pena.

No passado, a doutrina classificava certas obrigações como *quase delito*, categoria em que abrigava as derivadas de condutas não intencionais do devedor, como a de indenizar danos causados por negligência, imprudência ou imperícia (cf. Rodrigues, 2002, 2:9). Este conceito, porém, não tem sido mais empregado pela tecnologia civilista (Gomes, 1961:27/28).

c) *Simples ou complexa.* Esta classificação diz respeito à estrutura da obrigação. Simples é aquela em que um único devedor se vincula a um só credor para a entrega de apenas uma prestação. Complexa é a obrigação em que há mais de um devedor, mais de um credor ou mais de uma prestação.

Se *Antonio*, viajando pela internete, adquire, na página da *Microsoft*, a versão atualizada de seu programa de navegação, a obrigação derivada desse negócio jurídico é simples. Há um só devedor (*Antonio*), um só credor (*Microsoft*) e uma só prestação (preço do programa). Por sua vez, se *Benedito* e *Carlos*, coproprietários de diversos apartamentos num edifício residencial, vendem-nos todos para *Darcy* e *Evaristo*, a obrigação é complexa, pois são dois sujeitos em cada parte, e o objeto compreende várias coisas. Outro exemplo: o jornalista divulga que dois políticos fizeram uma negociação ilegal e criminosa; se a informação divulgada for inverídica, ele é devedor da indenização pelos danos morais causados a ambos os caluniados.

A complexidade da obrigação pode dizer respeito a uma das partes, às duas ou ao objeto da prestação. Quando *Fabrício* janta no restaurante *G*, a obrigação deste envolve a venda de alguns bens (aperitivo, refeição, vinho etc.) e a prestação de vários serviços (guarda do automóvel, preparo da comida, serviço do vinho etc.). A obrigação é, neste caso, complexa em razão do objeto. Quando *Hebe* compra o pacote de viagem na agência de turismo, obrigam-se perante ela vários sujeitos (companhia aérea, operador dos traslados, hotel etc.). Aqui, a obrigação é complexa em razão dos sujeitos. Note-se que se o objeto da prestação é único, mesmo se for integrado por partes separáveis, a obrigação é simples. Se adquiro a biblioteca jurídica de um famoso jurista, é simples a obrigação derivada, porque não diz respeito à entrega de muitos livros, mas sim

de um *conjunto ordenado* de livros.

A obrigação pode ser simples ou complexa. É simples quando possui um só devedor, um só credor e uma só prestação. É complexa, por sua vez, quando possui multiplicidade de sujeitos ou de objeto.

Esta classificação é útil porque determinadas normas legais só se aplicam às obrigações complexas. Quando a complexidade diz respeito ao objeto, a lei se preocupa em definir, por exemplo, se devem ser entregues todas as prestações ou se uma das partes escolhe a devida entre duas ou mais. Na complexidade relativa aos sujeitos, a lei procura, em princípio, simplificar o vínculo obrigacional, dividindo o objeto em tantas partes quantos forem os sujeitos (*concursu partes fiunt*), estabelecendo regras para a execução da obrigação quando a divisão não é possível.

d) *Cumulativa ou alternativa.* Esta classificação diz respeito às obrigações com objeto complexo, isto é, de multiplicidade de objetos. Cumulativa é a obrigação que tem mais de uma prestação por objeto (diversas coisas ou vários serviços), encontrando-se o sujeito passivo obrigado a entregá-las todas. Alternativa, por sua vez, a obrigação correspondente a mais de uma prestação, em que o sujeito passivo está obrigado a entregar uma delas somente.

Imagine que *Irene* adquira na loja de móveis um sofá, duas poltronas e mesa de centro com o objetivo de compor um conjunto de sala. Esta é uma obrigação cumulativa, já que a loja deve entregar todos os bens objeto do contrato. Já, se *João* contratou seguro de seu automóvel, com a cláusula que permite à seguradora, em caso de dano significativo, consertar o veículo ou pagar seu valor de mercado, a obrigação desta é alternativa. A seguradora está dando regular execução ao seguro entregando a *João* qualquer uma das duas prestações (conserto ou dinheiro).

Na obrigação alternativa, a escolha da prestação pode caber ao credor ou ao devedor, dependendo do que eles contrataram. Por outro lado, distingue-se este tipo de obrigação das *facultativas*. Nestas, o devedor deve entregar ao credor uma determinada prestação, mas pode optar por outra liberando-se do mesmo modo. Na bolsa de futuro, vendedores de mercadorias (*commodities*) têm sempre a possibilidade de, na data da liquidação da operação, em vez de entregar o bem negociado (café, soja, minério, petróleo, dólar etc.), pagar em dinheiro a diferença das cotações, quando estas são inferiores às da data do contrato.

Aqueles vendedores, quando oscilam os preços para baixo, têm a faculdade de não entregar a prestação por que se obrigaram, mas outra. As distinções entre obrigação alternativa e facultativa, embora um tanto sutis, têm desdobramentos concretos na superação de conflitos de interesse. O estudo aprofundado da obrigação alternativa, bem como de suas diferenças com a facultativa, será feito mais à frente (Cap. 14, item 5).

As obrigações complexas em razão da multiplicidade do objeto podem ser cumulativas ou alternativas. Na primeira hipótese, o sujeito passivo deve entregar ao ativo todas as prestações referidas; na segunda, apenas uma delas (a ser escolhida por ele ou pelo sujeito ativo).

A relevância da classificação é fácil de divisar. Quando a obrigação é cumulativa, o sujeito passivo não estará inteiramente liberado se entregar ao ativo um só dos objetos da prestação. Estaria, contudo, caso a obrigação fosse alternativa, e coubesse a ele, devedor, a escolha da prestação.

e) *Divisível ou indivisível.* Divisíveis são as obrigações cuja prestação é material e juridicamente repartível entre os sujeitos; indivisíveis, as demais. A classificação segundo a divisibilidade da prestação é pertinente apenas às obrigações complexas em razão do sujeito — isto é, as que vinculam múltiplos credores a um devedor, um credor a múltiplos devedores ou mesmo múltiplos devedores a múltiplos credores.

Não costuma haver dificuldades no emprego desta classificação. Basta conferir se o objeto da obrigação é suscetível de divisão, tanto sob o ponto de vista físico como jurídico, *sem perda de valor*. Se o objeto da obrigação for dinheiro, por exemplo, ela será sempre divisível; se for uma imensa gleba de terra, será normalmente divisível; se for uma pedra preciosa, será indivisível.

A utilidade deste critério de classificação está relacionada à possibilidade de simplificação. O objetivo da lei é simplificar, sempre que possível, a obrigação complexa. Assim, sendo material e juridicamente cabível, a obrigação complexa em relação aos sujeitos deve ter sua prestação repartida. Se são vários os sujeitos passivos, cada um deverá responder por parte da prestação; se vários os ativos, cada um terá direito sobre uma parcela. Esta simplificação, porém, só cabe nas obrigações divisíveis (CC, art. 257). Quando não há como proceder à repartição da prestação entre os sujeitos, em virtude de óbice material ou jurídico, a obrigação é indivisível e insuscetível de simplificação. Neste caso, sua execução

sujeita-se a regras próprias (Cap. 14, item 6).

As obrigações complexas em função dos sujeitos classificam-se em divisíveis ou indivisíveis, de acordo com a natureza da prestação. Se o bem ou serviço a que se obrigou o sujeito passivo perante dois ou mais sujeitos ativos pode ser material e juridicamente dividido, a obrigação é divisível; caso contrário, indivisível.

f) *Real ou pessoal*. Esta é uma classificação que, a exemplo da que separa a negocial da não negocial (letra *a*), também elege como critério orientador a *fonte* da obrigação. Reais são as obrigações originadas da titularidade, pelo sujeito passivo, de direito real sobre determinado bem; pessoais, as demais.

As obrigações reais (também conhecidas como "obrigações *propter rem*") são não negociais, porque se constituem em razão de um fato jurídico que é, em geral, a propriedade de um bem. O sujeito passivo não emite nenhuma declaração de vontade específica no sentido de assumir certa obrigação, mas torna-se devedor desta em decorrência de sua condição de proprietário, isto é, de titular de direito real sobre uma coisa. Obrigação real, por exemplo, é a do condômino de pagar a contribuição condominial.

A mudança na titularidade do direito real gerador da obrigação importa alteração do sujeito passivo. A obrigação real está ligada ao bem correspondente de tal modo que segue a sorte deste. Quem adquire, assim, apartamento num edifício torna-se devedor das contribuições condominiais relativas àquela unidade, não havendo como se liberar dessa obrigação perante o condomínio.

A obrigação real é a contrapartida, por assim dizer, do direito real. Quem titulariza este torna-se sujeito passivo daquela. Por outro lado, o estudo dos casos normalmente indicados pela doutrina como exemplo de obrigações reais (Rodrigues, 2002, 2:79/85) acomoda-se melhor nos capítulos dedicados ao *direito das coisas* (v. 4 deste *Curso*). Por esse motivo, nos relativos ao *Direito das Obrigações*, cuido apenas das obrigações pessoais, quer dizer, das que surgem em razão de negócio jurídico, ato ilícito ou fato jurídico diferente de titularidade de direito real. Esta definição, de ordem exclusivamente didática, justifica a classificação.

g) *Dar, fazer ou não fazer*. Esta é uma das mais úteis classificações das obrigações. Diz respeito também à natureza da prestação, dando relevo, de um lado, à ação ou omissão do devedor e, de outro, à entrega de coisa ou

observância de comportamento. A obrigação é de dar quando o devedor se obriga à ação de entregar uma coisa ao credor; é de fazer, quando se obriga a praticar determinado ato ou prestar serviços; é, por fim, de não fazer, quando se obriga a adotar determinada conduta omissiva.

As obrigações de dar subdividem-se em obrigações de transferir o domínio (ou de dar, em sentido estrito), de entregar e de restituir. A obrigação do comprador de pagar o preço da coisa adquirida é de dar, pois implica a transferência do domínio do dinheiro ao vendedor. A do locador de passar a posse ao locatário, no início do contrato de locação, é de entregar, porque a posse lhe será devolvida ao término do vínculo locatício. A do mutuário de pagar o mutuante é exemplo de obrigação de restituir, já que está dando de volta o que havia recebido ao contratar o mútuo. A do cirurgião plástico de realizar a operação estética é clara obrigação de fazer. Por fim, a do alienante do estabelecimento empresarial no sentido de não se restabelecer no mesmo ramo durante algum tempo, para não competir com o adquirente, é obrigação de não fazer, porque ele se obriga a omitir determinada conduta.

As obrigações podem ser, de acordo com o conteúdo da prestação, de dar, fazer ou não fazer. Nas de dar, o devedor obriga-se a transferir o domínio, entregar ou restituir ao credor um bem; nas de fazer, obriga-se a certo ato ou prestação de serviço; e nas de não fazer, a omitir uma conduta.

Note que, no rigor da lógica, esta classificação é bastante criticável. O entregar de uma coisa não deixa de ser um fazer. Não fazer algo, por outro lado, é o mesmo que fazer o contrário, e vice-versa. Para a tecnologia jurídica, porém, ela é pertinente e deve ser feita segundo a ótica do interesse do credor. Se o que interessa ao sujeito ativo é a coisa, independentemente do que tenha que fazer o sujeito passivo para entregá-la, a obrigação é de dar; mas, se o que lhe interessa é certo comportamento do devedor, a obrigação é de fazer (cf. Gomes, 1961:38).

A relevância desta classificação reside no regime próprio que o Código Civil reserva a cada categoria. As obrigações de dar estão disciplinadas nos arts. 233 a 246; as de fazer, nos arts. 247 a 249; e as de não fazer, nos arts. 250 e 251 (Cap. 14, itens 2 a 4).

h) *De meio ou de resultado*. As obrigações de fazer dividem-se em *obrigações de meio* ou *de resultado* de acordo com a natureza da prestação. A diferença é mais facilmente percebida quando o sujeito passivo está obrigado

contratualmente a prestar um serviço, porque, dependendo da natureza deste, sua liberação do vínculo obrigacional pode verificar-se com a mera conduta correspondente ao serviço contratado ou apenas quando determinado efeito for produzido. No primeiro caso, a obrigação é de meio; no segundo, de resultado (Monteiro, 2001:54/55).

A obrigação do advogado de contencioso é típica *de meio*. Ao assumir a defesa de cliente num processo judicial, ele não se compromete a obter o ganho da causa. Compromete-se, isto sim, a empregar diligentemente no patrocínio dos interesses de quem o contratou todos os meios processuais disponíveis (contestar, requerer e produzir provas, recorrer etc.). Se o advogado negligencia no acompanhamento do caso e perde o prazo para o recurso, por exemplo, ele deixa de cumprir sua obrigação de meio. Mas, se a decisão final é desfavorável ao seu cliente, não se lhe pode imputar qualquer descumprimento da obrigação só por este fato, já que não se obrigou por determinado resultado.

Já a obrigação do engenheiro civil é *de resultado*. Se o proprietário contrata o engenheiro para gerenciar a construção de um imóvel residencial de acordo com determinado projeto, este último somente se considera liberado da obrigação quando entregar ao primeiro a casa construída tal como projetada. Não terá cumprido sua obrigação apenas com a execução dos serviços gerenciais da obra. Para o engenheiro se liberar do vínculo obrigacional, o resultado de seus serviços deve ser exatamente o imóvel residencial projetado.

Mesmo se a obrigação de fazer é não negocial, cabe distingui-la em obrigação de meio ou de resultado. O vendedor, por exemplo, desde que se tenha obrigado a transferir o domínio da coisa, deve zelar por sua guarda. Esta é uma obrigação de meio, já que, perecendo a coisa vendida sem sua culpa, não estará obrigado a indenizar o comprador (Monteiro, 2001:63). Concorrer lealmente é outro exemplo de obrigação não negocial de meio (Comparato, 1978:533).

Esta classificação é importante no exame do cumprimento das obrigações assumidas pelo prestador dos serviços, quando o resultado não corresponde às expectativas nutridas pelo contratante (tomador). Se, em razão da natureza da prestação, o devedor compromete-se a produzir determinado resultado, o credor tem o direito de exigi-lo. Caso contrário, o credor pode apenas exigir os melhores esforços do devedor na tentativa de obter o resultado desejado. É importante, igualmente, no campo da responsabilidade civil, em que norteia a verificação de imperícia do profissional que dá ensejo à constituição da obrigação de indenizar.

i) *Pura ou condicional*. Pura é a obrigação em que a entrega da prestação pelo

sujeito passivo não se encontra sujeita a condição. Ela é, por isso, exigível pelo sujeito ativo tão logo constituída (*à vista*) ou, se for o caso, desde que decorrido o tempo contratado (*a prazo*). A obrigação que o culpado pelos danos tem de indenizar a vítima é pura e pode ser exigido o seu cumprimento imediatamente após o evento danoso. Também a obrigação do locatário de pagar o aluguel normalmente é pura, mas só pode ser exigido o seu cumprimento pelo locador após o decurso do prazo estabelecido no contrato (p. ex., no dia 10 do mês seguinte).

A obrigação é condicional quando a entrega da prestação pelo sujeito passivo está sujeita ao implemento de condição. São desta categoria apenas as obrigações negociais. Se as partes contratam que o sujeito passivo somente está obrigado se ocorrer determinada condição (suspensiva) ou que ele deixará de sê-lo caso esta se verifique (resolutiva), o sujeito ativo não pode exigir o cumprimento fora dessas hipóteses (sobre *condição*, ver Cap. 10, item 7).

j) *Líquida ou ilíquida*. Líquida é a obrigação plenamente determinada em sua extensão; ilíquida, a que, embora existente, não foi ainda devidamente quantificada (cf. Diniz, 2003:109/111). Quando o consumidor adquire um eletrodoméstico, assume a obrigação de pagar o valor anunciado desse produto, e nada mais. A obrigação é líquida, porque o valor do pagamento a que se obriga o consumidor é preciso, representa determinada quantidade de reais. Mas, se *Luís* causa acidente de trânsito de que derivam danos ao automóvel de *Mário*, obriga-se a pagar-lhe o conserto do veículo. Desde a verificação do ato ilícito, a obrigação já existe, mas será ilíquida enquanto não se definir o valor das despesas correspondentes. A liquidação dependerá, por exemplo, de orçamentos levantados em oficinas idôneas.

Também as obrigações negociais podem ser ilíquidas. Comprador e vendedor podem, por exemplo, estabelecer apenas os critérios do preço, sem quantificá-lo. Neste caso, a iliquidez corresponde ao confessado intento das partes e deve, por alguma razão, interessar-lhes.

Todas as obrigações ilíquidas devem ser previamente liquidadas antes de seu cumprimento. Há, por outro lado, determinadas hipóteses de extinção de obrigações que dizem respeito unicamente às líquidas (é o caso da *compensação*).

l) *Principal ou acessória*. Finalmente, a obrigação pode ser principal ou acessória, segundo tenha, ou não, existência independente em relação a outra. Trata-se de critério de classificação que considera as obrigações reciprocamente (Diniz, 2003, 2:189). A obrigação de pagar o valor mutuado, por exemplo, é

principal em relação à de pagar os juros; esta é acessória daquela. A obrigação do fiador, outro exemplo, é acessória em relação à do afiançado.

A obrigação acessória segue, em princípio, a sorte da principal: se prescrever a pretensão do credor relativamente à obrigação principal, prescreve também a relativa à acessória.

5. OBRIGAÇÕES IMPERFEITAS

Obrigação foi definida como o vínculo entre duas partes juridicamente qualificado no sentido de uma delas (o sujeito ativo) titularizar o direito de receber da outra (o sujeito passivo) uma prestação (item 1). Assentou-se, por outro lado, que são características essenciais desse vínculo a patrimonialidade e a sujeição do devedor ao credor. Por sujeição entende-se a possibilidade de o credor obter a execução judicial (específica ou subsidiária) da obrigação, quando o devedor recusa a voluntária (item 3). Pois bem, fixadas tais premissas, é inescapável afirmar que não configura obrigação o vínculo jurídico em que o titular do direito de receber a prestação *não* dispõe de ação judicial para obter sua execução forçada. Em outros termos, uma vez adotados os conceitos indicados de obrigação e sujeição, no rigor do raciocínio lógico, se o credor não pode acionar o aparato judiciário do Estado para que se cumpram as finalidades do vínculo obrigacional, deve-se considerar que este não existe.

Há, porém, certos fatos disciplinados pela lei (fatos jurídicos, portanto), em que se apresentam vínculos entre sujeitos de direito com características muito próximas às da obrigação. Se alguém normalmente auxilia uma associação de caridade com o pagamento de um valor mensal, este fato cria um vínculo entre o filantropo e a entidade pia: ela nutre a expectativa de contar, mensalmente, com aquela ajuda. O vínculo entre eles pode ser eventualmente qualificado em lei no sentido de autorizar o pagador a deduzir de seu imposto de renda a quantia paga. Mas, por certo, não está tal vínculo qualificado juridicamente no sentido de assegurar à associação de caridade o direito de continuar recebendo a mesma quantia mensal, caso o filantropo suspenda-lhe o pagamento ou a reduza. Trata-se, por assim dizer, de um vínculo de ordem moral o que corresponde à expectativa da associação de contar mensalmente com aquela contribuição filantrópica. Não é, seguramente, um vínculo obrigacional.

Também o cavalheirismo, a etiqueta, a honra, o empenho da palavra e mesmo as avaliações de oportunidade (oportunismo) geram vínculos não obrigacionais. Espera-se, em razão deles, que determinada pessoa aja de uma certa maneira,

ainda que não possa ser judicialmente forçada a fazê-lo.

Obrigação imperfeita é o fato jurídico que apresenta características semelhantes à obrigação, isto é, um vínculo entre dois sujeitos. Falta-lhe, porém, um dos elementos essenciais da obrigação que é a sujeição do devedor ao credor. Na obrigação imperfeita, o sujeito ativo não tem ação judicial contra o passivo para obter sua execução.

Em razão da semelhança entre esses vínculos não obrigacionais e as obrigações (em ambos, têm-se dois sujeitos ligados por uma prestação), a tecnologia chama-os de *obrigações imperfeitas* (Gomes, 1961:79/80). Existindo uma consistente expectativa (no plano individual e social) de que alguém dê, faça ou não faça algo, sem que se lhe possa exigir isso judicialmente, o vínculo entre essa pessoa e o beneficiário da prestação *aproxima-se* da obrigação, mas *não é* obrigação. Talvez conviesse designar esses vínculos não obrigacionais por termo diverso, mas a tecnologia jurídica não se tem dedicado a pesquisá-lo. O importante é ter presente que, embora chamados *obrigações*, esses vínculos não podem ser considerados *obrigacionais* por faltar ao sujeito ativo o direito de obter em juízo sua execução forçada.

A *obrigação natural* é uma espécie de obrigação imperfeita; não é, portanto, obrigação (cf. Noronha, 2003, 1:225/230). Sob este conceito reúnem-se fatos jurídicos com as seguintes características: *a*) configuram-se como uma relação jurídica entre credor e devedor; *b*) a relação jurídica importa mutações patrimoniais (patrimonialidade); *c*) o credor espera receber a prestação do devedor, em função de expectativas socialmente difundidas; *d*) o credor não tem direito de ação judicial para obter a prestação.

Quando presentes esses requisitos, em suma, o fato jurídico correspondente é chamado de obrigação natural. A consequência legalmente estabelecida para este fato é a irrepetibilidade do pagamento (CC, art. 882). Quer dizer, se o devedor de uma obrigação natural executa-a voluntariamente, entregando a prestação ao credor, a lei considera válido o pagamento. O devedor não poderá, neste caso, pleitear a devolução (*repetição*, em termos técnicos) do que pagou. Por outra via, o pagamento de obrigação natural não é pagamento indevido. Se o credor, mesmo não tendo meios de exigir a execução judicial da obrigação, acabou recebendo o que lhe era devido, não está obrigado a restituir ao devedor a quantia recebida.

São exemplos de obrigação natural no direito brasileiro:

a) *Dívida de jogo ou aposta*. O jogo e a aposta são contratos. No primeiro, os jogadores podem disputar em função do acaso: o que for favorecido pela sorte deve ser pago pelos demais, que sofrem o azar. No segundo, apostadores disputam em função de opiniões sobre o resultado de evento futuro: o que vir sua opinião confirmada deve ser pago pelos demais. A loteria de números é um jogo; ganha quem tem a sorte de assinalar, no instrumento apropriado, os mesmos números que os sorteados. Já a loteria esportiva é uma aposta; ganha quem puder antecipar corretamente o resultado das partidas de futebol indicadas no volante.

Os jogos e apostas são, no direito brasileiro, de três categorias: *proibidos* (ou *ilícitos*), *permitidos* e *regulados*. Entre os proibidos, está, por exemplo, o *jogo do bicho*, cuja prática é contravenção penal que sujeita os infratores a prisão, de 6 meses a um 1 ano, e multa (Dec.-lei n. 6.259/44, art. 58); entre os permitidos, pode-se citar o *jogo de cartas* na casa de familiares ou amigos, o *bingo* beneficente da associação de caridade, o *bolão* entre colegas de escritório às vésperas de campeonato mundial de futebol; entre os jogos e apostas regulados, por fim, estão as diversas *loterias* organizadas pela Caixa Econômica Federal, e a *aposta em cavalos* feita em *jóquei-clubes*.

A obrigação natural é uma hipótese de obrigação imperfeita porque o titular do direito não tem ação judicial contra o devedor. Se, contudo, este proceder ao cumprimento voluntário da prestação, o credor não estará obrigado a restituir o que recebeu. São exemplos de obrigações naturais no direito brasileiro a dívida de jogo ou aposta, o empréstimo para o jogo ou aposta, o pagamento de juros não convencionados ou de dívida prescrita.

A obrigação dos jogadores e apostadores perdedores de pagar o vencedor é natural. De acordo com o art. 814 do Código Civil, as dívidas desses contratos não obrigam a pagamento. Se o perdedor, porém, pagar espontaneamente o vencedor, não poderá exigir a devolução do pagamento (salvo se for menor ou interdito ou tiver havido dolo do credor).

Note-se que esta regra só se aplica aos participantes do jogo ou aposta. Não se aplica, atente-se, à relação entre estes e a entidade organizadora de jogo regulado. Quando alguém faz suas apostas na loteria esportiva da Caixa Econômica Federal, não está celebrando com esta instituição financeira nenhum contrato de aposta. O contrato, na verdade, é feito com todos os demais apostadores daquela série; a Caixa Econômica Federal apenas administra a aposta, recolhendo antecipadamente o pagamento dos participantes e entregando

o valor devido ao acertador ou acertadores. Também o jóquei-clube não é apostador ou jogador, mas organizador de jogo ou aposta regulados. Entre os participantes do jogo ou aposta e as entidades organizadoras estabelece-se um vínculo contratual diverso, sujeito ao Código de Defesa do Consumidor. As entidades prestam serviço aos participantes do jogo ou aposta e, por isso, não se submetem ao art. 814 do CC. Em consequência, o jogador ou apostador vitorioso tem crédito perante as entidades de organização do jogo ou aposta regulados, e pode, sem obstáculo nenhum, promover a execução deste em juízo.

b) *Empréstimo para jogo ou aposta*. Também é obrigação natural a decorrente de empréstimo feito para jogo ou aposta, *no ato de apostar ou jogar* (CC, art. 815). Imagine que *Antonio* está jogando pôquer com seus amigos na casa de *Benedito* e tem em mãos cartas do mesmo naipe em sequência (*straight flush*). É uma boa mão. Suponha-se, contudo, que *Carlos*, a quem cabe a preferência, cacifou a rodada em valor que *Antonio* não possui. Com a licença dos presentes, ele liga de seu telefone celular para *Darcy*, expõe-lhe a situação e pede-lhe dinheiro emprestado para continuar o jogo. *Darcy* concorda e envia-lhe imediatamente a quantia solicitada. Entre *Antonio* e *Darcy* constitui-se uma obrigação natural. Independentemente do resultado daquela rodada (na verdade, *Carlos* tinha em mãos cartas de igual naipe em uma sequência finalizada em Ás, *royal flush*, e ganhou), *Darcy* não poderá exigir de *Antonio*, em juízo, a devolução do dinheiro emprestado.

Se o mutuário de empréstimo para jogo ou aposta proceder ao pagamento espontâneo do valor mutuado, o mutuante não é obrigado a restituí-lo.

A caracterização legal da dívida de jogo ou aposta e do empréstimo para jogo ou aposta como obrigações naturais é a forma hipócrita que a ordem jurídica brasileira encontrou para procurar desmotivar sua prática.

c) *Obrigações prescritas*. A prescrição, estudou-se (Cap. 12), é uma hipótese de extinção de direito pela inércia do titular em exercê-lo durante certo prazo. Segundo a lei brasileira, extingue-se, com a prescrição, a *pretensão*, isto é, o direito de promover a ação judicial para obter, à força, a conduta que não foi voluntariamente observada pelo devedor. Quando se fala em "obrigações prescritas", está-se referindo, no rigor dos conceitos tecnológicos, às obrigações cujo sujeito ativo não pode mover mais nenhuma ação judicial para receber a prestação, porque deixou transcorrer o prazo legal para fazê-lo e, então, viu sua pretensão prescrever.

O devedor, na obrigação prescrita, não pode mais ser forçado judicialmente a prestar o devido, nem corre o risco de ter seu patrimônio expropriado para

satisfação do direito do credor. Trata-se, portanto, de inequívoca obrigação natural. Se, a despeito disso, der cumprimento voluntário à obrigação, não poderá posteriormente pleitear a devolução do que pagou (CC, art. 882).

d) *Juros não estipulados*. O mútuo, que é o contrato de empréstimo de bens fungíveis (CC, art. 586), pode ter ou não fins econômicos. Quando tem, presumem-se devidos os juros (CC, art. 591); quando não, presume-se gratuito. No mútuo sem fins econômicos, portanto, o mutuante tem direito de receber de volta o emprestado em igual quantidade, gênero e qualidade, mas não tem, em princípio, direito a nada a título de remuneração pelo empréstimo. Se o pai empresta dinheiro ao filho, surge um mútuo sem fins econômicos. Caso não tenha sido expressamente pactuado entre eles o pagamento de juros, em razão da presunção de gratuidade, considera-se que estes não são devidos. A obrigação de remunerar o empréstimo, nesta hipótese, é natural. O pai não pode exigir em juízo o pagamento dos juros. Se o filho os pagar, porém, não poderá reclamá-los de volta.

Além dessas hipóteses, também são mencionadas como exemplos de obrigação natural as do pagamento do resíduo após o cumprimento da recuperação judicial, da dívida desconsiderada por sentença injusta irrecorrível e da obrigação do devedor favorecido pela presunção legal de pagamento não efetuado. Sérgio Carlos Covello denomina essas hipóteses de *obrigações naturais atípicas*, por não se encontrarem especificamente previstas na lei (1996:131/139).

6. OBRIGAÇÃO E PATRIMÔNIO

Patrimônio é o conjunto de bens (incluindo os direitos) e dívidas titularizado por determinado sujeito de direito. No patrimônio, encontram-se as coisas materiais de propriedade do sujeito (imóveis, veículos, equipamentos etc.), bens imateriais (direito autoral, patente de invenção, nome de domínio na internete etc.), além de seus créditos e débitos perante outros sujeitos. Costuma-se desdobrar o patrimônio em dois elementos: *ativo* e *passivo*. No ativo, reúnem-se os bens de propriedade do sujeito e os direitos que titulariza; no passivo, suas dívidas. *Patrimônio líquido* é a diferença entre o ativo e o passivo de um sujeito de direito. Se *Antonio* tem seu patrimônio desdobrado em ativo no valor de *R$ 100.000,00*, e passivo, no de *R$ 35.000,00*, o seu patrimônio líquido é de *R$ 65.000,00*. Quando o passivo supera o ativo, diz-se que o patrimônio líquido é negativo. Note-se, desde logo, que nem todo elemento do patrimônio de um sujeito é contabilizável. Os direitos imateriais integram o ativo de seu titular,

para todos os efeitos jurídicos, mas nem sempre são ou podem ser apropriados pela contabilidade. O conceito jurídico de patrimônio é mais amplo que o contábil.

Qualquer obrigação pode importar repercussões patrimoniais, tanto para o sujeito ativo como para o passivo. Em termos mais precisos, a obrigação produz ou pode produzir mudanças no patrimônio das partes nela envolvidas, isto é, tem aptidão para gerar *mutações patrimoniais*. Se *Benedito* é dono de um imóvel residencial, este é um dos elementos de seu ativo. Na hipótese de ele o vender a *Carlos*, a obrigação correspondente a esse contrato de compra e venda importará uma mutação no patrimônio de *Benedito*: o imóvel deixará de integrá-lo e passará a integrá-lo o dinheiro recebido pela venda. Note-se que também gerará esta mesma obrigação uma mutação inversa no patrimônio de *Carlos*: o imóvel em questão passará a fazer parte do ativo e deixará de integrá-lo o dinheiro pago pelo bem.

Mesmo nas obrigações de fazer ou não fazer, a obrigação repercute no patrimônio das partes. Quando o advogado é contratado para promover demanda judicial em favor de seu cliente, nascem dois vínculos obrigacionais: de um lado, o vínculo em que ele, advogado, é o devedor dos serviços e o cliente, credor; de outro, aquele em que as posições ativas e passivas invertem-se e o advogado é credor dos honorários devidos pelo cliente. Somente este último importa mutação patrimonial *direta*; isto é, com a constituição da obrigação de fazer, surge desde logo, no ativo do advogado, o direito à remuneração e no passivo do cliente, a dívida correspondente. O primeiro vínculo, no entanto, repercute *indiretamente* no patrimônio das partes, na medida em que o advogado, se não prestar os serviços contratados, deve indenizar os prejuízos sofridos pelo cliente. A obrigação de indenização derivada do descumprimento da de fazer acarreta mutação patrimonial representada por um débito no patrimônio do advogado e um crédito no do cliente.

Atente-se que a *constituição* do vínculo obrigacional (a prática do negócio jurídico, a verificação do ato ilícito ou do fato jurídico etc.) já pode acarretar mutações no patrimônio tanto do sujeito ativo como do passivo da obrigação. Se *Darcy* toma dinheiro emprestado do banco, desde o surgimento da obrigação, torna-se devedora (mutuária) da quantia emprestada. Do seu patrimônio, passa a constar a dívida perante o banco (mutuante), tão logo ela entre na posse do dinheiro objeto de mútuo. O mesmo negócio jurídico gera, também, imediata mutação no patrimônio do banco, que passa a ter, no patrimônio, o crédito titularizado perante *Darcy*. Por outro lado, a *execução* da obrigação (voluntária,

judicial específica ou judicial subsidiária) também gerará novas mutações no patrimônio dos sujeitos envolvidos. Assim, quando *Darcy* pagar ao banco o empréstimo, deixará de figurar do patrimônio dela a dívida, assim como também deixará de existir no do banco o crédito.

A constituição, execução ou inexecução das obrigações podem implicar mutações nos patrimônios dos sujeitos ativo e passivo.

Desdobra-se, viu-se, o patrimônio em ativo e passivo. Os bens de propriedade do sujeito e os direitos que titulariza albergam-se no ativo e suas dívidas, no passivo. Como as obrigações podem repercutir no patrimônio tanto do credor como do devedor, integram, dependendo da posição do titular do patrimônio na relação obrigacional, o ativo ou o passivo dele. Quer dizer, a obrigação pode fazer parte tanto de um como de outro elemento do patrimônio, dependendo de como se posta o respectivo sujeito no vínculo obrigacional. Assim, constituída certa obrigação, o sujeito ativo, que é o credor, passa a ter no seu ativo o crédito correspondente; e o sujeito passivo, que é o devedor, passa a ter no seu passivo o débito derivado da referida obrigação. As *obrigações ativas* são aquelas em que o sujeito titular do patrimônio é credor (sujeito ativo); correspondem aos seus créditos. Já as *obrigações passivas* são aquelas em que o sujeito titular do patrimônio é devedor (sujeito passivo); correspondem aos seus débitos.

Algumas relações obrigacionais geram para cada parte tanto obrigações ativas como passivas, entrecruzando-se direitos e deveres. Isto se verifica, por exemplo, nos contratos bilaterais a prazo. Imagine-se que *Benedito* e *Carlos* houvessem contratado a compra e venda do imóvel mediante o parcelamento do preço. Especificamente, eles se vincularam por um *compromisso de compra e venda*. Neste caso, mesmo que a *posse* do bem seja desde já transferida ao promitente comprador (como é usual), a *propriedade* só o será após o pagamento integral de todas as prestações. Mas a constituição da obrigação (pela celebração do compromisso), por si só, desencadeia já mutações patrimoniais para os promitentes. *Benedito*, promitente vendedor, passa a incorporar a seu ativo o crédito correspondente ao preço do imóvel, e ao passivo o dever de, em recebendo integralmente o valor deste, transferi-lo à propriedade de *Carlos*. Por sua vez, com a celebração do compromisso, *Carlos*, promitente comprador, passa a ter, em seu passivo, o débito correspondente às prestações do preço

contratado, e, no ativo, o direito de se tornar proprietário do bem após o pagamento destas. Como se vê, tanto a parte promitente vendedora como a promitente compradora experimentam, nos ativos e passivos de seus patrimônios, mutações derivadas da constituição da obrigação. Pois bem, uma vez cumprindo *Carlos* a obrigação de pagar todas as prestações contratadas no compromisso de compra e venda, e *Benedito* a de transferir-lhe a propriedade do imóvel compromissado, extingue-se a obrigação. Veja que repercute a extinção da obrigação nos respectivos patrimônios, tanto no ativo como no passivo de cada parte. Do de *Benedito,* saem o dever de transferir o imóvel e o crédito pelas prestações e entra o dinheiro recebido de *Carlos*; do de *Carlos*, por sua vez, saem o dinheiro correspondente ao preço e o débito perante *Benedito* e entra o imóvel adquirido.

Há obrigações em que o entrecruzamento de créditos e débitos não existe. Nas derivadas de declaração unilateral de vontade (o credor por enriquecimento indevido não tem obrigação nenhuma perante seu devedor), nas oriundas de responsabilidade civil (a vítima tem apenas direitos a exercer em face do agente causador dos danos) e mesmo nalguns contratos unilaterais (na doação, só o doador é sujeito passivo), o vínculo obrigacional é um só.

Em suma, qualquer obrigação — em sua constituição, execução ou inexecução — importa diretas ou indiretas mutações patrimoniais, verificáveis tanto no ativo de uma das partes correlacionado ao passivo da outra, como no ativo e passivo de ambas.

7. SIGNIFICADOS DA EXPRESSÃO "OBRIGAÇÃO"

Obrigação é expressão ambígua. Pode ser corretamente empregada em dois sentidos diferentes. No primeiro significado, denota a situação de quem se pode exigir certa prestação. Emprega-se a expressão neste significado em frases como: o locatário tem a obrigação de pagar o aluguel; uma das obrigações do proprietário de imóvel é pagar o IPTU; o causador do dano que deixa de pagar a indenização à vítima descumpre sua obrigação etc. Este é o sentido de obrigação que corresponde ao mais difundido. Nela, a expressão é sinônima de um dos significados de *dever* (item 8).

No seu segundo significado, obrigação é, como conceituado acima, o vínculo entre duas partes qualificado juridicamente no sentido de uma delas poder exigir da outra determinada prestação (item 1). Emprega-se *obrigação* neste

significado nas seguintes frases: a obrigação locatícia implica o direito do locador ao recebimento do aluguel; nasce a obrigação tributária correspondente ao IPTU pelo fato gerador da propriedade imobiliária; entre o causador do dano e a vítima estabelece-se obrigação não negocial.

Obrigação *é expressão ambígua. Seu primeiro significado é o de* dever *(p. ex.: "o comodatário tem a obrigação de restituir o bem recebido em comodato"); o segundo é o de* vínculo *de sujeição do devedor ao credor (p. ex.: "a obrigação locatícia surge do contrato de locação").*

Embora a doutrina aponte o segundo significado como sendo o mais técnico (cf., por todos, Pereira, 1961:8), é usual, no meio profissional e acadêmico do direito, empregarem-se os dois. Esta ambiguidade, ao contrário de muitas outras, não deve ser objeto de maiores preocupações, porque facilmente se consegue perceber, a partir do contexto, o sentido em que se emprega a expressão. Neste *Curso de direito civil*, usam-se os dois significados. Quando o contexto não permitir a imediata superação da ambiguidade, emprego *obrigação passiva* para designar o primeiro sentido acima apontado (situação daquele de quem se pode exigir uma prestação).

8. OBRIGAÇÃO E DEVER

Patrimonialidade é o atributo da obrigação representado pela mensurabilidade em dinheiro da prestação (Gil, 1983:187/189). Quer dizer, as obrigações são *patrimoniais* não pelas mutações que podem trazer aos patrimônios do credor e devedor, mas por serem seus objetos expressos em quantia monetária (*dívida de dinheiro*) ou pelo menos suscetíveis desta quantificação (*dívida de valor*). O atributo da patrimonialidade, cuja pertinência é questionada por certa doutrina (Noronha, 2003, 1:40/50), distingue a *obrigação* do *dever*.

Em outros termos, a obrigação, além de poder acarretar repercussões no patrimônio dos sujeitos de direito envolvidos, tem por objeto prestação — ainda que representada por um fazer ou não fazer do devedor — sempre passível de mensuração em dinheiro, direta (na execução) ou indiretamente (na inexecução). Não há obrigação sem esta característica. É o atributo da *patrimonialidade* que a distingue de outros vínculos de sujeição entre as pessoas qualificados pelo Direito. Estes outros vínculos de sujeição não revestidos de patrimonialidade devem ser chamados de *dever*, para não se confundirem dois institutos jurídicos

bem distintos (Gomes, 1961:21).

Dever é, tal como *obrigação*, uma expressão ambígua; isto é, possui dois sentidos igualmente técnicos e apropriados para a tecnologia jurídica. No primeiro, equivale a *obrigação passiva*. Assim, quando se diz que alguém tem um dever, isto significa que está obrigado a dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Este é o sentido largo de *dever*, em que o conteúdo da expressão não se distingue do da *obrigação*. Pode-se afirmar, em decorrência, sem incorrer em equívoco técnico, que o devedor tem o *dever* ou a *obrigação* de pagar o credor. As duas hipóteses estão corretas.

No segundo sentido, *dever* denota o vínculo de sujeição entre pessoas sem patrimonialidade. O jovem de dezoito anos tem o dever de prestar serviço militar, no sentido de que está sujeito a vínculo com o Estado de que decorre a imposição de o homem, no ano em que completar aquela idade, comparecer à circunscrição militar para alistamento. Este dever, porém, não integra o passivo do patrimônio do rapaz. O vínculo correspondente ao dever simplesmente não tem nenhuma implicação para o patrimônio da pessoa a ele sujeita. Este é o sentido estrito da expressão.

No direito civil, há exemplo de dever na disciplina do casamento. Os cônjuges têm recíprocos deveres de fidelidade, amparo e coabitação. Estão, um perante o outro, ligados por este vínculo de sujeição, em razão do qual podem exigir recíproca observância de determinados comportamentos (exclusividade na gratificação sexual e moradia conjunta). Esses vínculos, porém, malgrado a sujeição, não repercutem no ativo ou passivo dos cônjuges e não são mensuráveis em pecúnia.

Dever, em sentido estrito, é o vínculo jurídico entre duas pessoas, em razão do qual uma delas fica sujeita à outra, mas sem o traço da patrimonialidade. Pessoas casadas, por exemplo, tem, uma perante a outra, o dever de fidelidade, amparo e coabitação.

A obrigação natural, atente-se, não é, como visto, obrigação mas também não é um dever. Do fato de não poder o credor exigir judicialmente o adimplemento do devido não se segue sua extrapatrimonialidade. Ao contrário, a obrigação natural é mensurável em dinheiro e repercute no patrimônio dos sujeitos envolvidos. Se o apostador vencido paga ao vencedor o dinheiro da aposta, este sai do patrimônio daquele para ingressar no deste. Se o mutuário, no mútuo sem

fins econômicos, paga juros não estipulados ao mutuante, ocorrem as mutações patrimoniais correspondentes. Se o credor do empresário beneficiado por plano de recuperação judicial recebe o pagamento do resíduo, a mutação correspondente verifica-se tanto no patrimônio dele como no do devedor. Mas se o cônjuge cumpre seus deveres de fidelidade, amparo e coabitação, isto é insuscetível de avaliação monetária e nenhuma repercussão patrimonial se verifica. As obrigações imperfeitas, assim, afastam-se tanto das obrigações como dos deveres.

A importância de distinguir *obrigação* de *dever* está relacionada ao regime jurídico aplicável a cada instituto (cf. Nonato, 1959:58/60). As regras que disciplinam as obrigações não se aplicam aos deveres, nos seus desdobramentos patrimoniais (transmissão, pagamento, efeitos do inadimplemento etc.). Os deveres são disciplinados por regras próprias, estranhas ao direito obrigacional: o descumprimento do dever de fidelidade do cônjuge é causa, por exemplo, de dissolução da sociedade conjugal nascida do casamento (CC, art. 1.571, I).

9. FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

As normas do direito das obrigações, como as de qualquer ramo jurídico, reclamam flexibilização. Como discutido anteriormente (Cap. 3, item 9), o Direito só pode funcionar como sistema social de superação dos conflitos de interesses se as normas que orientam as decisões judiciais puderem ser aplicadas com flexibilidade. Quanto mais complexa é a sociedade, mais flexível deve ser o Direito. Há, por um lado, conceitos jurídicos e tecnológicos aptos a promover a flexibilização de qualquer ramo do direito. São os conceitos elaborados, estudados e operacionalizados no reconhecimento e preenchimento de lacunas, na superação de antinomias, na interpretação das normas etc. Há, por outro lado, mecanismos de flexibilização específicos de certos ramos do direito.

Veja-se o instituto da novação (Cap. 17, item 2). Trata-se de hipótese de extinção indireta da obrigação, isto é, de extinção derivada de ato jurídico diverso do pagamento (adimplemento). Na novação, a obrigação é extinta porque as partes concordam em substituí-la por uma nova relação obrigacional, com o objeto ou um dos sujeitos mudado. No rigor das normas do direito das obrigações, a novação extingue o vínculo obrigacional anterior e dá nascimento a uma nova obrigação. Deste modo, se à obrigação antiga correspondia um título com determinada cláusula (favorável ao devedor ou ao credor, é indiferente), e à

nova corresponde título sem igual disposição, considera-se aquela não mais vigente. Exemplo: *Antonio*, mutuário, deve ao *Banco Brasão S.A.*, mutuante, e não tem como pagar. As partes, porém, renegociam a dívida e declaram expressamente estar novando a obrigação. Com isto, extingue-se o mútuo anterior e surge um novo. Se no primeiro havia cláusula favorável ao devedor (prazo de carência para saldar as prestações do mútuo, p. ex.) ou ao credor (certa garantia, como uma fiança, p. ex.) que não se repete no título correspondente ao segundo mútuo, no rigor das normas do direito obrigacional, deve-se considerar que a novação extinguiu a obrigação antiga e a disposição de vontade em questão não mais existe, não mais produz efeitos. Quer dizer, *Antonio* não faz mais jus à carência que constava apenas do título correspondente ao primeiro mútuo, assim como o *Banco Brasão S.A.* não titulariza mais a garantia fiduciária anteriormente pactuada.

O Judiciário, contudo, muitas vezes deixa de aplicar, com rigor, a disciplina legal da novação e reconhece, principalmente em tutela dos interesses do mais fraco dos contratantes, efeitos a disposições exclusivas da primeira obrigação e inexistentes na segunda (cf. Martins-Costa, 2003:531/533). É este um exemplo de flexibilização das normas do direito das obrigações. Em vez de prestigiar o instituto da novação com atenção ao seu rigor normativo, o juiz decide em sentido diverso.

No campo específico do direito das obrigações, os instrumentos tecnológicos de flexibilização têm proposto uma nova abordagem sobre o vínculo obrigacional. Uma abordagem que afasta a concepção de obrigação como um vínculo de *sujeição* do sujeito passivo ao ativo. Operam os tecnólogos adeptos desta nova abordagem com a noção de uma relação de cooperação, a partir da afirmação de que, na obrigação, o direito de uma das partes não se pode realizar senão mediante a conduta da outra parte. A obrigação é vista, neste contexto, como um “processo dinâmico” que busca o adimplemento. Judith Martins-Costa, entre outros civilistas, partindo fundamentalmente de contribuições de Clóvis do Couto e Silva, é entusiasta de tal abordagem, que leva à construção de um conceito moderno de obrigações e de relação obrigacional. Para ela, o Código Civil de 2002, inclusive, a teria adotado; sustenta esta afirmação não tanto no exame dos seus dispositivos — que, no campo do direito das obrigações, repetem, no geral, a letra do Código Beviláqua —, mas no da estrutura do diploma, pautado em princípios como os da eticidade, da boa-fé, da função social dos contratos etc. A definição da obrigação como uma relação de cooperação informada pela boa-fé importaria, assim, que as partes deveriam agir

pautadas pela lealdade, ou seja, cada uma considerando os interesses da outra (2003:1/77; 2000:394/397).

A obrigação tem sido vista, também, não como vínculo de sujeição do devedor ao credor, mas como uma relação de cooperação. Como o atendimento do direito de uma parte depende da conduta da outra, a inter-relação implicaria a necessidade de cada uma delas atentar aos interesses da outra.

Para alguma doutrina, o Código Reale teria adotado esta concepção da obrigação, em função de seus princípios básicos (eticidade, boa-fé, função social etc.).

Esta concepção é importante porque fornece recursos tecnológicos indispensáveis à flexibilização das normas do direito obrigacional.

As novas abordagens da obrigação são importantes à flexibilização das normas do direito obrigacional na sociedade complexa dos nossos tempos. A partir das considerações que tangenciam vagamente o campo da ética e da filosofia, elaboram-se instrumentos tecnológicos que permitem a atenuação do rigor dos preceitos normativos. Afinal, o atual estágio de evolução da retórica jurídica não admite que o juiz se afaste demasiadamente de sua função de aplicador da lei. Afirmar que o próprio Código Civil teria adotado a teoria da obrigação como relação de cooperação significa, em última análise, dizer que a lei a aplicar conteria nela mesma a alternativa da decisão flexibilizada. Novação extingue a obrigação anterior, mas pode ser que não extinga — no final, a nova abordagem leva à conclusão de que as duas soluções se encontrariam no próprio Código Civil, a despeito da literalidade de suas normas indicar que apenas a primeira delas seria a legal. O juiz, ao flexibilizar a disciplina jurídica da novação — reconhecendo efeitos a cláusulas de uma obrigação extinta —, estaria, de algum modo, aplicando o Código Civil. A abordagem da obrigação como relação de cooperação fornece os fundamentos retóricos para que certas decisões ilegais do juiz assim não pareçam ser.

Capítulo 14

MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil denominou *modalidade das obrigações* o título em que reuniu a disciplina das categorias referentes a algumas das classificações de maior operacionalidade do instituto. Sob tal expressão, encontram-se preceitos normativos atinentes às obrigações de dar (arts. 233 a 246), fazer (arts. 247 a 249) e não fazer (arts. 250 e 251), alternativas (arts. 252 a 256) e divisíveis ou indivisíveis (arts. 257 a 263). Nesse mesmo título, acomodaram-se as normas sobre solidariedade (arts. 264 a 285), um dos mais importantes tópicos do *direito das obrigações*.

Modalidade das obrigações, assim, é apenas uma designação tradicional de valia meramente sistematizadora, empregada pela lei na organização de seus dispositivos.

2. OBRIGAÇÕES DE DAR

Nas obrigações de dar, a prestação devida pelo sujeito passivo consiste em entregar alguma coisa para o sujeito ativo. A expressão técnica que identifica o ato de entrega é “tradição”. Quando o devedor se obriga a dar uma coisa ao credor, a tradição representa a execução da obrigação. Antes da tradição, a obrigação ainda não se cumpriu; após, estará cumprida.

Segundo o critério da propriedade da coisa objeto da prestação, têm-se três hipóteses a considerar. Na primeira, a coisa pertence ao patrimônio do devedor e, ao ser entregue ao credor, passa ao patrimônio deste. Há, neste caso, transferência do domínio sobre a coisa, do sujeito passivo para o ativo. É o caso da obrigação do vendedor, que, ao entregar a coisa vendida ao comprador, transfere-lhe a propriedade. Chama-se esta primeira hipótese de obrigação de *transferir o domínio* ou, mesmo, de *dar estrito senso*.

A segunda hipótese a considerar é a da coisa que pertence ao patrimônio do sujeito passivo e é entregue ao sujeito ativo *sem* passar ao patrimônio deste. Não se opera, aqui, a transferência do domínio sobre a coisa, que continua pertencendo ao devedor. Transfere-se ao credor, no cumprimento da obrigação,

unicamente a *posse* da coisa, mas não a propriedade. É o exemplo da obrigação do locador (proprietário) de passar às mãos do locatário as chaves do imóvel locado, que significa dar-lher a posse do bem. Chama-se de *entregar* esta espécie de obrigação de dar (embora, a rigor, o ato da entrega encontre-se também nas demais espécies).

Finalmente, a terceira situação a se levar em conta é a da coisa que pertence ao patrimônio do credor e encontrava-se na posse do devedor. Também não se opera, no cumprimento desta obrigação, a transferência do domínio sobre a coisa. O sujeito passivo não era o proprietário do bem entregue ao sujeito ativo; não se torna proprietário, nem o deixa de ser, em razão da execução da obrigação. A coisa, ao contrário, pertencia já ao credor, e continua a pertencer-lhe — nada muda na questão da propriedade do bem objeto da prestação; apenas a posse, que estava sendo exercida pelo devedor, é restituída ao credor. Trata-se, por exemplo, da obrigação do locatário de devolver o imóvel locado ao locador, ao término do vínculo contratual. É chamada obrigação de *restituir* (item 2.5).

As obrigações de dar, segundo a propriedade e a posse da coisa objeto de prestação, podem ser classificadas em 3 categorias: a de transmitir o domínio (é a obrigação, p. ex., do vendedor), de entregar (a do locador, no início do contrato de locação) e a de restituir (a do locatário, no fim do contrato).

Esclareço que nas três situações acima descritas manifestam as obrigações sua patrimonialidade. Na execução da obrigação de transferir o domínio, o bem objeto da prestação deixa o patrimônio do devedor e ingressa no do credor. Não há dificuldade nenhuma em entender esta mutação patrimonial. Na execução da obrigação de entregar, o bem objeto da prestação não deixa o patrimônio do devedor, mas há, mesmo assim, mutações patrimoniais. O devedor da obrigação de entregar, após cumpri-la, torna-se credor de uma obrigação de restituir. O locador entrega a posse do imóvel locado ao locatário, e passa a titularizar o direito de recebê-lo de volta ao término do contrato de locação. Por fim, na execução da obrigação de restituir, o crédito é substituído pela coisa. Quando o mutuário paga o mutuante, no patrimônio deste substitui-se o direito creditício pelo dinheiro do pagamento.

Segundo o critério da determinação do objeto da prestação, a obrigação é de dar *coisa certa* ou *coisa incerta*. É o critério da organização dos dispositivos legais sobre o assunto. No Código Civil, a obrigação de dar coisa certa é

disciplinada nos arts. 233 a 242 (itens 2.1 e 2.2); as de dar coisa incerta, nos arts. 243 a 246 (itens 2.3 e 2.4). Normas diferentes aplicam-se aos sucessos da coisa — isto é, sua perda, deterioração ou melhoramento — não só segundo a determinação do objeto da obrigação de dar como também na hipótese de obrigação de restituir (item 2.5). Por fim, cabe destacar que uma importante espécie de obrigação, a pecuniária, não se enquadra coerentemente nos quadrantes destas modalidades (item 2.6).

2.1. Dar coisa certa

Na obrigação de dar *coisa certa*, o objeto da prestação do sujeito passivo está individuado desde a sua constituição. O devedor somente cumpre a obrigação se entregar ao credor exatamente a prestação especificada (o imóvel localizado na rua *x*, número *y*; o veículo de placas *z*; o exemplar de um livro autografado pelo autor etc.). Ela difere da obrigação de dar *coisa incerta*, porque, nesta, a individuação se verifica apenas na execução. A obrigação de dar coisa certa é sempre determinada, já que a definição do objeto da prestação não depende de uma declaração negocial definidora no momento da execução (cf. Gil, 1983: 107/110).

Dar coisa certa corresponde à prestação de boa parte das obrigações negociais. Nelas, normalmente, os sujeitos de direito têm interesse focado em determinado e específico bem; não lhes interessa outro, ainda que de mesma qualidade e espécie. Na escritura de compra e venda de imóvel, em geral, o vendedor quer alienar um bem determinado de seu patrimônio e o comprador deseja adquirir este mesmo bem, e não outro. Ao assinarem o contrato de locação de um apartamento, as partes referem-se a um individuado bem, objeto específico do interesse do locador dar em locação e do locatário em alugar. Quando deixo meu carro num estacionamento, celebro contrato de depósito com a empresa prestadora dos serviços de guarda de veículos. A obrigação que a depositária tem de me restituir o automóvel, ao término da estada, é de dar coisa certa. Ela não cumprirá a obrigação se me entregar outro veículo, mesmo que seja de marca, modelo e idade iguais.

Quando a prestação é de dar coisa certa, o devedor não se libera da obrigação entregando ao credor bem diverso do especificado, mesmo que, eventualmente, seja mais valioso ou melhor que o individuado na constituição da obrigação. Para que a obrigação de dar coisa certa possa ser cumprida através da entrega de *outra* coisa, é necessária a concordância do credor. Nesta hipótese, anuindo o sujeito ativo em receber prestação diversa da devida, executa-se a obrigação

mediante *dação em pagamento* (CC, arts. 356 a 359).

A obrigação de dar coisa certa abrange, em princípio, os seus acessórios (CC, art. 233). Recorde-se que os bens, considerados reciprocamente, classificam-se em principais e acessórios (Cap. 9, item 3). Quando têm existência por si, independente de qualquer outro, são principais; não a tendo, isto é, existindo necessariamente em razão de outro bem, são acessórios. As árvores do pomar do sítio são bens acessórios do imóvel; este, por sua vez, é um bem principal. Assim se classificam porque, enquanto as árvores não podem existir sem o solo em que se enraízam, este pode existir sem elas. O acessório segue a sorte do principal. Deste modo, quem se obriga a dar o sítio, obriga-se a dar também as árvores do pomar.

Na obrigação de dar coisa certa, o bem objeto de prestação é individualizado na constituição. O sujeito passivo assume, perante o ativo, a obrigação de entregar um preciso e especificado bem. Neste tipo de obrigação, os acessórios da coisa certa estão, em regra, abrangidos.

Há, porém, duas exceções a examinar. A obrigação de dar o principal não se estende aos acessórios, em primeiro lugar, se a vontade dos sujeitos convergir neste sentido. Se credor e devedor da obrigação de dar coisa certa contratam que um ou mais de seus acessórios não se incluem na prestação, o vínculo de dependência entre eles e a coisa principal se desfaz. Na venda de ações das sociedades anônimas às vésperas da distribuição de dividendos anuais correspondentes ao último exercício, não é incomum as partes definirem que estes serão recebidos pelo vendedor. O direito aos dividendos é acessório ao direito de titularidade das ações e apenas não se compreende na obrigação do vendedor de transferir o domínio de coisa certa porque assim foi contratado com o comprador.

A outra hipótese em que a obrigação de dar coisa certa não compreende os acessórios está relacionada às circunstâncias do caso. Em determinadas situações, não há nenhum acordo entre os sujeitos da relação obrigacional acerca da exclusão dos acessórios da prestação; estes, porém, não se consideram abrangidos na obrigação em virtude das circunstâncias que a cercam. Se o comprador do imóvel tem a declarada intenção de o demolir, pode-se considerar, por esta circunstância, que uma benfeitoria voluptuária de valor exclusivamente afetivo (isto é, sem valor de revenda na demolição) não integra a prestação. O

vendedor pode levantá-la antes da entrega do imóvel porque a benfeitoria em questão, embora tenha a natureza de bem acessório, reputa-se excluída da obrigação de dar coisa certa em razão daquelas circunstâncias (intenção de demolir e valor meramente afetivo).

2.2. Sucessos da coisa certa

Entre a constituição e a execução da obrigação, podem ocorrer eventos interferentes com a coisa objeto da prestação. Distinguem-se, para disciplinar juridicamente seus efeitos, três destes eventos: perda, deterioração e melhoramento. Os dois primeiros correspondem a sucessos negativos e o último, a sucesso positivo. Na perda, a coisa é destruída em tal nível que simplesmente deixa de ter qualquer utilidade ou valor para o sujeito ativo. Na deterioração, o evento destrói em parte a coisa, que passa a ter menos utilidade ou valor para o sujeito ativo. Equivale à perda parcial. No melhoramento, a coisa tem sua utilidade ou valor aumentado, sob a perspectiva do sujeito passivo.

Quando se trata de obrigação de dar coisa certa, os sucessos podem comprometer, em parte ou totalmente, a prestação. Se o sujeito passivo assumira a obrigação de dar uma coisa individuada, em ocorrendo a perda, deterioração ou melhoramento desta, ele não a pode substituir por outra unilateralmente. Viu-se, já, que a mudança da prestação, na obrigação de dar coisa certa, depende da anuência do credor (dação em pagamento).

Os sucessos da coisa incerta são disciplinados por lei a partir de duas variáveis: *a propriedade da coisa* e *a responsabilidade do possuidor*. Em termos gerais, vigora a regra de que é o dono quem sofre ou se aproveita dos sucessos da coisa, a menos que o outro obrigado tenha sido o responsável pelo evento. Se a hipótese é, por exemplo, de perda, a coisa perece para o dono (*res perit domino*), salvo se o outro obrigado foi o culpado pelo evento danoso. Se é de deterioração, as consequências da redução do valor somente não são suportadas pelo dono se o outro sujeito da relação obrigacional culposamente deteriorou a coisa. Ademais, se for o próprio dono da coisa o culpado pela perda ou deterioração, ele deve indenizar o outro obrigado pelos prejuízos decorrentes de sua conduta. Finalmente, no caso de melhoramento, o dono deve ser ressarcido pelo aumento de valor da coisa, a menos que a responsabilidade por este aumento seja do outro obrigado, enquanto exercia a posse sobre ela.

Três são os sucessos que podem atingir a coisa certa: perda, deterioração e melhoramento. O assunto é disciplinado por uma regra geral que combina a propriedade do bem e a responsabilidade do possuidor pelo evento.

Vejam-se as regras específicas de cada hipótese de sucesso, anotando-se que, por razões didáticas, tratarei, neste item, somente das obrigações de *transferir o domínio* e de *entregar*. Sobre os sucessos da coisa nas obrigações de *restituir*, tratarei mais à frente (item 2.5)

Perda. Estabelece a lei que, se a coisa certa se perde antes da tradição (entrega), *sem* culpa do devedor, resolve-se a obrigação (CC, art. 234). Que significa *resolver a obrigação*? Significa repor as partes à condição anterior à constituição da obrigação. Assim, resolvida uma obrigação, o sujeito passivo fica liberado da prestação (não precisa mais entregar aquela coisa certa), mas deve devolver ao sujeito ativo os pagamentos que tiver eventualmente recebido. Imagine que *Antonio* vendeu seu microcomputador portátil usado a *Benedito*. Recebeu, no ato da venda, $ 2.000 como entrada e princípio de pagamento. Considere, porém, que o aparelho, no interregno, foi irremediavelmente danificado por culpa da concessionária fornecedora de energia elétrica. Neste caso, como visto, resolve-se a obrigação. *Antonio* devolve os $ 2.000 a *Benedito* e fica dispensado de entregar-lhe o microcomputador objeto de contrato. O equipamento, em outros termos, pereceu para o dono, já que nenhum dos obrigados teve culpa pelo evento danoso.

Quando, porém, o devedor é o culpado pela perda da coisa certa, prevê a lei sua responsabilidade "pelo equivalente e mais perdas e danos" (CC, art. 234, *in fine*). Isto significa que a obrigação não se resolve, quer dizer, as partes não retornam à situação patrimonial anterior à constituição da obrigação; pelo contrário, o devedor deve compensar amplamente o credor pela impossibilidade da prestação. *Carlos* vendeu, mediante pagamento à vista, seu carro usado a *Darcy*, comprometendo-se a entregá-lo em 24 horas. Se, ao se dirigir ao local combinado para a entrega, *Carlos* negligentemente causa grave acidente de trânsito, provocando o incêndio do carro e sua perda total, ele deve indenizar *Darcy* por todos prejuízos sofridos. O valor do pagamento deve ser restituído atualizado e acrescido de juros de mercado e impostos sobre a movimentação financeira. Se, eventualmente, *Darcy* sofreu outros prejuízos em razão da imprestabilidade da coisa — por exemplo, teve que gastar com táxi até ser reembolsada e poder adquirir outro veículo —, terá direito ao ressarcimento também por eles.

A perda da coisa certa sem culpa do devedor importa a resolução da obrigação. Retornam, em consequência, as partes à situação anterior à da constituição da obrigação. Quando perde-se a coisa por culpa do devedor, este deve indenizar o credor pelos prejuízos.

Deterioração. As regras sobre a deterioração da coisa certa equivalem às estabelecidas para a hipótese de perda. Como a deterioração não é mais que a perda parcial, é justo que as consequências deste sucesso negativo sejam tratadas pela lei de modo similar às da perda. A especificidade do regramento sobre a deterioração está relacionada ao reconhecimento do direito de o credor optar pelo recebimento da coisa, mesmo deteriorada, em função de alguma compensação, caso isto seja de seu interesse.

Se a coisa certa objeto de prestação se deteriora entre a constituição e a execução da obrigação, e este evento não decorre de culpa do devedor, o credor pode optar entre duas alternativas: resolver a obrigação ou aceitar a coisa com abatimento de preço (CC, art. 235). Escolhendo a primeira, retornam as partes à situação patrimonial anterior à constituição da obrigação. O devedor, neste caso, fica liberado de fazer a entrega da coisa, mas deve restituir ao credor os pagamentos que este eventualmente tiver realizado. Escolhida a segunda alternativa, o devedor deve entregar a coisa e suportar o abatimento do preço. *Evaristo* locou a *Fabrício* um imóvel mobiliado. Antes, porém, da entrega das chaves, uma inundação de grandes proporções danificou parte da construção e de seu mobiliário. Se para *Fabrício* não interessar mais a locação, a deterioração do bem locado é causa para resolver a obrigação. Desfaz-se, então, o contrato entre eles, retornando cada parte à situação patrimonial anterior à da constituição da obrigação. Se, no entanto, continuar interessando a locação a *Fabrício*, terá ele direito à redução do preço do aluguel, proporcional à deterioração. A escolha é exclusiva de *Fabrício*, não dependendo em nada da vontade de *Evaristo*.

Na hipótese de o credor optar pela aceitação da coisa deteriorada mediante abatimento no preço, podem as partes eventualmente divergir sobre o percentual deste. Atente-se, porém, que não se trata a mensuração do abatimento de matéria negocial. É *direito* do credor receber a coisa deteriorada com abatimento do preço se assim quiser. Resistindo, porém, o devedor a entregá-la por discordar do abatimento pretendido pelo credor, caberá ao juiz decidir o conflito de interesses. Em outros termos, credor e devedor quantificam diferentemente o mesmo

objeto: a redução do valor da coisa certa em decorrência da deterioração. Na ação judicial própria, deverá ser feita perícia técnica com o objetivo de mensurar a redução, decidindo o juiz a respeito.

As mesmas alternativas abrem-se ao credor também na hipótese de a deterioração ter sido causada por culpa do devedor. Neste caso, porém, ao devedor imputa-se ainda a obrigação de indenizar as perdas e danos sofridos pelo credor. Se, no exemplo anterior, a deterioração do imóvel e mobiliário não tivesse decorrido de causa natural, mas de culpa do *Evaristo* (imagine-se que seu filho, às vésperas da data programada para entrega do bem ao locatário, promove uma ruidosa festa no local, em que além de partes da casa também se estragam vários móveis), *Fabrício* pode optar pela resolução da obrigação, com desfazimento do contrato de locação, ou pela redução do aluguel. Qualquer que seja a decisão de *Fabrício*, terá ele também direito de ser indenizado pelos prejuízos que sofrer. Se, por exemplo, para a realização de obras e aquisição de novos móveis, *Fabrício* precisou continuar ocupando, por mais alguns meses, outro imóvel de aluguel, o valor deste deve ser reembolsado por *Evaristo*.

Ocorrendo a deterioração da coisa certa sem culpa do devedor, o credor pode optar por recebê-la deteriorada com redução proporcional de seu valor ou pela resolução da obrigação. Sendo o devedor o culpado pela deterioração da coisa, deve pagar ao credor indenização pelos prejuízos.

Destaque-se, por fim, que, na relação jurídica sujeita ao direito civil, o credor não tem direito de exigir do devedor a recuperação da coisa deteriorada ou mesmo sua substituição por outra similar em boas condições. Suas alternativas são apenas as indicadas: ou bem se contenta com a resolução da obrigação e retorno das partes à situação anterior à constituição da obrigação ou bem se satisfaz com a redução proporcional do valor da coisa deteriorada.

Melhoramento. Se o sucesso entre a constituição e a execução da obrigação é positivo, a coisa certa se valoriza. O exemplo clássico é o da venda da vaca que, naquele lapso temporal, fica prenha. O bezerro em gestação é um melhoramento, porque aumenta o valor da vaca. Outro exemplo: um dos oitenta autorretratos de Rembrandt, feito em 1634, foi alterado por um de seus assistentes (ao que consta, a pedido do próprio mestre, para tentar vender o quadro mais facilmente). O assistente pintou sobre o rosto do famoso pintor flamengo um bigodudo e encabelado nobre russo com um engraçado gorro vermelho. A tela

foi, por cerca de três séculos, negociada como sendo da “oficina de Rembrandt”, evidentemente a preços menores do que o das pintadas pelo próprio Rembrandt. Nos anos 1930, descobriu-se o autorretrato sob as camadas de tinta do assistente e, nos anos 1980, elas foram removidas. A descoberta de que a tela tinha sido originariamente pintada por Rembrandt representou um extraordinário melhoramento na coisa, pois, a partir de então, atingiu preços consideravelmente maiores (em 2003, ela foi arrematada num leilão da Sotheby’s por mais de 11 milhões de dólares). Se essa descoberta acontece, imagine-se, entre a constituição e a execução de obrigação de dar que tem a tela por objeto, sucede melhoramento que altera os direitos dos sujeitos nela vinculados.

Nas obrigações de transferir o domínio ou entregar, o melhoramento pertence ao devedor, que é o dono da coisa objeto da prestação. Diz a lei que ele pode exigir aumento no preço em contrapartida da valorização da coisa. Caso o credor da obrigação não concorde com o valor proposto pelo devedor, a obrigação poderá ser resolvida por esse último (CC, art. 237). Note-se que, aqui, a disciplina legal é ligeiramente diferente da da deterioração. O devedor não tem o direito de exigir do credor o valor agregado à coisa pelo melhoramento. Pode, isto sim, estabelecer um novo preço. Se o credor não concordar com o aumento proposto pelo devedor da obrigação, aí sim surgem duas alternativas para este último: dar a coisa certa pelo preço anteriormente acordado (isto é, sem o aumento correspondente ao melhoramento) ou resolver a obrigação, com o retorno das partes à condição anterior à sua constituição.

Os frutos percebidos antes da tradição são do devedor; os pendentes, do credor (CC, art. 237, parágrafo único). Recorde-se que os frutos são os acessórios da coisa periodicamente renovados. Eles podem ser naturais, industriais ou civis, dependendo da origem do ciclo que os renova. *Naturais* são os renovados pelo ciclo biológico sem interferência humana; *industriais*, os renovados por esta interferência. Por sua vez, os frutos *civis* são os rendimentos gerados pela coisa principal, como o aluguel da casa, os juros remuneratórios do dinheiro emprestado, os dividendos do capital investido numa atividade econômica etc. Segundo outro critério, classificam-se os frutos como *pendentes*, quando estão ligados ao bem principal, e *colhidos* (naturais) ou *percebidos* (industriais ou civis), quando separados deste.

Se a coisa certa melhora entre a constituição e a execução da obrigação, o melhoramento pertence ao seu dono, que é o sujeito passivo nas obrigações de transmitir o domínio ou de entregar. Ele pode, então, propor aumento do preço para dar

a coisa. Não sendo este aceito pelo sujeito ativo, terá a faculdade de resolver a obrigação.

Por exemplo, se no pomar do sítio que *Germano* vendeu para *Hebe* amadureceram frutas entre a constituição e a execução da obrigação, as colhidas pertencem ao primeiro (devedor da obrigação de transferir o domínio do sítio), mas as que não o foram pertencem à segunda (credora).

Res perit domino. Antes de encerrar, cabe uma reflexão acerca da regra geral sobre o sucesso das coisas certas. Segundo assentado de início, em princípio, os sucessos prejudicam (se negativos) ou beneficiam (se positivos) o dono da coisa. Com efeito, em razão de um tradicional valor de justiça, é o titular da propriedade, e não terceiros, quem deve sofrer as consequências dos sucessos do bem titularizado. Nas obrigações de transmitir o domínio ou de entregar, o dono da coisa, antes da tradição, é sempre o sujeito passivo (devedor). Nelas, portanto, a coisa certa sempre perece ou se deteriora para o devedor da obrigação. É ele, em outros termos, que deve suportar a perda ou redução do valor; é ele, também, que deve indenizar o credor quando a perda ou deterioração decorrer de sua culpa. Por outro lado, se a coisa se valoriza, o melhoramento o beneficia, podendo ficar liberado da obrigação anteriormente assumida se for isto necessário para usufruir integralmente o valor agregado.

2.3. Dar coisa incerta

A obrigação é de dar coisa incerta (também denominada *obrigação genérica*) se a individuação do objeto da prestação tem lugar na execução. Ao constituir-se a obrigação, o seu objeto é definido em termos genéricos. Já há, assim, demarcação da coisa a ser entregue, embora feita por parâmetros gerais. O objeto da prestação não é determinado, mas determinável; isto é, sua definição depende da prática de negócio jurídico no momento da execução. O sujeito passivo encontra-se, portanto, vinculado ao ativo desde o surgimento da obrigação, tendo de entregar-lhe uma coisa definida, mas não ainda individualizada. A individuação será feita no momento da execução; precisamente, até um pouco antes da tradição.

Este tipo de obrigação é muito comum, por exemplo, nos negócios jurídicos sobre produtos agrícolas (*commodities*). Produtor e comerciante de soja podem contratar, hoje, a compra e venda da próxima safra. Já fica definido que o produtor se obriga a entregar determinada quantidade de soja ao comerciante, mas não se podem separar os grãos a serem entregues porque nem sequer foram

plantados e colhidos. Outro exemplo: após receber a soja adquirida, o comerciante a deposita num armazém. O depositário fica obrigado a restituir-lhe, assim que solicitado, igual quantidade daquela espécie de soja, mas não exatamente os mesmos grãos depositados. Nos dois casos, a obrigação é de dar coisa incerta, porque a individuação do objeto da prestação se verifica na sua execução (no momento em que o produtor separa a soja para entregar ao comerciante ou o armazém para restituí-la ao depositante) e não na constituição (no da celebração do contrato de compra e venda ou de depósito).

Nas obrigações de dar coisa incerta, a prestação deve estar definida, pelo menos, pelo "gênero e quantidade". É o que dispõe o art. 243 do Código Civil. Note-se que, por *gênero*, na interpretação desse dispositivo, entende-se uma designação da coisa capaz de identificá-la em termos gerais. É conceito próprio do direito. Não emprega a lei, aqui, a expressão em seu significado técnico de conjunto de espécies com caracteres comuns (cf. Monteiro, 2001:80/81). Basta que seja a expressão capaz de identificar uma coisa em termos gerais, para que se atenda ao requisito legal. Assim, são exemplos de gêneros, para o fim de identificar coisa incerta, expressões como "algodão em pluma tipo 6", "milho tipo 2", "café arábica" etc.

Na obrigação de dar coisa incerta, a prestação é definida em termos gerais. Ela é indicada pelo menos por seu gênero e quantidade. Sua individuação ocorre na execução, ou melhor, pouco antes da tradição.

Por outro lado, se o termo empregado na identificação da coisa é por demais genérico, não está atendido o preceito legal. Se a obrigação é entregar certa quantidade de cabeças de bovinos, não se encontra a coisa indicada pelo menos por seu gênero. Isto porque a expressão "bovinos" não é suficiente para identificar, mesmo em termos gerais, o objeto da prestação. De fato, são várias as raças de bovinos, com significativas diferenças entre elas. A definição da coisa incerta, neste caso, deve ser feita por expressões do tipo "bovino raça nelore", "bovino tabapuã", "bovino holandês vermelho e branco" etc.

Não se admite, também em decorrência do art. 243 do CC, na identificação da coisa incerta, o emprego de expressões de absoluta generalidade como "animal", "imóvel" ou "dinheiro". Nestes casos, a generalidade do termo indicativo do objeto da prestação é tamanha que se pode considerá-lo indeterminável. A obrigação de dar uma "obra de arte", por exemplo, não se consegue determinar,

em razão da amplitude semântica do vocábulo, que abarca diversas modalidades de expressão artística (arte plástica, literária, musical etc.), múltiplos tipos em cada uma (escultura, pintura a óleo, gravura etc.) e, em cada um deles, variados artistas e objetos artísticos, de importância e valor extraordinariamente diferentes. Usar uma tal expressão para identificar um gênero de arte corresponde a não identificar nenhum objeto para a prestação. É nulo, recorde-se, o negócio jurídico de objeto indeterminável (CC, art. 166, II): o sujeito passivo que se obriga em termos absolutamente genéricos não está, na verdade, obrigado a nada.

Não se confundem as obrigações de dar coisa incerta com as alternativas. Elas possuem um traço em comum: em ambas, a execução depende da *concentração*, isto é, de um ato de escolha (item 2.4). Nas obrigações de dar coisa incerta, porém, a concentração se traduz na escolha do devedor entre os bens pertencentes ao gênero indicado no objeto; nas alternativas, traduz-se pela escolha de um entre dois ou mais objetos. Nas obrigações de dar coisa incerta, por outro lado, o objeto único e definido desde a constituição é individuado apenas na execução; nas alternativas, há vários objetos definidos, sendo que a entrega de qualquer um deles libera o devedor do vínculo obrigacional. Note-se que é perfeitamente possível uma obrigação alternativa de dar coisa incerta. Um pecuarista que cria gados de raças diferentes pode obrigar-se a vender determinada quantidade de bovinos de uma raça *ou* de outra. Neste caso, a execução da obrigação depende, inicialmente, da escolha de qual das duas prestações será cumprida (da raça) e, depois, das cabeças de gado que serão entregues ao sujeito ativo.

2.4. Escolha da prestação

Tecnicamente, chama-se “concentração” ao processo de determinação da prestação a ser entregue ao sujeito ativo na execução da obrigação. Quando esta se refere a dar coisa incerta, a concentração conduz à individuação do objeto da prestação. É feita sempre por meio de um ato de vontade de uma das partes, a *escolha*. Concentração e escolha, porém, não são sempre empregadas, na doutrina, como expressões sinônimas. Para alguns autores, nas obrigações alternativas, a concentração pode também ser consequência da impossibilidade ou inexequibilidade de uma das duas prestações e não da manifestação de vontade do sujeito ativo ou passivo. Não é este, contudo, o melhor modo de operar com os conceitos, como se examina mais à frente (item 5.2).

A individuação da prestação, na obrigação de dar coisa incerta, assim, é

escolha, por um dos obrigados, do bem ou bens particularizados a serem entregues ao credor. Se a escolha couber ao devedor, será dele a individuação do objeto. Tendo que entregar, por exemplo, 10 toneladas de certo tipo de trigo, ele as separa das centenas que possui em depósito. Escolhe, em outros termos, o trigo que será dado ao credor.

A concentração, sendo escolha, é negócio jurídico unilateral. Cabe, em princípio, ao devedor realizá-la. As partes, porém, podem contratar de modo diverso, atribuindo o direito da escolha ao credor (CC, art. 244). Não é comum, nas obrigações de dar coisa incerta, contratar sobre esse ponto, ficando, desse modo, na maior parte das vezes, a concentração a cargo do devedor. Ele não está obrigado, estabelece a lei, a entregar a melhor das coisas que possui, mas não poderá igualmente prestar a pior delas. A seleção pelo devedor das coisas a entregar faz-se, assim, pela média. Nada diz a lei a respeito da concentração mediante escolha do credor, devendo-se supor que ele não está obrigado a pautar-se pelo padrão médio de qualidade das coisas apresentadas pelo devedor. Quer dizer, contratando as partes que a individuação da prestação se dará por escolha do credor, este pode não só recusar as piores como selecionar para si as melhores das coisas (correspondentes ao gênero objeto da prestação) que o devedor oferece (Rodrigues, 2002, 2:30).

A concentração transforma a obrigação de dar coisa incerta em obrigação de dar coisa certa. Se, antes da escolha do bem específico cuja entrega representará a execução da obrigação, as partes haviam definido apenas o gênero e a quantidade, após a escolha, um específico e particularizado bem (ou bens) passa a ser o objeto certo da prestação. Quando a escolha cabe ao credor, sua manifestação de vontade selecionando os bens a serem entregues é suficiente para tornar *certa* a coisa objeto da obrigação; quando, porém, cabe ao devedor a escolha, a cientificação do credor é que transforma a obrigação de dar coisa *incerta* em de dar coisa *certa* (CC, art. 245). A concentração mediante escolha do devedor, em suma, é negócio jurídico *receptício*, isto é, só produz efeitos após a cientificação do destinatário da declaração de vontade.

A concentração é a individuação do bem a ser entregue na execução de obrigação de dar coisa incerta. Realiza-se mediante a escolha feita por um dos sujeitos do vínculo obrigacional; normalmente, o devedor. Quando é este o caso, a cientificação da escolha pelo credor transforma a obrigação de dar coisa incerta em obrigação de dar coisa certa.

A transformação da obrigação de dar coisa incerta em obrigação de dar coisa certa — derivada da concentração ou de seu conhecimento pelo credor — é relevantíssima, porque, a partir dela, aplicam-se à prestação os dispositivos legais pertinentes aos sucessos da coisa certa. Explico. Antes da concentração, não há bens específicos a serem entregues ao credor. Se o devedor possui, em seu patrimônio, bens do gênero objeto da obrigação e na quantidade suficiente ao seu cumprimento, e perde alguns deles ou os vê deteriorados ou melhorados, estes sucessos não interferem com a obrigação de dar coisa incerta. Se *Antonio* havia se comprometido a dar a *Benedito* certo número de cabeças de gado nelore, o fato de ter perdido as que possuía (em razão de uma peste, diga-se) não faz perecer o objeto da obrigação. Continuam a existir bovinos da raça nelore que *Antonio* pode adquirir no mercado para atender à sua obrigação com *Benedito*, já que o gênero nunca perece (*genus nunquam perit*). Da mesma forma, se algumas das cabeças de gado que possui adoece, ele pode cumprir sua obrigação entregando os animais saudáveis. A deterioração de alguns bens não implica a do gênero. Igual reflexão pode ser feita para a hipótese de melhoramento. Se algumas vacas de seu rebanho ficam prenhas, o melhoramento não é do gênero, e sim de alguns bens a ele correspondentes, e, por isso, não interfere com a execução da obrigação.

Mas se os mesmos sucessos se verificam após a concentração, aplicam-se os preceitos já examinados para a coisa certa (item 2.2). Se as cabeças de gado a serem entregues, no exemplo acima, já haviam sido escolhidas e da escolha tivera ciência *Benedito*, a obrigação de *Antonio* passou a ter coisas certas por prestação. Imagine que os bovinos separados para cumprimento daquele negócio estavam já marcados com o sinal da fazenda de *Benedito*, não havendo, então, dúvidas quanto à concentração e seus limites. Desse modo, se bois marcados com o sinal de *Benedito* morrem, sem culpa de *Antonio*, a obrigação é resolvida (CC, art. 234); se adoecem, também sem culpa de *Antonio*, *Benedito* pode optar entre a resolução da obrigação ou a redução do preço (CC, art. 235); se uma das vacas marcadas com o sinal fica prenha, *Antonio* pode propor novo preço para ela (CC, art. 237) e assim por diante.

Claro que para a incidência das normas sobre coisa certa, quando a escolha cabe ao devedor, é necessário que tenha ocorrido a cientificação do credor. Isto é, somente após o credor ter conhecimento de quais bens foram separados para atendê-lo é que a obrigação deixa de ter por objeto coisa incerta. O devedor, assim, não se libera da obrigação de dar coisa incerta alegando que já tinha escolhido os bens a serem entregues e estes se perderam sem sua culpa, *se* o

credor não havia tido ainda ciência inequívoca dos bens selecionados pela escolha.

2.5. Obrigação de restituir

Na obrigação de restituir, a coisa objeto da prestação não pertence ao sujeito passivo, mas ao ativo. Encontra-se na posse do devedor temporariamente, e deve, num determinado momento, ser devolvida ao credor. São obrigações negociais que se encontram, basicamente, na locação, depósito, comodato e outorga de garantia pignoratícia. Na locação, o bem locado pertence ao locador e está na posse do locatário; este último tem a obrigação de restituí-lo ao término do contrato. No depósito, a coisa depositada é da propriedade do depositante e está confiada aos cuidados do depositário. Tão logo reclamada pelo primeiro, deve o último prontamente restituí-la. No comodato, o bem infungível emprestado pelo comodante ao comodatário deve ser restituído, por este àquele, ao término do prazo contratado ou legalmente presumido. Na outorga de garantia pignoratícia, o outorgado (normalmente, mutuante) recebe em penhor um bem do patrimônio do outorgante (mutuário). Fica na posse desse bem até ser satisfeito o crédito — é esta sua garantia. Quando cumprida a obrigação garantida (mútuo), o outorgado é devedor da obrigação de restituir o bem empenhado.

Na maioria das vezes, a obrigação de restituir tem por objeto coisa certa. O locatário de um apartamento, finda a relação locatícia, deve restituir ao locador exatamente o imóvel locado e não outro semelhante. O comodatário tem a obrigação de restituir ao comodante o bem recebido em comodato, e não outro, ainda que mais valioso. Também o credor pignoratício (que é o *devedor* da obrigação de restituir) deve dar de volta ao devedor (*credor* da obrigação de restituir) precisamente o bem empenhado.

Há, contudo, certos contratos em que a obrigação de restituir pode ter por objeto coisa certa ou incerta. É o caso do depósito. Quando o consumidor entrega ao manobrista do estacionamento o seu veículo, está celebrando um contrato de depósito (chamado *regular*). O estacionamento depositário tem obrigação de restituir uma coisa certa. Já no exemplo mencionado anteriormente (item 2.3), o armazém que recebeu em depósito a soja do comerciante pode guardá-la junto com os demais produtos da mesma espécie que tiver depositados. Ao restituí-la, tem a obrigação de entregar ao depositante soja em igual quantidade e da mesma espécie, mas não necessariamente os exatos grãos que havia recebido para armazenar (depósito *irregular*).

Quando a obrigação de restituir tem por objeto coisa certa, os sucessos que a afetam estão disciplinados de forma específica. Não se aplicam, neste caso, os preceitos examinados nas hipóteses de obrigação de transferir o domínio ou de entregar (item 2.2), porque há uma substancial diferença a ser levada em conta. Como visto, a regra fundamental sobre os sucessos da coisa certa diz que o proprietário sofre os efeitos negativos e beneficia-se dos positivos, a menos que o outro obrigado tenha sido o responsável pelo evento. Esta regra, porém, não se aplica a todos os tipos de obrigação de dar. Como na obrigação de restituir o devedor não é o proprietário da coisa objeto de prestação, a disciplina dos sucessos desta não pode ser igual à estabelecida para as demais hipóteses de obrigação de dar coisa certa (transferir o domínio e entregar), em que é ele o proprietário do bem até a tradição.

Na obrigação de restituir o sujeito passivo é mero possuidor da coisa objeto da prestação, e não o seu proprietário. São exemplos deste tipo de obrigação a do locatário (ao término do contrato de locação), comodatário (quando decorrido o prazo contratual ou legalmente presumido), depositário (quando reclamada a coisa pelo depositante) e titular de garantia pignoratícia (após a satisfação de seu crédito).

Examinem-se os três casos de sucessos em separado.

Perda. Se a coisa objeto da obrigação de restituir perde-se antes da tradição *sem* culpa do devedor (possuidor), quem sofre as consequências da perda é o credor (proprietário). Como, em regra, a coisa perece para o dono, o credor da obrigação de restituir é o sujeito que suporta os efeitos da perda. Além disso, preceitua a lei que a obrigação se resolve, retornando as partes à condição anterior à sua constituição (CC, art. 238). Assim, se o automóvel dado em comodato perde-se num acidente de trânsito sem culpa do comodatário (devedor da obrigação de restituir), fica ele liberado da obrigação de devolvê-lo ao comodante (credor da obrigação), que sofre inteiramente as consequências do incêndio. Ressalva a lei os direitos do credor até o dia da perda; significa dizer que, no exemplo, o comodatário é o devedor das despesas de manutenção do automóvel até a data do incêndio, mesmo se o vencimento da obrigação de pagá-las recaia em dia posterior.

Caso o devedor tenha sido o culpado pela perda da coisa objeto da obrigação de restituir, terá responsabilidade por indenizar integralmente o credor (“pelo equivalente, mais perdas e danos” — art. 239 do CC). Neste caso, a coisa não

perece para o dono, porque o outro sujeito obrigado é o culpado pela perda. Se o locatário do equipamento industrial, ou um empregado dele, foi o causador do dano que o destruiu por completo, o locador tem direito ao ressarcimento total do prejuízo. Isto é, o locatário deve pagar ao locador o valor do bem perdido e mais a indenização pelas perdas e danos decorrentes (medidos, p. ex., pelo valor do aluguel até a conclusão das obras de reconstrução).

Deterioração. Se a coisa a ser restituída se deteriora *sem* culpa do devedor (possuidor), o credor (proprietário) deve recebê-la "tal qual se ache, sem direito a indenização" (CC, art. 240). O mutuante com garantia pignoratícia não é responsável, assim, pelo desgaste natural da coisa empenhada. Quem o suporta é o mutuário, seu dono. Se o credor da obrigação de restituir havia dado em penhor um relógio de ouro movido à corda, e, ao resgatá-lo, ele não funciona mais como antes (o tempo deteriora naturalmente qualquer instrumento mecânico), não tem o devedor desta obrigação nenhuma responsabilidade pelo sucesso negativo.

Quando, porém, a deterioração da coisa objeto da obrigação de restituir dá-se por culpa do devedor, o credor tem direito à indenização pelas perdas e danos. Assim, caso o credor pignoratício (devedor da obrigação de restituir) do exemplo anterior houvesse guardado o relógio inadequadamente e seu mecanismo se estragasse em razão de excessiva umidade, o dono (credor da obrigação de restituir) teria direito à indenização.

Melhoramento. No caso de sucesso positivo, se o devedor da obrigação de restituir não contribuiu para o evento, os benefícios serão usufruídos exclusivamente pelo credor, pois é ele o dono da coisa (CC, art. 241). Considere que, durante o prazo de vigência do arrendamento, o imóvel rural valorizou em razão da construção de uma autoestrada nas vizinhanças. Este melhoramento não derivou de nenhum ato do possuidor e, por isso, deve ser integralmente incorporado ao patrimônio do proprietário. O devedor da obrigação de restituir não participará do sucesso positivo.

Na hipótese de o melhoramento decorrer de trabalho ou investimento ("dispêndio", na letra da lei) do devedor da obrigação de restituir, regula-se a matéria pelas normas atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou má-fé (CC, art. 242). Para compreendê-las, devem ser recuperados os conceitos de benfeitorias voluptuárias, úteis ou necessárias (CC, art. 96). *Voluptuárias* são as benfeitorias fúteis, isto é, que não aumentam o uso do bem. Têm natureza de mero deleite ou recreio. Elas podem ser custosas ou não, agregar valor à coisa ou apenas torná-la mais agradável. Num veículo, a pintura

especial que apenas o embeleza é benfeitoria voluptuária, por exemplo. São *úteis* as que ampliam ou facilitam o uso do bem. É o caso da instalação de um bom equipamento de som no veículo. Por fim, as benfeitorias *necessárias* são as introduzidas visando à conservação da coisa. A substituição dos amortecedores depois de alguns anos de uso do veículo é exemplo deste tipo de benfeitoria.

Assim, se o devedor da obrigação de restituir estava de boa-fé e introduziu benfeitorias na coisa a ser restituída, terá direito de ser indenizado pelas úteis e necessárias, sobre as quais pode exercer o direito de retenção. Poderá, também, se não for pago pelas voluptuárias, levantá-las desde que sem detrimento da coisa (CC, art. 1.219). Desse modo, se o locatário tiver introduzido, no imóvel locado, uma benfeitoria voluptuária removível sem detrimento da coisa (implantou esculturas no jardim), poderá levantá-las. Se, além disso, agregou-lhe benfeitorias úteis (ampliou a construção) ou necessárias (modernizou a rede elétrica), ao restituí-lo ao término do contrato, terá direito de retenção e indenização por elas, desde que nada tenha sido contratado com o locador a respeito (Deve-se anotar que o exemplo é raro, já que, normalmente, os contratos de locação estabelecem "a incorporação definitiva ao imóvel das benfeitorias introduzidas pelo locatário, sem indenização", devendo ser respeitada a vontade das partes nesse caso).

Já se o devedor estava de má-fé não tem qualquer direito sobre as benfeitorias úteis e voluptuárias; ele será ressarcido somente pelas necessárias, mas sem direito de retê-las (CC, art. 1.220). De má-fé está o locatário que não desocupa o imóvel locado no prazo assinalado no contrato, permanecendo na posse do bem que deveria restituir. Neste caso, ultrapassado o termo contratual sem o cumprimento da obrigação de restituir, o locatário perde o direito de retenção das benfeitorias úteis ou necessárias e o de levantar as voluptuárias. Poderá apenas pleitear a indenização pelas benfeitorias necessárias que teve que providenciar para a conservação do bem.

Estas são as normas próprias sobre os sucessos da coisa certa nas obrigações de restituir. Mas, como afirmado anteriormente, elas podem ter também por objeto coisa incerta, como no caso do depósito irregular. Não há regras próprias para esta hipótese. Quer dizer, independentemente do tipo de obrigação de dar (transmitir o domínio, entregar ou restituir), sendo o objeto da prestação uma coisa incerta, antes da concentração, os sucessos desta não interferem com o devido pelo sujeito passivo; e, após a concentração, aplicam-se as regras pertinentes à restituição de coisa certa.

2.6. Obrigações pecuniárias

As obrigações pecuniárias são as que se cumprem mediante a entrega de dinheiro ao credor. Note-se que por ser o dinheiro bem fungível por excelência, esta circunstância, de início, sugere que a obrigação pecuniária seria essencialmente de dar coisa incerta. A individuação do objeto da prestação ocorreria, por assim dizer, no momento em que o devedor separasse determinadas cédulas (identificadas pela respectiva numeração) e as entregasse ao credor. Este, porém, não é o modo correto de entender a questão, até mesmo porque dinheiro e papel-moeda não são a mesma coisa. Se o devedor pagar o credor com cheque liquidado por depósito em conta bancária ou por meio de Transferência Eletrônica de Disponibilidade (TED), por exemplo, a prestação continua ainda sendo pecuniária, mas não terá seu objeto individualizável pelo número de nenhuma cédula.

Costumam as obrigações pecuniárias ser estudadas entre as obrigações de dar coisa certa (cf., por todos, Monteiro, 2001:72/77). Mas nem sempre no momento da constituição da obrigação pecuniária é possível desde logo quantificar sua extensão. O culpado pelo acidente de trânsito, por exemplo, é devedor da indenização desde o evento danoso. Não há, porém, como precisar quanto deve à vítima, senão após a devida apuração das perdas e danos infligidos. Por outro lado, não se sujeitam a perda, deterioração ou melhoramento do dinheiro às regras sobre os sucessos da coisa certa. Se o mutuário perder sem culpa o dinheiro que deve ao mutuante — se for roubado, por exemplo —, este fato não resolve a obrigação; ele continua devedor. Se a inflação deteriora o dinheiro, por reduzir seu poder de compra, isto não permite ao credor optar pela resolução da obrigação.

A rigor, a classificação da obrigação de dar segundo a determinação de seu objeto (dar coisa certa ou incerta) não se aplica adequadamente às obrigações pecuniárias. Estas se dividem, mais apropriadamente, em líquidas ou ilíquidas. No primeiro caso, a extensão da obrigação está quantificada em reais; no segundo, embora a obrigação já exista, sua quantificação ainda depende de cálculos, investigações, estimativas ou avaliações. Os contratantes podem, assim, desde logo, estabelecer o valor da obrigação do devedor em determinada quantidade de reais, tornando líquida a obrigação contratual, ou limitar-se a contratar os critérios da quantificação, assumindo o devedor, neste caso, uma obrigação ilíquida. Os sócios que se retiram da sociedade com direito ao reembolso têm, perante esta, um crédito de valor ilíquido enquanto não

levantado o balanço patrimonial. A obrigação de a sociedade reembolsá-los existe desde o exercício do direito de retirada, e esta obrigação é inegavelmente pecuniária; não se sabe, porém, seu valor.

As obrigações pecuniárias têm por objeto a entrega de dinheiro ao sujeito ativo. Não são adequadamente classificáveis em obrigações de dar coisa certa ou incerta. A melhor classificação divide-as em obrigações líquidas (quantificadas) ou ilíquidas (não quantificadas).

Note, a propósito, que a dificuldade de se enquadrarem nesta classificação (dar coisa certa ou incerta) as obrigações não negociais deriva do fato de serem estas essencialmente pecuniárias.

3. OBRIGAÇÕES DE FAZER

O objeto da prestação das obrigações de fazer não é uma coisa, mas um comportamento do sujeito passivo. Neste tipo de vínculo obrigacional — que é quase sempre negocial, já que as obrigações não negociais (responsabilidade civil, prestação de alimentos, obrigações tributárias etc.) são normalmente pecuniárias —, o interesse do sujeito ativo é o de contratar com o passivo a adoção, por este, de uma determinada conduta.

A conduta objeto da obrigação de fazer pode ser a prestação de serviços ou a prática de ato ou negócio jurídico. No primeiro caso, o sujeito passivo obriga-se a disponibilizar uma utilidade ou comodidade ao ativo. São exemplos desta categoria as obrigações assumidas pelos profissionais liberais (advogado, médico, dentista, arquiteto, engenheiro etc.), pelas empresas prestadoras de serviço (hospital, seguradoras, bancos, hotel, empresários do entretenimento etc.) e por alguns trabalhadores autônomos (empreiteiro, pintor, eletricista, encanador, técnico em eletrodomésticos etc.). Já no caso das obrigações de fazer mediante a prática de ato ou negócio jurídico, a conduta a que se obriga o sujeito passivo é, em geral, concentrada, exaure-se numa ação somente e produz resultado imediato. São exemplos desta categoria de obrigação de fazer o declarar duma vontade (acionista compromete-se a votar numa determinada pessoa para presidente da companhia), o comparecer a um local e agir duma certa maneira (cantor obriga-se a dar um espetáculo) e o executar de uma obra única (pintor obriga-se a retratar o contratante).

3.1. Caracterização da obrigação de fazer

Na obrigação de fazer, a ênfase repousa sobre a conduta do sujeito passivo. Se a obrigação por ele contraída consiste em comportar-se de uma determinada maneira, apta a produzir um resultado útil ao interesse do sujeito ativo, caracteriza-se esta modalidade obrigacional. Quando a ênfase repousa sobre a coisa, no sentido de ser esta o alvo do interesse do sujeito ativo, ainda que sua entrega pressuponha necessariamente uma ação do devedor, não se caracteriza a obrigação como de fazer.

Por vezes, não é fácil definir com precisão se determinada obrigação é de fazer ou de dar. Isto por três razões. Em primeiro lugar, porque há obrigações que podem ser igualmente descritas como de uma ou de outra espécie. As atividades do estacionamento ou do transportador de carga, por exemplo, são referidas, na legislação tributária, como prestação de serviços. De fato, eles se dispõem a fazer algo útil ao sujeito ativo (guardar o veículo e transportar mercadorias), assumindo, desse modo, obrigações de fazer. Mas estas mesmas obrigações podem ser também descritas como de dar. O estacionamento, viu-se, é depositário do veículo e está obrigado a restituí-lo assim que solicitado pelo depositante. Da mesma forma, o transportador de mercadorias deve restituí-las, no local de destino, ao contratante ou terceiro por ele designado.

Outro exemplo dessa primeira dificuldade está na obrigação do vendedor. Define a lei que ele é obrigado a transferir o domínio da coisa vendida ao comprador (CC, art. 481). Esta obrigação pode ser perfeitamente descrita tanto pelo ângulo das obrigações de dar como pelo das de fazer. Confira-se. Quando a coisa objeto de compra e venda é um imóvel, a transferência do domínio se faz, em regra, mediante a outorga de escritura pública, que é o título hábil ao registro da alteração da propriedade no Cartório de Imóveis. Esta outorga é uma declaração de vontade do vendedor expressa perante o Tabelião. Ir ao cartório e assinar a escritura são ações do sujeito passivo e podem, por isso, ser referidas como obrigação de fazer. Por outro lado, é por essas ações que o vendedor *dá* ao comprador a coisa objeto do contrato. Mesmo se o objeto da compra e venda é bem móvel, a ação do vendedor de entregá-lo ao comprador pode ser descrita tanto como uma obrigação de fazer como de dar.

Esta primeira dificuldade é, a rigor, aparente. Para fins de solucionar eventuais conflitos de interesse, é irrelevante a modalidade de obrigação escolhida como referência. O transportador que perde a mercadoria transportada deverá indenizar o contratante, independentemente de ser sua obrigação

qualificada como desta ou daquela modalidade. O vendedor da casa que se recusa a outorgar a escritura pública ao comprador, mesmo após ter recebido o pagamento integral do preço, pode ser constrangido, em juízo, ao cumprimento da obrigação, seja esta referida como de dar ou de fazer.

A segunda hipótese de dificuldade na classificação de certa obrigação como de fazer ou de dar encontra-se nos casos de interdependência. Em certas ocasiões, uma obrigação de fazer não pode ser prestada sem a concomitante execução de uma obrigação de dar, e vice-versa. A interdependência impede a clara distinção entre elas. Não há dúvidas, por exemplo, de que a obrigação do cirurgião plástico de realizar uma cirurgia de embelezamento no paciente é de fazer. Mas a do cardiologista de implantar um marca-passo não se consegue definir com tanta facilidade. O paciente que contrata a cirurgia de implantação é sujeito ativo de simultâneas obrigações de dar (entrega do equipamento a ser implantado) e de fazer (a intervenção cirúrgica, propriamente dita); uma não tem sentido sem a outra, são completamente interdependentes. O marca-passo não implantado no coração do paciente de nada serve para ele, assim como a realização do ato cirúrgico sem esse equipamento é despropositado.

Pode-se resolver a segunda dificuldade pelo critério do interesse do sujeito ativo. Quando o credor estiver interessado mais na coisa que na pessoa que irá prestar o serviço dependente, será uma obrigação de dar; na situação inversa, de fazer. Assim, se o cardiopata é operado pelo SUS (Sistema Único de Saúde), o que mais lhe importa é a qualidade da coisa, até mesmo porque não pode escolher o profissional que o irá atender. Seria, então, credor de uma obrigação de dar. Se, no entanto, é operado por seu médico particular, são as habilidades deste e a confiança nele depositada os fatores de maior interesse e não tanto a qualidade do marca-passo. Pelo critério do interesse do credor, seria ele sujeito ativo, aqui, de uma obrigação de fazer.

A segunda dificuldade é também aparente. A interdependência das obrigações não impede responsabilizar o fornecedor da coisa em separado do médico prestador do serviço. O primeiro responde pela obrigação de dar e o último, pela de fazer. Sendo, por exemplo, defeituoso o marca-passo, quem o fabrica, importa ou comercializa tem a responsabilidade do sujeito passivo numa obrigação de dar. Ao médico não pode ser, neste caso, imputada nenhuma culpa pelo mal funcionamento do equipamento. Por outro lado, tendo sido o marca-passo indevidamente implantado, a responsabilidade é apenas do médico que tinha a obrigação de fazer.

Há três dificuldades na distinção entre obrigações de dar e de fazer. Primeira: muitas obrigações podem ser igualmente descritas como de uma ou outra natureza (dizer que "o vendedor dá a coisa ao comprador" equivale a "o vendedor faz a transferência do domínio da coisa ao comprador"). Segunda: algumas obrigações de fazer são interdependentes com algumas de dar (na cirurgia de implantação de marca-passo, não há como dissociar uma obrigação da outra). Terceira: toda ação de dar envolve um fazer.

A terceira razão para a dificuldade apontada reside na constatação de que *dar* é uma ação do devedor; portanto, uma conduta, ou seja, um *fazer*. Em termos estritamente lógicos, toda obrigação de dar seria uma espécie de obrigação de fazer. Esta dificuldade, na verdade, decorre da inconsistência lógica da classificação criada pela tecnologia jurídica. Tentar resolver a dificuldade no plano da lógica, por isso, é impossível. Deve-se contorná-la tecnologicamente, isto é, por meio de argumentos juridicamente operacionais. Neste contexto, a doutrina desenvolveu um critério, amplamente aceito, que consiste em verificar se há precedência da obrigação de fazer (Monteiro, 2001:98). Se o sujeito passivo *fez* a coisa para *dar* ao ativo, então a obrigação é de fazer; se não a *fez*, mas a adquiriu feita, é de dar a obrigação. Por este critério, quando o galerista encomenda ao famoso pintor uma tela, a obrigação do artista é de fazer; quando vende esta tela ao investidor, o galerista assume a obrigação de dar.

3.2. Espécies de obrigação de fazer

Em razão da ênfase depositada no comportamento do devedor, as obrigações de fazer classificam-se em fungíveis ou infungíveis. As primeiras são aquelas cuja ação objeto de prestação pode ser praticada por qualquer pessoa com idênticas habilidades das do devedor. Em outros termos, nelas, a conduta do sujeito passivo pode ser substituída, sem prejuízo nenhum para a realização das finalidades da obrigação, pela de outra pessoa. A obrigação de um contador proceder à escrituração de uma empresa é de fazer fungível. Se o profissional contratado para realizar a escrita não cumpre sua obrigação, qualquer outro contador pode fazê-lo.

Infungíveis, por sua vez, são as obrigações de fazer que apenas o devedor está em condições de prestar. Neste caso, o vínculo obrigacional tem natureza *intuitu personae*, porque estabelecido exclusivamente em razão dos atributos individuais e especiais ostentados pelo sujeito passivo. O famoso cantor lírico contratado para representar determinado papel numa ópera não pode ser substituído por outro qualquer se a propaganda do espetáculo, por exemplo, deu

grande destaque à sua presença no palco. O renomado pintor contratado para executar uma tela não é substituível por outro, ainda que igualmente afamado e habilidoso. Quando o paciente que necessita de uma cirurgia contrata conhecidíssimo médico para entregar-se às suas mãos, assume este profissional uma obrigação de fazer infungível; não poderá substituir-se por um colega.

As obrigações infungíveis subdividem-se, por sua vez, em dois tipos. De um lado, as juridicamente infungíveis, em que a prestação devida pelo sujeito passivo consiste em expedir uma determinada declaração de vontade. É o caso da obrigação do vendedor do imóvel que deve outorgar escritura pública para transmitir o domínio do bem ao comprador, ou da do acionista que se comprometeu a votar num determinado sentido na assembleia geral da sociedade anônima, ou ainda do pré-contratante que se obrigara a celebrar o contrato. De outro lado, as materialmente infungíveis, em que o devedor se obriga a executar algo (prestar um serviço ou praticar um ato) que ninguém mais pode fazer no lugar dele. São as obrigações encontradas nos exemplos anteriormente indicados do cantor lírico, pintor e cirurgião.

A infungibilidade material da obrigação de fazer decorre da especialidade, capacidade ou fama do sujeito passivo. Em outras palavras, quem é ou não substituível, nesta subespécie de obrigação de fazer, é exclusivamente a pessoa do devedor, e não a prestação. Não basta que a mesma conduta possa, em tese, ser desempenhada por qualquer pessoa com iguais aptidões ou capacitação profissional para tornar-se fungível a obrigação de fazer. Pelo contrário, será materialmente infungível a obrigação se o devedor contratado for de tal forma especial — por sua capacidade intelectual, *expertise*, fama ou qualquer outro atributo exclusivo — que não tem nenhum interesse o credor nos resultados da mesmíssima ação dele esperada, caso praticada por qualquer outra pessoa. Se preciso de uma mesa para a sala de jantar e a encomendo de um famoso *designer*, surge uma obrigação de fazer materialmente infungível. Veja que rigorosamente o mesmo resultado — uma mesa de sala de jantar — eu poderia obter pelo trabalho de qualquer marceneiro, mas não me interessam o móvel apenas e suas utilidades, mas especificamente o objeto projetado e assinado pelo *designer* que contratei.

As obrigações de fazer classificam-se em infungíveis (o sujeito passivo é insubstituível) ou fungíveis (ele pode ser substituído). Aquelas, por sua vez, subdividem-se em juridicamente infungíveis (declaração de vontade) ou materialmente infungíveis (as demais).

A importância da classificação das obrigações nestas espécies e subespécies está ligada à sua execução judicial. Varia a forma pela qual o credor pode obter em juízo a satisfação de seu direito, segundo a natureza da obrigação de fazer.

3.3. Execução da obrigação de fazer

A execução da obrigação é judicial quando o sujeito passivo não a executa voluntariamente (Cap. 13, item 2). Em casos tais, o credor aciona a máquina judiciária com o objetivo de obter, mediante a atuação do Estado, o resultado igual ao que adviria da execução voluntária da obrigação. Sendo pecuniária a obrigação inadimplida, bens do patrimônio do devedor são penhorados e vendidos para que, com o dinheiro apurado na venda, se satisfaça o crédito do sujeito ativo. Aqui, a execução judicial garante ao credor o mesmo resultado que decorreria do seu cumprimento espontâneo.

Nem sempre, porém, é jurídica ou materialmente possível obter, na execução judicial de obrigação de fazer, um resultado idêntico ao da voluntária. Em razão de um valor jurídico e moral aceito pelas sociedades democráticas do nosso tempo, não é admissível infligir ao devedor qualquer sorte de constrangimento físico e pessoal capaz de levá-lo a fazer o que ele não quer (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Não comporta o Direito contemporâneo minimamente soluções que forcem *manu militari* o devedor a fazer, contra a sua vontade presente, aquilo a que se obrigara anteriormente.

Na ordem constitucional brasileira, há apenas duas hipóteses de obrigações civis cujo cumprimento pode ser forçado por medidas de constrangimento físico do devedor. Trata-se da prisão por dívida, cabível apenas para forçar o pagamento de obrigação alimentícia ou a restituição de coisa depositada (CF, art. 5º, LXVII). Mesmo assim, uma vez transcorrido o prazo máximo da lei, o sujeito passivo dessas obrigações é posto em liberdade e nenhum outro constrangimento físico se lhe pode infligir, caso permaneça recusando-se a executá-las voluntariamente. É, assim, uma garantia constitucional dos devedores das obrigações de fazer, em geral, a de não serem forçados física e pessoalmente a cumpri-las.

Neste contexto, a lei não poderia deixar de fixar, como regra, a solução das obrigações materialmente infungíveis de fazer em *perdas e danos*. Quer dizer, não fazendo o devedor insubstituível o que prometera, o credor terá, em

princípio, direito apenas de ser indenizado pelo descumprimento da obrigação. É o que estabelece o art. 247 do Código Civil: “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”. Se o famoso pintor contratado para pintar uma tela se recusa a fazê-la, não há ordem judicial capaz de movê-lo no sentido de executá-la. Caberá apenas ao contratante exigir a devolução de eventuais valores antecipados e a indenização pelos danos materiais (se houver) e morais. Também só pode ser resolvida em perdas e danos a obrigação de fazer do cantor lírico, do renomado cirurgião ou de qualquer outro sujeito passivo insubstituível.

O descumprimento das obrigações de fazer em que o sujeito ativo é insubstituível e obrigou-se por ação diferente de declarar a vontade (isto é, as materialmente infungíveis) implica unicamente o dever de indenizar as perdas e danos. Não há, no atual estágio de evolução do Direito, meios para forçar o sujeito passivo a fazer o que ele não quer mais.

Além da hipótese de recusa, prevê a lei também a da impossibilidade da prestação na obrigação materialmente infungível de fazer. Agora, o devedor não se nega a fazer o que se obrigara, mas está impossibilitado. A prestação não poderá mais se verificar, no tempo e lugar avençados, em razão de obstáculo intransponível que impede o sujeito passivo de comportar-se como havia se comprometido. Imagine que o pintor do exemplo anterior sofra um acidente vascular e perca a capacidade motora indispensável à execução da tela. Pense no cantor lírico que não pôde apresentar-se no teatro por ter sido acometido de uma fortíssima gripe, de que derivou séria rouquidão. Considere a hipótese de o médico cirurgião abater-se por *stress* que o afasta do trabalho por alguns meses. Nestes casos, não há recusa, mas impossibilidade de praticar o ato objeto de obrigação.

As consequências da impossibilidade de prestação da obrigação de fazer variam segundo exista ou não culpa do devedor. Se ele não foi o culpado pelo obstáculo, a obrigação se resolve, retornando as partes à situação patrimonial anterior à sua constituição (CC, art. 248). No exemplo acima, o pintor perdeu sua capacidade motora em razão de acidente vascular. Não pode, portanto, ser culpado pela impossibilidade de execução da obrigação. Deve restituir ao contratante os valores eventualmente recebidos e está liberado de fazer o que havia prometido. Se, por outro lado, o sujeito passivo é culpado pela impossibilidade da prestação, equipara a lei esta situação à da recusa. Ele deverá

indenizar as perdas e danos sofridos pelo sujeito ativo (CC, art. 248, *in fine*). Desse modo, se ficar comprovado que o cantor lírico não se preservou convenientemente da gripe e rouquidão, expondo-se a elas de modo imprudente, o empresário que promove a apresentação da ópera pode exigir a indenização pelos prejuízos que sofrer em razão da ausência do artista.

Se a obrigação de fazer materialmente infungível tornou-se impossível, o sujeito passivo não estará obrigado a indenizar o ativo se não foi dele a culpa pela perda do objeto. Se foi dele a culpa, porém, está obrigado ao pagamento de perdas e danos.

Se a obrigação de fazer é juridicamente infungível, a declaração de vontade do sujeito passivo pode ser substituída por uma decisão judicial (CPC, art. 641). Se o vendedor do imóvel não outorga a escritura pública, ele está descumprindo a obrigação de transferir o domínio do bem vendido. Esta obrigação, já se viu, pode ser indistintamente descrita como de dar (item 2) ou de fazer (item 3.1). Descrita como uma obrigação de fazer, classifica-se entre as juridicamente infungíveis porque sua execução se faz pela emissão de certa declaração de vontade perante o Tabelião. Nas obrigações desta subespécie, o juiz pode, julgando procedente a ação intentada pelo comprador, proferir sentença que produza os mesmos efeitos da declaração recusada.

A obrigação de fazer juridicamente infungível comporta execução específica. A declaração de vontade a que se obrigara o sujeito passivo é substituída por uma decisão judicial que produz os mesmos efeitos.

Enfim, quando se trata de inadimplemento de obrigação de fazer fungível, a lei faculta ao sujeito ativo sua realização por terceiro, à custa do sujeito passivo e sem prejuízo da indenização (CC, art. 249). Se a obrigação não é *intuitu personae*, quer dizer, se não é insubstituível o devedor, qualquer pessoa com as mesmas habilidades ou capacitação profissional pode executá-la. O preço dos serviços do terceiro contratado para executar a obrigação de fazer inadimplida deverá ser ressarcido pelo devedor. Também é devida a indenização por perdas e danos derivados do descumprimento da obrigação. Para exercer esse direito, porém, o credor da obrigação de fazer fungível deve estar especificamente

autorizado por ordem judicial (CPC, art. 634). Assim, se *Antonio* se obrigara a pintar a casa de *Benedito*, mas não executa o serviço, este último pode requerer ao juiz que o autorize a contratar a mesma pintura de *Carlos*. Deferido seu pedido, os valores que despender remunerando *Carlos*, *Benedito* poderá cobrá-los de *Antonio*.

A autorização judicial para mandar executar a obrigação fungível de fazer por terceiro, à custa do devedor inadimplente, é dispensável em caso de urgência (CC, art. 249, parágrafo único) ou se houver expressa autorização em contrato.

Se o sujeito passivo da obrigação de fazer fungível a descumpre ou é o culpado pela impossibilidade de sua execução, o sujeito ativo pode optar entre a execução subsidiária por indenização ou por prestação equivalente.

Em qualquer hipótese, o credor da obrigação fungível de fazer tem direito à indenização pelos prejuízos que sofreu em razão do inadimplemento. Assim, tendo ou não autorização judicial para contratar terceiro, havendo ou não urgência, sempre será possível ao sujeito ativo demandar a indenização pelas perdas e danos que o descumprimento da obrigação fungível de fazer lhe trouxe.

Em suma, quando o devedor da obrigação materialmente infungível de fazer recusa-se a executá-la ou está, por sua própria culpa, impossibilitado disso, a execução judicial será *subsidiária por indenização*. O Estado simplesmente não tem meios materiais para assegurar ao credor um resultado igual ou próximo ao que adviria da execução voluntária. Por isso, o credor poderá, unicamente, reclamar em juízo a indenização dos prejuízos que sofreu em razão do inadimplemento. Por sua vez, a execução judicial da obrigação de fazer juridicamente infungível é *específica*. O destinatário da declaração de vontade recusada pelo devedor tem suprida a ausência desta pela sentença judicial. O credor alcança, assim, por execução judicial, o mesmo resultado que derivaria da execução voluntária. Finalmente, a execução em juízo da obrigação de fazer fungível pode ser, por opção do credor, *subsidiária por indenização* ou *por prestação equivalente*. No primeiro caso, contenta-se o credor em ser indenizado pelos danos que sofreu; no segundo, sem prejuízo da indenização, obtém autorização judicial para mandar executar a obrigação mediante os serviços de terceiro, mas à custa do devedor inadimplente.

4. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

Muitos dos deveres em função dos quais as pessoas têm que fazer ou não fazer algo derivam da lei. No campo do direito penal, sempre que a lei tipifica certa conduta como crime, imputando-lhe pena, está orientando as ações e omissões que devem ser observadas pelas pessoas. Ao criminalizar o homicídio, a lei determina que não se pode matar alguém, isto é, as pessoas estão obrigadas a uma abstenção, a um não fazer. Ao penalizar a omissão de socorro, por outro lado, determina-lhes um fazer. No âmbito do direito administrativo, a previsão legal de multa para quem não mantém limpa a calçada de sua casa indica aos munícipes algo que eles devem fazer: conservar o passeio. Se a multa é imposta ao motorista que estaciona o veículo em lugar proibido, o dever imposto corresponde a um não fazer. Finalmente, na seara do direito civil, a lei, ao atribuir ao proprietário ou possuidor de um prédio "o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam" (CC, art. 1.277), está impondo a todos um dever de não fazer, isto é, o de não prejudicarem a segurança, sossego e saúde de seus vizinhos. Por outro lado, ao preceituar que "o proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho" (CC, art. 1.301), fixa um comportamento correspondente a um fazer. As hipóteses acima são deveres, e não obrigações.

Na obrigação de não fazer, o sujeito passivo compromete-se a omitir determinada ação. Tal como na obrigação de fazer, o objeto da prestação é um comportamento do sujeito passivo, e não uma coisa. Mas, desta feita, trata-se de uma prestação negativa, quer dizer, um comportamento omissivo. O direito comercial é pleno de exemplos de obrigações de não fazer: o alienante do estabelecimento empresarial normalmente assume a obrigação de não concorrer com o adquirente, para que não ocorra desvio da clientela; a loja instalada em *shopping center* obriga-se a não abrir nenhuma filial nas proximidades, evitando a concorrência autofágica; os administradores e empregados de confiança comprometem-se a não divulgar os segredos de empresa, na rescisão dos seus contratos de trabalho; nos contatos preliminares destinados a negociações de empresas, assumem os interessados a obrigação de confidencialidade, isto é, de não divulgarem as informações e dados a que tiverem acesso, principalmente em vista da possibilidade de não se concretizar a operação.

Duas normas são previstas para as obrigações de não fazer.

A primeira prevê a resolução da obrigação na hipótese de se tornar impossível

ao devedor, sem culpa deste, abster-se do ato que se obrigara a não praticar (CC, art. 250). Se o cumprimento da obrigação torna-se material ou juridicamente impossível, por fato alheio à vontade ou conduta do devedor, é evidente que não se pode exigir dele que continue omitindo a conduta objeto da prestação. Ninguém pode ser obrigado ao impossível, nem mesmo nas obrigações de não fazer.

Considere-se, uma vez mais, exemplo extraído do direito comercial. Nas sociedades anônimas abertas, os administradores têm o dever legal de divulgar os fatos relevantes, ou seja, devem tornar públicos os eventos que podem influir na negociação, em bolsa, das ações emitidas pela companhia. O objetivo da norma é impedir que alguém se locuplete indevidamente, no mercado de capitais, por ter informação privilegiada. Se um investidor sabe que a companhia aberta *A* está negociando uma parceria (*joint venture*) com a companhia fechada *B*, mas o mercado ainda não está informado disso, ele tem condições de adquirir ações da primeira (por preço baixo), para revendê-las após o anúncio público da operação (por preço mais alto). De outro lado, os administradores de *A* e *B* assumiram, como é praxe, no início dos contatos, a obrigação de confidencialidade, isto é, de não fazerem a divulgação da existência das tratativas. Se, contudo, ocorrer de a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia encarregada de fiscalizar o mercado de capitais, exigir dos administradores de *A* a divulgação do fato relevante, eles estarão impossibilitados de cumprir a obrigação de não fazer que contraíram perante *B*. A impossibilidade do cumprimento da obrigação de não fazer deriva de ordem emanada de um órgão do Estado, que não pode ser desobedecida. Não há, assim, nenhuma culpa dos sujeitos passivos (os administradores de *A*), razão pela qual ficam eles liberados da obrigação de confidencialidade.

A segunda norma legal própria das obrigações de não fazer trata de sua execução judicial específica, em que o Estado assegura ao credor, por meio do aparato judicial, o mesmo resultado que decorreria da execução voluntária. Assim, se o devedor descumpre a obrigação de não fazer (faz o que se obrigara a não fazer), o credor pode requerer ao juiz que assinale um prazo para que o primeiro desfaça o feito, sendo isso possível (CC, art. 251). Na hipótese de recusa ou mora do devedor, o credor pode solicitar ao juiz que o autorize a desfazê-lo pessoalmente ou por meio de terceiros, à custa do inadimplente (CPC, arts. 642 e 643). Em qualquer hipótese, o devedor está obrigado a indenizar os prejuízos a que der causa.

A autorização judicial para desfazer o que fez o devedor da obrigação de não

fazer é dispensável apenas em caso de urgência (CC, art. 251, parágrafo único).

Evidentemente, a norma sobre execução específica da obrigação de não fazer cuida só das hipóteses em que o desfazimento é material e juridicamente possível. Se *Carlos* se obrigou perante o condomínio de casas a não construir sua residência a menos de 5 metros da divisa do terreno, assumiu uma obrigação de não fazer. A construção feita sem observância desta restrição pode ser material e juridicamente desfeita. Nesta hipótese, é cabível a execução judicial específica, com a autorização do juiz para que o prédio seja parcialmente demolido pelo próprio credor ou por terceiro, à custa de *Carlos*. Na maioria das vezes, no entanto, o descumprimento da obrigação de não fazer é irremediável, porque não pode ser desfeito por razões de ordem material ou jurídica. Se um dos envolvidos com a negociação de empresa, embora tenha assumido o compromisso de confidencialidade, precipita-se e divulga amplamente a existência de tratativas amadurecidas, isto pode até mesmo comprometer a conclusão do negócio. Não há o que se desfazer, porque não é materialmente possível retornar à situação anterior à difusão da informação. Outro exemplo: a subscrição de novas ações emitidas por uma sociedade anônima é irrevogável. Se o acionista se obrigara a não subscrever as ações correspondentes ao seu percentual e descumpre esta obrigação de não fazer, sob o ponto de vista material não haveria obstáculos ao desfazimento. O acionista pode, materialmente falando, declarar que não quer mais as ações que subscreveu. Como, porém, a subscrição é irrevogável, ela não pode ser desfeita por uma razão de ordem meramente jurídica. Esta obrigação de não fazer, portanto, não é passível de execução judicial específica porque ela (a subscrição das novas ações) não pode ser juridicamente desfeita.

Nos casos em que a execução específica não cabe, por ser impossível material ou juridicamente o desfazimento do que foi feito pelo devedor, o credor tem direito apenas à indenização por perdas e danos.

Há duas normas aplicáveis às obrigações de não fazer. Pela primeira, se o cumprimento da obrigação se torna impossível (jurídica ou materialmente falando) por razão alheia à vontade ou conduta do devedor, ela se resolve. Pela segunda, é assegurada a execução específica das obrigações de não fazer em que o desfazimento é possível (jurídica e materialmente falando).

Note-se, por fim, que, no rigor da lógica, qualquer comportamento pode ser

descrito como um fazer ou não fazer. Andar é o mesmo que não parar; parar é igual a não andar; comer equivale a não jejuar; jejuar é não comer etc. Em termos lógicos, quem se obriga a fazer algo obriga-se também a não fazer o oposto (contraditório); quem se obriga a não fazer obriga-se a fazer o inverso (contraditório). Se o advogado da empresa se obriga a manter determinada informação confidencial (fazer), ele está obrigando-se a não divulgá-la (não fazer), e vice-versa. Para a lógica, portanto, não haveria sentido em estabelecer regras próprias para as obrigações de não fazer, bastando aplicar as previstas para as de fazer.

A lei, contudo, ignora as observações da lógica e trata as obrigações de não fazer como figura distinta das de fazer. Nenhuma implicação relevante, porém, deriva deste distanciamento entre a ordem jurídica e a lógica porque, em última análise, são idênticas as normas aplicáveis às duas modalidades de obrigação. Se alguém culposamente faz o que se havia comprometido a não fazer *ou*, também culposamente, não faz o que se comprometera a fazer, a consequência é sempre a mesma: ele deve pagar a indenização pelas perdas e danos sofridos pelo outro sujeito do vínculo obrigacional. Se resta impossível fazer ou não fazer o que se comprometera, sem culpa do sujeito passivo, ele se libera da obrigação. A execução por meio de terceiro (que faz o que o devedor não fez ou desfaz o que ele fez) depende, tanto na obrigação de fazer como na de não fazer, de autorização judicial, salvo em caso de urgência.

5. OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Em sua estrutura mais simples, viu-se, a obrigação vincula *um* credor a *um* devedor e tem por objeto *uma* só prestação. A obrigação complexa é, por sua vez, a que não atende a estes pressupostos. A complexidade verifica-se, assim, quando a obrigação possui mais de um sujeito em qualquer um dos polos da relação obrigacional, ou mesmo nos dois (ativo e passivo), ou se refere a mais de uma prestação. Há, pois, complexidade *subjetiva* (dois ou mais credores; dois ou mais devedores) ou *objetiva* (mais de uma prestação).

As obrigações complexas em relação à prestação podem ser *cumulativas* ou *alternativas*. Naquelas, o sujeito passivo deve ao ativo todas as prestações objeto da obrigação, enquanto nestas, uma delas apenas. Se *Antonio* obrigou-se perante *Benedito* a fazer serviços de marcenaria de móveis de cozinha, quarto e banheiro, esta é uma obrigação complexa cumulativa. Não se libera o devedor apenas com a entrega de qualquer um deles. Quando, porém, *Carlos* vende a *Darcy* um dos filhotes que sua cadela prenha irá brevemente gerar, a obrigação é

complexa alternativa, já que a entrega de qualquer um dos cachorrinhos configurará seu cumprimento.

Claro que a complexidade das obrigações alternativas não tem limite. Alguém pode obrigar-se por entregar *uma* de três prestações indicadas e não *uma* de duas; ou por *uma* entre quatro. Pode, igualmente, obrigar-se a *duas* de três prestações possíveis; ou a *três* de quatro, cinco, dez prestações. Para fins didáticos, porém, desconsiderarei estas possibilidades mais complexas e tratarei apenas da obrigação alternativa em que o sujeito passivo libera-se do vínculo ao entregar ao ativo uma de duas prestações. Este corte didático é cabível porque o aumento da complexidade não altera o regime jurídico da obrigação alternativa. As regras aplicáveis são iguais, independentemente do grau de complexidade apresentado pela estrutura do vínculo obrigacional.

A obrigação alternativa, embora complexa, é uma só. O sujeito passivo obriga-se a dar, fazer ou não fazer *algo*. O que seja exatamente este algo não está precisado desde logo (embora já se circunscrevam as possibilidades para ele), mas derivará de um processo de concentração em momento subsequente. É diferente, portanto, de um *conjunto* de obrigações que, interligadas ou independentes, corresponde cada uma a dada prestação. O que se multiplica, nas obrigações alternativas, são as prestações, das quais apenas uma será entregue ao sujeito ativo.

A obrigação é alternativa quando corresponde a mais de uma prestação e o sujeito passivo não precisa entregá-las todas para se liberar. O título constitutivo da obrigação alternativa lista as prestações e define a quantidade delas cuja entrega será suficiente para o devedor dar cumprimento ao contratado.

As obrigações alternativas podem ser negociais ou não negociais. No primeiro caso, são originadas da vontade das partes (contratos, basicamente); no segundo, decorrem exclusivamente da lei. Exemplos de obrigações alternativas não negociais encontram-se nos arts. 442 (o comprador de coisa viciada pode exigir a rescisão do contrato comutativo ou o abatimento proporcional do preço), 1.273 (o dono de coisa fraudulentamente misturada à de outros tem o direito de adquirir a propriedade do todo, pagando pelo que não era seu com desconto da indenização, *ou* renunciar ao que lhe pertence mediante completa indenização), 1.701 (a pessoa obrigada a prestar alimentos pode optar entre pagar a pensão mensal ou hospedar e sustentar o alimentado) e outros do Código Civil (cf.

Rizzardo, 1999:189/190). É irrelevante a origem da obrigação alternativa, na definição do direito a aplicar. Negocial ou extranegocial, o regime jurídico das obrigações alternativas é idêntico.

No exame das obrigações alternativas, três temas reclamam atenção: a concentração, processo de determinação da prestação a ser entregue em cumprimento da obrigação (item 5.1), os sucessos das coisas, como a perda, deterioração ou melhoramento (item 5.2), e as diferenças entre este tipo de obrigação e a facultativa (item 5.3).

5.1. Concentração

Concentração é o processo de determinação da prestação a ser entregue ao sujeito ativo na execução da obrigação. Tem lugar apenas nas obrigações de dar coisa incerta e nas alternativas. Nestas modalidades, como a individuação da prestação não ocorre no momento da constituição da obrigação, deve verificar-se forçosamente no da execução. A concentração opera-se mediante negócio jurídico unilateral, isto é, por um ato de vontade, uma escolha.

A escolha da prestação a ser entregue caberá a quem os sujeitos da relação obrigacional estabelecerem. Se, no ato de constituição da obrigação, as partes concordam que o devedor escolha qual das prestações quer entregar quando da execução, caberá ao sujeito passivo proceder à concentração. Se estipulam, no entanto, que a escolha será feita pelo credor, a concentração fica a cargo deste. Podem as partes também eleger uma terceira pessoa, da comum confiança delas, para o ato. Prevalecerá, em suma, o que tiver sido acordado entre os sujeitos da obrigação.

Se não houver acordo em relação ao responsável pela concentração, a escolha será do devedor. É o que dispõe a lei: “nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou” (CC, art. 252). Não tendo as partes se preocupado em contratar sobre este aspecto da relação obrigacional que constituíam, a lei supletivamente dispõe sobre o assunto. Assim, quando inexistente acordo entre as partes, atribui-se a concentração ao sujeito passivo. Segundo Washington de Barros Monteiro, duas são as razões da solução legal. A primeira decorre de antigo valor jurídico que preconiza o abrandamento da posição normalmente débil do devedor. A segunda lembra que o cumprimento das obrigações depende essencialmente de atuação do devedor, sendo razoável que a lei o facilite (2001:112/113).

Ao escolher a prestação a ser entregue, o devedor não pode alterar o objeto da obrigação. É-lhe defeso, por exemplo, dentre as duas prestações alternativas

entregar parte de uma e parte de outra (CC, art. 252, § 1º), porque a isto equivaleria alterar unilateralmente a extensão da obrigação. Com ênfase, se o devedor pode, de acordo com o que foi estabelecido com o credor, escolher uma de duas possíveis prestações, ele não está autorizado a misturá-las porque isto equivaleria a optar entre *três* alternativas, e a tanto não corresponde o conteúdo da obrigação pactuada.

Em caso de obrigação de prestações periódicas, se as partes nada estabelecerem em contrário, a escolha será exercida em cada vencimento (CC, art. 252, § 2º). Se *Antonio*, executivo da empresa *Beta*, pode, todo ano, a título de parte de sua remuneração, optar entre a troca do carro ou uma viagem internacional de férias, há entre estas partes uma obrigação alternativa de prestações periódicas. Deste modo, a cada ano, *Antonio* tem renovada a possibilidade de escolher um veículo novo ou a viagem, independentemente da escolha feita nos anos anteriores, a menos que o contrato com *Beta* estabeleça regra diversa (a de que *Antonio* não poderia trocar de carro três anos consecutivos, p. ex.).

Se a escolha da prestação a ser entregue cabe a mais de um sujeito, é possível desentendimentos entre eles. Um ou alguns consideram mais interessante certa prestação, mas outro ou outros querem solução diferente. Neste caso, os sujeitos optantes devem negociar até chegarem a consenso. A escolha por qualquer critério majoritário depende de ele ter sido previsto no título representativo da obrigação. Em caso de omissão deste, porém, se não for alcançada a unanimidade, qualquer um dos optantes poderá requerer ao juiz que fixe prazo para a obtenção do consenso. Vencido o prazo judicialmente estabelecido sem escolha unânime da prestação a ser entregue, caberá a concentração ao juiz (CC, art. 252, § 3º). Também será deste a escolha se o título representativo da obrigação contemplar cláusula atribuindo a terceiro a concentração, mas o nomeado não quiser ou não puder processá-la, e as partes não chegarem a consenso sobre como superar o empecilho (CC, art. 252, § 4º).

A tecnologia civilista tem considerado o direito de escolher a prestação insuscetível de cessão independente da obrigação alternativa a que se refere. Embora admita a transmissibilidade a sucessores e o exercício do direito por representantes, não considera regular a cessão do direito de escolha em separado da obrigação alternativa (Nonato, 1959:357). Não é esse, porém, o melhor entendimento da matéria. Não há nada na lei que impeça a cessão de posição ativa numa obrigação acessória sem a concomitante cessão de posição (ativa ou passiva) na respectiva obrigação principal. Deste modo, a menos que

expressamente vedada no instrumento negocial em que se documenta a obrigação alternativa, pode o optante ceder o direito de escolha a terceiros.

A determinação da prestação a ser entregue em cumprimento da obrigação alternativa chama-se "concentração". Trata-se do ato de escolha, que será feita por um sujeito de direito (o credor, devedor ou terceiro) definido pelas partes ou mesmo pelo juiz.

Com a concentração, a obrigação que nascera complexa torna-se simples e como tal passa a ser juridicamente disciplinada. Se, por exemplo, a escolha cabe ao sujeito ativo, uma vez feita e comunicada ao devedor, a prestação passa a ser exatamente a escolhida. Em outros termos, transforma-se numa obrigação simples, com uma só prestação a ser cumprida pelo sujeito passivo. Neste caso, o devedor está livre, a partir do conhecimento da escolha feita pelo credor, para vender a coisa preterida a terceiros. Além disso, se a obrigação se concentra, também por escolha do credor, numa coisa individuada e esta se perde sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação em razão da regra aplicável a este sucesso negativo nas obrigações de dar coisa certa (CC, art. 234).

Ao encerrar este tópico, cabe atentar para uma hipótese específica, em que a concentração é ato necessariamente sucessivo. Imagine que entre as prestações alternativas há uma de *dar coisa incerta*. Se a obrigação acaba concentrando-se exatamente nesta prestação, será necessária uma nova concentração, isto é, a individuação da coisa a ser entregue ao credor. Considere, por exemplo, que *Carlos* é o sujeito passivo de uma obrigação alternativa que tem por objeto a venda de *x* bovinos nelore ou *y* bovinos tabapuã, e que lhe cabe escolher qualquer uma delas para satisfazer o credor. Neste caso, a concentração desenvolver-se-á em duas etapas sucessivas. A primeira destinada a precisar a prestação a ser entregue (bovinos nelore ou tabapuã) e a segunda voltada à individuação dos animais. Lembre-se, a propósito, que, antes da segunda concentração, o devedor não poderá alegar perda ou deterioração da coisa (já que o gênero não perece); e, após a concentração, a obrigação de dar coisa incerta transmuda-se em de dar coisa certa, submetendo-se, então, às normas correspondentes a esta última (item 2.2).

5.2. Impossibilidade ou inexequibilidade de prestação alternativa

Para certa doutrina, além da escolha, haveria uma segunda forma de concentração, que não seria mais um negócio jurídico unilateral, e sim a impossibilidade ou inexequibilidade de uma das prestações da obrigação alternativa (cf. Rodrigues, 2002, 2:49/50). São hipóteses de imprestabilidade de todas menos uma das possíveis maneiras de se cumprir a obrigação. Diz a lei que, "se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexequível, subsistirá o débito quanto à outra" (CC, art. 253). Assim sendo, se o sujeito passivo podia escolher entre duas prestações, a imprestabilidade de qualquer uma delas implicaria a concentração na outra: ele deverá entregar necessariamente a que subsistir. Não há, em casos tais, nenhum ato de escolha, mas um fato jurídico que afasta a complexidade da obrigação.

Se, por exemplo, uma das prestações objeto da obrigação for inválida porque sua consideração entre as alternativas deu-se por erro, disto decorre a simplificação da obrigação. Está-se diante de uma imprestabilidade jurídica. Se, mais um exemplo, uma das coisas sobre as quais poderia recair a escolha se perde, também se descarta a complexidade do vínculo obrigacional, já que resta apenas a outra coisa para ser entregue ao credor. Aqui, o caso é de imprestabilidade material.

Não se deve confundir, segundo penso, concentração com a eliminação da complexidade, isto é, com a simplificação da obrigação. A melhor forma de operar com estes conceitos é reservar para aquela expressão o significado de *negócio jurídico de escolha*, destacando que ela não recobre todas as hipóteses de redução da multiplicidade de prestações na obrigação alternativa.

Além da escolha, também a impossibilidade ou inexequibilidade da prestação dá ensejo à superação da complexidade objetiva da obrigação alternativa. Se todas menos uma das prestações é jurídica ou materialmente impossível ou inexequível, a subsistente deverá ser entregue pelo devedor ao credor.

Em outros termos, a obrigação alternativa é complexa por se referir a duas ou mais prestações não cumulativas. Para a sua execução, é necessário afastar a complexidade, transformá-la numa obrigação objetivamente simples. Isto decorrerá da escolha feita por um sujeito de direito (concentração) ou da impossibilidade ou inexequibilidade de todas menos uma das prestações alternativas (imprestabilidade). Nos dois casos, a obrigação deixa de ser objetivamente complexa porque resta apenas uma prestação a ser entregue (a

escolhida ou a subsistente); mas são fatos jurídicos bem distintos.

Na superação da complexidade objetiva por imprestabilidade (jurídica ou material) de uma das alternativas, não há nenhuma declaração de vontade de qualquer sujeito especificamente direcionada à seleção da prestação a ser entregue. A definição da prestação a ser entregue decorre de um outro gênero de fato jurídico (ato humano ou fato natural; ato volitivo ou não etc.). Se uma das coisas que podiam ser entregues ao sujeito ativo foi roubada, sua imprestabilidade deveu-se a ato humano intencional (do ladrão); se se incendiou, pode ter sido causada por fato natural (um raio), negligência de alguém (descuido no manuseio de inflamáveis) ou mesmo também por ato de vontade (do incendiário). Seja qual for a classificação do fato jurídico verificado, a complexidade da obrigação desaparece e o sujeito passivo tem, a partir dele, para cumprir, uma só prestação.

5.3. Sucesso das coisas nas obrigações alternativas

Entre a constituição e a execução da obrigação alternativa, as coisas correspondentes às prestações podem eventualmente experimentar mudanças que influenciam os interesses dos sujeitos envolvidos. Estas mudanças são sucessos que sobrevêm à coisa, os quais podem ser negativos (perda total ou parcial) ou positivos (melhoramento). Aqui, examino os sucessos *anteriores* à concentração. Isto porque, quando a perda, deterioração ou melhoramento são posteriores à escolha da prestação a entregar, aplicam-se as regras já examinadas sobre os sucessos da coisa certa (item 2.2), lembrando que também são estas regras as aplicáveis às prestações de dar coisa incerta após a individuação do objeto (item 2.4).

Perda. Para compreender as consequências da perda de uma ou de todas as prestações na obrigação alternativa, convém, inicialmente, investigar se o devedor teve culpa no evento ou se este derivou de caso fortuito ou força maior.

Não tendo o devedor nenhuma culpa pela perda, cabe distinguir se todas as prestações se tornaram impossíveis ou se apenas parte delas não pode ser executada.

Quando todas as prestações se perdem sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação alternativa. As partes retornam à condição em que se encontravam anteriormente à constituição da obrigação, devendo o sujeito passivo restituir ao ativo eventuais pagamentos recebidos. É o que estabelece o art. 256 do Código Civil: “se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação”. Imagine que *Darcy*, colecionador de veículos

antigos, vendeu a *Evaristo*, também colecionador, um determinado *Volkswagen 1965* ou uma específica *Harley-Davidson 1970*, podendo entregar qualquer uma destas coisas certas em cumprimento do contrato. Imagine, também, que a oficina em que se encontram os dois veículos para reparos incendeia-se em razão da queda de um raio. Perderam-se, sem culpa de *Darcy*, todas as prestações de sua obrigação alternativa. Resolve-se esta; quer dizer, *Darcy* não está mais obrigado a nenhuma prestação, e *Evaristo* tem apenas o direito à restituição da entrada se a tiver pago.

Já no caso de apenas parte das obrigações se perderem sem culpa do devedor, ele permanecerá obrigado pela que subsistir. Veja o art. 253 do Código Civil: "se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexequível, subsistirá o débito quanto à outra". No exemplo anterior, assim, se apenas o *Volkswagen* se encontrava na oficina incendiada, deve *Darcy* entregar a *Evaristo* a outra prestação, isto é, a motocicleta antiga. Aqui não se resolve a obrigação, e *Darcy*, portanto, continua obrigado perante *Evaristo*. Apenas operou-se a eliminação da complexidade da estrutura do vínculo obrigacional. Se antes do caso fortuito ele podia escolher entre um ou outro veículo de colecionador, agora ele está necessariamente obrigado a entregar a *Harley-Davidson*.

Nas hipóteses de perda de uma ou ambas as prestações *sem* culpa do devedor, é irrelevante a quem cabia a escolha. Independentemente do que as partes haviam contratado acerca da concentração (pelo devedor, credor ou por terceiro), as consequências são as mesmas. Mas, se a perda é causada *por culpa* do sujeito passivo (ou de alguém pelo qual é responsável, como filho menor ou empregado), importa verificar a quem cabia a escolha, para delimitação da consequência do sucesso.

A perda, sem culpa do devedor, de todas as prestações de uma obrigação alternativa implica a resolução desta. Já a perda, também sem culpa do devedor, de apenas uma delas implica a simplificação da obrigação, isto é, subsiste a outra prestação, que deve ser entregue ao credor.

Se a perda decorre de culpa do devedor e a escolha cabia ao credor, as consequências do sucesso negativo variam de acordo com o seu alcance. Assim, se todas as prestações se perderam nestas circunstâncias (culpa do devedor e escolha pelo credor), o sujeito ativo terá direito ao valor de qualquer uma delas

mais indenização por perdas e danos. Se tanto o *Volkswagen 1965* como a *Harley-Davidson 1970* se perdem num incêndio da garagem de *Darcy*, provocado por sua culpa ou de alguém sob sua responsabilidade, *Evaristo* poderá reclamar o valor de um ou de outro veículo antigo (optará, normalmente, pelo mais valioso) e as perdas e danos que tiver experimentado. Decorre do preceituado no art. 255, *in fine*, do Código Civil: "se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexequíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos".

Quando a perda causada por culpa do devedor alcança apenas uma das prestações da obrigação alternativa, cabendo a escolha ao credor, terá este o direito de optar entre a prestação que subsistiu ou o valor da perdida, além da indenização por perdas e danos. Se, no exemplo considerado, apenas a *Harley-Davidson 1970* se encontrava na garagem incendiada por culpa de *Darcy*, *Evaristo* pode reclamar a entrega do *Volkswagen 1965* ou o valor daquela motocicleta, além da indenização por perdas e danos. Esta é a regra do art. 255, primeira parte, do Código Civil: "quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos".

Ou seja, nos casos em que há culpa do devedor pela perda e a escolha é do credor, a prestação perdida é substituída pelo seu valor, remanescendo a alternatividade na hipótese de se perder uma só das prestações.

Quando a escolha cabe ao credor, ocorrendo a perda de todas as prestações da obrigação alternativa por culpa do devedor, pode aquele reclamar o valor de uma ou de outra mais perdas e danos. Atendidos os mesmos pressupostos (escolha pelo credor e culpa do devedor), se a perda é de apenas uma das prestações, o credor pode optar entre o valor da perdida ou a outra prestação, mais perdas e danos.

Quando a escolha não cabe ao credor, em se verificando a perda sucessiva de todas as prestações por culpa do devedor, este fica obrigado ao valor da que se perdeu por último, mais perdas e danos.

Finalmente, se a perda deriva de culpa do devedor, e a escolha *não* compete ao credor (mas ao próprio devedor ou a terceiros), a lei trata apenas do caso de perecimento sucessivo de todas as prestações. Nesta hipótese, o sujeito passivo fica obrigado a pagar ao ativo o valor da prestação que se perdeu *por último*, acrescido de perdas e danos. Se cabia, no exemplo acima, a *Darcy* escolher qual dos veículos antigos seria entregue a *Evaristo* em cumprimento da obrigação alternativa, e o *Volkswagen* perdeu-se num dia e a *Harley-Davidson* no seguinte,

sempre por culpa do devedor, a obrigação será cumprida pelo pagamento do valor da motocicleta mais indenização por perdas e danos. Assim estipula o art. 254 do Código Civil: "se, por culpa do devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos que o caso determinar".

A lei não trata do caso de serem as duas prestações simultaneamente perdidas. Se acontecer, porém, entendo que o sujeito ativo tem o direito de optar pelo valor de uma ou outra prestação, sem prejuízo da indenização por perdas e danos. Não cuida a lei, igualmente, da situação de perda de apenas uma das prestações por culpa do devedor, quando não é do credor o direito de escolha. Esta lacuna legal não tem nenhuma importância se a escolha cabe ao devedor. Ele simplesmente entrega a prestação subsistente e, deste modo, dá integral cumprimento à obrigação alternativa. A lacuna, porém, acarreta dificuldades se a escolha estiver a cargo de terceiros. Aqui, se a prestação indicada para ser entregue for a perdida, deve-se considerar inadimplida a obrigação, respondendo o devedor pelo valor dela mais perdas e danos; se, porém, for a que subsistir, a sua entrega corresponderá ao normal adimplemento da obrigação.

Deterioração e melhoramento. De início, destaco que a lei se preocupou apenas com uma das hipóteses de sucesso negativo, a perda. Nada dispõe o Código Civil sobre a deterioração ou o melhoramento, embora estes eventos possam também afetar as obrigações alternativas. Estas lacunas devem ser supridas pela interpretação analógica dos dispositivos atinentes à deterioração ou melhoramento da coisa certa.

Assim, sempre que, segundo a regra aplicável à hipótese de perda, o credor de obrigação alternativa tiver direito à substituição da prestação pelo respectivo valor (CC, arts. 254 e 255), deve-se reconhecer-lhe, no caso de deterioração, o direito de *optar* entre receber este valor ou a prestação deteriorada com abatimento proporcional. Se no incêndio ocorrido na garagem de *Darcy*, por culpa dele, o *Volkswagen* e a *Harley-Davidson* não se perderam, mas sofreram sérias avarias, *Evaristo* poderia, se é o titular do direito de escolha da prestação, optar entre o valor de qualquer uma das prestações (CC, art. 254, *in fine*) ou por qualquer um dos veículos no estado em que se encontra com abatimento do preço, sempre sem prejuízo da indenização por perdas e danos.

Por outro lado, em caso de melhoramento de uma das prestações, cabendo ao devedor a escolha, não se antevê nenhum problema: ele simplesmente escolherá a outra prestação que não sofreu valorização. Não sendo dele, porém, a escolha e

recaindo esta sobre a prestação valorizada, o devedor pode exigir aumento proporcional no preço. Se com o aumento não anuir o credor da obrigação alternativa, sua execução dar-se-á forçosamente com a entrega da outra prestação. Se ambas as prestações experimentaram melhoramento e as partes não chegam a acordo sobre o novo preço delas, resolve-se a obrigação com a aplicação analógica do art. 237 do Código Civil.

5.4. As obrigações facultativas

As obrigações alternativas não se confundem com as facultativas. Naquelas, o sujeito passivo libera-se mediante a entrega de uma das prestações objeto da obrigação — escolhida por ele, pelo credor ou por terceiros. Já nas obrigações facultativas, o sujeito passivo pode, em vez de entregar a prestação objeto da obrigação, liberar-se mediante a entrega de prestação diversa. O objetivo da facultatividade é facilitar o cumprimento da obrigação. Aparentemente, a sutileza da distinção não parece despertar questões jurídicas de relevo, mas não é bem assim. Várias consequências derivam da classificação de certa obrigação como alternativa ou facultativa.

Exemplo típico de obrigação facultativa encontra-se nos mercados de futuro de *commodities*. Neles, o vendedor obriga-se a entregar, em data futura, ao comprador determinada quantidade de produto agrícola por preço entre eles contratado. Se, na data fixada, aquele produto estiver cotado na bolsa (p. ex., na BM&F — Bolsa de Mercadorias e Futuro de São Paulo) por preço superior, o devedor pode preferir a liquidação pela diferença. Quer dizer, em vez de entregar o produto agrícola em espécie, paga ao comprador a diferença entre o preço contratado e o da cotação na bolsa. E se a cotação, naquela data, for inferior, o vendedor pode exigir a diferença do comprador em vez de entregar a mercadoria. Na prática, todos os contratos acabam sendo executados pela diferença, já que os operadores da bolsa não estão interessados propriamente nas mercadorias, mas sim em negócios de garantia.

O título estabelece se a obrigação é alternativa ou facultativa. Se o documento representativo da obrigação estipula, por exemplo, que o sujeito passivo pode entregar ao ativo qualquer uma das prestações listadas, ele diz respeito a obrigação alternativa. Caso estipule, porém, que o sujeito passivo é obrigado a determinada prestação, tendo a faculdade de executá-la mediante entrega de prestação diversa, o documento refere-se a obrigação facultativa. Raramente se encontrará no teor do instrumento representativo da obrigação o uso das expressões identificadoras destas categorias (“alternativa” ou “facultativa”). Será

o exame do conteúdo do acordo entre os sujeitos integrantes do vínculo obrigacional que possibilitará a exata definição da modalidade da obrigação.

As obrigações alternativas não se confundem com as facultativas. Enquanto as primeiras têm por objeto várias prestações não cumulativas, as facultativas possuem uma só, estando o devedor autorizado a executá-la pela entrega de outra prestação.

Assim, percebe-se, desde logo, que a faculdade aberta ao devedor no sentido de se exonerar da obrigação mediante a entrega de prestação diversa da devida não existe sem a concordância do credor. Nenhuma das partes pode unilateralmente alterar o conteúdo da obrigação. Se o título prevê que o sujeito passivo se obriga a entregar determinada coisa, sem mencionar a faculdade de prestação diversa, a execução só se realiza com o cumprimento da primeira. O devedor só tem o direito de entregar prestação facultativa se o título correspondente ao negócio o autorizar; quer dizer, se o credor, no momento da constituição da obrigação, houvera anuído com esta possibilidade de execução, isto é, com a prestação facultativa.

Ao contrário da alternativa, a obrigação facultativa não é complexa. Nela, há uma única prestação devida. A faculdade aberta ao sujeito passivo de executar a obrigação mediante a entrega de prestação diversa destina-se a facilitar seu cumprimento. Desta forma, a prestação devida é a principal, e a facultativa, a acessória. Se, por qualquer razão, a prestação principal for inválida, a facultativa também o será. Esta é uma nova diferença em relação à obrigação alternativa, posto que, nela, a invalidade de uma das prestações possíveis não compromete a das demais (CC, art. 253). Note-se, também, que, não havendo culpa do devedor, a perda da prestação principal extingue a obrigação facultativa, ao passo que apenas a perda de todas as prestações acarreta igual consequência na alternativa (cf. Azevedo, 1973:50). Por fim, nas obrigações alternativas, a escolha da prestação a ser entregue é, em regra, do devedor, mas as partes podem atribuí-la ao credor ou a terceiros; mas, nas facultativas, é sempre do devedor a escolha entre a prestação principal e a acessória.

6. DIVISIBILIDADE DAS OBRIGAÇÕES

As obrigações podem ser divisíveis ou indivisíveis, considerando-se a natureza das prestações. Uma obrigação é divisível se a prestação puder ser

repartida e indivisível no caso oposto.

Nas obrigações simples e nas objetivamente complexas, a divisibilidade ou indivisibilidade não desperta maiores indagações. A questão é relevante apenas no contexto das obrigações subjetivamente complexas, isto é, aquelas em que há mais de um credor ou mais de um devedor. Exemplo de obrigação divisível com pluralidade de sujeitos passivos encontra-se nos *pools* de bancos para financiamento de empreendimento de elevado porte ou de seguradoras para seguro de grande valor.

Quando é divisível a prestação, presume a lei sua repartição em tantas obrigações iguais e distintas quantos sejam os credores ou devedores (CC, art. 257). Deste modo, se *Antonio* deve $ 200 a *Benedito* e *Carlos*, como há pluralidade de credores e a prestação é divisível, presume a lei que *Antonio* deve $ 100 a *Benedito* e $ 100 a *Carlos*. Se pagar a totalidade do devido a qualquer um dos credores, ele não estará liberado da obrigação de pagar a quota ao outro. Veja que a lei criou uma presunção relativa para a hipótese. É lícito às partes pactuar de forma diversa, estabelecendo, por exemplo, que um dos credores tem direito de receber maior fatia da prestação que o outro. Supletivamente à vontade das partes, contudo, a lei brasileira estabelece a repartição da obrigação divisível em tantas quantos sejam os sujeitos da relação. Reproduz, na verdade, antigo primado jurídico enraizado no direito romano (*concursu partes fiunt*).

Quando a prestação é indivisível, claro, este primado não pode reger a matéria. Neste caso, considera-se que todos os sujeitos passivos estão obrigados à prestação (na hipótese de multiplicidade de devedores) ou que todos os sujeitos ativos têm direito de reclamá-la (na de multiplicidade de credores). “A obrigação é indivisível”, diz a lei, “quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico” (CC, art. 258).

Em consequência do dispositivo legal, pode-se falar em indivisibilidade *material*, *econômica* ou *jurídica*. Se a prestação é, por exemplo, de dar coisa certa fisicamente insuscetível de repartição, como um animal ou veículo, a indivisibilidade é material. Se for dividir o filhote de gato vendido para dois irmãos, morre o bichano e perde-se a prestação simplesmente. Será econômica caso a divisão reduza ou suprima o valor da prestação. O quadro de famoso pintor pode ser material e juridicamente repartido em dois, mas não alcançará mais o mesmo preço no mercado, passando a ser negociado mais como uma curiosidade do que propriamente como obra de arte. Por fim, a indivisibilidade é jurídica quando a lei impede a repartição. É o caso da prestação consistente em

entregar lotes de terreno com dimensões correspondentes ao tamanho mínimo legal de 125 m2. Como o art. 4º, II, da Lei n. 6.766/79 impede a comercialização de lotes menores do que estes, a prestação não comporta divisão.

Se na obrigação indivisível houver dois ou mais devedores, cada um deles se obriga pela dívida toda (CC, art. 259). Deste modo, o credor pode exigir o cumprimento integral da obrigação de qualquer um dos sujeitos passivos. Aquele que pagar sub-roga-se no direito do credor em relação aos demais devedores, ou seja, pode cobrar de cada um deles a quota-parte da prestação. Imagine que *Darcy* e *Evaristo*, coproprietários de *Furacão*, um cavalo de corrida, vendem-no a *Germano*. Assumem, em decorrência, uma obrigação de dar coisa certa indivisível. *Germano* poderá exigir a entrega de *Furacão* de *Darcy*, mesmo que tenha pago o preço do animal a *Evaristo*, ou vice-versa. De qualquer modo, entre *Darcy* e *Evaristo*, deve ser repartido o preço recebido por *Furacão*, proporcionalmente à participação de cada um na copropriedade do animal. Se quem entregou o cavalo não foi o que recebeu o pagamento, terá direito de cobrar sua parte do outro devedor (CC, art. 259, parágrafo único). Se foi, deve repassar a parte do pagamento ao outro devedor da obrigação de entregar o animal.

Nas obrigações indivisíveis com mais de um devedor, cada um é obrigado por toda a dívida, e o que pagar sub-roga-se nos direitos do credor perante os demais. Já nas obrigações indivisíveis com mais de um credor, o pagamento a um deles apenas libera o devedor ou devedores se o que recebeu der caução de ratificação do ato pelos demais.

Por outro lado, se na obrigação indivisível houver mais de um credor, cada um deles pode exigir a prestação por inteiro. O devedor ou devedores apenas estarão desobrigados, contudo, se o pagamento tiver sido feito a todos os credores conjuntamente ou se aquele que o recebeu der caução de ratificação pelos demais (CC, art. 260). Considere que *Hebe* e *Irene*, decoradoras, são credoras de *João*, marceneiro, por uma obrigação de fazer: ele se obrigou a confeccionar uma mesa de jantar para uma casa decorada por elas. Tanto *Hebe* como *Irene*, agindo isoladamente, podem acionar *João* para obter o cumprimento da obrigação; ele, porém, apenas se desobriga ao entregar a peça para as duas decoradoras em conjunto ou se a que receber o móvel garantir a ratificação do ato de recebimento pela outra credora. Se ocorrer de *Hebe* receber a mesa de jantar e, por exemplo, revendê-la a terceiros, dando ao móvel destinação diversa

da originariamente acertada com *Irene*, terá esta direito de cobrar daquela sua parte em dinheiro (CC, art. 261).

A indivisibilidade da obrigação descaracteriza-se quando ela se resolve em perdas e danos (CC, art. 263). Se *João* do exemplo anterior não cumpre sua obrigação e *Hebe* e *Irene* desinteressam-se da mesa e decidem processá-lo por perdas e danos, desfaz-se a indivisibilidade. O valor da indenização deverá ser pago proporcionalmente a cada uma das decoradoras, como nas obrigações divisíveis (CC, art. 257).

7. OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS

Em princípio, viu-se, as obrigações subjetivamente complexas (isto é, com mais de um credor ou devedor) dividem-se em tantas quantos sejam os sujeitos de cada polo da relação obrigacional (*concursu partes fiunt*). No item anterior, foi examinada a primeira exceção a este princípio, decorrente da indivisibilidade da prestação. Com ênfase, quando a prestação é indivisível, não se pode repartir a obrigação entre os sujeitos passivos ou ativos por razões de ordem material, econômica ou jurídica. A repartição da prestação indivisível importaria a perda da coisa (indivisibilidade material) ou de seu valor (indivisibilidade econômica) ou esbarraria em vedação legal ou contratual (indivisibilidade jurídica).

Neste item, será examinada a segunda exceção ao princípio *concursu partes fiunt*. Trata-se das obrigações solidárias, isto é, aquelas em que há pluralidade de sujeitos (mais de um devedor ou credor) e unidade de prestação contratual ou legalmente estabelecida. “Há solidariedade”, define a lei, “quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” (CC, art. 264).

A solidariedade pode ser passiva ou ativa, segundo a pluralidade de sujeitos se refira respectivamente ao polo passivo ou ativo da relação obrigacional. Na solidariedade passiva, dois ou mais devedores são obrigados pela inteira prestação, isto é, por toda a dívida (ainda que seja ela divisível). Já na solidariedade ativa, dois ou mais credores têm direito ao pagamento de toda a obrigação (mesmo que divisível).

Como é uma exceção ao princípio da divisibilidade das obrigações, a solidariedade não se presume (Beviláqua, 1895:105/106). Para existir, é necessário que tenha sido contratada entre as partes ou decorra de previsão legal (CC, art. 265). Há, portanto, solidariedade *contratual* (abrigada em cláusula expressa de contrato) ou *legal* (derivada de disposição da lei). Numa obrigação

divisível subjetivamente complexa com vários devedores, não havendo cláusula contratual ou norma legal unindo-os pela solidariedade, aplica-se o art. 257 do Código Civil, ou seja, ela é dividida em tantas quantos sejam os sujeitos passivos, obrigando-se cada um pela quota-parte da prestação. O credor, nesta obrigação, só pode exigir de cada devedor a parcela proporcional da prestação divisível. Isto porque a solidariedade resulta da lei ou da vontade das partes; não havendo em nenhuma delas a previsão de obrigação solidária, incide o princípio geral do *concursu partes fiunt*.

A lei prevê diversas hipóteses de responsabilidade solidária. No Código Civil, por exemplo, dezenas de dispositivos estabelecem solidariedade entre representante e representado (art. 149), cedente e cessionário (art 1.146), assim como entre mandantes (art. 680), fiadores (art. 829), gestores (art. 867, parágrafo único), autores da ofensa (art. 942), sócios (arts. 990, 993, 1.039, 1.045 etc.), administradores de sociedade (arts. 1.009, 1.012, 1.016 etc.), cônjuges (art. 1.644), testamenteiros (art. 1.986) e outros.

A solidariedade não implica que os obrigados solidários sejam titulares de direito ou devam na mesma extensão ou condição. Pelo contrário, o título ou a lei podem atribuir a sujeitos solidários direitos ou obrigações diferentes (CC, art. 266). Assim, *Antonio* e *Benedito* podem ser devedores solidários de *Carlos*, prevendo o contrato, entretanto, que a obrigação de *Antonio* é pura e simples e a de *Benedito*, sujeita ao implemento de certa condição suspensiva. Neste caso, enquanto não verificada a condição prevista no instrumento contratual, *Carlos* só poderá exigir o cumprimento da obrigação de *Antonio*, malgrado a solidariedade. Uma vez implementada a condição, poderá escolher qualquer um dos codevedores solidários.

A obrigação é solidária se mais de um credor (solidariedade ativa) ou mais de um devedor (solidariedade passiva) têm direito ou se obrigam à dívida toda. Na solidariedade, que resulta necessariamente de lei ou contrato, excepciona-se o princípio da divisibilidade das obrigações estatuído pelo art. 257 do CC.

Entre as obrigações solidárias e as indivisíveis, há indiscutível proximidade. Como são exceções do princípio da divisibilidade das obrigações, tanto numa como noutra, cada sujeito passivo é obrigado à prestação como um todo e cada ativo tem direito a toda ela. Na solidariedade passiva e na indivisibilidade, por exemplo, o credor pode escolher qualquer devedor para exigir o cumprimento da

obrigação; e o devedor que pagar tem direito regressivo contra os demais. Diferem, porém, uma modalidade de obrigação da outra pelas razões por que se afasta a aplicação do princípio da divisibilidade. Sendo a obrigação indivisível, a natureza da prestação impede a repartição em tantas quantos sejam os sujeitos. No caso da obrigação solidária, é a vontade das partes ou a disposição da lei que o impede.

7.1. Solidariedade passiva

A solidariedade passiva é muito mais frequente que a ativa. Na verdade, é extremamente comum se deparar, nos contratos, com a cláusula de solidariedade passiva sempre que são mais de um os devedores. A solidariedade entre os sujeitos passivos é uma garantia normalmente exigida pelo credor: não se cumprindo a obrigação solidária, ele tem maiores chances de obter a execução forçada, na medida em que pode escolher para cobrar, entre os devedores, o que estiver em melhor condição patrimonial. Na solidariedade passiva, “o credor tem o direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum” (CC, art. 275). Se o credor receber de um dos devedores solidários apenas uma parcela do devido, pelo saldo não pago continuam todos solidariamente responsáveis.

A propositura de ação judicial contra um ou alguns dos codevedores solidários não implica a renúncia, pelo credor, dos direitos relacionados à solidariedade passiva (CC, art. 275, parágrafo único). Não sendo frutífera a investida judicial contra os primeiros escolhidos, sempre restará ao credor demandar os demais devedores solidários. Outras atitudes, porém, são consideradas, no plano doutrinário, renúncia tácita à solidariedade. Se o credor, por exemplo, cobra de cada devedor apenas a quota correspondente, ou concorda em receber unicamente os juros e multa proporcionais de um devedor, entende-se que renunciou à solidariedade (Pereira, 1962, 2:94/95). Além disso, admite a lei a renúncia expressa, que pode aproveitar um, alguns ou todos os devedores solidários (CC, art. 282).

O devedor que cumpre (voluntária ou forçadamente) a obrigação tem direito de cobrar, em regresso, dos demais devedores solidários. Entre os codevedores unidos pela solidariedade — ou, como preferem alguns civilistas, na relação *interna* da solidariedade (Gomes, 1961:50) —, divide-se a obrigação em partes iguais. Torna a operar seus efeitos, em outros termos, o princípio da divisibilidade. Cada codevedor responde, perante os demais, por uma parte proporcional da prestação (CC, art. 283). Se *Darcy*, *Evaristo* e *Fabrício* são

devedores solidários de $ 300, aquele que pagar o credor pode regressivamente cobrar $ 100 de cada um dos outros. Se forem quatro os sujeitos passivos solidários, cada um é responsável, *perante os demais*, por um quarto da obrigação; se forem cinco, por um quinto, e assim por diante. Perante o credor, evidentemente, os devedores respondem sempre pela totalidade da dívida, em razão da solidariedade, mas, entre eles, dá-se o rateio.

Se um codevedor solidário ficar insolvente — isto é, desprovido de meios patrimoniais para responder ao menos pela respectiva parte da obrigação —, a quota dele será dividida igualmente entre os solventes (CC, art. 283, *in fine*). Se, no exemplo acima, *Darcy* paga a dívida e, ao voltar-se em regresso contra *Evaristo*, descobre que ele está insolvente, terá direito de cobrar $ 150 de *Fabrício* e arcar, enfim, com os restantes $ 150 da obrigação. Aliás, da divisão entre os devedores solventes da quota correspondente ao insolvente participam também os solidários eventualmente liberados da solidariedade pelo credor (CC, art. 284).

No caso de a prestação se tornar impossível por culpa de um dos devedores solidários, o credor terá direito ao equivalente mais perdas e danos, como em qualquer obrigação. Pelo equivalente, responderão todos os devedores solidários, mas pelas perdas e danos, apenas o devedor culpado pela perda da prestação (CC, art. 279). Imagine-se que *Germano* e *Hebe* venderam a *Irene* o último frasco de sêmen disponível de um famoso cavalo de corrida já falecido e obrigaram-se solidariamente pela entrega. O preço foi totalmente pago de forma antecipada. Porém, a coisa se perdeu antes da execução da obrigação por culpa exclusiva de *Germano*. Neste caso, *Irene* poderá cobrar o valor da prestação perdida (isto é, o preço que pagou pelo sêmen) de qualquer um dos devedores solidários, mas só poderá cobrar a indenização de *Germano*. Além disso, se *Germano* pagar *Irene*, poderá, em regresso, cobrar a metade do valor da prestação de *Hebe*, mas nada do que tiver pago a título de perdas e danos.

Se a prestação não restou impossível, mas houve mora na entrega ao credor por culpa de um dos codevedores solidários, a regra é diferente. Nesta hipótese, todos os devedores são solidariamente responsáveis, perante o credor, pelos juros de mora; entre eles, porém, apenas o culpado pelo atraso responde por tais juros (CC, art. 280).

Na solidariedade passiva, o credor pode exigir toda a dívida, ou parte dela, de qualquer dos codevedores. O codevedor que pagar tem direito de cobrar, em regresso, dos demais a quota-parte. Pela dívida que interessa exclusivamente a um só

dos devedores, porém, responde o interessado pelo seu valor integral.

Por fim, quando a dívida solidária interessa exclusivamente a um dos devedores, não se procede ao rateio proporcional na relação interna da solidariedade. Neste caso, o devedor solidário a quem interessa, com exclusividade, a dívida responde pela integralidade de seu valor (CC, art. 285). É o caso, entre outros, da fiança nos contratos de locação de imóvel. Na maioria das vezes, prevê o instrumento contratual que o fiador é devedor solidário com o afiançado (locatário) pelo pagamento dos aluguéis. Neste caso, porém, a dívida é do interesse exclusivo de quem alugou o imóvel. O fiador, uma vez pagando o locador, tem direito de regresso contra o afiançado pelo valor total dos aluguéis que tiver pago, e não apenas pela quota-parte proporcional. Por sua vez, o afiançado não pode reclamar do fiador, em regresso, a metade do que tiver pago ao locador, devendo suportar a obrigação inteira.

7.2. Solidariedade ativa

Na solidariedade ativa, o polo credor da relação obrigacional é ocupado por vários sujeitos, sendo que cada um deles “tem o direito de exigir do devedor o cumprimento da obrigação por inteiro” (CC, art. 267).

Quando há solidariedade ativa, o pagamento poderá ser feito a qualquer credor, enquanto não tiver sido proposta demanda judicial de cobrança (CC, art. 268). Uma vez citado da ação, porém, o devedor deve abster-se de pagar, a não ser em juízo. Feito como for, o pagamento a qualquer um dos credores extingue toda a obrigação (CC, art. 269). A quitação dada por um credor solidário é, assim, suficiente para liberar o devedor da obrigação. A partir dela, caberá aos credores, na relação interna da solidariedade, repartir o valor pago. Deste modo, se o devedor prova perante um credor solidário que já fez o pagamento da obrigação a outro, nada mais pode ser cobrado dele. A satisfação do direito de cada um dos sujeitos ativos solidários, após o regular pagamento a um deles, é assunto a ser resolvido sem envolvimento do devedor.

A solidariedade ativa é muito rara. Seu estudo, por isso, é desprovido de maior interesse.

Capítulo 15

TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO

1. ESPÉCIES DE TRANSMISSÃO

A constituição e execução da obrigação podem importar mutações nos patrimônios dos sujeitos de direito envolvidos. Se alguém passa a ocupar um dos polos da relação obrigacional, seu patrimônio sofre mudanças. Se passa a ser credor, o ativo cresce; se devedor, aumenta o passivo. A obrigação integra, por um ou outro elemento, o patrimônio do sujeito, seja ele sujeito ativo ou passivo. Uma das consequências deste aspecto das obrigações é a sua transmissibilidade. O sujeito integrante da relação obrigacional pode alienar a obrigação de seu patrimônio a terceiros. Trata-se de negócio jurídico em razão do qual a obrigação deixa de pertencer ao patrimônio de um sujeito e passa ao de outro. A transmissão chama-se *cessão de crédito* quando tem por objeto a posição ativa da relação obrigacional. O credor (cedente) transfere a outrem (cessionário) o crédito perante o devedor (cedido). Denomina-se *assunção de dívida* se o objeto transmitido é a posição passiva do vínculo. Neste caso, o devedor (alienante) transfere a outrem (adquirente, assumido ou assuntor) o débito perante o credor (assuntivo).

A obrigação pode ser transmitida de um patrimônio a outro. Quando o sujeito ativo transmite o direito, o negócio jurídico é denominado "cessão de crédito"; quando o sujeito passivo transmite seu dever, chama-se "assunção de dívida".

A transmissão da obrigação pode operar-se por negócio oneroso ou gratuito. No primeiro caso, o ato é acompanhado por um ganho certo em favor do cessionário (na cessão de crédito) ou do alienante (na assunção de dívidas). A transmissão gratuita dá-se quando não se verificam estes ganhos, quando os sujeitos agem desinteressadamente, movidos por caridade, amizade ou dever familiar. Na maioria das vezes, convém destacar, a transmissão é onerosa.

De outro lado, a transmissão pode ser negocial (*inter vivos*) ou derivar da morte do sujeito obrigado (*mortis causa*). Mas, enquanto naquela admite o

direito brasileiro tanto a substituição do credor (cessão de crédito) como do devedor (assunção de dívida), nesta, cabe só a transmissão de crédito. Quer dizer, falecendo o credor, seu direito creditório passa aos herdeiros ou legatários. O sucessor, após a conclusão do inventário, é o novo titular do direito à prestação. Falecendo, porém, o devedor, não se opera a transmissão. Antes de se partilharem os bens do falecido, pagam-se as dívidas deixadas. Se, porém, os bens do devedor morto forem insuficientes à satisfação do débito, os herdeiros ou legatários nada recebem, mas também não se tornam devedores. Extingue-se a obrigação.

O instituto da transmissão negocial é criação recente do direito das obrigações. Nos países de tradição românica, como o Brasil, as normas do direito obrigacional reproduzem, quase sem alterações significativas, padrões desenvolvidos na Antiguidade pelo direito romano. Não conheceu este, porém, senão a constituição e a extinção da obrigação; a transmissão *inter vivos* se fazia sempre por meios indiretos, mediante a extinção da obrigação e a constituição de uma nova. Uma das razões de o direito romano não ter desenvolvido a figura da transmissão *inter vivos* aponta-se na pessoalidade da obrigação. O sujeito não podia transferir a outrem seu crédito ou débito porque eles eram considerados próprios de sua pessoa (cf. Gil, 1983, 212; Alves, 1965:69/70; Mazeaud-Chabas, 1998:1255 e s.).

2. CESSÃO DE CRÉDITO

A cessão de crédito insere-se no contexto da circulação econômica. Normalmente, o cedente é titular do direito de crédito a prazo e, através da cessão, antecipa a realização do valor correspondente. Com o negócio transmissor do crédito, o cessionário paga-lhe, hoje, o valor da obrigação que vencerá no futuro e passa a ocupar a posição ativa da relação obrigacional, tornando-se o novo titular do direito. Assim, se *Antonio* é credor de *Benedito*, no valor de $ 100, por obrigação a vencer daqui a três meses, ele pode negociar seu crédito com *Carlos*. Recebe, hoje, o valor da obrigação que *Carlos* irá cobrar de *Benedito* no vencimento. Costuma-se chamar esta dinâmica, aliás muito comum na economia desde a Revolução Comercial, de mobilização do crédito.

Como dito, a cessão pode ser onerosa ou gratuita. Se onerosa, normalmente o cedente recebe do cessionário valor inferior ao da obrigação que está transmitindo. No exemplo acima, se tivesse contratado uma cessão onerosa *Antonio* receberia, hoje, de *Carlos*, por exemplo, $ 90, para alienar-lhe o crédito de $ 100. *Carlos* lucraria, com a operação, $ 10, quando recebesse de *Benedito* o

valor integral da obrigação, no vencimento. É esta a hipótese mais comum, porque o cessionário não tem nenhuma vantagem econômica se paga ao cedente o exato valor a receber no futuro. A diferença entre o valor da obrigação e o pago pelo cessionário reflete, grosso modo, o preço do dinheiro no mercado financeiro, isto é, os juros que os bancos praticam, mas deve observar os parâmetros legais (CC, arts. 406 e 591).

Quando a gratuidade marca a cessão, o cessionário concorda em pagar ao cedente o valor da obrigação sem qualquer desconto. Normalmente, ele retirará o dinheiro do investimento em que se encontra para pagar ao cedente e só terá a disponibilidade deste mesmo recurso quando do vencimento da obrigação, caso seja ela cumprida pontualmente pelo devedor. Na melhor das hipóteses, o cessionário deixará de receber qualquer remuneração pelo capital entre o desembolso no ato da cessão e o pagamento da obrigação. A cessão gratuita, por isso, costuma ocorrer apenas entre amigos ou familiares, inspirada por especiais laços afetivos ou de parentesco. É, em suma, um presente que o cessionário dá ao cedente. O presente é, aqui, o custo do dinheiro no interregno entre a cessão e o vencimento da obrigação cedida.

A cessão de crédito pode ser feita pelo credor, em princípio, sempre que ele quiser. Trata-se de negócio jurídico que *não* depende de anuência do devedor. O titular do crédito negocia livremente com terceiros a transmissão da obrigação, sem necessidade de obter a concordância prévia ou posterior do respectivo sujeito passivo. O credor só está impedido de ceder seu crédito se a cessão for incompatível com a natureza da obrigação ou contrariar a lei ou o contrato com o devedor. Somente nestas três hipóteses excepciona-se a regra geral da livre transmissibilidade do crédito. Deste modo, um crédito personalíssimo (como o decorrente de salário, vencimentos ou pensão alimentícia) não pode ser cedido porque a sua natureza obsta a transmissão. O direito de crédito a auxílio social do governo, em geral, não pode ser cedido em razão de expressa proibição na lei. Por fim, se as partes da relação obrigacional estabeleceram, por acordo de vontade, que não seria admitida a cessão do crédito, esta se inviabiliza por convenção entre credor e devedor.

A cessão de crédito independe de anuência do devedor. O sujeito ativo da relação obrigacional pode alienar seus direitos a terceiro exceto se isso conflitar com a natureza da obrigação (p. ex., as prestações personalíssimas) ou for proibido por lei ou contrato.

É nula a cessão de crédito feita nas hipóteses excepcionais referidas. Em consequência, o ato de transmissão da obrigação não produz nenhum efeito: o crédito continua no patrimônio do pretenso cedente e nenhum direito sobre ele passa a titularizar o pretenso cessionário. Se, por exemplo, credor e devedor haviam contratado que o crédito não poderia ser cedido a terceiros, o ato de transmissão não está autorizado pela lei (CC, art. 286). Em ocorrendo, será inválido. Protege-se, porém, o cessionário de boa-fé quando a cláusula proibitiva da cessão não consta do próprio instrumento da obrigação. Assim, tendo eventualmente credor e devedor pactuado a intransmissibilidade da obrigação num documento apartado, ela não prejudicará os direitos de cessionários que dele não tiverem tido notícia (CC, art. 286, *in fine*).

2.1. Relações com o cedido e com o cedente

A cessão é uma obrigação que tem por prestação outra obrigação. A partir dela, o cessionário passa a ter relações jurídicas não só com o cedente, mas também com o cedido. Por razões didáticas, começo pelas relações com o cedido.

Para ter eficácia em relação ao cedido (devedor), a cessão deve ser comunicada a ele. A lei menciona como forma adequada para esta comunicação a notificação, que pode ser extrajudicial. Admite, contudo, qualquer declaração do sujeito passivo feita por escrito, público ou particular, de ciência da transmissão da obrigação como bastante também para a plena eficácia do ato.

Lembre-se que a cessão não depende, como afirmado, de anuência do devedor. É negócio jurídico entre o credor e o terceiro adquirente apenas, que se aperfeiçoa e valida sem a participação do devedor. Cautelarmente, cedente e cessionário podem colher a concordância do cedido para o ato de cessão, mas isto não é necessário. A cessão de crédito é negócio jurídico válido independentemente da intervenção do devedor.

Mas, embora não participe da cessão, para que esta projete todos os seus efeitos, o sujeito passivo precisa ser comunicado do ato. Por evidente, se não tiver ciência de que a obrigação transmitiu-se do patrimônio do credor originário para o de outro sujeito, o devedor não terá como cumprir a obrigação perante o atual titular do crédito. Tanto assim que a lei desobriga o “devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo” (CC, art. 292, primeira parte).

Embora não precise anuir na cessão de crédito, o devedor deve ser cientificado dela para que entregue a prestação ao atual sujeito ativo da relação obrigacional. Assim sendo, o devedor estará desobrigado se proceder ao pagamento ao credor originário, antes de receber a cientificação da cessão.

A cessão não altera em nada a extensão da obrigação. O cedido continua devedor da prestação exatamente como já era antes da transmissão. Apenas que, após a ciência da cessão, estará obrigado a entregar a prestação ao cessionário, e não mais ao antigo credor. Por esta razão também, o cedido, se for cobrado pelo cessionário, pode defender-se opondo qualquer exceção que tiver, inclusive as relativas à pessoa do cedente. Segundo a lei, "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" (CC, art. 294). Imagine que *Darcy* vendeu seu automóvel a *Evaristo* para pagamento em duas parcelas iguais, sendo a primeira na entrega do veículo e a segunda, em 60 dias. Considere que *Darcy*, no dia seguinte ao contrato, cedeu o crédito correspondente à última parcela a *Fabrício*. Feita a entrega do veículo, *Evaristo* constatou que nele havia sérios vícios. No prazo da lei, restituiu o carro a *Darcy*, desfez o negócio e recebeu de volta o dinheiro dado na entrada. Se *Fabrício* tentar cobrar-lhe o valor da segunda parcela, *Evaristo* poderá resistir a esta pretensão provando que a compra e venda do automóvel da qual se originara o crédito está desconstituída por vício redibitório. Note que o vício no automóvel é uma exceção (matéria de defesa) pessoal contra *Darcy*, mas *Evaristo* pode argui-la contra *Fabrício* porque a cessão não altera a extensão da obrigação transmitida.

No tocante às relações do cessionário com o cedente, releva a responsabilidade deste último pela existência da obrigação transmitida. O cedente é responsável, perante o cessionário, pela existência do crédito ao tempo da cessão. Se transmitir direito que não possui, ele deve devolver ao cessionário o valor da transmissão e compor os danos que tiver causado. No caso acima exemplificado, *Darcy* cedeu a *Fabrício* um crédito que não existia, já que derivado de uma compra e venda rescindida por vícios na coisa. *Fabrício*, em decorrência, não podendo cobrar o valor da última parcela (objeto da cessão) do devedor *Evaristo*, pode reavê-la de *Darcy* junto com a cabível indenização.

A lei imputa ao cedente a responsabilidade apenas pela *existência* do crédito

ao tempo da cessão, não o considera responsável pela solvência do devedor. Este é um ponto importante na disciplina da cessão de crédito. Se transmitir direito inexistente, o cedente responde perante o cessionário e deve ressarcir-lhe os prejuízos. Mas se o direito de crédito que transmitiu existia, não há como responsabilizá-lo caso o cessionário não venha a receber o pagamento em razão de insolvência do cedido. Se não houvesse vício nenhum no carro vendido a *Evaristo* e este, em seguida, tivesse sua insolvência decretada, *Fabrício* não teria direito de cobrar de *Darcy* o valor da parcela transmitida. A responsabilidade do cedente limita-se à existência do crédito, não alcança a solvência do devedor (CC, art. 296) (para algumas noções introdutórias sobre insolvência, convém consultar: Cap. 10, item 11.3).

O cedente não responde pela solvência do devedor, a não ser que tenha assumido expressamente esta obrigação. Ele responde, porém, pela existência do crédito no momento da cessão. Se transmitiu crédito inexistente, deverá ressarcir o cessionário.

Para que o cedente se responsabilize também pela solvência do cedido, é indispensável que o instrumento de cessão contemple cláusula expressa prevendo tal responsabilidade. Se omisso o documento representativo da cessão acerca da matéria, o cedente terá responsabilidade apenas pela existência do direito que transmitira ao cessionário ao tempo da cessão. Quando assumir, por declaração de vontade, a responsabilidade também pela solvência do cedido, o cedente deve pagar ao cessionário o valor do crédito transmitido, na hipótese de cair insolvente o devedor. Retoma, neste caso, o cedente a titularidade da posição ativa na relação obrigacional e pode habilitar-se no processo judicial de insolvência (ou na falência) do cedido, para tentar receber pelo menos parte de seu crédito.

Diz a lei que “o cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros”, acrescido do ressarcimento das “despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança” (CC, art. 297). A aplicação deste dispositivo deve ser feita com certa cautela. Como visto, na cessão onerosa, o cessionário normalmente paga ao cedente valor inferior ao do crédito transmitido, para obter ganhos com a cobrança do montante integral. Quando a lei afirma que o cedente responde apenas pelo que recebeu do cessionário, isto

não significa que este último poderá ficar sem a remuneração esperada para o capital. A diferença entre o valor da prestação transmitida e o pago ao cedente deve ser considerada “despesa da cessão”. Quantificando: considere que o valor total do crédito cedido era $ 500 e o cessionário pagou ao cedente $ 450 pela cessão; a diferença de $ 50 tem a natureza de “despesa da cessão”, junto com outros custos envolvidos na operação, porque este montante, caso não possa ser pago pelo devedor insolvente, terá o mesmo efeito para o cessionário de um gasto feito para titularizar o crédito.

Assim, se a cessão é feita com assunção, pelo cedente, de responsabilidade pela solvência do devedor, o cessionário pode cobrar-lhe o valor integral da prestação transmitida, porque a diferença é uma despesa que o cedente está obrigado a ressarcir. Sem esta cautela na aplicação do art. 297 do Código Civil, a cessão onerosa não concederá suficientes garantias aos cessionários e, afastando potenciais interessados na operação, deixará de cumprir satisfatoriamente sua função de instrumento de mobilização de crédito (cf. Gonçalves, 2004, 2:209/211).

2.2. Cessão civil e endosso

Existem, na verdade, *dois* instrumentos jurídicos aptos à mobilização do crédito: de um lado, a cessão de crédito (estudada pelo direito civil); de outro, os títulos de créditos (objeto do direito comercial).

Estes instrumentos não são igualmente aptos à circulação econômica. A rigor, os títulos de crédito prestam-se melhor a esta finalidade do que o instituto civil da cessão, porque o regime do direito cambiário, que disciplina os títulos de crédito, funda-se em regras menos rígidas que as do direito civil.

A transmissão de direitos creditícios documentados num título de crédito à ordem denomina-se *endosso*. Por ele, o credor (*endossante*) transfere o título e os direitos nele materializados a outrem (*endossatário*). Mas, ao contrário do cedente (CC, art. 296), o endossante garante, em regra, não só a existência do crédito como também a solvência do devedor (Lei Uniforme de Genebra, art. 15). Além disso, o devedor não pode opor ao endossatário as exceções pessoais que eventualmente tenha contra o endossante (Lei Uniforme de Genebra, art. 17), enquanto o devedor pode defender-se contra o cessionário arguindo razões de defesa pessoal contra o cedente (CC, art. 294).

O regime da circulação do crédito no direito cambiário é diferente do regime da cessão civil de crédito em dois pontos principais: responsabilidade do sujeito ativo primitivo pela solvência do devedor e oponibilidade das exceções pessoais contra o novo titular do direito. As regras sobre estes pontos do direito cambiário facilitam mais a mobilização do crédito que as do direito civil.

Estas diferenças significam mais garantias para o endossatário do que as asseguradas ao cessionário. Por isso, é mais comum, na mobilização do crédito, o emprego de títulos sujeitos ao direito cambiário do que o da cessão civil (Coelho, 1998, 1:406/408). Note-se que estas diferenças nos regimes jurídicos em questão devem continuar existindo, para que os particulares possam encontrar sempre a melhor alternativa jurídica para veicular e amparar os seus interesses. Se querem titularizar instrumentos mais facilmente negociáveis, devem optar pelos títulos de crédito (nota promissória, letra de câmbio etc.); caso desejem restringir a circulação dos direitos correspondentes ao negócio que celebram, convém adotar os instrumentos do direito civil.

3. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

A obrigação passiva também pode ser objeto de transmissão. Por ela, terceiro assume a dívida do devedor originário e passa a ser o novo sujeito passivo da relação obrigacional. A exemplo da cessão de crédito, pode ser feita onerosa ou gratuitamente. Também como se passa com a cessão, a assunção onerosa é operação de mobilização de crédito e a gratuita só ocorre entre amigos ou familiares.

Na assunção de dívida onerosa, o objeto da transmissão deve ser uma obrigação com vencimento a prazo. O alienante paga, hoje, ao adquirente o valor da dívida com um desconto e este se obriga a pagar ao credor, no vencimento, seu valor integral. Para o alienante, a vantagem está em cumprir a obrigação por valor inferior. Seu ganho é certo. Já o adquirente procurará obter lucro na operação empregando o dinheiro recebido do alienante num investimento que lhe renda, até o vencimento da obrigação, *mais* que o desconto dado sobre o valor total da prestação. O rendimento que superar o desconto é a vantagem perseguida pelo adquirente da dívida. A assunção é, assim, uma operação financeira de risco para o assuntor.

Na assunção de dívida, ocorre sucessão singular e não universal. O adquirente do passivo torna-se, com efeito, devedor apenas da obrigação ou obrigações que tiver adquirido. Pelas demais obrigações e dívidas do alienante, não pode o adquirente ser responsabilizado.

A assunção de dívida é a transmissão de obrigação em que terceiro substitui o primitivo sujeito passivo na relação obrigacional. Depende, para se constituir, da anuência expressa do credor e implica a liberação do devedor originário de suas obrigações.

Ao contrário da cessão de crédito, em que o sujeito do polo oposto da relação obrigacional (no caso, o devedor cedido) não participa do ato, a assunção de dívida depende do envolvimento deste, isto é, do credor assuntivo. Sem a expressa concordância do credor, não pode ser feita a transmissão da dívida. Qualquer um dos participantes da assunção, alienante ou adquirente da dívida, pode assinalar prazo para que o credor manifeste sua concordância ou discordância com a transmissão da obrigação. O prazo é de livre estipulação pela parte que instar o credor, mas o silêncio deste equivale à recusa do assentimento. Quer dizer, a concordância do credor deve ser expressa (CC, art. 299, primeira parte, e parágrafo único). Uma só exceção abre a lei a esta regra: o adquirente de imóvel hipotecado pode assumir a dívida garantida pela hipoteca e notificar o credor para que manifeste sua concordância. Se decorrer o prazo de 30 dias sem qualquer manifestação, o silêncio neste caso é qualificado pela lei como assentimento (CC, art. 303).

Feita a assunção da dívida com o consentimento do credor, o devedor primitivo libera-se da obrigação por completo. Com o negócio de assunção aperfeiçoado mediante a anuência do sujeito ativo, o alienante da obrigação passiva deixa de ser obrigado e o credor só pode, a partir de então, exercer o seu direito contra o adquirente. Ressalva a lei apenas a hipótese de insolvência do adquirente ao tempo da assunção ignorada pelo credor. Neste caso, o devedor primitivo continua respondendo perante o credor pela obrigação transmitida e, uma vez a satisfazendo, poderá habilitar-se no processo judicial de insolvência do adquirente para tentar reaver o que lhe havia pago no ato da assunção (CC, art. 299, *in fine*).

Dita a lei que “o novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo” (CC, art. 302). A obrigação do adquirente tem, assim, uma relativa autonomia em relação à do alienante, na medida em que não se transmitem as exceções pessoais. A transmissão de obrigação passiva opera, portanto, certa mudança na extensão da obrigação, efeito não verificável na cessão de crédito. Por exemplo, se *Germano* é devedor de *Irene* pelo valor de

$ 500 (a vencer) e é dela credor por $ 200 (também a vencer), pode ocorrer a compensação quando as duas obrigações se tornarem exigíveis. Neste caso, ambas se cumprem simultaneamente mediante o pagamento, por *Germano* a *Irene*, da diferença de $ 300. Se antes do vencimento delas, porém, *Germano* transmite sua obrigação passiva a *Hebe*, com anuência de *Irene*, é evidente que o direito à compensação não a acompanha. *Hebe* não pode opor contra *Germano* o direito à compensação de que era titular *Irene* porque se trata de uma exceção pessoal, e, como visto, o adquirente do débito não pode opor defesa desse tipo ao credor.

O adquirente de obrigação passiva não pode arguir contra o credor as exceções pessoais que o alienante titularizava. Na assunção de dívida, opera-se certa mudança na extensão da obrigação, com a relativa autonomia entre os direitos de defesa do antigo e do novo sujeito passivo.

Muitas vezes, para assegurar o seu cumprimento, as obrigações passivas são garantidas pelo próprio devedor (através de hipoteca, caução de títulos, penhor etc.) ou por terceiros (fiança, aval, hipoteca etc.). Evidentemente, também as obrigações garantidas podem ser objeto de transmissão.

Pois bem, em relação às garantias da dívida transmitida, trata a lei de duas situações. Em primeiro lugar, das garantias *especiais* eventualmente concedidas pelo alienante. Para Renan Lotufo, são desta classificação as garantias pessoais do devedor que não foram essenciais à constituição do vínculo obrigacional; aquelas que poderiam ter sido dispensadas pelas partes sem se desinteressarem pela obrigação (2003, 2:175). Com a cessão, extinguem-se as garantias especiais, a menos que o devedor primitivo concorde em mantê-las (CC, art. 300). Claro está, porém, que tudo depende da vontade do credor. A despeito do previsto em lei, se o assuntivo condicionar a concordância com a assunção à manutenção das garantias especiais do alienante, prevalecerá sua vontade ou não haverá transmissão.

A segunda situação referente às garantias da dívida transmitida tratada pela lei diz respeito à anulação da assunção. Preceitua o art. 301 do Código Civil que, se a transmissão da obrigação passiva for anulada (por qualquer razão de invalidade dos negócios jurídicos), “restaura-se o débito anterior, com todas as suas garantias”. Assim, invalidada a assunção de dívida, retorna a obrigação passiva ao patrimônio do devedor primitivo, perante o qual volta a ter seus direitos o

credor. As garantias anteriormente outorgadas, caso tivessem sido desconstituídas pelo ato de assunção, se restabelecem. Há uma exceção a considerar: não se revigoram as garantias concedidas por terceiros que desconheciam o vício da transmissão responsável pela anulação (CC, art. 301, *in fine*). Por exemplo, imagine que *João* era devedor de *Luiz* por obrigação na qual *Mário* e *Nair* eram fiadores. Suponha, agora, que *João* e *Mário*, mediante coação, forçam *Osvaldo* a assumir a obrigação passiva do primeiro. *Luiz* e *Nair* desconhecem o vício na declaração de vontade de *Osvaldo*. *Luiz*, então, concorda com a assunção, ficando *João*, *Mário* e *Nair* desobrigados. Posteriormente, *Osvaldo* obtém em juízo a anulação da assunção de dívida. Em decorrência, restauram-se a obrigação de *João* e todas as garantias, exceto as de terceiros que desconheciam o vício; ou seja, a fiança dada por *Mário* se revigora, mas não a concedida por *Nair*.

Capítulo 16

ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO: PAGAMENTO

1. CONCEITO DE PAGAMENTO

Pagamento é, tecnicamente falando, uma expressão ambígua. Em sentido estrito, refere-se ao cumprimento de obrigação pecuniária. Nele, pagamento é a entrega ao sujeito ativo de *dinheiro*, com o preciso objetivo de ser cumprida (adimplida) a obrigação existente entre ele e o sujeito passivo. Na linguagem cotidiana, normalmente se emprega a palavra apenas nesta acepção. Em sentido largo, pagamento significa o cumprimento de obrigação de qualquer modalidade. Aqui, não se restringe ao adimplemento de obrigação pecuniária, mas ao dar, fazer ou não fazer a que corresponde a prestação. No contexto tecnológico, este é o sentido que convém seja dado à expressão. Neste *Curso*, por isso, pagamento tem sempre o sentido largo, de *adimplemento* de qualquer obrigação.

Pelo pagamento, é cumprida a obrigação que sujeitava o sujeito passivo ao ativo, satisfazendo-se o direito deste. Trata-se de negócio jurídico que põe fim ao vínculo obrigacional (Gomes, 1961:91/93; Gil, 1983:277/280). Ele desfaz a obrigação, desvinculando os sujeitos que estavam unidos por ela. Implica, em termos técnicos, a solução da obrigação (*solutio*). Após o regular e completo pagamento, feito com a observância das normas legais e contratuais aplicáveis, o devedor não deve nenhuma outra prestação ao credor, e este nada mais lhe pode exigir.

Quando a execução da obrigação é voluntária, ela se exaure no pagamento. Se a prestação é entregue espontaneamente ao credor, paga-se a obrigação que o vinculava ao devedor. Por isso, alguns autores preferem tomar a expressão "pagamento" como sinônimo de cumprimento voluntário da obrigação (Pereira, 1962:144; Rodrigues, 2002:124; Gil, 1983:277; Planiol-Ripert, 1952, 7:551). Na execução forçada, porém, pode haver também pagamento como um dos atos do processo judicial. Restringir o significado da expressão à hipótese de cumprimento voluntário da obrigação não é a melhor alternativa, porque desconsidera a satisfação em juízo dos direitos do sujeito ativo que, muitas

vezes, também é chamada de pagamento (CPC, arts. 708 e s.; LF, arts. 149 e s.). Na verdade, como a execução forçada é necessariamente mais complexa que a voluntária, ela nunca se exaure no ato de entrega da prestação ao credor. De qualquer modo, em direito civil, estuda-se apenas o pagamento na execução voluntária; do realizado em execuções judiciais ocupam-se outros ramos do direito (o processual civil e o falimentar). Por essa razão, daqui para diante, sempre que se mencionar pagamento, cuidar-se-á do espontâneo, isto é, do realizado independentemente de qualquer constrangimento judicial do devedor (cf. Diniz, 2003, 2:212).

A expressão "pagamento" tem dois sentidos. De um lado, significa a entrega de dinheiro ao sujeito ativo em cumprimento de obrigação pecuniária (sentido estrito); de outro, o adimplemento de obrigação de qualquer natureza, mediante a entrega ao sujeito ativo da prestação de dar, fazer ou não fazer que lhe é devida (sentido largo).

Por último nestas considerações introdutórias, cabe destacar que o pagamento é um dos modos de extinção da obrigação, mas não o único. Pelo pagamento, feito pelo próprio devedor ou por terceiro, desliga-se o sujeito passivo do vínculo que o sujeitava ao ativo. O ato, consequentemente, acaba com a obrigação, embora possa, em alguns casos, dar nascimento a outra (pagamento por sub-rogação, p. ex.). Por corresponder à execução voluntária e ao ato objetivado pela execução forçada, porém, o pagamento não esgota todas as possibilidades pelas quais a obrigação deixa de existir. Além do cumprimento, extinguem-na diversos outros fatos ou negócios jurídicos — novação, compensação, prescrição etc. —, que serão objeto de exame na sequência (Cap. 17).

2. OS SUJEITOS

O pagamento é o ato pelo qual a prestação objeto da obrigação é entregue ao credor. Quem realiza o pagamento, assim, é o sujeito que entrega a prestação — por vezes, designado na doutrina em latim: *solvens*. Na maioria dos casos, o pagador é o devedor, o sujeito passivo da relação obrigacional. A lei, porém, valida, em determinadas condições, o ato de pagar realizado por terceiros (item 2.1). Por outro lado, o pagamento deve ser feito à parte ativa da relação — o *accipiens*. O credor, mesmo quando realizado o pagamento na pessoa de seu representante, será o beneficiário do ato. É o sujeito a quem a prestação objeto

da obrigação deve ser entregue (item 2.2).

2.1. O sujeito que paga

No pagamento direto, que corresponde ao cumprimento (voluntário ou judicial) da obrigação tal como esperado pelas partes quando da constituição, o ato é feito pelo próprio devedor, sujeito passivo da relação obrigacional. Como é ele que se encontra sujeito ao credor em razão da obrigação, o pagamento e a consequente extinção do vínculo de sujeição costuma ser do seu interesse.

Embora raramente, o pagamento pode ser feito também por terceiros estranhos à obrigação. Não é fácil, de pronto, visualizar exemplos destes casos, porque as pessoas guiam seus atos, em geral, pelo atendimento dos próprios interesses. Poucas vezes terceiro vê qualquer tipo de vantagem em cumprir obrigação que não é dele, isto é, em adimplir no lugar de outrem, o devedor, determinada obrigação. Quando isso se verifica, porém, incidem as normas sobre a matéria (CC, arts. 304 a 306).

No pagamento de obrigação por terceiro (isto é, por sujeito diverso do devedor), a lei distingue os efeitos do ato segundo seja o *solvens* interessado ou não na extinção do vínculo. Exemplo típico de terceiro com interesse no fim da sujeição obrigacional é o fiador. Temendo que o afiançado não honre, no vencimento, a obrigação garantida, o fiador tem interesse em pagá-la tempestivamente para evitar os acréscimos da mora. Também pode ser considerado terceiro interessado o potencial sucessor (um descendente, p. ex.) que não quer ver afetado em execução judicial determinado bem do patrimônio do devedor que ele espera receber por herança. O terceiro é interessado, portanto, quando o descumprimento da obrigação pode afetar seu patrimônio, efetiva ou potencialmente. No caso do fiador, se o afiançado não pagar o credor, ele terá seu patrimônio efetivamente atingido numa execução judicial aforada contra ele; no caso do descendente, a afetação é sempre potencial, porque o desejo de um dia receber, por herança, determinado bem pode ser frustrado por fatos jurídicos fora de seu controle ou mesmo por atos do sucessor praticados ainda em vida (testamento, alienação, reconhecimento de filhos etc.).

Terceiro *sem* interesse no adimplemento da obrigação é, a seu turno, o estranho à relação obrigacional que não corre o risco de ser, efetiva ou potencialmente, afetado em seu patrimônio caso o devedor a descumpra. Claro que pelo menos uma vantagem extrapatrimonial esse estranho deve vislumbrar no ato, para interferir na relação obrigacional com o propósito de solvê-la. O terceiro não interessado, assim, costuma motivar-se por sentimentos de afeição,

filantropia ou dever moral. Pense no amigo ou parente que, sabendo das dificuldades por que passa o devedor, apresenta-se ao credor com o objetivo de cumprir a obrigação daquele.

Pois bem, vejam-se as diferenças no tratamento jurídico das duas situações (pagamento por terceiro *com* ou *sem* interesse patrimonial na solução da obrigação).

O terceiro interessado tem o direito de pagar a obrigação, independentemente da vontade do devedor ou do credor. Aliás, em se negando o sujeito ativo a receber o pagamento do terceiro interessado, assegura a lei possa este último valer-se das ações judiciais próprias, como a consignação em pagamento (CC, art. 304, *caput*; CPC, arts. 890 e s.).

Como tem interesse patrimonial na extinção da obrigação e direito de pagar, o terceiro, neste caso, cumpre a obrigação em nome próprio e não no do sujeito passivo. E, em consequência, sub-roga-se nos direitos do credor (CC, art. 346, III). Quer dizer, passa a titularizar todos os direitos, ações, privilégios e garantias que tinha o credor primitivo contra o devedor (art. 349).

O terceiro com interesse patrimonial na solução da obrigação tem o direito de proceder ao pagamento, independentemente da vontade do devedor ou do credor. Neste caso, opera-se a sub-rogação, transferindo-se ao terceiro pagador todos os direitos, ações, preferências e garantias titularizados pelo credor primitivo.

O terceiro sem interesse patrimonial na solução da obrigação pode fazer o pagamento *em nome e por conta do sujeito passivo* da relação obrigacional ou *em nome próprio*. Dependem exclusivamente da vontade do terceiro pagador os efeitos que pretende emprestar ao pagamento.

Quando o terceiro não interessado (patrimonialmente falando) na solução da obrigação declara fazer o pagamento em nome e por conta do devedor, ele pode ser impedido de praticar o ato por oposição do devedor. Perante o credor, destaque-se, o terceiro sem interesse que paga em nome e por conta do devedor tem as mesmas ações judiciais asseguradas ao terceiro interessado, que conduzem à exoneração do sujeito passivo (a consignação em pagamento, basicamente). Mas, para pagar validamente, é necessário que o devedor tenha ciência da intenção do terceiro e a ela não se oponha (CC, art. 304, parágrafo único). Havendo oposição do devedor comunicada ao credor, este não deve receber do terceiro não interessado o pagamento da obrigação em nome e por

conta do devedor; estará praticando, neste caso, ato contrário à lei e poderá vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos, inclusive morais, que o devedor sofrer com o ato. Além disso, se o terceiro pagador declara pagar em nome e por conta do devedor, não poderá cobrar nada deste em regresso. Estará, aqui, assumindo integralmente a dívida e renunciando ao direito de ser ressarcido pelo desembolso que realizou.

O terceiro sem interesse patrimonial na solução da obrigação não pode pagá-la "em nome e por conta do devedor" se este se opuser. Mesmo com o conhecimento e anuência do sujeito passivo, o terceiro pagador não interessado que paga "em nome e por conta do devedor" não tem direito ao reembolso do que despendeu com o pagamento.

O terceiro não interessado que declara estar fazendo o pagamento em nome próprio não tem assegurado, na lei, contra o credor, o mesmo direito do terceiro interessado e do não interessado que paga em nome e por conta do devedor. Ele precisa, por isso, contar com a anuência tanto do credor como do devedor para proceder ao pagamento. O terceiro pagador não interessado que, nestas condições, solver a obrigação em nome próprio terá, em princípio, direito de ser reembolsado pelo devedor (CC, art. 305). Estabelece, contudo, o art. 306 do Código Civil que "o pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios de ilidir a ação". Este preceito não se aplica ao terceiro com interesse na solução da obrigação, porque ele tem o direito de proceder ao pagamento independentemente da vontade do devedor; e também não se aplica ao terceiro sem interesse na solução da obrigação que faz o pagamento em nome e por conta do devedor, porque ele não tem direito ao reembolso. Aplica-se o art. 306 apenas ao terceiro não interessado que declara pagar em nome próprio. Se ele o fizer sem conhecimento do devedor, ou a despeito da oposição deste, ele perde o direito ao reembolso, a menos que prove que o devedor não tinha meios para ilidir a ação.

O terceiro não interessado patrimonialmente na solução da obrigação só pode pagá-la "em nome próprio" com a anuência do devedor e do credor. Ele tem, em princípio, direito ao reembolso do que despender com o pagamento. Perde este direito se procedeu sem conhecimento do devedor ou a despeito da oposição deste, a menos que o sujeito passivo não pudesse ilidir a ação.

Em nenhuma hipótese o terceiro não interessado se sub-roga nos direitos do credor. Tenha praticado o ato em nome e por conta do devedor ou em nome próprio, o terceiro sem interesse na solução da obrigação não realiza pagamento por sub-rogação. Não se transferem ao patrimônio do *solvens*, neste caso, todos os direitos, ações, garantias e privilégios titularizados pelo anterior sujeito ativo. Em outros termos, o direito ao reembolso de que é titular o terceiro não interessado que paga em nome próprio não se confunde com a sub-rogação.

Não cabe o pagamento da obrigação por terceiro quando ela tiver por objeto uma prestação personalíssima (*intuitu personae*). Neste caso, o sujeito passivo é insubstituível e a obrigação só por ele pode ser cumprida. Quem contrata o parecer de renomado jurista não terá seu direito satisfeito senão mediante o *fazer* da pessoa contratada, de ninguém mais. Terceiro, ainda que também jurista afamado, não pode proceder ao pagamento da obrigação entregando ao credor trabalho de sua autoria. Quando a prestação é personalíssima, por conseguinte, não incidem as regras acima examinadas.

2.2. O sujeito a quem se paga

No Brasil da atualidade, quando se trata de obrigação pecuniária, a maioria dos pagamentos fazem-se através do sistema bancário. Cumpre-se a obrigação, neste caso, normalmente por meio de Transferência Eletrônica de Disponibilidade (TED), Documento de Crédito (DOC), cheque administrativo, boleto bancário ou depósito de dinheiro ou cheque na conta bancária do credor. É raro, nas obrigações pecuniárias de valor não desprezível, ser o credor procurado pessoalmente pelo devedor para passar-lhe às mãos papel-moeda na quantidade correspondente ao valor da prestação. Quando a obrigação pecuniária é adimplida através de bancos, não costuma haver dúvidas acerca da adequada destinação do pagamento: confirmado que a liquidação de qualquer daqueles instrumentos bancários resultou em crédito em favor do credor, está cumprida a obrigação. Mas, se a obrigação pecuniária é cumprida mediante entrega direta do numerário ao credor (isto se verifica, normalmente, nas prestações de menor valor) ou se se trata de obrigação não pecuniária, podem surgir dúvidas acerca da correta destinação do pagamento. Isto é, a pessoa a quem se fez a entrega da prestação objeto de obrigação era mesmo a credora, a parte ativa da relação obrigacional? Quem paga deve acautelar-se adotando as providências necessárias para se certificar de que está realmente cumprindo a obrigação perante o sujeito certo. Se o devedor paga a quem não é o verdadeiro credor, *em*

princípio não realiza pagamento nenhum. Se for acionado judicialmente pelo titular do crédito, não poderá alegar tê-lo já satisfeito porque isso, de fato, não aconteceu. O terceiro não credor a quem o pagamento foi feito, por evidente, deve devolver o que recebeu indevidamente ao *solvens* (Cap. 20, item 4), mas o credor não pode ser prejudicado pelo erro em que incorreu o devedor.

Não tem eficácia liberatória, portanto, o pagamento feito a quem não é o credor. Só se libera o sujeito passivo da obrigação quando a prestação é entregue ao sujeito ativo. Isto em princípio; há duas hipóteses em que o pagamento feito a quem não é o credor é eficaz, de acordo com a lei: quando o terceiro recebedor é representante de direito do sujeito ativo ou um credor aparente (ou *putativo*).

O pagamento deve ser efetuado ao credor, à parte ativa da relação obrigacional. Se o ato é feito a quem não é credor, não tem eficácia liberatória, permanecendo o devedor sujeito à obrigação. Em duas hipóteses esta regra é excepcionada: o pagamento ao representante de direito do credor ou o feito ao credor aparente. Nestes casos, embora a prestação não seja entregue diretamente à pessoa do credor, o pagamento tem eficácia liberatória.

Na primeira, o representante age em nome do credor. O pagamento efetuado para ele é, na verdade, feito ao próprio representado. Quando o devedor paga ao representante do sujeito ativo, está liberando-se validamente da obrigação.

Lembre que a representação pode ser legal ou convencional, conforme provenham os poderes do representante de disposição da lei ou da vontade do representado. Os pais representam o filho absolutamente incapaz porque a lei assim preceitua (CC, art. 1.634, V). Se o devedor entrega a prestação devida a pessoa menor de 16 anos aos pais dela, o pagamento é válido e eficaz porque feito na pessoa de representante legal do credor. Em alguns casos, a representação legal é chamada de “judicial”, porque a pessoa investida nos poderes de representação legal é escolhida pelo juiz. O inventariante, neste contexto, é o representante judicial do espólio (Podestá, 1997:136).

Na representação convencional, os poderes do representante são outorgados por declaração de vontade do representado. Vários são os meios de expressão da vontade de outorgar poderes de representação. Tanto é representante do credor o mandatário investido nesta condição por procuração outorgada em cartório como o mero portador do documento de quitação (normalmente, o recibo). A lei não exige formalidades específicas para validade da investidura do representante convencional, bastando que a declaração de vontade do credor representado seja

comunicada ao devedor por meios confiáveis. Imagine que *Antonio*, ao adquirir peça de antiguidade de *Benedito*, informa que ela pode ser entregue a *Carlos*. Neste caso, o credor procedeu informalmente à indicação de um "representante" para receber, por ele, o pagamento (isto é, a entrega da antiguidade). A propósito, a lei considera que o portador da quitação está, em princípio, autorizado pelo credor a receber o pagamento. Se o sujeito ativo lança sua assinatura num documento de quitação e o passa às mãos de pessoa de sua confiança, presume-se que a está encarregando de receber o pagamento em nome dele. É outra maneira de o *accipiens* informalmente indicar terceiro para o recebimento da prestação. Ressalva, contudo, que não prevalece a presunção se as circunstâncias a contrariarem (CC, art. 311). O devedor não deve pagar o portador do recibo de quitação se for ele, por exemplo, um mendigo. Convém, neste caso, confirmar antes a legitimidade da posse do documento com o credor, porque o mais provável é que o mendigo tenha encontrado documento que se extraviou e não esteja realmente autorizado por ele a receber o pagamento (o exemplo é de Maria Helena Diniz; 2003, 2: 221).

A segunda hipótese legal de eficácia do pagamento feito a quem não é o sujeito ativo da relação obrigacional encontra-se na figura do credor aparente (Gomes, 1967:114/126). Para que o pagamento tenha plena eficácia liberatória, neste caso, devem convergir duas condições: a aparência de ser o *accipiens* o titular do direito ao crédito e a boa-fé do *solvens*. Diz a lei que "o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor" (CC, art. 309).

O credor é putativo quando *parece ser*, mesmo ao mais cauteloso dos devedores, o titular do direito à prestação. Imagine que o funcionário da loja de informática encarregado de entregar o *notebook* ao consumidor depare-se, chegando ao endereço mencionado na nota fiscal, com um homem ao volante de carro saindo da garagem e pergunte-lhe se mora ou trabalha naquela casa. Diante da resposta afirmativa, o funcionário entrega-lhe o microcomputador portátil e colhe sua a assinatura no recibo do canhoto da nota fiscal. Estas circunstâncias indicam que aquele homem poderia ser o credor, ou alguém legitimado a receber a prestação em seu nome. Se estava, na verdade, roubando o automóvel, isto não podia ser percebido pelo funcionário da loja de informática. Neste exemplo, está cumprida a primeira condição para eficácia desta hipótese de pagamento feito a quem não é o credor: a aparência de ser o *accipiens* o titular do direito. A segunda condição é a boa-fé de quem faz o pagamento. Para a eficácia do pagamento ao credor putativo, é indispensável que o devedor desconheça o fato

de estar entregando a prestação a quem não titulariza o direito de recebê-la. Assim sendo, se o devedor é notificado no sentido de não pagar a determinada pessoa, mesmo que ela aparente ser a credora, e, mesmo assim, o faz, está agindo sem boa-fé; a entrega da prestação, aqui, seria ineficaz como ato de liberação do vínculo obrigacional.

Ao lado das normas de pagamento *eficaz*, malgrado a entrega da prestação a quem não é credor (as hipóteses do representante e do credor putativo), encontram-se no Código Civil as do pagamento *ineficaz*, apesar de feito à pessoa do credor. Em duas situações, note-se, o sujeito passivo cumpre a obrigação perante o ativo, mas dela não se libera: *a*) se a quitação é outorgada por credor incapaz que não se beneficiou do pagamento (CC, art. 310); *b*) se o crédito havia sido penhorado em garantia de direitos de terceiros ou por estes questionado (CC, art. 312).

Na primeira situação, o objetivo da ineficácia é a proteção do incapaz. Se o devedor sabe que o credor não tem capacidade para dar a quitação sem ser representado ou assistido na forma da lei, deve abster-se de entregar-lhe diretamente a prestação; deve, para liberar-se eficazmente da obrigação, solicitar a assinatura do representante ou do assistente legal no recibo. Caso não adote esta cautela e entregue a prestação ao incapaz, só estará liberado do vínculo obrigacional se provar que ela reverteu efetivamente em benefício deste último. É do devedor o ônus da prova. Se preferiu pagar ao incapaz e eventualmente não se acautelou no sentido de reunir e conservar os elementos que demonstrem a efetiva reversão da prestação em favor deste, o devedor está obrigado a pagar novamente a obrigação. A razão de ser do preceito é fácil de entender. O incapaz é merecedor de especial atenção do direito porque não tem o discernimento suficiente para preservar seus interesses nos negócios jurídicos de que participa. Ao assinar a quitação, pode, sem perceber com nitidez, declarar que recebeu *mais* do que o realmente entregue. A lei o protege, imputando ao devedor o ônus da prova de que o incapaz foi efetivamente beneficiado pela prestação descrita no recibo, sob pena de ter que entregá-la uma vez mais.

Em duas situações o pagamento é ineficaz perante terceiros, mesmo tendo sido feito ao sujeito ativo da relação obrigacional: se a quitação é dada pelo credor incapaz e a prestação não reverteu efetivamente para ele ou se o crédito é objeto de penhora ou impugnação conhecidas do devedor.

Na segunda situação, a ineficácia do pagamento é estabelecida em lei para proteção de interesses de terceiros. São duas as hipóteses nela abrangidas. De um lado, a do *credor do credor* que obteve, em juízo, a penhora do crédito (isto é, da prestação a ser entregue pelo devedor) como garantia de seu direito. Se da penhora tiver sido intimado o devedor, o pagamento feito ao seu credor será ineficaz perante o terceiro exequente. Um exemplo ajudará a aclarar a regra. Se *Darcy* é credor de *Evaristo* por $ 100 e deve a *Fabrício* $ 80, este último pode obter, em garantia da execução judicial, a penhora sobre o crédito que aquele titulariza. Sendo *Evaristo* intimado da constrição judicial, fica impedido de pagar o valor devido diretamente a *Darcy* (deve, para liberar-se da obrigação, depositar o dinheiro em juízo). Se, a despeito da intimação, proceder ao pagamento, ele será ineficaz perante *Fabrício*, que pode exigi-lo novamente de *Evaristo*. De outro lado, abrange a segunda situação de ineficácia de pagamento feito ao credor também a impugnação do crédito, por terceiros, se conhecida do devedor. Imagine que o terceiro reivindica do devedor a coisa objeto da prestação contratada com o credor; é decorrência jurídica da reivindicação que o devedor não a poderia ter alienado a ninguém, de modo que o terceiro impugna também o direito do credor (o crédito). Após sua cientificação, o devedor que realizar o pagamento corre o risco de ter de efetuá-lo novamente ao terceiro, caso procedente a reivindicação deste.

3. OBJETO DO PAGAMENTO

O objeto do pagamento é a prestação. Entrega-se ao sujeito ativo a coisa, o fazer ou o não fazer devido. Nas obrigações correspondentes a negócios jurídicos bilaterais, como na compra e venda, por exemplo, tanto o comprador como o vendedor devem realizar pagamentos. O vendedor deve a obrigação de dar a coisa vendida enquanto o comprador é o sujeito passivo da de pagar o preço. Quando o vendedor entrega o bem objeto de contrato ao comprador, está fazendo o pagamento de sua prestação. Do mesmo modo, quando o comprador entrega o dinheiro do preço contratado ao vendedor, também está fazendo o pagamento da prestação a que se encontra obrigado.

Possível sistematização da matéria classifica o pagamento, segundo o objeto, em três categorias: em dinheiro, bens e conduta. As obrigações de dar são pagas pelas duas primeiras, enquanto a terceira se refere ao pagamento das de fazer ou não fazer.

a) *Pagamento em dinheiro*. Nas obrigações pecuniárias, o objeto do pagamento é o dinheiro. No Brasil, desde os anos 1930, o pagamento deve ser

realizado, em princípio, com moeda corrente nacional, ou seja, a partir de 1994, com o *Real* (CC, art. 315). São, em regra, nulos de pleno direito os negócios jurídicos executáveis no Brasil com pagamento em ouro ou moeda estrangeira (CC, art. 318; Dec.-lei n. 857/69, art. 1º). Tal vedação absoluta objetiva fortalecer a moeda nacional como instrumento de política econômica. Se moedas estrangeiras tivessem curso legal no Brasil e os agentes econômicos pudessem cumprir suas obrigações com elas, as interferências do governo para ampliar ou reduzir a liquidez do mercado, visando, por exemplo, administrar as metas de inflação, poderiam resultar ineficazes. Excepcionalmente, porém, admite o direito brasileiro que se paguem obrigações pecuniárias com moeda estrangeira. Seu emprego é permitido em pagamentos relativos a importação ou exportação, financiamento ou garantias à exportação, compra e venda de câmbio e nas obrigações em que um dos sujeitos seja residente no exterior (exceto locação de imóveis situados no Brasil) (Dec.-lei n. 857/69, art. 2º). Afora esses casos, as dívidas de dinheiro pagam-se unicamente com *Reais*.

O pagamento em dinheiro deve ser feito em Reais. Apenas em casos excepcionais a lei autoriza o pagamento em moeda estrangeira: importação ou exportação, financiamento ou garantias à exportação, compra e venda de câmbio e se um dos sujeitos é residente no exterior (exceto na locação de imóveis situados no Brasil).

Observa-se, no pagamento em dinheiro, o valor nominal da moeda, isto é, a entrega ao sujeito ativo de cada unidade de papel-moeda de *R$ 100,00* (valor nominal ou de face) corresponderá ao pagamento de *R$ 100,00* do valor total da obrigação pecuniária, nem mais, nem menos. Este é o princípio do nominalismo, que visa também fortalecer a moeda nacional. Se o credor pudesse exigir do devedor, no pagamento de obrigação de *R$ 50.000,00*, a entrega de 600 notas de *R$ 100,00*, o dinheiro brasileiro não valeria o que estampa valer. Cada real, assim, liquida um real do total da obrigação pecuniária, necessariamente.

Durante muito tempo, tomou-se como incompatível com o princípio do nominalismo a escala móvel. Até dois terços do século passado, discutia-se a validade de cláusulas contratuais de correção monetária em face de preceitos legais que prestigiavam esse princípio. Na verdade, tratava-se de uma confusão. O nominalismo não é incompatível com a escala móvel.

A expressão monetária da obrigação aumenta para que o poder de compra do dinheiro correspondente ao seu valor no momento da execução coincida com o

poder de compra existente quando da constituição. Explico. O dinheiro tem o seu poder de compra variável segundo a inflação ou deflação. Ao longo do tempo, a tendência é a redução, em graus variados, do poder de compra de todas as moedas, inclusive as mais fortes. A maioria das coisas que se podiam comprar, em 1994, com *R$ 100,00* no Brasil ou com *U$ 100.00* nos Estados Unidos não é mais, hoje em dia, vendida por tal preço nesses países. Para atenuar a redução do poder de compra do Real, nas obrigações em dinheiro a médio ou longo prazo, é largamente utilizada na economia brasileira a correção monetária. Prevê-se contratualmente que o pagamento será no valor de *x Reais* corrigidos segundo algum índice referenciado à perda do poder aquisitivo da moeda nacional (IGP-M, IPCA etc.). Deste modo, entende-se que é preservado o poder de compra da moeda do pagamento. O valor atualizado da expressão monetária da prestação, em princípio, possibilitaria a compra, na execução da obrigação, das mesmas coisas que se poderiam comprar com igual soma de dinheiro quando da constituição dela.

O nominalismo não se prejudica pela cláusula de escala móvel porque, prevista esta, continua a se "trocar", no pagamento, igual quantidade de papel-moeda e de valor da obrigação. Se a expressão monetária desta última aumenta, é evidente que será necessária maior quantidade de moeda. Porém, estará sendo ainda observado estritamente o valor nominal dela, enquanto cada real em dinheiro solver um real do valor total da obrigação. De qualquer modo, em razão dos questionamentos passados, o direito positivo contempla normas que tornam inquestionável a compatibilização entre o nominalismo e a escala móvel. No Código Civil, por exemplo, prevê-se que "é lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas" (art. 316). Mais à frente, trato de outros temas relacionados à correção monetária (Cap. 18, subitem 4.1.2.3).

b) *Pagamento em bem*. Quando a obrigação de dar não é pecuniária, ao sujeito ativo é entregue um bem. O objeto do pagamento, neste caso, são as coisas suscetíveis de avaliação em dinheiro, as valiosas para homens e mulheres. Nesta extensa categoria jurídica, encontram-se não somente os bens corpóreos, móveis ou imóveis, como os incorpóreos (isto é, os direitos); os divisíveis e indivisíveis; os fungíveis e infungíveis. Assim, na locação de um apartamento, o locador cumpre a obrigação contraída dando a posse do imóvel ao locatário; no empréstimo de livro, a prestação do leitor é adimplida pela devolução da coisa certa à biblioteca; na cessão de créditos, o cedente paga sua obrigação entregando ao cessionário um bem incorpóreo; o fazendeiro que aliena determinado número de cabeças de gado de certa raça deve pagar a prestação em

animais na quantidade e do gênero contratado; e assim por diante. Nesses exemplos, o pagamento sempre tem por objeto um bem.

A entrega do bem ao sujeito ativo pode ser feita a título de transferência da propriedade ou somente da posse. A obrigação do vendedor paga-se mediante a transmissão da propriedade do bem objeto de pagamento; já a do locador ou comodante, pela da posse, conservando o *solvens* a propriedade. Se o pagamento importar transferência da propriedade do objeto, sua eficácia está condicionada a titularizar o sujeito passivo o direito de aliená-lo (CC, art. 307, *caput*). Em regra, ninguém pode transferir mais direitos do que possui (há exceções, principalmente no âmbito do direito comercial); desse modo, somente o dono da coisa pode entregá-la a outrem, a título de pagamento de obrigação de dar não pecuniária que importa transmissão de propriedade. A entrega de bem ao sujeito ativo por quem não é seu dono não é eficaz como pagamento; é ato jurídico inexistente, insuscetível de solver a obrigação.

Outro modo de estudar esta regra consiste na contextualização na extensão do direito de propriedade do sujeito passivo. Note que o ativo tem o direito, pelo vínculo obrigacional, de receber o bem que lhe foi entregue por ato do não proprietário. Ora, quando a lei considera ineficaz tal ato, segue-se que o credor deve restituir ao proprietário o bem que não só havia recebido como também *deveria* ter-lhe sido entregue. Como explicar esta previsão legal: o sujeito ativo para quem o bem deveria ter sido entregue em pagamento da obrigação fica, pela ineficácia deste, obrigado a restituir ao passivo o mesmo bem? Se a obrigação é de dar coisa incerta, explica-se a ineficácia pelo reconhecimento ao devedor do direito de escolher ele próprio quais exatamente os bens a entregar ao credor em pagamento (salvo previsão contratual em contrário). Se o não proprietário escolheu, para dar ao sujeito ativo em cumprimento da venda de gado, bois e vacas que não seriam os escolhidos pelo proprietário, o pagamento é ineficaz para que prevaleça a vontade deste e não daquele. Não sendo, porém, do devedor a escolha e nas obrigações de dar coisa certa, a única explicação cabível aponta como valor jurídico prestigiado pelo art. 307, *caput*, do Código Civil: o direito de o sujeito passivo decidir, no momento da execução da obrigação, se irá cumpri-la ou não. Trata-se de preceito, deste modo, que reflete uma anacrônica proteção absoluta da propriedade, de certo modo incompatível com os valores atualmente perseguidos pelo direito civil.

O pagamento a ser feito em bens só é eficaz se quem está pagando tem direito de aliená-los. É uma regra de tutela do

direito de propriedade que desconsidera o fato de o sujeito ativo receber, muitas vezes, exatamente a prestação que lhe era devida.

O pagamento mediante transferência da propriedade de um bem feito por quem não tinha o direito de aliená-lo é eficaz apenas numa hipótese excepcional: se o objeto era bem fungível e o credor de boa-fé já o tiver consumido ao tempo em que o sujeito passivo reclamar a restituição (CC, art. 307, parágrafo único). Neste caso, na proteção da boa-fé do *accipiens*, estabelece a lei a eficácia do pagamento, devendo o sujeito passivo proprietário do bem consumido conformar-se com o ato praticado pelo terceiro não proprietário.

Quando o bem correspondente à prestação deve ser mensurado ou pesado, o pagamento depende do critério de medida ou pesagem a ser adotado. Se o título não é claro quanto a isso, considera-se que as partes aceitaram os critérios correntes no lugar da execução (CC, art. 326). Imagine-se que o contrato de venda de imóvel rural medindo 10 alqueires não define o critério para a medição. O tamanho do alqueire, sabe-se, varia de região para região no Brasil. Em São Paulo, corresponde a 24.200 m2, em Minas Gerais, a 48.400 m2 e no Nordeste, a 27.225 m2 (Diniz, 1998, 1:175). Se não há critério para mensuração definido pelas partes, prevalecerá o adotado no lugar do pagamento da obrigação do vendedor, isto é, o da região em que está localizado o imóvel.

c) *Pagamento em conduta*. Nas obrigações de fazer ou não fazer, o pagamento tem por objeto uma conduta do sujeito passivo. Esta pode traduzir-se numa prestação de serviços (a obrigação do advogado de defender em juízo os interesses do cliente) ou em declaração de vontade (a do acionista que se compromete a votar em determinada pessoa para diretor-presidente da sociedade anônima). As obrigações personalíssimas têm por objeto conduta que apenas o respectivo sujeito passivo pode adotar. Sua execução forçada, por esta razão, é sempre subsidiária por indenização. O devedor que se recusa a pagar em conduta a obrigação só pode ser judicialmente compelido a indenizar o credor. As demais obrigações de fazer ou não fazer podem ser executadas de forma subsidiária por prestação equivalente ou mesmo específica, porque a conduta objeto de pagamento é adotável por outras pessoas além do sujeito passivo, ou mesmo, no caso de consistir ela na emissão de vontade, pelo juiz.

4. ALTERAÇÃO DO OBJETO DO PAGAMENTO

Em princípio, o objeto do pagamento é inalterável, quer dizer, inalterável por

vontade unilateral de uma das partes (*solvens* ou *accipiens*). Em virtude do princípio da inalterabilidade do objeto do pagamento, nenhuma das partes pode sozinha ampliá-lo, reduzi-lo ou substituí-lo. Constituída a obrigação, negocial ou não negocialmente, o sujeito passivo é devedor e o ativo credor exatamente da prestação contratada ou prevista em lei, nem mais, nem menos. O princípio da inalterabilidade do objeto está assentado no art. 313 do CC: "o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa". Desta fórmula conclui-se que a anuência do sujeito ativo é condição necessária para a alteração do objeto da prestação, se o sujeito passivo a pretende. Nem mesmo se a prestação oferecida pelo devedor for mais valiosa que a devida, está obrigado o credor a recebê-la contra a vontade. Veja que a anuência do credor é condição necessária, mas não suficiente, já que também ele não pode, por ato unilateral de vontade, alterar o objeto da prestação.

A inalterabilidade do objeto implica a impossibilidade de pagamento parcial contra a vontade de qualquer das partes (exceto se previsto no título da obrigação). Se o credor tem direito ao recebimento de toda a prestação, ele não é obrigado a aceitar parte dela. Do mesmo modo, se o devedor está obrigado a prestar por inteiro, não pode ser compelido a fazê-lo por partes contra sua vontade. Assim é, mesmo quando divisível o objeto da obrigação (CC, art. 314). O devedor que está obrigado a entregar certa quantia em dinheiro ao credor não pode forçar este último a contentar-se com parte dela. O sujeito ativo pode simplesmente recusar-se a receber o montante parcial oferecido pelo passivo e, em seguida, acioná-lo judicialmente por descumprimento da obrigação. A menos que o *accipiens* aceite a alteração do objeto, a pretendida satisfação de parte do seu direito tem significado jurídico equivalente ao do inadimplemento. De modo similar, embora menos comum, se o credor quer receber, no vencimento, apenas parte da prestação, o devedor que deseja entregá-la inteira não pode ser impedido de cumprir a obrigação. Quer dizer, a menos que o *solvens* aquiesça com a alteração do objeto da prestação, o desejo do credor de receber apenas parte do devido não tem amparo jurídico.

A prestação não pode ser ampliada, reduzida ou substituída por uma das partes isoladamente (princípio da inalterabilidade do objeto da obrigação). Somente em duas situações opera-se a alteração do objeto: revisão judicial ou acordo entre os sujeitos da obrigação.

O objeto da prestação pode ser alterado só em duas hipóteses.

Primeira, por revisão judicial. Sempre que, entre a constituição e a execução, o valor da prestação tornar-se manifestamente desproporcional, por motivos imprevisíveis, o interessado pode requerer ao juiz que a corrija com o objetivo de assegurar seu "valor real" (CC, art. 317). Nas obrigações negociais, considera-se que devedor e credor concordaram com as respectivas prestações por tomá-las, segundo a perspectiva de cada um, como equivalentes. Há, por assim dizer, equilíbrio entre as prestações do sujeito ativo e do passivo. Ocorre que fatores imprevisíveis podem romper o equilíbrio vislumbrado no momento da constituição da obrigação. Segundo a teoria da imprevisão, se o valor da prestação se altera significativamente em decorrência de fatores que a parte não podia antever, é justo que ela obtenha em juízo a revisão desse valor de modo a neutralizar o desequilíbrio superveniente. A teoria da imprevisão será examinada mais à frente (v. 3).

Segunda, por mútuo acordo entre as partes. De fato, em concordando o *accipiens* com a mudança da prestação pretendida pelo *solvens*, ou vice-versa, nada obsta que ela aconteça. Sempre que credor e devedor se puserem de acordo no tocante à forma de se dar cumprimento à obrigação, prevalecerá o contratado entre eles. Assim é, aliás, mesmo se a obrigação tem origem não negocial. Se *Antonio* foi o culpado por acidente de trânsito, em virtude do que deve a *Benedito* indenização por ato ilícito, em concordando este último, por exemplo, com o parcelamento ou redução do valor da dívida, altera-se o objeto do pagamento. O princípio da inalterabilidade do objeto da obrigação afasta a possibilidade de o sujeito passivo pretender, por sua exclusiva vontade, livrar-se da sujeição pagando prestação diversa da devida, e a de o sujeito ativo exigir, unilateralmente, prestação diversa da que tem direito.

A alteração do objeto do pagamento por mútuo acordo entre as partes é chamada de *dação em pagamento*, que será examinada em seguida (item 8.3).

5. PROVA DO PAGAMENTO

A prova do cumprimento da obrigação cabe ao devedor. Se for demandado em juízo para entregar a prestação a que se obrigara e alegar que já a adimpliu, caberá a ele demonstrar a veracidade deste fato. Por isso, o devedor que cumpre a obrigação tem *direito* à quitação. Esta é um negócio jurídico praticado pelo credor consistente na declaração de ter ele recebido a prestação correspondente à obrigação. Como a quitação é direito do devedor, pode este legitimamente reter o

pagamento enquanto o credor não lha dá (CC, art. 319).

Normalmente, a quitação adota a forma escrita e o seu instrumento chama-se "recibo". Há, contudo, quitação dada por escrito que se instrumentaliza de modo diverso. Nas associações, cooperativas, sociedades anônimas e, eventualmente, nas limitadas, a assembleia dos sócios que aprova as contas dos administradores confere a eles quitação pelos atos praticados durante o exercício (período anual) a que se refere. Desse modo, se o diretor de uma associação, após sua saída do cargo, for processado por esta para ressarcir-lhe algum prejuízo, a exibição da ata da assembleia geral aprovando as suas contas no exercício em que o dano teria ocorrido tem os mesmos efeitos de um recibo. Assim, após a aprovação das contas em assembleia, os administradores daquelas pessoas jurídicas só podem ser demandados se houver fundamento para, antes, ser promovida a anulação do ato assemblear por vício de consentimento (erro, dolo, coação etc.). Quer dizer, se, por exemplo, o credor de uma obrigação qualquer outorga recibo ao devedor por ter sido induzido em erro, a quitação outorgada terá sido negócio jurídico inválido, passível de anulação (CC, art. 138). Se o credor quiser cobrar a obrigação, terá de obter, antes, a declaração de anulação do recibo. A pessoa jurídica que, em assembleia dos sócios, aprovou as contas dos administradores não tem o direito de demandar contra estes a indenização por eventuais danos derivados de má administração, a menos que o tenha feito por erro ou outro vício de consentimento. Se este o caso, deverá inicialmente postular a anulação judicial da assembleia que aprovou as contas, para fins de desconstituição dos efeitos da quitação outorgada.

A quitação também pode decorrer, embora raramente, de atos praticados pelo credor, como a entrega ou inutilização de título. Neste caso, não há instrumento escrito albergando a declaração do credor no sentido de ter sido cumprida a obrigação pelo devedor.

O recibo de quitação pode ser dado sempre por escrito particular, mesmo que a obrigação a que se refere só se possa constituir mediante escritura pública. A hipoteca, por exemplo, só é constituída com a forma pública, mas o devedor que paga a dívida garantida por ela está validamente liberado de sua obrigação mesmo que a quitação tenha sido outorgada num documento particular (atendidos, claro, os demais pressupostos, como a averbação no registro de imóveis). Quanto ao conteúdo, o recibo deve designar o objeto do pagamento ("o valor e espécie da dívida quitada"), o nome do *solvens* ("devedor, ou de quem por este pagou"), tempo e lugar do cumprimento da obrigação. Além disso, deve conter a assinatura do credor ("ou de seu representante") (CC, art. 320). Esses

requisitos, atente-se, não são essenciais para a validade e eficácia do documento. Desse modo, mesmo o instrumento de recibo que não os contém inteiramente produzirá os efeitos da quitação *se* dos seus termos ou circunstâncias puder resultar que a dívida foi paga (CC, art. 320, parágrafo único). Em suma, qualquer documento que abrigue a declaração do credor no sentido de ter sido satisfeito o seu crédito serve de quitação. O devedor que se encontra na posse dele presumivelmente cumpriu a obrigação. Quer dizer, passa a ser ônus do credor demonstrar, pelos meios de prova admissíveis no direito brasileiro, que, a despeito da exibição do recibo, o pagamento não ocorreu.

O pagamento, portanto, prova-se pela demonstração de que o credor declarou ter recebido a prestação correspondente à obrigação, e o recibo é o instrumento mais apropriado para a produção desta prova.

A prova do pagamento incumbe ao devedor. Por isso, ele tem direito à quitação sempre que cumpre a obrigação. Ele pode, inclusive, reter a prestação, enquanto ela não lhe for entregue.

A quitação é a declaração do sujeito ativo no sentido de ter sido satisfeito no seu direito. Normalmente, é dada por escrito ("recibo"), mas pode derivar de atos inequívocos com o mesmo sentido jurídico (entrega ou inutilização do título, p. ex.).

As despesas com o pagamento e quitação correm, em princípio, por conta do devedor. Quem se obriga, por exemplo, a vender bem móvel e entregá-lo no domicílio do comprador assume também a obrigação de arcar com as despesas relativas à tradição, como transporte, impostos e seguro (CC, arts. 325 e 490). Por conta do credor correm essas despesas apenas se contratado entre as partes (exceção feita às despesas com escritura pública na venda de imóveis, em que a regra se inverte: art. 490). Também, destaco, correm por conta do credor as despesas com pagamento e quitação acrescidas, se o acréscimo deriva de fato sob sua responsabilidade (CC, art. 325, *in fine*). Em consequência, se *Evaristo* assumira a obrigação de entregar via postal a *Fabrício* uma coisa móvel, mas este último informa-lhe endereço errado ou incompleto, e ela é devolvida pelos correios, as despesas com a nova remessa não mais correm por conta do devedor da obrigação. É *Fabrício* quem deverá pagá-la.

Na disciplina da quitação, a lei opera com algumas presunções *relativas* (ou seja, que são desconstituídas por prova em contrário da parte em desfavor de quem foi estabelecida). Assim, se o pagamento é parcelado ("em quotas

periódicas"), a quitação da última parcela *presume* terem sido pagas todas as anteriores (CC, art. 322). Se, neste caso, o credor outorgar quitação da última quota e, posteriormente, constatar que uma das anteriores não havia sido paga, caberá a ele demonstrar em juízo o descumprimento da obrigação, porque em favor do devedor milita a presunção de tê-la adimplido por completo. Veja, aqui, não é o sujeito passivo que deve provar ter pago a prestação indicada como não paga pelo sujeito ativo, mas este é que deve desconstituir a eficácia probatória do recibo que assinou. Outra presunção do pagamento decorre da entrega ao devedor do título representativo da obrigação (CC, art. 324). Feita a entrega, caberá ao credor, em juízo, demonstrar que o devedor, malgrado a posse do título, ainda não cumprira a obrigação, e não a este provar que satisfez o direito daquele. O prazo para o ajuizamento da ação visando declarar a subsistência da obrigação é decadencial e de 60 dias (CC, art. 324, parágrafo único). A terceira presunção legal sobre o tema encontra-se na quitação do capital sem a reserva dos juros, caso em que estes presumem-se pagos (CC, art. 323). Se o devedor pagou, com atraso, o principal devido e negociou com o credor o pagamento dos juros no futuro, o recibo deve trazer a ressalva destes. Não ressalvados, consideram-se pagos, em princípio. Isto é, será ônus de prova do credor demonstrar não ter recebido os juros, não cabendo ao devedor provar que os teria pago.

6. LUGAR DO PAGAMENTO

No Brasil, temos o arraigado hábito de usar intensivamente os serviços bancários para pagamento das obrigações pecuniárias. Como a economia brasileira sofreu, por muito tempo, processos inflacionários acentuados, as pessoas em geral procuravam manter o dinheiro sempre num investimento que ajudasse a protegê-lo da corrosão. Por outro lado, o sistema financeiro brasileiro cedo aparelhou-se para atender a grande demanda pelos seus serviços. Mesmo controlada a inflação desde meados dos anos 1990, permaneceu o hábito. Cheques, TEDs, DOCs, boletos bancários ou depósito direto na conta corrente do credor são os instrumentos mais frequentemente utilizados no cumprimento das obrigações pecuniárias. É raro, entre nós, o devedor procurar o credor, ou vice-versa, para proceder ao pagamento da obrigação em dinheiro. Por esta razão, questões atinentes ao *lugar* do pagamento não costumam despertar significativos conflitos de interesses. A lei, contudo, tem suas normas sobre a matéria, que convém examinar brevemente.

A obrigação, segundo o lugar do pagamento, classifica-se em *quesível* ou

portável. Quesível é a obrigação em que cabe ao credor procurar o devedor para receber o pagamento, enquanto portável é aquela em que o devedor deve procurar o credor para realizá-lo. O título — na verdade, a vontade das partes — permitirá a classificação da obrigação negocial ao indicar o lugar do pagamento: se no domicílio do devedor, quesível; se no do credor, portável. Não havendo acordo (nas obrigações negociais em que o título é omisso em relação ao tema e nas não negociais enquanto as partes não se entendem), a obrigação será, em regra, quesível. É o que estabelece a lei: "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" (CC, art. 327).

Desse modo, no direito brasileiro, a obrigação é portável em quatro hipóteses: *a*) *acordo entre as partes*: se credor e devedor contrataram que o pagamento será feito por este no domicílio daquele, prevalece a vontade dos sujeitos da obrigação; *b*) *previsão legal*: a lei tributária, por exemplo, define a repartição competente do domicílio do contribuinte como local do pagamento (CTN, art. 159), o que significa que é o devedor que deve procurar o credor para realizá-lo; *c*) *natureza da obrigação*: nas vendas feitas por reembolso postal, a obrigação do vendedor é paga necessariamente no domicílio do comprador (credor na obrigação daquele de entregar as mercadorias), isto é, na agência dos correios responsável pelas entregas no endereço deste último; *d*) *circunstâncias*: se desde o início do contrato de execução continuada sempre foi o devedor que procurou o credor para fazer o pagamento, considera-se que tal fato torna portável a obrigação (CC, art. 330).

Se o título apontar mais de um lugar, caberá ao credor a escolha por um deles (CC, art. 327, parágrafo único). Por outro lado, se a obrigação consistir na tradição de imóvel ou prestações a ele relativas, o lugar da situação do bem será também o do pagamento (CC, art. 328). Se houver motivo grave que justifique mudança no lugar do pagamento, o credor poderá pagar a obrigação em lugar diverso, desde que não haja prejuízo para o credor (CC, art. 329).

A inobservância das regras sobre lugar do pagamento não implica a invalidade ou ineficácia do ato. Mesmo feito o pagamento em lugar indevido, o devedor está liberado da obrigação e o credor teve seu direito satisfeito.

Estas regras têm importância apenas na hipótese de inadimplemento da obrigação, quando é necessário identificar o culpado.

Por fim, cabe discutir a consequência da eventual inobservância das regras sobre o lugar do pagamento. De pronto, assente-se que seu descumprimento não invalida nem torna ineficaz o ato. Se *Germano* devia pagar a *Hebe* no lugar *x*, mas o fez em *y*, não havendo nenhum outro vício ou irregularidade, o pagamento produz seus efeitos. Quer dizer, *Hebe* não pode cobrar novamente a obrigação de *Germano*, nem este pode pretender a devolução da prestação. Se apenas a regra sobre o local foi desrespeitada, em suma, o pagamento remanesce plenamente válido e eficaz para todos os fins de direito. Qual a utilidade dessas regras, então? Servem para identificar o culpado na hipótese de inexecução da obrigação. Se, por exemplo, a obrigação é portável e o credor muda de domicílio sem avisar o devedor, não será culpa deste o retardo no cumprimento da obrigação enquanto não lhe for informado o novo local do pagamento. Se, outro exemplo, é quesível a obrigação, enquanto o credor não procura o devedor para receber seu pagamento, não se configura a mora do *solvens* (Rodrigues, 2002:156). São implicações como estas que derivam do descumprimento dos preceitos legais sobre o lugar do pagamento.

7. TEMPO DO PAGAMENTO

Nas obrigações, a constituição e execução podem ou não ser concomitantes. Ao adquirir o jornal, na banca da praça próxima à minha casa, coincidem os momentos da constituição e a execução das obrigações correspondentes. Pego o meu exemplar do diário e entrego o dinheiro ao jornaleiro. Nestes atos jurídicos convergem o surgimento da minha obrigação de pagar o jornal e da do jornaleiro de me entregá-lo e o cumprimento delas. Ao contratar um seguro-saúde, porém, distanciam-se no tempo a constituição e a execução das obrigações correspondentes. Preencho hoje o formulário, forneço informações e pago a primeira prestação. A obrigação está constituída. De minha parte, a execução corresponderá ao pagamento das mensalidades enquanto durar o plano; da parte da operadora, a disponibilização da cobertura dos serviços médicos, laboratoriais e hospitalares objeto do contrato, também durante o prazo do plano. A execução da obrigação, neste caso, não se verifica concomitantemente à constituição, mas em seguida a esta.

A execução, viu-se, é feita pelo pagamento. O dia em que a prestação deve ser paga pelo devedor ao credor chama-se *vencimento*. O tempo oportuno para o regular cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo, portanto, é o seu vencimento. Transcorrendo este sem que o devedor, voluntária ou involuntariamente, cumpra a obrigação, caracteriza-se o inadimplemento (Cap.

19).

As partes estabelecem, de comum acordo, a época do vencimento da obrigação. Definem, em geral, o dia em que o pagamento deverá ser feito, e a partir do qual se tornará exigível, mencionando-o direta ou indiretamente no título. A menção direta faz-se pela indicação da data (dia, mês e ano) em que recai o vencimento; a indireta, por prazos que se contam de termos indicados (um ano após a assinatura do contrato, 10 dias a contar do pagamento da primeira prestação etc.). De qualquer modo, o vencimento será sempre um dia, no transcorrer do qual deve a prestação ser entregue ao credor. Caso o dia do vencimento não seja útil (sábado, domingo ou feriado), o prazo para o cumprimento da obrigação prorroga-se até o primeiro dia útil seguinte (CC, art. 132, § 1º; Lei n. 7.089/83, art. 1º). Até o fim do dia do vencimento (meia-noite), pode o devedor adimplir tempestivamente a obrigação. Em geral, porém, o pagamento é feito em horário comercial, de trabalho, durante o expediente bancário.

Se não tiver sido ajustado o vencimento pelas partes, o pagamento pode ser exigido imediatamente, isto é, tão logo constituída a obrigação (CC, art. 331). Costumam-se usar as expressões *vencimento à vista* ou *a prazo* para designar, respectivamente, o pagamento exigível de imediato ou somente depois do decurso de certo tempo. As obrigações não negociais, deste modo, caso não se componham credor e devedor acerca de sua execução, vencem à vista. O credor vítima de ato ilícito do devedor pode exigir, desde o evento danoso constitutivo da obrigação, o pagamento a que tem direito.

O pagamento deve ser feito no vencimento, que é o dia do cumprimento da obrigação. Se credor e devedor não acertarem, de comum acordo, uma data futura para o vencimento, o pagamento pode ser exigido imediatamente após a constituição da obrigação.

Se o dia em que cair o vencimento não for útil, o prazo para cumprimento da obrigação prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte.

No vencimento a prazo, a definição de data futura para a entrega da prestação e extinção da obrigação normalmente é feita em benefício do devedor. Com maior tempo para cumprir a obrigação, o sujeito passivo pode preparar-se melhor para adimpli-la. Sendo o prazo para pagamento estabelecido em benefício do devedor, pode este renunciar a ele e cumprir a obrigação (em sua

inteireza) antes de ser ela exigível pelo credor. Depende a antecipação, neste caso, unicamente da vontade do sujeito passivo, não podendo o credor recusar a prestação sem motivo (em regra, aliás, tende a não o fazer porque tem igual interesse na solução da obrigação antes do vencimento).

Mas o prazo pode ser fixado em benefício do credor ou das duas partes da obrigação. Depende do título ou da natureza da obrigação. No mútuo oneroso de natureza pecuniária, por exemplo, o mutuante tem interesse não só no pagamento do principal como também nos juros que espera receber. O prazo estabelecido para a recuperação do dinheiro o beneficia porque os juros serão tanto maiores quanto mais tempo transcorrer entre a constituição e a execução da obrigação. Claro que, querendo o devedor pagar antecipadamente o mútuo *sem* desconto dos juros, o credor aceita de pronto. Todavia, como o prazo do vencimento, neste caso, em vista da natureza da obrigação, é estabelecido também em benefício do credor, o devedor somente poderá pagar antecipadamente com redução proporcional dos juros se houver anuência daquele (Note-se que há regra excepcionando a que decorre da natureza do mútuo, se ele configura uma relação de consumo; neste caso, a lei assegura o direito do consumidor mutuário ao desconto proporcional na antecipação do pagamento — CDC, art. 52, § 2º).

No Brasil, não existem *dias de graça*. Vencida a obrigação, à vista ou a prazo, não pode o juiz conceder ao devedor tempo suplementar para cumpri-la. Em França, por exemplo, o juiz pode, em consideração à condição do devedor ou à situação econômica, ampliar por até um ano o prazo para o pagamento (*délai de grâce*), salvo em hipóteses excepcionais, como a do devedor cambiário ou do depositário (Mazeaud-Chabas, 1998:1000/1003). No direito brasileiro, a exigibilidade da obrigação não pode ser postergada por decisão judicial apenas em razão de dificuldades econômicas do sujeito passivo, seja esta proveniente de razões individuais ou gerais. Se é válida a obrigação, o devedor deve cumpri-la tempestivamente; se inválida, está liberado de fazê-lo; se há fundamento para a revisão judicial, como na hipótese de imprevisão, deve cumprir a obrigação nas condições revistas.

Nas obrigações condicionais, o vencimento verifica-se com o implemento da condição. Cabe ao credor provar que o devedor está ciente do implemento da condição (CC, art. 332). Se *Irene* contrata com *João*, engenheiro civil, a construção de uma casa, a obrigação deste último está condicionada à obtenção da licença para construir expedida pela Prefeitura. Enquanto não licenciada a obra, *João* não pode começar a desincumbir-se de suas obrigações. Mas, uma

vez implementada a condição, *Irene* deve comunicar o fato a *João*; deve, também, conservar a prova da comunicação, pois, se houver questionamento sobre o vencimento da obrigação do construtor, caberá a ela a prova da ciência por este do implemento da condição suspensiva (isto é, da expedição da licença).

Antes do vencimento, o devedor não está obrigado ao pagamento. De sua parte, o credor não o pode exigir. Aliás, o sujeito ativo que tenta promover a cobrança judicial do passivo *antes* do vencimento da obrigação incorre em ato ilícito e tem responsabilidade civil (CC, art. 939) (Cap. 22, subitem 7.2). Apenas se verificar o *vencimento antecipado* da obrigação, nas hipóteses delineadas em lei, estará o sujeito ativo demandando licitamente o pagamento.

Antes do vencimento, o devedor não está obrigado a entregar a prestação, nem o credor pode exigi-la. É ato ilícito que implica a responsabilidade civil do credor a tentativa de cobrança antecipada do devedor.

A antecipação do vencimento pode derivar de acordo entre as partes ou dos fatos descritos em lei (falência do devedor, enfraquecimento de garantias do credor etc.).

São três essas hipóteses de vencimento antecipado.

Primeira, se instaurada execução concursal contra o devedor (CC, art. 333, I). Sempre que o sujeito de direito não tem, no patrimônio, ativo suficiente para arcar com o total do passivo (ou seja, se deve mais do que possui), ele é considerado insolvente. Neste caso, o direito determina que se promova contra ele, para a satisfação das dívidas, uma única execução da qual todos os credores participem. É a execução concursal (concurso de credores), que se denomina *falência*, quando o devedor é empresário, e *insolvência civil*, quando não é. Nas duas situações, prevê a lei o vencimento antecipado das obrigações do devedor (LF, art. 77; CPC, art. 751, I). Trata-se de medida destinada a liberar aos credores tratamento paritário. Quer dizer, do concurso de credores podem participar em condições de igualdade tanto os credores com títulos vencidos como os com títulos a vencer, porque estes últimos têm o vencimento antecipado para a data da instauração da execução concursal.

Note-se que, concretamente falando, esta primeira hipótese de vencimento antecipado não conduz ao imediato atendimento do direito do credor, nem pode conduzir a isso. O sujeito ativo da obrigação antecipadamente vencida tem apenas o direito de habilitar seu crédito na execução concursal. O pagamento (que, se houver, será normalmente parcial, tendo em vista a insuficiência do

patrimônio do devedor) terá lugar em juízo, no momento apropriado de acordo com a tramitação do processo.

Segunda, se forem penhorados em execução por outro credor os bens hipotecados ou empenhados em garantia da obrigação em foco (CC, art. 333, II). A hipoteca e o penhor são modalidades de garantias reais. Por elas, bens imóveis (hipoteca) ou móveis (penhor) são vinculados à satisfação de determinada obrigação. O credor que goza da garantia de uma hipoteca, por exemplo, procura assegurar o recebimento de seu crédito em função do valor do imóvel gravado. Se o devedor não pagar a dívida, o imóvel hipotecado será vendido em juízo para cumprimento daquela obrigação. Quando, porém, o bem dado em hipoteca ou penhor é penhorado em juízo para atender direitos de terceiros, enfraquece-se a garantia pretendida. Neste caso, para proteger os interesses do sujeito ativo para quem ela foi concedida, preceitua a lei o vencimento antecipado. Desde logo, em outros termos, ele poderá exercer o seu direito e gozar da garantia.

Terceira, se as garantias conferidas pelo sujeito passivo deixarem de existir ou forem insuficientes e este, intimado, negar-se a reforçá-las (CC, art. 333, III). As garantias podem ser fidejussórias ou reais. No primeiro caso, não há um bem específico do patrimônio do garantidor vinculado à satisfação do crédito. São fidejussórias as garantias concedidas por fiador ou avalista, por exemplo. No caso das reais, como visto, vincula-se um bem específico do patrimônio do devedor (ou do terceiro garantidor) à satisfação de certa obrigação. Pois bem, qualquer que tenha sido a garantia, se ela se revelar insuficiente ou mesmo deixar de existir, o sujeito passivo deve ser intimado para reforçá-la. Não o fazendo no prazo assinalado pelo credor na notificação extrajudicial ou pelo juiz na intimação, opera-se o vencimento antecipado da dívida. Com ênfase, se o instrumento assecuratório do adimplemento não cumpre mais a função para a qual foi instituído, o credor passa a correr risco que não havia assumido na constituição da obrigação. Para proteger seu interesse contra o risco indesejável, permite a lei que ele possa cobrar o devedor antecipadamente.

Imagine que o *Banco Luz* é credor de *Mário*, que tem como fiador *Nair*, em razão de empréstimo concedido pelo primeiro. É provável que o *Banco Luz* tenha estabelecido a taxa de juros do empréstimo em função da garantia fidejussória. As técnicas bancárias recomendam que os juros devem ser diretamente proporcionais ao risco de inadimplência: quanto maior a possibilidade de o banco não ser pago, maiores devem ser os juros praticados. Pois bem, se *Nair* cair insolvente, a garantia de que o *Banco Luz* gozava deixa de ser efetiva. *Mário* deve apresentar novo fiador idôneo para preservar os

fundamentos originários do negócio. Se não o fizer, a lei determina o vencimento antecipado da obrigação e dá ao *Banco Luz* o direito de cobrar *Mário* desde logo.

Nas obrigações em que houver solidariedade passiva, o vencimento antecipado em relação a um dos devedores não torna exigível desde logo a prestação dos demais (CC, art. 333, parágrafo único). Se um deles caiu insolvente, por exemplo, o credor pode habilitar-se na execução concursal, mas não pode cobrar a dívida do outro devedor senão depois de verificado o vencimento da obrigação na época primitivamente estabelecida.

8. PAGAMENTO INDIRETO

O pagamento pode ser direto ou indireto. Quando o devedor entrega a prestação ao credor exatamente na extensão, tempo e lugar convencionados, tal como originariamente esperado pelas partes no momento da constituição da obrigação, diz-se que o pagamento é direto. Quando, porém, a entrega da prestação ao credor é feita sem a exata observância dos elementos subjetivos e objetivos originariamente caracterizadores da obrigação, é indireto.

São três as hipóteses de pagamentos indiretos. No pagamento em consignação, a entrega da prestação é feita mediante depósito judicial ou bancário, e não pela forma originariamente estabelecida (item 8.1). No pagamento com sub-rogação, o *solvens* não é o sujeito passivo ou a prestação entregue foi emprestada por terceiros (item 8.2). Finalmente, na dação em pagamento, a prestação da obrigação altera-se, por acordo entre as partes, no momento da execução (item 8.3). Anote-se que, enquanto o pagamento direto produz os efeitos de liberar o devedor da obrigação e satisfazer o direito do credor, o indireto nem sempre os alcança. No pagamento com sub-rogação, por exemplo, o sujeito ativo tem o seu direito satisfeito (por terceiro), mas o passivo não se libera da obrigação, porque continua devendo a prestação.

Examine-se, com vagar, cada uma das hipóteses.

8.1. Pagamento em consignação

O maior interessado no cumprimento da obrigação parece ser o sujeito ativo. Como credor e titular do direito ao recebimento da prestação, ele tem todo o interesse em que o pagamento se realize tal como tem esperado desde o momento da constituição. Isto é verdade, mas também ao sujeito passivo interessa, na maioria das vezes, o adimplemento no vencimento. Em primeiro lugar, porque se libera do vínculo de sujeição; em segundo, porque os riscos

sobre a coisa certa, quando é esta objeto da prestação, transferem-se ao credor; finalmente, porque, pagando no tempo devido, não suporta as consequências da mora (juros, correção monetária, multa etc.). Em outras palavras, o devedor pode ter interesse em pagar a obrigação no prazo devido. Em geral, só deixa de fazê-lo quando identifica maior proveito no inadimplemento (se os encargos da mora são modestos em face da remuneração de capital praticada no mercado) ou se não dispõe dos meios necessários ao cumprimento da obrigação (por insolvência, exemplificando).

O devedor interessado em pagar a prestação no vencimento pode, contudo, esbarrar em dificuldades. Imagine que o credor se recusa a receber o pagamento, sob pretexto de que teria direito *a mais* do que o oferecido pelo devedor; ou pense na hipótese de ele negar a outorga da quitação; considere, enfim, que mais de uma pessoa se apresenta como credora disputando a prestação objeto da obrigação. São situações em que o devedor, mesmo querendo cumpri-la diretamente, vê-se impossibilitado de o fazer por razões externas à sua vontade.

Nesses casos, a lei tutela o interesse do sujeito passivo pondo à sua disposição uma forma de pagamento indireto, isto é, um instrumento que possibilita a extinção do vínculo obrigacional e sua liberação da sujeição. Este instrumento é o *pagamento em consignação*.

Consiste a consignação no depósito da prestação em juízo (ou, nalgumas hipóteses, num estabelecimento bancário, como se verá em seguida). Em outros termos, trata-se de uma medida judicial, em que o demandante é o sujeito passivo de obrigação cujo pagamento direto está impossibilitado sem sua culpa. Se o juiz, a final, se convencer de que realmente havia obstáculos ao pagamento direto externos à vontade do demandante, a consignação será julgada procedente; neste caso, terá a medida judicial os efeitos da quitação: extinção da obrigação, transferência dos riscos sobre a coisa ao credor, não caracterização da mora do devedor etc. Se, porém, o juiz não se convencer da alegação do demandante, considerando inexistentes os obstáculos ao pagamento direto apontados, a consignação é julgada improcedente; aqui, a medida judicial não terá nenhum dos efeitos do pagamento direto, resultando que o sujeito passivo não cumpriu ainda a obrigação, malgrado o depósito judicial da prestação.

Desse modo, apenas se e quando acolhida a medida judicial proposta pelo devedor verificam-se o pagamento em consignação e a consequente extinção da obrigação (CC, arts. 334 e 337). Não sendo este o caso, o depósito judicial da prestação não tem o efeito de liberar o devedor da sujeição obrigacional.

Quando o pagamento direto da obrigação é obstado ou dificultado por razões alheias à vontade do devedor, pode ele se valer do pagamento em consignação. Esta forma de extinção do vínculo obrigacional consiste numa medida judicial (ação de consignação em pagamento) em que a prestação é depositada em juízo. Se julgada procedente, a medida terá os mesmos efeitos do pagamento direto.

Podem ser objeto de consignação em pagamento as prestações de dinheiro e bem. Se for pecuniária a obrigação, a lei autoriza que o depósito se faça numa instituição financeira antes do ajuizamento da ação. Caso o credor, em 10 dias, não recuse o pagamento, libera-se o devedor independentemente do processo judicial (CPC, art. 890, §§ 1º a 4º). Se a prestação consistir em imóvel ou corpo certo que deve ser entregue onde se encontre, o credor será citado para vir recebê-la (CC, art. 341). Se for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, será este citado para exercer seu direito. Não o fazendo, a individuação da coisa competirá ao devedor, no ato do depósito em juízo (CC, art. 342). Conduta, claro, é insuscetível de pagamento em consignação. O fazer e o não fazer não ostentam a materialidade necessária ao ato de depósito. Apenas se a obrigação de fazer implica também a de dar (pintar o retrato do credor, p. ex.) é possível a consignação (Pereira, 1962:172).

A consignação em pagamento cabe nas seguintes situações:

a) *o credor está impossibilitado de receber o pagamento ou dar quitação*. Abrange a hipótese tanto a impossibilidade material, que impede o credor de declarar ter sido satisfeito seu direito (encontra-se preso e incomunicável, p. ex.), como a impossibilidade jurídica (insolvência ou falência). Nestes casos, para liberar-se validamente da obrigação, o devedor pode depositar em juízo a prestação devida (CC, art. 335, I).

b) *O credor recusa injustificadamente o pagamento*. É a situação mais corriqueira. Aqui, divergem os sujeitos da obrigação sobre a extensão do pagamento. O devedor se considera obrigado a pagar *menos* do que o credor entende ser o seu direito. A solução para o conflito de interesses, naturalmente, será dada pelo Poder Judiciário. Se o devedor tomar a iniciativa de propor a demanda e quiser tenha esta já o efeito de cumprimento da obrigação, deve optar pela ação de consignação em pagamento. Caso contrário, poderá manusear uma simples ação declaratória. Se, na consignação, o juiz reputar injusta a recusa do credor, o devedor estará liberado da obrigação desde o depósito da prestação; se a tomar como justa, porém, o devedor estará em mora desde o vencimento (CC,

art. 335, I).

c) *O credor não vai receber o pagamento*. Esta situação diz respeito às obrigações quesíveis, em que cabe ao credor procurar o pagamento no domicílio do devedor. Em deixando ele de ir receber a prestação, nem mandando procurador em seu lugar, dá-se ensejo ao pagamento em consignação. O devedor não está obrigado a esperar, indefinidamente, nas obrigações quesíveis, pela iniciativa do credor. Vencida a obrigação e não sendo ele procurado pelo sujeito ativo ou por alguém em nome dele, pode o sujeito passivo ajuizar a ação de consignação em pagamento e liberar-se da obrigação que o sujeita (CC, art. 335, III).

d) *Incapacidade, desconhecimento, ausência ou inacessibilidade do credor*. Se o sujeito ativo é incapaz, não está em condições de receber a prestação e quitar sem a devida representação (incapacidade absoluta) ou assistência (incapacidade relativa). Caso ele se apresente para ser pago desacompanhado, o devedor tem o direito à consignação do objeto para poder liberar-se validamente da obrigação. Se se limita a pagar ao credor, sem exigir a assinatura do representante ou assistente legal no recibo, passa a ter o ônus de prova da reversão efetiva da prestação em benefício do incapaz (CC, art. 310). Assim, se *Orlando*, devedor, é procurado por *Paulo*, credor, no dia do vencimento da obrigação, mas percebe que este último se encontra fortemente embriagado, ele pode acautelar-se contra a hipótese de estar diante de um incapaz (CC, art. 4º, II). Terá direito, neste caso, ao pagamento em consignação.

Também pode validamente consignar a prestação em juízo o devedor que desconhece o credor ou o seu paradeiro. Considere a hipótese de falecimento do devedor. O inventariante não conhece necessariamente os credores mencionados nos documentos de dívida deixados pelo falecido. Tem o nome deles, mas eventualmente o endereço está desatualizado. Não sabe ao menos como procurá-lo. Neste caso, é cabível a consignação judicial da prestação. Igualmente tem direito o devedor de consignar o pagamento se o credor foi declarado ausente ou reside em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil (CC, art. 335, III).

e) *Dúvida sobre quem é o credor*. Se dois sujeitos se apresentam arrogando a condição de credor, e não sendo nenhum deles o indiscutível titular do crédito, acautela-se o devedor que consigna a prestação em juízo (CC, art. 335, IV). Imagine que o credor faleceu e os que se apresentam invocam a qualidade de legítimos sucessores, exibindo cada um documentos aparentemente válidos. Se o devedor não quiser correr o risco de pagar inadvertidamente a quem não tem direito ao recebimento, deverá socorrer-se da consignação judicial da prestação.

Demandados os pretendentes ao crédito, caberá ao juiz decidir se algum deles é o credor legitimado para receber o pagamento.

f) *Objeto litigioso*. A prestação pode ser objeto de litígio entre dois sujeitos que se pretendem credores da obrigação. O devedor, neste caso, não é parte da discussão judicial, pouco lhe importando quem realmente é o titular do crédito; interessa-lhe livrar-se da obrigação, pagando a qualquer um deles. Enquanto tramita o litígio, não há pronunciamento judicial definitivo identificando o legítimo credor. Vencida, no interregno, a obrigação, deve o devedor proceder à consignação em pagamento, se não quiser correr o risco de entregar a prestação a quem, no futuro, acabará não sendo reconhecido pelo juiz como credor (CC, art. 335, V). A lei preceitua que "o devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores, tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento" (CC, art. 344). Aliás, na hipótese de dívida vencida na pendência de litígio entre sujeitos que se pretendem mutuamente excluir da condição de credores, qualquer um deles tem legitimidade para requerer que o juiz determine ao devedor a consignação em pagamento como meio de extinguir a obrigação (CC, art. 345).

8.2. Pagamento com sub-rogação

No pagamento com sub-rogação, o sujeito ativo recebe a prestação não do passivo, mas de terceiro, e este passa a titularizar o crédito, com todas as suas garantias e privilégios. O terceiro (*sub-rogado*) tanto pode pagar o credor (*sub-rogatário*) como emprestar ao devedor os recursos para o cumprimento da obrigação. Nas duas hipóteses, passa a titularizar, perante o devedor, os direitos do credor satisfeito. A sub-rogação é, assim, a transferência da posição ativa da relação obrigacional para quem solveu a obrigação no lugar do sujeito passivo ou emprestou-lhe o necessário para tanto (Pereira, 1962:180).

A sub-rogação pode ser legal ou convencional. Na primeira, a transmissão dos direitos opera-se independentemente da vontade do sub-rogatário e do devedor. Corresponde a direito do sub-rogado. Na convencional, como a designação sugere, a transmissão decorre de negócio jurídico entre o sub-rogado e o sub-rogatário ou entre aquele e o devedor.

São hipóteses de sub-rogação legal:

a) *pagamento pelo credor de dívida do devedor comum* (CC, art. 346, I). O credor pode considerar a satisfação de seu crédito ameaçada em razão de outra dívida que o devedor tem com terceiros. Neste caso, pode parecer-lhe interessante a solução daquela outra dívida, como medida de proteção do seu

direito. A hipótese é rara, mas pode ocorrer principalmente se a obrigação sub-rogada tem valor significativamente inferior ao da titularizada pelo sub-rogado. Imagine que o devedor está insolvente e possui diversas dívidas com vários credores, sendo uma delas representativa de dois terços do passivo. O credor desta obrigação mais valiosa considera que os ativos do devedor, se bem administrados, poderiam gerar recursos suficientes para a superação da crise patrimonial. Para isso, porém, seria necessária uma reorganização, que demanda certo tempo. Mas, se um dos pequenos credores obtiver a instauração da execução concursal, a reorganização não poderá ser feita, frustrando a perspectiva de recuperação do devedor. Pois bem, para evitar essa frustração e buscar assegurar o recebimento de seu valioso crédito, o maior credor pode pagar os pequenos credores e sub-rogar-se nos direitos deles.

b) *Adquirente de imóvel hipotecado que paga ao credor hipotecário* (CC, art. 346, II, primeira parte). Se o imóvel é dado em hipoteca para garantia de certa obrigação, normalmente ele não é negociado sem que as partes se componham relativamente à solução desta. Em geral, adotam-se os seguintes esquemas negociais: o vendedor quita a obrigação garantida antes da venda; o comprador paga pelo imóvel preço menor e assume a dívida; o comprador quita a obrigação garantida e desconta o valor do preço do imóvel. É muito difícil alguém concordar em adquirir imóvel hipotecado pelo valor "cheio", isto é, como se ele não estivesse onerado. De qualquer forma, se acontecer, o adquirente pode pagar o credor hipotecário e sub-rogar-se nos direitos creditórios deste. Ele se tornará credor do vendedor. Note-se que, aqui, não tem sentido a regra de transferência, pela sub-rogação, de todas as garantias do sub-rogatário ao sub-rogado. O imóvel hipotecado já é de propriedade do credor sub-rogado e não mais do devedor e, assim, não pode representar nenhuma garantia.

c) *Terceiro que paga para não ser privado de direito sobre o imóvel hipotecado* (CC, art. 346, II, segunda parte). O credor sub-rogado pode ter direito sobre o imóvel hipotecado e considerar que a execução da hipoteca ameaçaria o seu exercício. Para preservar seu direito, ele paga o credor hipotecário e sub-roga-se no crédito contra o devedor, passando a titularizar a garantia da hipoteca. Também se cuida de hipótese rara. Pense no promitente comprador que está pagando as prestações do preço de imóvel hipotecado em favor de terceiros. Se o promitente vendedor não honrar a dívida garantida, o imóvel objeto da promessa de compra e venda pode ser penhorado e alienado judicialmente, pondo em risco os interesses do promitente comprador. Em lhe interessando a operação, poderá pagar o credor hipotecário com o objetivo de

preservar seus direitos de vir a adquirir o imóvel no futuro. Tornar-se-á, pela sub-rogação, credor hipotecário do vendedor.

d) *Terceiro interessado que paga dívida pela qual podia ser obrigado* (CC, art. 346, III). Viu-se já esta hipótese na discussão sobre os sujeitos do pagamento. Quando o *solvens* não é o devedor, mas terceiro patrimonialmente interessado na solução da obrigação, tem ele direito de pagá-la e sub-rogar-se nas garantias e privilégios do credor (item 2.1). É o caso do fiador, codevedor solidário, codevedor de obrigação indivisível, sócio com responsabilidade ilimitada e outros sujeitos interessados em evitar, pela solução da obrigação, que sejam cobrados por ela.

O pagamento com sub-rogação implica a satisfação do direito do credor e a transferência ao terceiro (pagador) não só do crédito como das garantias e privilégios de que gozava.

Segundo a origem do ato, a sub-rogação pode ser legal ou convencional; segundo a extensão da satisfação do direito do credor, total ou parcial.

A seu turno, são duas as hipóteses de sub-rogação convencional:

a) *acordo entre sub-rogado e credor*. O pagamento com sub-rogação pode derivar de negócio jurídico entre o *solvens* não devedor e o credor. Diz a lei que se opera a transmissão do direito creditório "quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos" (CC, art. 347, I). A hipótese é muito próxima à da cessão de crédito, tanto que se submete às regras desta (CC, art. 348). Há uma diferença conceitual entre elas, contudo. No pagamento com sub-rogação, a transmissão do crédito deriva do pagamento, isto é, da satisfação do direito do credor, ao passo que na cessão de crédito decorre de aquisição negocial pelo sub-rogado do direito do sub-rogatário. Como dito, a diferença é conceitual apenas. Para efeitos práticos, o negócio jurídico de transmissão da posição ativa da relação obrigacional por acordo entre credor e terceiro pode ser indiferentemente qualificado como sub-rogação convencional ou cessão de crédito. Seja qual for a exata natureza desse negócio específico, segundo os padrões conceituais operados pela tecnologia jurídica, as consequências serão idênticas, porque ele estará sujeito, em qualquer caso, às mesmas normas: as reguladoras da cessão de crédito.

b) *Acordo entre sub-rogado e devedor*. A derradeira hipótese de pagamento com sub-rogação compreende a entrega ao credor da prestação que o sub-rogado

emprestou ao devedor. Se o sujeito passivo da obrigação pecuniária não tem, no vencimento, o numerário suficiente para pagá-la, e o obtém por empréstimo de terceiro, podem ocorrer duas situações. Na primeira, o empréstimo não é expressamente relacionado à solução da obrigação. Trata-se de negócio jurídico independente, em que o prestador dos recursos (que é terceiro na obrigação a ser solvida) titularizará os direitos que houver contratado com o mutuário (o devedor na obrigação a ser solvida). Na segunda, a causa do empréstimo é a solução da obrigação, em virtude de específica declaração das partes. Nesta última situação, sendo condição expressa do empréstimo a sub-rogação, ao mutuante transmitem-se os direitos, garantias e privilégios do credor da relação obrigacional extinta.

Note-se que também nos pagamentos de bem pode operar-se a sub-rogação convencional por acordo entre sub-rogado e devedor, desde que o objeto da prestação seja fungível. O sujeito passivo da relação obrigacional pode estar devendo a entrega de certa quantidade de trigo, de que não dispõe. Perante terceiro, ele obtém o produto para cumprir a obrigação, a título de empréstimo, com a expressa condição de sub-rogação. Neste caso, dá-se o pagamento indireto aqui examinado.

Por outro critério de classificação, a sub-rogação pode ser *total* ou *parcial*. É total quando o direito do credor é inteiramente satisfeito com o pagamento pelo terceiro; parcial, quando não se dá a completa satisfação. Destaco que, mesmo na sub-rogação legal, que é direito do sub-rogado, o credor não pode ser compelido a receber pagamento parcial (CC, art. 314). Desse modo, em qualquer caso, a sub-rogação só pode ser parcial se com isto anuir o credor.

Na sub-rogação total, ao sub-rogado transmitem-se todas as garantias e privilégios titularizados pelo sub-rogatário. Já na parcial, a extensão da transmissão depende, inicialmente, da natureza do ato. Se convencional, as partes estabelecem por acordo de vontades os direitos que passam a ser titularizados pelo sub-rogado; se legal, o sub-rogado não poderá exercer direitos e ações para além do que tiver desembolsado (CC, art. 350), e o sub-rogatário terá preferência na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não forem suficientes ao pagamento de todo o devido (CC, art. 351).

8.3. Dação em pagamento

Quando as partes de uma obrigação consensualmente estabelecem a alteração do objeto da prestação, o adimplemento denomina-se *dação em pagamento*. Neste caso, a prestação que originariamente deveria ser cumprida mediante, por

exemplo, entrega de dinheiro será paga em bem ou conduta, porque com isto concordam credor e devedor. Dinheiro ou qualquer tipo de bem (móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo etc.) ou conduta (de fazer ou não fazer) pode ser objeto da dação em pagamento. Imagine que *Carlos* deve a *Darcy* $ 500, mas não tem dinheiro suficiente para proceder ao pagamento. É, contudo, proprietário de um imóvel e propõe cumprir a obrigação transferindo a *Carlos* este bem. Se *Carlos* concordar — seja porque considera que o imóvel lhe interessa, por ter valor equivalente ao devido, seja porque simplesmente não acredita que o devedor vá cumprir a obrigação do modo previamente ajustado —, procede-se à transferência da propriedade do bem e à concomitante quitação da obrigação.

Quando a prestação pecuniária é substituída por bem, na dação em pagamento, assim que as partes o precificam, a relação obrigacional passa a ser regida pelas normas do contrato de compra e venda (CC, art. 357). Isto significa, por exemplo, que, manifestando-se vício na coisa objeto da dação, o *accipiens* tem o prazo de 30 dias ou 1 ano (se o bem é móvel ou imóvel, respectivamente) para rejeitá-la ou pleitear abatimento (CC, art. 445). Se, por outro lado, terceiros reivindicantes obtêm em juízo o reconhecimento da propriedade sobre a coisa objeto de dação em pagamento, o credor evidentemente a perde para eles. Tecnicamente falando, ele é *evicto* da coisa, tal como seria o comprador na mesma situação. Aliás, diz a lei que, em se verificando a evicção do bem objeto de dação em pagamento, "restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada" (CC, art. 359).

Sendo a prestação substituída por título de crédito, a transferência deste ao *accipiens* importa a cessão do direito creditício (CC, art. 358). O sujeito ativo da obrigação adimplida por dação é o cessionário do crédito. Se o credor concorda em receber, em dação em pagamento, duplicatas sacadas pelo devedor contra terceiros, ele se torna o titular do direito de receber o pagamento destes títulos, ao mesmo tempo em que quita a obrigação paga com eles. A lei fala em cessão, mas, se o sujeito passivo endossar os títulos de crédito no ato da dação, aplicam-se as regras próprias do direito cambiário. Na falta do endosso, valem as normas sobre transmissão das obrigações já examinadas (Cap. 15).

A dação em pagamento só tem lugar após o vencimento da dívida (Gomes, 1961:119; Diniz, 2003, 2:273). A rigor, se as partes acertam a alteração do objeto da prestação quando ainda não vencida a obrigação, caracteriza-se a rerratificação. Para que a alteração do objeto da prestação seja dação em pagamento é necessário que se verifique no contexto da solução da obrigação, do

adimplemento. Se as partes não manifestam *animus solvendi* enquanto declaram aquiescer com a mudança da prestação, não há dação em pagamento. A distinção tem relevância meramente conceitual. Tanto na rerratificação como na dação em pagamento, são idênticas as obrigações do sujeito passivo em face da substituição do objeto.

Dação em pagamento é o pagamento da obrigação em que o devedor, em comum acordo com o credor, entrega prestação diferente da originariamente devida. Substitui-se, assim, dinheiro por bem ou conduta, bem por dinheiro ou conduta ou conduta por bem ou dinheiro.

Para caracterizar-se a dação em pagamento é necessário que a substituição seja feita com o ânimo de solver a obrigação. Isto é, enquanto recebe a prestação substituta, com a qual concordara, o credor outorga quitação ao devedor pela obrigação substituída.

A intenção de solver a obrigação presente na dação em pagamento aproxima-a da novação objetiva (Cap. 17, item 2). Nesta, também as partes têm o intuito de extinguir a obrigação. Mas, enquanto na dação em pagamento a extinção deriva da entrega de prestação diversa pelo sujeito passivo, na novação objetiva ela decorre da assunção, por este, de nova obrigação em substituição à primitiva.

Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, parte da doutrina considerava que apenas as obrigações *pecuniárias* podiam ser cumpridas por *dação em pagamento* (Monteiro, 2001:297/299; Diniz, 2003, 2:269/276), e parte sustentava que qualquer alteração do objeto da prestação derivada de acordo entre as partes no momento da execução devia ser tratada como *dação em pagamento* (Gomes, 1961:118/120). O Código Reale pôs fim à controvérsia, prestigiando esta última posição: pode-se cumprir obrigação de qualquer objeto por dação em pagamento (Lotufo, 2003:330).

9. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

Quando o sujeito passivo deve ao ativo mais de uma prestação, em razão de um ou vários negócios jurídicos ou eventos desencadeadores de obrigação legal, e o pagamento que tiver realizado puder extinguir pelo menos duas delas por completo, é necessário definir qual obrigação foi paga. Se *Roberto*, por exemplo, deve a *Saulo* uma nota promissória de $ 100 e uma duplicata também de R$ 100, e, vencidos os títulos, faz a entrega de apenas $ 100 em dinheiro, precisa ser determinada a obrigação que o pagamento extinguiu.

Não é irrelevante o tema porque podem variar significativamente os encargos da mora previstos para cada obrigação devida pelo mesmo sujeito passivo àquele credor. Para uma delas, por exemplo, pode ter sido estabelecida multa de 10% e juros segundo a taxa SELIC, enquanto, para a outra, não há multa e os juros são de 6% ao ano. Evidentemente, para o devedor interessa que a primeira seja quitada pelo pagamento realizado, ao passo que, para o credor, melhor seria que a última o fosse.

A determinação de qual das obrigações se extinguiu com a entrega da prestação que poderia ter solvido qualquer uma delas é feita pela *imputação do pagamento*.

Quando o devedor deve mais de uma prestação ao mesmo credor e faz um pagamento suficiente apenas para a quitação de qualquer uma delas, é necessário definir qual obrigação o ato extinguiu. Essa definição é a imputação do pagamento, *que cabe, em princípio, ao sujeito passivo.*

São pressupostos da imputação: *a*) mais de uma dívida entre duas partes iguais (mesmo devedor e mesmo credor); *b*) liquidez e exigibilidade de todas as dívidas passíveis de imputação; *c*) fungibilidade das prestações *entre si*; *d*) pagamento suficiente para extinguir por completo qualquer uma das dívidas passíveis de imputação.

Desse modo, não se aplicam as regras atinentes à imputação do pagamento se são diversos os sujeitos de qualquer um dos polos da relação obrigacional. Apenas se o devedor está ligado ao credor por mais de uma obrigação têm aplicação essas regras. Além disso, as dívidas devem estar vencidas, sendo líquidas e exigíveis. Se uma das obrigações não venceu ou não foi ainda liquidada (não teve seu valor determinado), não se pode imputar o pagamento a ela. Por outro lado, só cabe a imputação do pagamento entre prestações homogêneas, isto é, reciprocamente fungíveis. Não basta que a prestação seja fungível *em si*; é imprescindível que possa ser substituída pela outra prestação. Se alguém deve *x* cabeças de gado e *y* toneladas de soja para a mesma pessoa, ainda que as duas prestações tenham valor igual, não é possível a entrega dos bovinos ser imputada à obrigação relativa ao cereal, ou vice-versa. Gado e soja são bens fungíveis *em si*, mas não o são *entre si* (Rodrigues, 2002:188/189); não são, em suma, homogêneos. Finalmente, o pagamento dado deve ser suficiente para quitar qualquer uma das dívidas em consideração, porque o credor, lembre-

se, não pode ser obrigado a receber pagamento parcial (CC, art. 314). Se o devedor deve dois títulos ao credor, sendo um de $ 500 e outro de $ 800, o pagamento de $ 500 destina-se à solução daquele e não pode ser pretendida a imputação a este último contra a vontade do credor.

No direito brasileiro, a imputação do pagamento faz-se pelos seguintes critérios. Em primeiro lugar, cabe ao devedor indicar a obrigação a que se refere o pagamento que está realizando (CC, art. 352). Se não fizer nenhuma imputação, o credor deverá indicar a obrigação solvida no recibo de quitação. Caso o devedor aceite a quitação nos termos outorgados pelo credor, manifestará sua concordância com a imputação e não poderá reclamar contra ela, a menos que prove ter sido vítima de violência ou dolo (CC, art. 353). Não tendo havido nem a imputação pelo devedor, nem a identificação da obrigação paga no instrumento de quitação, considera-se resolvida a obrigação vencida em primeiro lugar. Se as dívidas passíveis de imputação venceram no mesmo dia, imputa-se o pagamento à mais onerosa (quer dizer, àquela para cujo inadimplemento preveem-se maiores encargos) (CC, art. 355). Se forem elas igualmente onerosas, pode-se imputar o pagamento a qualquer uma, já que serão idênticos os efeitos econômicos e jurídicos num ou noutro caso.

Capítulo 17

EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO

1. EXTINÇÃO ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA

O destino da obrigação é extinguir-se. Sua transitoriedade, aliás, é assinalada em diversos conceitos clássicos, como, por exemplo, o de Clóvis Beviláqua: obrigação é a "relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão" (1895:14). O vínculo obrigacional não existe por si mesmo, já que o seu fim é o que todos, em geral, esperam. Normalmente, o credor anseia ver seu direito atendido e o devedor quer livrar-se da sujeição; à sociedade também interessa que as obrigações se cumpram.

Devem-se distinguir duas hipóteses de extinção das obrigações. De um lado, aquela normalmente aguardada pelas partes, que corresponde à vontade por elas declarada na constituição do vínculo obrigacional ou à previsão do direito positivo. Chama-se extinção ordinária e verifica-se com o pagamento direto e voluntário (Cap. 16). Quando o locador entrega as chaves ao locatário, logo em seguida à assinatura do contrato de locação, ou o empresário indeniza espontaneamente o consumidor pelos danos do acidente de consumo, extinguem-se as obrigações (negocial no primeiro caso; não negocial no segundo) do modo como se espera que ocorra.

De outro lado, há a hipótese de extinção extraordinária da obrigação. Nela se compreendem fatos, atos ou negócios jurídicos que importam o fim do vínculo obrigacional por um modo diferente do pagamento direto e voluntário. O decurso do tempo, por exemplo, é um fato jurídico extintivo da obrigação. Como já examinado anteriormente, o não exercício de direito no lapso temporal definido na lei importa sua extinção (por prescrição ou decadência — Cap. 12). Também os direitos derivados das obrigações se extinguem por esse meio. Se o credor de obrigação alimentar não promove a cobrança judicial de seu crédito no prazo de 2 anos, contados do vencimento, ele perde o direito de o fazer (CC, art. 206, § 2º). A morte do devedor que não deixou bens suficientes para a integral

satisfação de suas dívidas é outro fato jurídico extintivo de obrigações. Como os credores do falecido não podem exigir o pagamento dos sucessores, opera-se a extinção do vínculo obrigacional sem o devido pagamento (ou parte dele). A execução judicial, mesmo que específica, não corresponde ao exato modo em que se esperava a extinção da obrigação. É, portanto, extinção extraordinária.

A obrigação extingue-se, ordinariamente, pelo pagamento direto, ou seja, pela entrega ao sujeito ativo da prestação a que se refere. Extraordinariamente, ela se extingue pelo não exercício do direito titularizado pelo sujeito ativo no prazo da lei (prescrição ou decadência), morte do credor insolvente, novação, compensação, confusão, remissão, pagamento indireto ou inadimplemento involuntário.

Outros fatores de extinção extraordinária das obrigações são examinados a seguir: novação (item 2), compensação (item 3), confusão (item 4) e remissão das dívidas (item 5). No próximo capítulo, estuda-se o inadimplemento involuntário (Cap. 18, item 5), isto é, a impossibilidade de cumprimento da obrigação em razão de caso fortuito ou força maior, fato que se caracteriza também como uma forma de extinção extraordinária das obrigações (Gallo, 2000:340/341).

2. NOVAÇÃO

A novação é o negócio jurídico que simultaneamente extingue uma obrigação e constitui outra. Na novação, a primeira obrigação é extinta — o que importa a liberação do sujeito passivo do cumprimento da prestação e a decorrente impossibilidade de o sujeito ativo exigi-la — e surge novo vínculo obrigacional para substituí-la. O sujeito ativo da primeira obrigação dá-se por satisfeito com a substituição desta pela nova, presumindo-se que, entre a novação e o pagamento, aquela atende ao seu interesse. A extinção da obrigação novada conduz a diversas consequências de relevo. Se ela estava, por exemplo, coberta por penhor, hipoteca ou anticrese outorgada por terceiro, e este não participa do negócio extintivo, a garantia real se desfaz com a novação (CC, art. 364). Em outros termos, surge uma nova obrigação desprovida da garantia real no mesmo ato em que finda a que se encontrava garantida.

A obrigação substituída pode ser negocial ou não negocial, mas a substituta é necessariamente negocial. A novação depende, em outras palavras, da vontade das partes, e nunca deriva diretamente da lei. Não há novação legal. Se *Antonio*

deve a *Benedito* indenização pelos danos decorrentes de acidente de trânsito, esta obrigação (que é não negocial) pode ser objeto de novação, se, por exemplo, as partes chegarem a acordo no sentido de substituí-la pela entrega de um bem (esta, agora, é negocial). Toda obrigação válida e mesmo as anuláveis podem ser extintas por novação; as nulas e as inexistentes, não (CC, art. 367).

Só se verifica a novação quando é indiscutível a intenção das partes em novar, isto é, em substituir uma obrigação por outra, extinguindo-se a substituída. Em outras palavras, não se presume nunca a novação, devendo ela derivar de inequívoca intenção das partes. Não havendo clara intenção no sentido de extinguir uma obrigação mediante sua substituição por outra, considera-se que a segunda apenas confirma a primeira. Para a lei, a vontade de novar pode ser expressa ou tácita, mas deve ser inequívoca (CC, art. 361). Assim sendo, mesmo que o instrumento firmado pelas partes não contenha expressa referência à novação, esta existirá se de outros elementos for possível concluir ter sido vontade das partes extinguir a obrigação mediante sua substituição por outra. A mais prestigiada indicação doutrinária da intenção tácita de novar é a da incompatibilidade entre as obrigações em referência. Assim, se a obrigação nova é incompatível com a antiga, mesmo inexistindo expressa manifestação da vontade de novar, considera-se que a novação operou-se tacitamente (Pereira, 1962:202).

*Novação é a extinção extraordinária da obrigação (*novada*) que decorre de sua substituição por outra (*nova*).*

Na novação, desaparece a obrigação novada — com a liberação do devedor em relação à prestação a que correspondia — simultaneamente à constituição do vínculo relativo à nova.

A novação pode ser objetiva (substituição da prestação) ou subjetiva (substituição de um dos sujeitos).

A novação pode ser objetiva ou subjetiva, dependendo do elemento substituído. No primeiro caso, difere a prestação da primeira obrigação em relação à da segunda, mantidas as mesmas partes. *Carlos* deve entregar soja a *Darcy*. Antes ou depois do vencimento da obrigação, eles concordam em substituir a prestação por gado. *Evaristo* devia $ 100 a *Fabrício*, mas não tinha como pagar no vencimento. Puseram-se, então, de acordo, no sentido de que ele pagaria $105 no prazo de 90 dias. Sendo a intenção inequívoca dessas partes a novação, a primeira obrigação deixa de existir e surge uma nova com prestação diversa (gado em vez de soja, no primeiro exemplo; valor e prazo de pagamento

diferentes, no segundo). A novação objetiva é muito comum em renegociações de dívidas perante os bancos, quando o mutuário enfrenta dificuldades em cumprir sua obrigação.

Não se confunde a novação objetiva com a dação em pagamento. Naquela, o negócio jurídico refere-se a duas obrigações: a antiga, que é extinta, e a nova, que surge. Já, na dação em pagamento, a obrigação é uma só, e a prestação é substituída por acordo entre as partes após o vencimento (Cap. 16, item 8.3). A distinção é relevante. Como na novação a primeira obrigação se extingue, as condições em que esta se constituíra deixam de operar efeitos jurídicos, e vigoram apenas as da nova. Desse modo, se a obrigação está garantida por terceiro, na condição de fiador, a fiança não sobreviverá em caso de novação, a menos que o fiador concorde em garantir também a segunda obrigação (CC, art. 366). Na dação em pagamento, por sua vez, permanecem inalteradas as condições da obrigação caso ela não se extinga. Considere que *Antonio* deve $ 500 a *Benedito*, em razão de um contrato de que participa *Carlos* como fiador. No dia do vencimento, como *Antonio* não dispõe do dinheiro para pagar o devido, ele negocia com *Benedito* a entrega, na semana seguinte, de um automóvel no lugar do dinheiro. Pois bem, se a intenção de *Antonio* e *Benedito* era a de realizarem dação em pagamento, não sendo o veículo entregue tal como combinado, *Carlos* continuará devedor da fiança, já que a obrigação correspondente não se extinguiu. Se, porém, *Antonio* e *Benedito* tiveram a intenção de celebrar uma novação, a primeira obrigação (entregar $ 500, com a fiança de *Carlos*) extinguiu-se e, no lugar dela, surgiu a nova (entregar o automóvel). Quer dizer, neste caso, *Benedito* só poderá reclamar o bem de *Antonio* e não terá nenhum direito de crédito contra *Carlos*.

Definir, em suma, se determinado negócio jurídico tem a natureza de novação ou de dação em pagamento depende do exame da vontade das partes (Martins-Costa, 2003:521). Deve-se pesquisar qual a intenção dos sujeitos envolvidos: extinguir uma obrigação mediante sua substituição por outra ou alterar a prestação no pagamento. Se dessa pesquisa resultar, de forma inequívoca, que havia *animus novandi*, aplicam-se as regras da novação. Caso contrário, submete-se o fato às normas da dação em pagamento.

Na novação *subjetiva*, a prestação não se altera, mas uma das partes da segunda obrigação não é igual à da primeira. Trata-se, note, de hipótese mais rara que a novação objetiva. Se muda o credor, dá-se a novação subjetiva ativa; se o devedor, novação subjetiva passiva.

Como destacado, a obrigação substituta é sempre negocial e depende, em

princípio, da vontade das duas partes. Existe, porém, uma hipótese de novação sujeita apenas à vontade do credor. É o caso da novação subjetiva passiva chamada de *expromissão*, que decorre do disposto no art. 362 do CC: "a novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente do consentimento deste". Na expromissão, terceiro apresenta-se ao credor e propõe-se a obrigar-se perante este, desde que seja outorgada a quitação de outra obrigação em favor do sujeito passivo desta. Imagine que o pai fique sabendo que seu filho deu-se mal em alguns negócios e está devendo na praça. Se esse pai procura os diversos credores com o objetivo de pagar o devido pelo filho num prazo a ser negociado, a novação que ele busca é uma expromissão. Extinguem-se as obrigações de que era sujeito passivo o filho e constituem-se, para substituí-las, as obrigações contraídas pelo pai. Na expromissão, a novação independe da vontade do devedor, que se libera da sujeição obrigacional mesmo que não queira. Nela, a extinção da obrigação decorre apenas de acordo de vontades entre o sujeito ativo e o terceiro.

Quando a novação subjetiva passiva é feita mediante acordo de vontade de que participa o devedor, ela é denominada *delegação*. Por ela, o sujeito que é credor de uma pessoa e devedor de outra pela mesma importância (*delegante*) pode orientar o sujeito passivo da primeira obrigação (*delegado*) a pagar diretamente o ativo da segunda (*delegatário*), quitando-se ambas. A novação por delegação libera por completo o delegante das obrigações que contraíra e obriga o delegado perante o delegatário (Mazeaud-Chabas, 1998:1258/1260).

O devedor pode ser substituído na obrigação independentemente de sua vontade. Se a novação por substituição do devedor decorrer apenas do acordo entre o credor e o terceiro substituto, chama-se expromissão*; se decorrer de acordo entre os três (credor, devedor e substituto), seu nome é* delegação.

Deve-se ressaltar que na novação subjetiva passiva não há pagamento com sub-rogação. O sujeito passivo substituto não passa a ter, na novação, qualquer direito de crédito perante o devedor da primeira obrigação. Como se recorda, no pagamento com sub-rogação, o terceiro satisfaz o direito do sujeito ativo da relação obrigacional e passa a titularizar o crédito (e suas garantias) perante o sujeito passivo. Na novação, contudo, opera-se a extinção da obrigação, de modo que o devedor substituído fica quitado, nada mais podendo ser dele cobrado, seja pelo sujeito ativo, seja pelo sujeito passivo substituto.

Também não existe sucessão na novação subjetiva passiva. Quer dizer, o sujeito passivo substituto não é sucessor do substituído. Tanto na expromissão como na delegação, se o credor concorda com a novação, está manifestando a vontade de integrar uma relação obrigacional *nova*, ao mesmo tempo em que libera o sujeito passivo da relação antiga. Não há sucessão, no sentido de que o segundo devedor não assume a obrigação do primeiro, mas uma outra. Se o credor possuía, perante o primeiro devedor, um privilégio, a novação não o preserva se o segundo devedor não se encontra na mesma condição jurídica, exatamente porque não há sucessão.

Se o devedor substituto for insolvente, o credor não poderá, em princípio, voltar-se contra o substituído. A novação extinguiu a obrigação deste e o liberou do vínculo de sujeição. Cuida, contudo, a lei de uma situação específica: se tiver havido má-fé do primeiro devedor, ele responderá pela solvência do segundo (CC, art. 363). Assim, se o credor provar, por hipótese, que o primeiro devedor havia adulterado os documentos comprobatórios da idoneidade econômica do segundo, ficam caracterizadas a sua má-fé e responsabilidade pelo cumprimento da obrigação nova. Convém salientar que a primeira obrigação permanece extinta, mesmo tendo obrado de má-fé o devedor substituído. A lei imputa-lhe, neste caso, a responsabilidade pela obrigação nova, e é em função dela (e não da antiga) que o credor pode demandar o primeiro devedor.

Na novação subjetiva ativa, por fim, substitui-se o credor e fica o devedor quitado em relação ao substituído. Não se confunde com a cessão de crédito (Cap. 15, item 2) porque, nesta, a mesma obrigação é transferida de um credor para outro, enquanto, na novação, o segundo credor é titular de obrigação nova, diferente da que titularizava o primeiro. Na cessão de crédito, não há extinção da obrigação cedida; pelo contrário, ela permanece íntegra. Na novação subjetiva ativa, extingue-se a obrigação de que derivava o direito do primeiro credor. A relevância da distinção é clara: se a intenção inequívoca das partes era a de novar, e não a de transferir a obrigação, eventuais garantias, privilégios e vícios da primeira relação obrigacional não se repetem na segunda (salvo se expressamente renovadas); mas se era a de ceder o crédito, o novo credor o assume com todas as suas garantias, privilégios ou vícios.

3. COMPENSAÇÃO

Se as duas partes da relação obrigacional são reciprocamente credora e devedora, as obrigações se extinguem até o quanto se equivalem. Esta forma de extinção é chamada compensação. Se *Darcy* deve $ 1.000 a *Evaristo* e é credora

deste no valor de $ 1.000, as duas obrigações se extinguem por compensação. Se deve $ 1.000 e é credora de $ 750, a obrigação correspondente ao crédito de *Darcy* extingue-se por compensação e a correspondente ao crédito de *Evaristo* tem o valor reduzido para $ 250. Se *Darcy* deve entregar a *Evaristo* 600 cabeças de gado nelore e este lhe deve 500 cabeças de gado nelore, as duas obrigações se compensam e se extinguem com a entrega, por *Darcy* a *Evaristo*, de 100 cabeças de gado nelore. Trata-se de forma de extinção de obrigações que atende à racionalidade econômica dos créditos recíprocos. Sua formulação normativa encontra-se no art. 368 do CC: "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

No direito brasileiro, a compensação não depende da vontade dos sujeitos da relação obrigacional. Opera-se, a rigor, mesmo contra a de qualquer um deles. É um fato jurídico: estabelecida a equivalência entre as prestações que dois sujeitos de direito mutuamente se devem, dá-se a extinção até o equivalente. Ao contrário da novação e da remissão das dívidas, a compensação não é negócio jurídico. Verificado o fato descrito nas normas sobre compensação, as obrigações compensadas prontamente se extinguem. Se as partes litigam em juízo, a sentença que proclama a compensação apenas *declara* a ocorrência do fato jurídico extintivo; não *decreta* a extinção.

A tecnologia civilista costuma referir-se a três tipos de compensação: legal, convencional e judicial (Martins-Costa, 2003:577/579; Venosa, 2001:298). A compensação legal é a que se opera, independentemente da vontade das partes, quando preenchidos os requisitos da lei; a convencional seria aquela em que as partes se outorgam quitação por obrigações recíprocas, mesmo que não atendidos os requisitos da lei para a compensação; a judicial, finalmente, seria a declarada pelo juiz. Esta classificação não é adequada, porém. Toda e qualquer compensação é sempre legal, porque a extinção da obrigação deriva do fato jurídico ao qual a norma atribuiu esta consequência, qualquer que seja a intenção das partes a respeito. A chamada de convencional não é sequer compensação, mas um negócio jurídico em que sujeitos capazes com vontades convergentes compõem seus interesses com liberdade; e a judicial também não é propriamente uma "espécie" de compensação, mas apenas a superação de conflito de interesses entre pessoas que titularizam recíprocos direitos e obrigações, em que a declaração do fato jurídico extintivo é feita pelo Judiciário.

Vale ressaltar que, embora a compensação seja sempre um fato jurídico e não negócio jurídico, a lei reconhece que ela corresponde a direito privado

plenamente dispositivo. As partes podem, assim, estabelecer por mútuo acordo que não haverá a compensação das obrigações recíprocas, se isto for do seu interesse. Pode, ademais, uma delas previamente renunciar ao direito de compensar seu débito com seu crédito, se lhe interessar fazê-lo. Nestes casos em que os sujeitos de direito concordam que a equivalência entre obrigações recíprocas *não* importará a extinção destas, a compensação não se verifica em atendimento à vontade das partes (CC, art. 375).

A compensação, no direito brasileiro, é um fato jurídico, não um negócio jurídico. Assim, preenchidas as condições que a lei descreve, opera-se a extinção das obrigações independentemente da vontade das partes. Não é apropriado, portanto, falar em compensação convencional ou judicial. A lei, porém, admite que as partes afastem a compensação mediante negócio jurídico.

Para que se opere a compensação, são necessárias duas condições: o atendimento ao pressuposto da reciprocidade subjetiva (item 3.1) e a compensabilidade da prestação (item 3.2).

3.1. Reciprocidade subjetiva

Para que se extingam as obrigações por compensação é necessário, em primeiro lugar, que as partes titularizem, uma perante a outra, crédito e débito. É o pressuposto da reciprocidade subjetiva. Se *Antonio* deve $ 300 a *Benedito* e este deve $ 400 àquele, compensam-se as obrigações, de modo que o pagamento do segundo ao primeiro da diferença de $ 100 as extingue por completo, porque um deve e é, ao mesmo tempo, credor do outro, e vice-versa. Está atendido o pressuposto da reciprocidade subjetiva. Ninguém, porém, pode pretender compensar sua dívida com o crédito que titulariza perante outrem, numa transversa transferência de obrigação. Se *Carlos* deve $ 700 a *Darcy* e é credor de $ 700 de *Evaristo*, ele não pode compensar o que deve à primeira com o crédito que tem perante o segundo. O devedor só pode pretender-se liberado de sua obrigação por compensação se titularizar crédito perante o seu credor. É o que estabelece a primeira parte do art. 371 do CC: “o devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever”.

Em decorrência do pressuposto da reciprocidade subjetiva, o terceiro não interessado que paga no lugar do sujeito passivo, fazendo-o em nome deste ou em seu próprio nome, não tem o direito de compensar, neste pagamento, o valor

de eventual crédito que titulariza perante aquele sujeito ativo (CC, art. 376). Imagine que *Fabrício* é credor de *Germano* por $ 500 e *Hebe* deve a *Germano* $ 800. *Fabrício* pode, como terceiro, mesmo não interessado, pagar a dívida de *Hebe* (CC, arts. 304, parágrafo único, e 305), mas não poderá limitar-se ao pagamento da diferença entre o seu crédito e o de *Germano* ($ 300). A compensação neste caso não se admite porque não há identidade dos sujeitos que titularizam recíprocos direitos e obrigações. Não estaria sendo atendido, em suma, o pressuposto da reciprocidade subjetiva.

Também em decorrência desse pressuposto, perderá o direito à compensação o devedor que poderia compensar sua obrigação com crédito titularizado perante o credor, se este ceder o seu a terceiro e aquele foi notificado e não se opôs, ou não foi notificado (CC, art. 377). A cessão de um dos créditos compensáveis, assim, afasta a possibilidade da compensação porque não há, entre cedido (devedor) e cessionário (novo credor), obrigações recíprocas equivalentes. Por esta razão, em princípio, o cedido perde o direito de compensar. O cedido apenas continua titularizando o direito à compensação perante o cessionário em duas hipóteses previstas na lei: se não tiver sido notificado da cessão ou se tiver se oposto a ela.

Um exemplo pode clarificar o assunto. Considere que *Irene* deve $ 200 a *João* e este deve a ela também $ 200. Têm ambos, assim, direito à compensação de suas obrigações. Considere, então, que *João* cede seu crédito a *Luiz*, notificando a cessão a *Irene*. Se *Irene* não se opuser, no prazo assinalado na notificação, à transferência da obrigação, perde o direito à compensação. Antes da cessão, *João* devia a *Irene*, que devia a *João*, estando, portanto, atendida a reciprocidade subjetiva. Como, após a cessão, *João* deve a *Irene*, que deve a *Luiz*, não há mais o pressuposto e descabe a compensação. Para que *Irene* possa compensar com *Luiz* seu crédito perante *João,* ela deve provar que se opôs à cessão no prazo da notificação ou alegar que não foi notificada. Claro está, por fim, que, podendo o cedido compensar seu crédito com a obrigação, o cessionário, em regresso, deverá ser indenizado pelo cedente.

O pressuposto fundamental da compensação é de natureza subjetiva, quer dizer, relativa aos sujeitos. Só se compensam obrigações em que o sujeito ativo de uma relação é o passivo da outra e vice-versa. Não estando presente este pressuposto, não incide a norma jurídica que determina a extinção da obrigação por compensação. Há só uma exceção, prevista em lei, em benefício do fiador, que pode compensar com o credor eventual crédito que o afiançado titularize perante este.

Há uma única exceção ao pressuposto da reciprocidade subjetiva. É a estabelecida em favor do fiador. Reconhece a lei que ele pode compensar perante o credor o valor do crédito titularizado pelo afiançado (CC, art. 371, segunda parte). Se o afiançado deve $ 500 ao credor garantido e é, ao mesmo tempo, seu credor por $ 350, o fiador, cobrado, exonera-se da obrigação alegando a compensação e pagando a diferença de $ 150.

3.2. Prestação compensável

Além do pressuposto da reciprocidade subjetiva, a compensação depende de outros fatos previstos em lei. Quer dizer, nem todas as obrigações são passíveis de compensação, mesmo quando atendido o pressuposto da reciprocidade subjetiva. Se duas pessoas são, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra, para que haja compensação nas respectivas obrigações é necessário que as prestações atendam a determinados requisitos legais.

São seis os requisitos cujo atendimento tornam a prestação compensável:

a) *Liquidez*. Para ocorrer a compensação, as prestações devem ser líquidas, ou seja, certas quanto à existência e determinadas na extensão (CC, art. 369). Se um dos sujeitos das relações obrigacionais deve uma quantia claramente estabelecida em contrato e é credor por indenização em valor ainda discutível e não apurado, descabe a compensação por faltar ao seu crédito liquidez. Enquanto não for tornada certa a obrigação de indenizar (por decisão judicial condenatória ou negócio jurídico) ou mesmo enquanto não se quantificar o valor do ressarcimento indenizatório (por liquidação judicial ou negócio jurídico), não se verifica a extinção da outra obrigação, que deve ser cumprida. Claro que, uma vez tornada certa e quantificada, a prestação que era ilíquida se liquida e passa a ser compensável.

b) *Exigibilidade*. Só se compensam prestações vencidas, que podem ser exigidas, inclusive judicialmente (CC, art. 369). Enquanto não vence, a obrigação não pode servir à compensação por faltar-lhe exigibilidade. Desse modo, mesmo a prestação líquida que ainda não é exigível do sujeito passivo, porque não transcorrido o tempo para o vencimento da obrigação, é imprestável para compensar. Note-se que não é condição da compensação que as duas obrigações vençam no mesmo dia; uma pode ter vencido antes da outra. É inafastável que as duas sejam já exigíveis. Se *Maria* deve pagar $ 200 a *Nair* em 30 de setembro e esta lhe deve pagar também $ 200, mas em 30 de novembro, não há como qualquer uma delas pretender a compensação em agosto, porque as

prestações são, então, inexigíveis. Mesmo em outubro, *Maria* não pode reclamar ter havido a compensação porque seu crédito ainda não terá vencido. Só após 30 de novembro, quando as duas prestações são exigíveis, opera-se a compensação. Note-se, porém, que, neste exemplo, *Maria*, porque não adimpliu a obrigação no vencimento, é ainda devedora dos encargos da mora perante *Nair* (correção monetária, juros etc.) incidentes entre 30 de setembro e 30 de novembro.

Uma definição relacionada à exigibilidade da prestação compensável encontra-se no art. 372 do CC, que desconsidera os prazos de favor, mesmo quando consagrados pelo uso geral. Desse modo, se é costume do local do cumprimento da obrigação que o credor conceda ao devedor um prazo além do vencimento antes de exigir a entrega da prestação, isto não adia a exigibilidade desta para os efeitos da compensação. Se no vencimento estavam já presentes todos os demais requisitos da compensabilidade, extinguiram-se as obrigações, a despeito do costume relativo ao prazo de favor.

O requisito da exigibilidade afasta a possibilidade de compensação de obrigações naturais. Como o sujeito ativo dessas obrigações, por definição, não pode exigir o seu cumprimento, a prestação correspondente não atende a este requisito da compensabilidade. Também não podem ser compensadas, pela mesma razão, as obrigações prescritas.

Além do atendimento ao pressuposto da reciprocidade subjetiva, a norma que determina a extinção da obrigação por compensação aplica-se apenas se as prestações apresentarem determinadas características. Assim, para que ocorra a compensação, as prestações devem ser líquidas (certas na existência e determinadas na extensão), exigíveis (vencidas), fungíveis, homogêneas, derivadas de causa lícita e não essenciais para o sujeito ativo.

c) *Fungibilidade*. Só prestações fungíveis são compensáveis (CC, art. 369). Se uma das obrigações ou ambas se referem a bens infungíveis, não ocorrerá a compensação, mesmo que sejam líquidas e exigíveis. Imagine que um dos sujeitos das relações obrigacionais é vendedor de imóvel (pelo qual já recebeu a totalidade do preço) e deve entregar a coisa certa — o apartamento n. 12 do Edifício das Flores, situado na Rua Oceano Atlântico etc. —, é comprador de um veículo (pelo qual já pagou a totalidade do preço) e tem direito, por isso, de receber do mesmo sujeito esta outra coisa certa — automóvel marca *x*, placa *y* etc. O imóvel e o veículo, malgrado correspondam a prestações líquidas e exigíveis, não se compensam porque não são fungíveis.

A fungibilidade da prestação impede, igualmente, qualquer compensação em obrigações originadas em contratos reais, como o comodato ou depósito regular (CC, art. 373, II). O comodatário deve restituir ao comodante, nos termos do contrato, o bem objeto do comodato, e não outro equivalente. Se ele é, também, credor do comodante por certa quantia de dinheiro, não é cabível a compensação porque falta à obrigação dele, enquanto comodatário, fungibilidade. Em igual situação se encontra o depositário, no depósito regular, que deve restituir ao depositante exatamente o mesmo bem que lhe foi confiado a título de depósito. A infungibilidade desta obrigação de restituir afasta o cabimento da compensação com qualquer outra de que seja o depositário credor do depositante. Anote-se que, embora a lei mencione depósito em geral, a incompensabilidade da prestação por carência de fungibilidade só se verifica na modalidade regular deste contrato, já que o depósito irregular tem por objeto bens fungíveis, aptos a servirem à compensação (Pereira, 1962:215).

As obrigações de não fazer não se prestam à compensação porque lhes falta fungibilidade. Se um sujeito de direito assumiu obrigação de não fazer, a omissão correspondente ao cumprimento desta é dele apenas e de mais ninguém. Não consegue o sujeito ativo obter o mesmo resultado do adimplemento da obrigação em razão da conduta de outrem. A infungibilidade das obrigações de não fazer impossibilita sua compensação. Por esta razão, também, as obrigações de fazer infungíveis não podem ser compensadas (a rigor, as de fazer fungíveis também não se prestam à compensação; mas isso em virtude do desatendimento do próximo requisito).

d) *Homogeneidade*. Para servir à compensação, não basta à prestação que se refira a bem fungível. É necessário que se caracterize, também, a homogeneidade. Quer dizer, mesmo que as prestações recíprocas sejam fungíveis, se não forem homogêneas, não pode nenhuma das partes envolvidas pretender a compensação. Veja, não há dúvida de que laranjas baía são bens fungíveis, assim como o são as laranjas pera. Mas, se um agronegociante é devedor de 10 toneladas de laranjas baía tipo A e, ao mesmo tempo, credor de 10 toneladas de laranjas pera tipo C, estas obrigações não se compensam porque, embora as prestações sejam líquidas, exigíveis e fungíveis, não são homogêneas. Vale destacar que, neste exemplo, estão-se considerando tipos de laranjas com preços diferentes (a laranja baía tipo A é, normalmente, mais cara que a pera tipo C, no mercado atacadista de São Paulo). Certa quantidade de um tipo desta fruta tem, portanto, valor diverso da mesma quantidade do outro tipo. Mas, quero enfatizar, isso não tem importância. Ainda que os bens fungíveis tivessem o

mesmo valor, não se dá a compensação se não forem homogêneos. Compensam-se, desse modo, dinheiro com dinheiro, café arábica com café arábica, gado nelore com gado nelore, laranja baía tipo B com laranja baía tipo B etc.

A homogeneidade da prestação é exigida pelo art. 370 do CC: "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". Silvio Rodrigues chama as prestações homogêneas de *fungíveis entre si* para distinguir esta condição de compensabilidade da anterior, a que ele se refere pela noção de *fungibilidade em si* (2002:218).

O requisito da homogeneidade das prestações descarta a hipótese de compensação como forma de extinção das obrigações de fazer. Boa parte delas estaria já descartada em função do requisito anterior, porque as obrigações são, em princípio, infungíveis, constituídas exclusivamente tendo em vista os atributos pessoais do contratante. Mas mesmo as obrigações de fazer fungíveis não podem ser compensadas porque o requisito da homogeneidade não restaria atendido. Imagine que um oftalmologista assumiu a obrigação de atender um dentista, e este, a de tratar aquele médico. O preço dos serviços de ambos, que corresponde a uma obrigação de dar, pode ser compensado, e nenhum deles desembolsar nada pelo atendimento que receber do outro; mas as obrigações de fazer (fungíveis) que esses profissionais assumiram não. Compensá-las é materialmente impossível e equivale à não prestação dos serviços. Falta entre aquelas obrigações a homogeneidade indispensável à compensação.

Em suma, só as obrigações de dar são compensáveis.

e) *Causa lícita*. A causa das obrigações compensáveis pode ser igual ou diferente. Compensam-se, assim, crédito derivado de mútuo com débito originado de compra e venda; crédito nascido de contrato com débito oriundo de responsabilidade civil por ato ilícito; crédito decorrente de prestação de serviços com débito referente a locação etc. A diferença de causa das dívidas, diz a lei, não impede a compensação (art. 373, *caput*). A causa da obrigação compensável é, porém, relevante em algumas hipóteses. Não admite a lei a compensação quando a prestação tem causa ilícita, isto é, deriva a obrigação de roubo, esbulho, furto (CC, art. 373, I) ou qualquer outro crime (sobre a interpretação extensiva deste dispositivo, ver Martins-Costa, 2003:600). Aquele que se apropria indevidamente de valores da empresa em que trabalha é obrigado a restituí-los, mas não pode pretender a compensação deste seu débito originado de ilícito com o valor de férias não gozadas que ainda tem para receber. O que furta dinheiro do cofre do vizinho deve restituir o valor furtado; se o criminoso

for, eventualmente, também credor desse mesmo vizinho, não poderá alegar a compensação, porque sua dívida tem causa ilícita. Note que, neste segundo exemplo, apenas a vítima, se for do seu interesse, pode compensar o que deve ao criminoso com o crédito nascido do crime, se atendidos os demais requisitos da prestação compensável.

f) *Inessencialidade*. As prestações essenciais ao sujeito ativo não servem à compensação. A primeira hipótese legalmente prevista de prestação essencial é a insuscetível de penhora (CC, art. 373, III). A lei processual define que determinados bens, reputados essenciais ou sentimentalmente caros ao devedor, não podem ser objeto da constrição judicial da penhora. São exemplos de bens impenhoráveis o anel nupcial, a provisão mensal de combustível, os utensílios profissionais e outros (CPC, art. 649). Na sua maioria, exatamente pelo seu valor idiossincrático, os bens impenhoráveis são infungíveis e seriam, já por esta condição, imprestáveis à compensação. Há, contudo, certos bens impenhoráveis que são fungíveis, como o salário ou vencimentos. A lei, em atenção à essencialidade desses bens para o devedor — ou seja, pelas mesmas razões que justificaram sua impenhorabilidade —, obsta que sirvam à compensação. Desse modo, se o empregado causa culposamente dano ao empregador, não se verifica a compensação do crédito pela indenização com o saldo salarial devido. Note-se, a compensação — enquanto fato jurídico extintivo da obrigação — decididamente não se verifica, porque excluída expressamente pela lei civil. Pode, entretanto, o empregador proceder ao *desconto* do valor correspondente à indenização, desde que com isto concorde o empregado (CLT, art. 462, § 1º) (as declarações de vontade das partes da relação empregatícia, sob o estrito ponto de vista econômico, levam ao mesmo resultado da compensação, mas não se confundem, juridicamente, com esta; a compensação é fato jurídico extintivo de obrigação e não negócio jurídico).

A outra hipótese legal em que a essencialidade da prestação para o sujeito ativo obsta a compensação encontra-se na referência às obrigações de alimentar (CC, art. 373, II, *in fine*). Como os alimentos são destinados ao sustento do alimentado, a compensação contra os interesses deste frustraria o objetivo do instituto. O alimentador não pode, assim, compensar o que deve a título de alimentos com créditos que porventura possua perante o alimentado.

3.3. Observações finais

Para finalizar o exame da compensação como fator extintivo de obrigação, cabem três observações.

A primeira diz respeito à compensação de obrigações que devem ser cumpridas em lugares diferentes. Como já assentado anteriormente, o lugar do pagamento não tem, hoje, grande importância, tendo em vista que a expressiva maioria das obrigações pecuniárias, no Brasil, cumpre-se por meio de operações bancárias, sendo irrelevante o local em que se encontram os sujeitos da relação obrigacional no momento do adimplemento. De qualquer forma, se a questão do lugar do pagamento não for indiferente para a parte que se deslocou em função da compensação, é-lhe assegurado o direito à dedução das despesas correspondentes (CC, art. 378).

A segunda é pertinente à situação do devedor que se obrigou por mais de uma dívida compensável perante o mesmo credor. Estabelece a lei que a compensação se opera com observância das regras atinentes à imputação do pagamento (CC, art. 379). Desse modo, cabe ao devedor apontar qual das obrigações compensáveis ele deseja ver extinta por compensação. Se não o fizer, e o credor também não se manifestar, compensam-se as dívidas vencidas em primeiro lugar ou, se insuficiente este critério, as mais onerosas (CC, arts. 352 a 355).

Finalmente, a terceira observação trata da preservação dos direitos de terceiros. A compensação, esclarece-se, não prejudicará esses direitos. Se o devedor se torna credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exequente a compensação que eventualmente tivesse contra o executado (CC, art. 380). Assim, imagine que *Orlando* é credor de *Pedro* e deve a *Renato*. Este último, na execução que promove para haver seu crédito, pode penhorar o crédito que *Orlando* tem com *Pedro*. Vindo, após isso, *Pedro* a tornar-se também credor de *Orlando*, não poderá ser feita a compensação porque ela prejudicaria os direitos do exequente *Renato*. Com efeito, como a compensação extingue a obrigação, ela acarretaria, neste caso, a desconstituição da garantia do terceiro representada pela penhora. Na tutela dos direitos deste, a lei, então, obsta a compensação.

4. CONFUSÃO

Por confusão, extingue-se a obrigação em que o mesmo sujeito de direito tornou-se credor e devedor. Dois exemplos podem ilustrá-la. No primeiro, considere que o sujeito passivo da relação obrigacional é o único herdeiro do sujeito ativo. Vindo este último a falecer — antes ou depois de vencida a obrigação, mas, em qualquer caso, antes do seu adimplemento —, aquele passa a ser, ao mesmo tempo, sujeito passivo e ativo da obrigação. No segundo exemplo,

imagine que os obrigados são sociedades empresárias e que uma delas incorpora a outra (quer dizer, absorve o patrimônio dela numa operação societária). Na incorporação, a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações (CC, art. 1.116). Se a incorporada devia à incorporadora, ou se tinha perante esta algum crédito, opera-se a confusão extintiva da obrigação.

Deve-se à absoluta impossibilidade material e lógica de sobrevivência da obrigação a sua extinção por confusão. Se o credor e o devedor tornam-se o mesmo sujeito de direito, as posições ativa e passiva da relação obrigacional passam a pertencer ao mesmo patrimônio. Não há como adimplir esta obrigação, porque a prestação já se encontra no patrimônio de quem é o credor. Para os sujeitos obrigados a manter contabilidade (como as sociedades empresárias), bastam os lançamentos apropriados que fazem desaparecer o registro da obrigação. Para os demais, a impossibilidade material e lógica já suspende qualquer eficácia da obrigação.

A confusão é, tal como a compensação, um fato jurídico. Mesmo quando derivada de negócio jurídico — como no exemplo da incorporação —, o que extingue a obrigação não é a declaração de vontade das partes, mas sua consequência: a reunião no mesmo patrimônio das posições ativa e passiva da relação obrigacional. Sempre que se verificar esta reunião, tal fato jurídico implicará a extinção da obrigação por confusão.

Duas são as espécies de confusão: total ou parcial (CC, art. 382). Na primeira, a obrigação extingue-se por completo, enquanto, na outra, apenas em parte. Exemplo de confusão parcial encontra-se nas obrigações solidárias. Se um dos devedores solidários se confunde com o credor, opera-se a extinção de *parte* da obrigação. Quer dizer, apenas a parte correspondente à parcela de responsabilidade do devedor solidário confundido. Remanesce a obrigação com a solidariedade entre os demais devedores (se restarem, evidentemente, pelo menos dois). É o ditado da lei: “a confusão operada na pessoa do credor ou do devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte do crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade” (CC, art. 383).

Confusão é o fato jurídico extintivo de obrigação derivado da reunião, no mesmo patrimônio, das posições ativa e passiva da relação obrigacional. Assim, quando credor e devedor passam a ser o mesmo sujeito de direito, dá-se a confusão e a extinção da obrigação.

A confusão pode ser parcial, hipótese em que a obrigação não se extingue por inteiro.

Cabe alertar que não se opera confusão se os sujeitos da relação obrigacional não são exatamente iguais. Esta impropriedade no manuseio do conceito verifica-se, até com certa frequência, no caso de aquisição de participações societárias (ações de sociedades anônimas ou quotas de limitada). Se *Antonio* é credor da sociedade *Primavera Empreendimentos Ltda.* e adquire a maioria das quotas sociais de seu devedor, isto *não* acarreta a confusão. O sócio é pessoa distinta da sociedade, de modo que *Antonio* continuará credor e *Primavera Empreendimentos Ltda.*, devedora, sendo irrelevante o fato de o credor ter-se tornado sócio do devedor. Somente quando o credor e o devedor se confundem num mesmo sujeito de direito, ou seja, apenas quando se reúnem no mesmo patrimônio as posições ativa e passiva da obrigação é que esta se extingue por confusão.

Dispõe, enfim, a lei que, cessada a confusão, restabelece-se a obrigação anterior com todos os seus acessórios (CC, art. 384). Para alguns doutrinadores, trata-se de preceito equivocadamente formulado pela lei. O que se pretendeu regular, segundo este enfoque, não seria a cessação da confusão e o restabelecimento da obrigação, mas as situações transitórias em que a possibilidade de confusão está presente, mas ainda não se verificou em sua plena eficácia. Como diz Pontes de Miranda, não há ressurreição do crédito (1965, 25:43/44). A confusão, quando ocorre, o extingue e não haveria como reavivá-lo. A norma em foco cuidaria, assim, da renovação da eficácia da obrigação que corria o risco de ser extinta por confusão. Judith Martins-Costa ilustra o fato subsumível ao art. 384 do CC, para esta concepção, com a renúncia à herança. Com o falecimento, transmite-se o patrimônio do falecido imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários. Se um destes devia ao *de cujus*, a obrigação correspondente reúne todos os requisitos para extinguir-se por confusão. Se, contudo, esse devedor renuncia à herança, não chega a ocorrer a reunião, num só patrimônio, das duas posições da relação obrigacional. A confusão, que estava prestes a ocorrer, não se verifica (Martins-Costa, 2003:646/648).

O art. 384 do CC cuida, no meu modo de ver, da hipótese de anulação do negócio jurídico de que decorreu a confusão. Se a incorporação da sociedade credora pela devedora é anulada, todos os seus efeitos deixam de se projetar, inclusive os relacionados à extinção da obrigação que havia entre elas. A anulação do negócio jurídico motivador da confusão faz cessar esta e restabelece, com todas as garantias, a obrigação anterior. Na aplicação deste

dispositivo, porém, com o intuito de preservar os interesses de terceiros, tem-se negado o completo restabelecimento de certas garantias reais. Se, após o negócio jurídico que deu ensejo à confusão, foi levantada a hipoteca que garantia a obrigação, o imóvel anteriormente onerado pode ter sido vendido. Para tutelar os interesses do terceiro adquirente, considera-se que a anulação daquele negócio jurídico faz cessar a confusão e restabelece a obrigação, mas não revigora a hipoteca (cf. Venosa, 2001:323).

5. REMISSÃO DE DÍVIDAS

A remissão das dívidas é negócio jurídico extintivo da obrigação. Consiste na declaração do credor, aceita pelo devedor, no sentido de dispensar este último do cumprimento da obrigação ou de parte dela. Tem os mesmos efeitos liberatórios da quitação (Pereira, 1962:246). Remitida a dívida por completo, nada mais pode ser exigido do sujeito passivo.

Remissão é perdão. O credor libera, por ato de vontade, o devedor do cumprimento da obrigação. Não se trata, porém, de negócio unilateral. Não basta o credor querer, para que se opere a remissão. Ela depende da concordância do devedor. Na verdade, *nada,* neste mundo, é de graça. O perdão que aparentemente só traz benefícios ao sujeito passivo pode, a bem da verdade, acarretar-lhe constrangimentos. Se ele não está disposto a suportá-los, preferindo cumprir a obrigação, é seu direito. O constrangimento moral decorrente do perdão pode, aliás, ser mais difícil de aguentar que os eventuais apertos econômicos relacionados ao cumprimento da obrigação cuja remissão é pretendida pelo credor — só o devedor pode avaliar.

Deve-se distinguir a remissão do não exercício do direito. Se o credor, vencida a obrigação sem o adimplemento pelo devedor, simplesmente não promove a execução forçada do crédito, sua inércia não importa a extinção do direito *enquanto não transcorrer o prazo prescricional correspondente*. Quer dizer, o credor poderá, a qualquer tempo, *desde que dentro do prazo de prescrição,* abandonar o estado inercial e perseguir o pagamento a que faz jus, porque seu crédito não se extinguiu. Na remissão, ao contrário, a declaração no sentido de liberar o devedor do cumprimento da obrigação vincula o credor aos seus termos. Uma vez aceita a liberação pelo sujeito passivo, opera-se a extinção da dívida. Mesmo vindo o credor a se arrepender, no futuro, da liberalidade praticada, nada poderá cobrar do devedor.

A remissão é, assim, uma espécie de *renúncia* (Cap. 12, item 1). É,

especificamente, a renúncia a direito *obrigacional* e se traduz sempre num negócio jurídico bilateral (Monteiro, 2001:335). Veja que o titular de direito não obrigacional pode, por ato unilateral de vontade, declarar de forma vinculativa abrir mão dele. O deputado pode renunciar ao mandato político para o qual fora eleito, independentemente da aprovação de qualquer outro sujeito; o herdeiro pode renunciar à herança por sua exclusiva vontade; qualquer litigante pode renunciar ao direito de recorrer sem consulta aos demais, e assim por diante. Quando o sujeito é titular de direito obrigacional como credor, ele simplesmente não pode abrir mão de seu crédito por declaração unilateral de vontade. Sem a concordância do devedor, a renúncia (remissão) não existirá.

Antes da entrada em vigor do Código Reale, a doutrina civilista abrigava séria controvérsia sobre a natureza da remissão, defendendo alguns autores que se cuidava de ato unilateral e outros, bilateral (cf., p. ex., Lopes, 2000:321; Gomes, 1961:124; Rodrigues, 2000:229). Ao introduzir no direito brasileiro o preceito contido no art. 385 (“a remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação...”), o Código Civil de 2002 pôs fim à controvérsia. Embora haja quem considere a questão ainda não resolvida (Lotufo, 2003:417/419), a lei, ao condicionar o efeito liberatório à aceitação do sujeito passivo, prestigia a posição que não admite qualquer forma de extinção de obrigação por simples declaração de renúncia do credor.

Em decorrência da natureza bilateral do negócio jurídico em que a remissão se encerra, o devedor pode opor-se à tentativa de o credor, unilateralmente, pretender liberá-lo do vínculo obrigacional. Assim, se o credor declara a vontade de remitir a obrigação, mas o devedor considera que é do seu interesse cumpri-la, este último tem o direito de pagar a dívida. Pode o devedor nessa situação, inclusive, valer-se da ação judicial própria para alcançar o cumprimento da obrigação, que é a consignação em pagamento (CPC, arts. 890 e s.). A recusa em receber o pagamento não tem causa justa quando fundada exclusivamente na intenção do credor de exonerar o devedor da obrigação.

A remissão é o perdão, total ou parcial, da dívida. Trata-se de declaração de vontade do sujeito ativo no sentido de liberar o passivo do cumprimento da obrigação. Tem efeito extintivo desde que atendidos dois requisitos: a) concordância do devedor, que não pode ser constrangido a suportar eventual dívida moral em reconhecimento ao perdão; b) inexistência de prejuízos para terceiros.

Direitos de terceiros não podem ser prejudicados pela remissão. O crédito, lembre-se, integra o patrimônio do sujeito ativo e, como tal, garante o cumprimento das obrigações que ele tem perante terceiros. A declaração exoneratória do credor, mesmo que aceita pelo devedor, não terá o efeito de extinguir a obrigação se, por exemplo, a remissão levar o sujeito ativo à insolvência. Não extinguirá, também, a dívida se esta se encontrava penhorada em execução que terceiro move contra o credor. Nesses dois casos, o credor do credor é prejudicado pela redução patrimonial que o perdão da dívida importaria.

A remissão, assim, é uma declaração do sujeito ativo liberando o passivo do cumprimento de sua obrigação que depende, para projetar efeitos extintivos, de aceitação do devedor e da inexistência de prejuízos a direitos de terceiros.

A remissão pode ser total ou parcial, segundo a extensão da liberação que realiza. Se extinta a obrigação por completo, é total; caso contrário, parcial. Na remissão parcial, o sujeito passivo fica, por evidente, vinculado ao cumprimento da parte não remitida. O inadimplemento da parte exigível, porém, não faz ressurgir a dívida por inteiro (a menos que seja este efeito expressamente previsto no instrumento representativo da obrigação). Se o credor, ao remitir parcialmente a obrigação, tinha o objetivo de receber pelo menos parte dela, deveria ter-se cercado de maiores garantias, porque a remissão, uma vez aceita pelo devedor, só pode ser desconstituída com a expressa concordância deste.

A remissão não tem forma prescrita na lei. Pode adotar qualquer uma: escrita, oral, gestual, transmissão eletrônica de dados etc. Normalmente, para a segurança das partes, é feita por escrito particular, em instrumento assinado pelo credor e devedor. Pode derivar, contudo, de declarações orais, passíveis de prova por outros meios, inclusive testemunhas (se o valor da remissão era inferior ao décuplo do maior salário mínimo vigente — CC, art. 277). Na distribuição do ônus probatório, presume a lei ter sido remitida a obrigação quando o credor entregou, voluntariamente, ao devedor o título representativo da dívida que adota a forma de escrito particular (CC, art. 386). Feita a entrega voluntária do instrumento particular, caberá ao credor a prova de que a intenção do gesto não teria sido a de perdoar o devedor.

A devolução voluntária do bem empenhado, por sua vez, não presume a remissão da obrigação, mas simplesmente a renúncia à garantia real (CC, art. 387). *Antonio*, credor pignoratício de *Benedito*, restitui a este o objeto sobre o qual recai o penhor. Presume-se que nesse gesto está a manifestação da vontade do credor de renunciar à garantia real, mas não ao direito creditório. Considera-se, então, que *Antonio* continua credor de *Benedito*, mas, após a restituição do

bem empenhado, não titulariza mais a garantia pignoratícia; torna-se credor quirografário.

Na hipótese de solidariedade passiva, a remissão acertada entre o credor e um dos codevedores solidários não aproveita aos demais. A obrigação apenas reduz-se proporcionalmente ao quinhão (ou à parte dele, se tiver sido parcial a remissão) do sujeito passivo declaratário (CC, arts. 277 e 388). Exemplo: *Carlos*, *Darcy* e *Evaristo* são devedores solidários de $ 300 a *Fabrício*. Se eventualmente *Fabrício* remitir, por completo, a dívida de *Carlos*, a extinção da obrigação deste não importará a liberação de *Darcy* e *Evaristo*. Pelo contrário, remanescerá obrigação no valor de $ 200, pela qual *Darcy* e *Evaristo* continuarão solidariamente responsáveis.

Por fim, registro que não se confundem *remissão* (ato ou efeito de remitir) com *remição* (ato ou efeito de remir); aquele é negócio extintivo da obrigação e este, o resgate de um bem onerado ou sob constrição judicial.

Capítulo 18

INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO

1. O DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O credor espera que a obrigação se cumpra espontaneamente no vencimento, isto é, que a prestação lhe seja entregue pelo devedor no tempo e lugar devidos. Não só ele. Num certo sentido, a sociedade como um todo também tem a expectativa de que as obrigações sejam tempestivamente pagas. O cumprimento generalizado das obrigações contribui para ampliar o grau de confiança entre as pessoas e, consequentemente, a sensação geral de segurança. E não se trata apenas de conforto psicológico. Viver num meio em que há elevado nível de cumprimento voluntário das obrigações, além da sensação de segurança, representa pagar menos pelos bens e serviços de consumo e impostos. Onde todos costumam pagar o que devem, isto é, onde o risco de inadimplência é baixo, os credores em geral não precisam embutir nos seus preços uma alta taxa (*spread*) para neutralizar os efeitos do atraso ou descumprimento da obrigação. Veja o caso dos impostos: nos lugares em que todos os cidadãos pagam regularmente seus tributos, pagam-se menos tributos. Naqueles em que há significativo número de inadimplentes, o Poder Público precisa compensar a inadimplência aumentando a carga tributária, a ser suportada exclusivamente pelos adimplentes. No Brasil, um dos ingredientes que contribuem para a elevação do custo de vida e para o alto nível de tributação é certamente a nefasta cultura, de larga difusão em certos meios, de ver vantagem em postergar pagamentos, forçar renegociações e sonegar impostos. Se há um aparente e imediato ganho individual, ele se perde, pelo menos em parte, em razão da alta no custo de vida que indiretamente causa. Para a sociedade como um todo, e não apenas para os credores, portanto, interessa que as obrigações sejam integralmente cumpridas pelos devedores no seu tempo e lugar.

A maioria das obrigações é de fato, paga no vencimento por espontânea iniciativa do devedor. *Delas o Direito não cuida*. O Direito, viu-se (Cap. 2, principalmente), é o sistema social criado para superar os conflitos de interesses. Quando a obrigação é paga pelo devedor no vencimento, não se manifesta nenhum conflito. O sistema jurídico nem sequer chega a ser acionado. Pode-se

mesmo dizer que o Direito seria por tudo inútil se as pessoas nunca deixassem de cumprir seus deveres e obrigações e se, em caso de qualquer desentendimento, sempre alcançassem, com rapidez e justiça, a composição amigável de seus interesses. Seria um mundo sem juízes, advogados, faculdades de direito ou prisões. Na realidade, porém, conflitos de interesses surgem, e a sociedade civilizada desenvolveu um sistema (institucionalizado) para superá-los, que é o Direito. Se a obrigação é cumprida tal como deveria ser, nenhum antagonismo se instala nas relações entre os envolvidos, e este fato não ganha relevância para o sistema de superação de conflitos.

O Direito cuida, assim, das obrigações que não são cumpridas, daquelas em que o devedor não entrega a prestação ao credor no tempo e lugar devidos. Mesmo quando a lei disciplina o adimplemento das obrigações — fixando, por exemplo, os requisitos do pagamento —, o que tem em mira é nortear decisões acerca da verificação, num caso concreto, do inadimplemento. Ao, por exemplo, estabelecer que “o pagamento deve ser feito ao credor” (CC, art. 308, primeira parte), a lei está, a rigor, preceituando que o pagamento feito a quem não é o credor representa inadimplemento. Esse dispositivo legal, destaque-se, curiosamente não se aplica aos pagamentos feitos aos credores. Nestes casos, não surge nenhum conflito de interesses que precise ser solucionado a partir da diretriz dada por aquela norma. Quando, então, será ela aplicada? Nos casos em que o devedor pretender sua liberação da obrigação, mesmo tendo feito o pagamento a quem não era o credor; em suma, quando se verificar o conflito de interesses: o credor considera-se não pago e o devedor entende que já está liberado da obrigação. O juiz, ao decidir esse conflito norteado pela norma citada, determinará que o devedor pague novamente o credor, ou seja, partirá do pressuposto de que a obrigação está inadimplida.

O inadimplemento verifica-se sempre que a obrigação não é cumprida no vencimento. Ele é também referido pela expressão *inexecução*, e pode ser voluntário (decorrente da vontade do sujeito obrigado) ou involuntário (causado por fatos estranhos a esta vontade). Nas obrigações de dar, se o devedor não entrega na data aprazada a coisa objeto da prestação, ou o credor se recusa a recebê-la injustificadamente, ocorre o inadimplemento. Nas de fazer, ele se manifesta quando o sujeito passivo não age ou deixa de prestar o serviço prometido a partir da data do vencimento da obrigação. Já nas de não fazer, diz a lei que “o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (CC, art. 390). Há, enfim, inadimplemento de obrigações de fazer ou não fazer em decorrência de ato do credor que obsta ou não colabora

para o cumprimento delas, se necessária a concorrência de condutas dos sujeitos obrigados.

Desse modo, se *Antonio* vende a *Benedito* seu automóvel, prometendo entregá-lo em 5 dias úteis, há inadimplemento se deixa de fazê-lo neste prazo. Também não cumpre a obrigação *Benedito* se ele se recusar, sem motivo justificável, a receber o veículo no dia do vencimento. Há ainda inadimplemento se *Carlos*, dentista, havia concordado em tratar dos dentes de *Darcy*, mas adia indefinidamente a consulta. Será inadimplemento de *Darcy* seu não comparecimento, na data e no horário agendados, ao consultório de *Carlos*, para submeter-se ao tratamento dentário que havia contratado. Veja que o cumprimento da obrigação de fazer assumida pelo dentista depende, nesta hipótese, também de conduta do paciente. Finalmente, é inadimplente *Evaristo*, alienante de quotas de sociedade empresária, que se obrigara perante *Fabrício*, o adquirente, a não concorrer no mesmo ramo econômico, caso venha a nele operar, descumprindo obrigação de não fazer.

Esses são exemplos de inadimplemento voluntário. Mas, como referido, as obrigações também são inadimplidas involuntariamente. Se o devedor não entrega a coisa porque esta se perdeu numa inundação ou deixa de fazer o que se obrigara porque adoecera, verifica-se inadimplemento involuntário. Qualquer fato jurídico escapado ao controle das partes pode dar ensejo à inexecução involuntária: atos de terceiros, eventos naturais, impedimento legal superveniente e outros.

O inadimplemento (ou inexecução) significa o não cumprimento da obrigação no modo, tempo e lugar devidos. É voluntário quando deriva de culpa de pelo menos um dos sujeitos obrigados (em geral, o devedor) e involuntário quando causado por fato necessário de efeitos inevitáveis (ato de terceiro, força da natureza, impedimento legal superveniente etc.).

O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo (Alvim, 1972:7). No primeiro caso, o devedor vê-se impossibilitado de cumprir a obrigação por perda da prestação. No segundo, verifica-se apenas atraso no cumprimento da obrigação, mas a prestação permanece íntegra.

O inadimplemento absoluto, a seu turno, pode ser total ou parcial, dependendo de ter perecido ou deteriorado o objeto. Note que a perda parcial da coisa ou conduta devidas configura também inadimplemento; como o credor não

é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida (CC, art. 313), o devedor não pode pretender sua liberação da obrigação pela entrega da prestação deteriorada, que é, com certeza, algo diferente do devido. O inadimplemento absoluto, destaco, só pode ocorrer, nas obrigações de dar coisa incerta, após a concentração, e nunca se verifica nas obrigações pecuniárias. O gênero, como visto, não perece; assim, enquanto não individuada a prestação na obrigação de dar coisa incerta, é impossível seu inadimplemento absoluto. O objeto das pecuniárias, por sua vez, é o dinheiro, bem insuscetível de perda (*no sentido jurídico da expressão*) em qualquer hipótese.

O inadimplemento relativo deriva do atraso no cumprimento da obrigação e é, quando culposo, denominado mora. Neste caso, como a prestação não se perde, o pagamento é ainda possível. A mora normalmente é do devedor, que não entrega a prestação no prazo estabelecido, mas pode também ser do credor, quando ele se recusa injustificadamente a receber a prestação (item 3).

O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. É absoluto se impossibilitado o cumprimento da obrigação. Verifica-se em caso de perda total ou parcial da prestação. É relativo se a obrigação deixa de ser cumprida ao seu tempo, mas a prestação permanece íntegra. Neste último caso, quando há culpa do sujeito obrigado, o inadimplemento denomina-se "mora".

Esta classificação, embora largamente empregada na doutrina, nem sempre serve à identificação das consequências da inexecução das obrigações. São essencialmente idênticas as implicações do descumprimento culposo da obrigação, seja o inadimplemento absoluto, total ou parcial, ou relativo. Por isso, para bem compreender os limites da distinção é preciso tangenciar o tema das consequências do inadimplemento.

2. CONSEQUÊNCIAS GERAIS DO INADIMPLEMENTO

Variam as consequências do inadimplemento segundo tenha decorrido de culpa dos sujeitos obrigados ou não. Quando, por exemplo, o pagamento não se realiza no tempo e lugar devidos porque o devedor negligencia nos controles ou em outras providências necessárias à sua efetivação (culpa simples), ou porque intencionalmente decidiu não entregar a prestação a que se obrigara, sem que houvesse justificativa jurídica para tanto (dolo), ele responde pelos prejuízos que

sua conduta culposa causar ao credor. Se, por outro lado, a falta do pagamento deve-se a fato diverso, não imputável à culpa do devedor (caso fortuito ou de força maior), ele não será responsável por eventuais prejuízos que o inadimplemento trouxer ao credor.

A inexecução da obrigação pode decorrer de culpa dos sujeitos obrigados, ou de pelo menos um deles, ou de fato jurídico sobre o qual não têm controle. O inadimplemento voluntário ou culposo gera para a parte culpada a responsabilidade de indenizar os danos sofridos pela outra parte. O inadimplemento involuntário, ou não culposo, importa a resolução da obrigação. Estas são as regras gerais da matéria.

De um modo geral, pode-se dizer que o inadimplemento não culposo acarreta a resolução da obrigação. As partes, então, retornam à situação em que se encontravam antes da constituição do vínculo obrigacional. O sujeito passivo não pode ser mais forçado a entregar a prestação, mas deve restituir ao ativo eventuais pagamentos que tenha recebido. Já o inadimplemento culposo impõe ao sujeito culpado pelo não cumprimento da obrigação o dever de indenizar os prejuízos que sua conduta ocasiona. A indenização é representada pelo pagamento do valor das perdas e danos, juros, correção monetária, honorários de advogado e multa estabelecida em cláusula penal. Aqui, porém, está apenas a ideia geral das consequências do inadimplemento. À frente, são detalhadas as regras aplicáveis à presença (itens 3 e 4) e ausência de culpa (item 6) na inexecução.

Quando a obrigação é pecuniária, não variam as consequências do inadimplemento de acordo com sua extensão. A classificação apresentada no item anterior — absoluto (total ou parcial) ou relativo — tem importância para delimitar as consequências do inadimplemento de obrigações não pecuniárias. A doutrina costuma apontar como implicação relevante dessa distinção a possibilidade de emenda do devedor, que existe apenas na hipótese de mora e não na de inadimplemento absoluto (cf., por todos, Diniz, 2003, 2:368). A perda ou inutilidade da prestação impedem, deveras, que o devedor tome a iniciativa de reverter o inadimplemento.

Em outros termos, no inadimplemento absoluto total, que sempre diz respeito a obrigação não pecuniária, a indenização devida pelo inadimplente *compensa* a impossibilidade de sua execução pelo exato modo em que foi constituída. Aqui, o credor simplesmente não tem como exigir mais o pagamento da prestação

devida, nem de equivalente. Substitui-se, então, a obrigação não pecuniária cuja prestação se perdeu por completo por outra, de natureza pecuniária, que é a indenização. Também tem natureza compensatória a indenização devida na hipótese de inutilidade da prestação causada pelo inadimplemento relativo de obrigação não pecuniária. Caracterizada, em termos objetivos, que a prestação se tornou inútil ao credor, ele não é obrigado a recebê-la e tem direito a indenização que substitua a obrigação inadimplida. Por outro lado, tem natureza sempre moratória a indenização cabível se a prestação continua útil mesmo após o inadimplemento relativo da obrigação não pecuniária. Nesta situação, o credor não pode recusar-se a receber a prestação, e a indenização a que tem direito, portanto, não substitui a obrigação inadimplida, apenas atenua os efeitos da mora. Nas hipóteses de inadimplemento absoluto parcial de obrigação não pecuniária, abrem-se à escolha do credor as alternativas de indenização *compensatória* do inadimplemento *ou* entrega da prestação deteriorada acrescida de indenização *moratória*.

3. MORA

Mora é outro nome para o inadimplemento relativo culposo. Pode referir-se tanto ao devedor (*mora solvendi*) como ao credor (*mora accipiendi*). No primeiro caso, manifesta-se pelo atraso no pagamento por culpa imputável ao sujeito passivo; no último, pela recusa injustificada do sujeito ativo em recebê-lo no vencimento. É o previsto na lei: “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” (CC, art. 394).

Quando a mora é do credor, três consequências se projetam (CC, art. 400). Em primeiro lugar, o devedor isento de dolo fica liberado da responsabilidade pela conservação da coisa. Perdendo-se esta, assim, suportará os prejuízos apenas o credor, mesmo que tenha havido culpa simples do devedor no evento danoso. Em segundo, o credor deve ressarcir o devedor pelas despesas com a conservação da coisa em que este incorrer. Por fim, se o valor da prestação oscilar entre o vencimento e o recebimento pelo credor, prevalecerá no cumprimento da obrigação o que for mais favorável ao devedor. Se o credor se recusou a receber, no prazo assinalado, o produto agrícola objeto de contrato, mas, quando o seu preço subiu no mercado, mudou de postura e prontificou-se a recebê-lo, o devedor tem o direito de exigir pagamento suplementar pela mesma quantidade ou entregar menos produto pelo valor contratado.

A mora é o atraso no cumprimento da obrigação provocado por ato culposo de uma das partes. Está em mora o devedor que não entrega a prestação ao credor no vencimento, e o credor que injustificadamente se recusa a recebê-la.

Pode verificar-se simultaneamente a mora do credor e do devedor. É o caso em que nenhum dos dois sujeitos obrigados comparece ao local do cumprimento da obrigação no vencimento. Sendo esta a situação, as condutas dos sujeitos obrigados neutralizam-se uma à outra, e nenhum deles pode ser isoladamente considerado culpado pelo inadimplemento (Monteiro, 2001:271). A mora do credor e a das duas partes correspondem a fatos raríssimos. Na expressiva maioria das vezes, quando há mora, ela é do devedor. Sua caracterização e consequências variam nas obrigações pecuniárias (subitem 4.1.1) e nas não pecuniárias (subitem 4.2.2).

O inadimplemento relativo culposo extingue-se em diferentes hipóteses. Orlando Gomes as lista: purgação da mora, cessação do dever de prestar pela perda da prestação que se verificaria ainda que tivesse sido adimplida a obrigação, novação, remissão, renovação pelo credor do prazo de vencimento e renúncia ao crédito (1961:173). Em todas elas, o devedor abandona a condição de inadimplente e cessam os efeitos da mora. Note-se que as quatro últimas dependem da concordância do credor. Ao novar a obrigação, perdoar o devedor, conceder-lhe novo prazo para o pagamento ou renunciar ao seu direito, o sujeito ativo, por sua exclusiva vontade, libera o devedor das consequências da inexecução culposa deflagradas por este último. Nestes casos, sem a manifestação de vontade do credor no sentido de anuir com a extinção da mora, permanece o devedor sujeito aos seus efeitos. A segunda hipótese de extinção da mora, por sua vez, independe da vontade de qualquer uma das partes (ela será examinada mais à frente: subitem 4.2.2).

A purgação da mora distingue-se das demais causas extintivas do inadimplemento relativo porque consiste em iniciativa exclusiva do sujeito inadimplente e extingue o inadimplemento relativo mesmo contra a vontade da outra parte.

A purgação (chamada também de *emenda*) é, assim, a extinção da mora derivada de manifestação de vontade unilateral do inadimplente (CC, art. 401). Caracteriza-se quando o sujeito obrigado que se encontra em mora muda, por atos inequívocos, sua conduta, viabiliza o cumprimento da obrigação e arca com

as consequências do seu anterior inadimplemento. A purgação da mora não desconstitui os efeitos desta; simplesmente os estanca. A obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes do inadimplemento tempestivo continua imputável ao sujeito em mora. Se, por exemplo, correram juros no período entre o vencimento da obrigação e a purgação da mora, eles continuam devidos. A emenda da mora não libera o inadimplente de pagá-los, nem os demais consectários.

A mora, ao contrário do inadimplemento absoluto, pode ser purgada (emendada). A purgação ocorre quando o inadimplente (credor ou devedor) toma a iniciativa de desobstruir o cumprimento da obrigação, bem como de responsabilizar-se pela completa indenização em favor do outro sujeito da relação obrigacional. Além da purgação, que cessa os efeitos do inadimplemento relativo, outros fatores podem dar ensejo à descaracterização deste: perda da prestação que se verificaria ainda que cumprida a obrigação, novação, remissão, renúncia ao crédito etc.

A mora do devedor é purgada, assim, mediante a entrega ao credor (ou depósito em juízo) da prestação devida com todos os consectários, isto é, com os acréscimos previstos na lei (perdas e danos, juros, correção monetária e honorários de advogado) e, se houver, no contrato (multa convencional). A seu turno, a do credor purga-se pela disposição em receber a prestação e sujeitar-se espontaneamente às consequências de sua conduta culposa (p. ex., ressarcindo ao devedor as despesas com a conservação da coisa ou fazendo o pagamento suplementar na hipótese de oscilação de preços).

4. INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO

Culpa, enquanto conceito de direito civil, compreende tanto as ações negligentes, imprudentes e imperitas (chamadas de *culpa simples*), como as intencionais (chamadas de *dolo*). Se o devedor simplesmente se esqueceu de pagar a obrigação, é culpado pelo inadimplemento em razão de sua negligência. Ele deixou de fazer os controles ou adotar providências que o ajudassem a lembrar do vencimento da obrigação. Não tinha (nunca teve) a intenção de não pagar. Não lhe faltava dinheiro no banco e não tinha interesse nenhum em descumprir a obrigação. A falta de controle ou de memória, porém, é suficiente para caracterizar o inadimplemento culposo. Sofre, por conseguinte, esse devedor as mesmas consequências que sofreria caso tivesse deixado de cumprir a obrigação por dolo (isto é, intencionalmente): deve os encargos da mora.

Para o direito civil, na configuração do inadimplemento culposo, não há, *em*

geral, diferenças entre a atuação do sujeito obrigado caracterizada pela culpa simples ou pelo dolo. Se *Germano* não paga a conta do cartão de crédito porque deixou de atentar para o vencimento, escapando-lhe a oportunidade de cumprir a obrigação no tempo devido, e *Hebe* não paga a dela porque resolveu gastar todo o dinheiro que tinha numa viagem, estão os dois na mesma situação: devem à administradora do cartão os encargos da cláusula penal (juros, multa e correção monetária).

A distinção entre culpa e dolo é relevante, em matéria de inadimplemento das obrigações *negociais*, apenas quando referentes a contratos gratuitos. Diz a lei que, "nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça" (CC, art. 392, primeira parte). Nos vínculos contratuais gratuitos, portanto, o inadimplemento culposo do contratante a quem o contrato não beneficia só se caracteriza se tiver havido dolo de sua parte. Não é suficiente, nestes casos, a culpa simples. Imagine que *Irene* e *João* celebraram contrato de doação, em virtude do qual ela se obrigou a doar-lhe um quadro de pintor famoso em 3 meses. Se, vencido o prazo, *Irene* se esquecer de cumprir o contratado, não sofrerá as consequências do inadimplemento culposo, porque inexistiu dolo de sua parte. Mas, se o descumprimento da doação tiver sido intencional, ela responde por perdas e danos, honorários de advogado, correção monetária e, se houver, multa convencional em favor de *João* (fica dispensada apenas do pagamento de juros em razão de dispositivo específico acerca desse contrato: art. 552, primeira parte, do CC). Excepcionada, assim, apenas a situação do contratante a quem o contrato benéfico não favorece, são sempre idênticas as consequências do inadimplemento culposo de negócio jurídico, seja ele derivado de culpa simples (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo (intenção). Para as obrigações negociais, o Código Civil é expresso: "nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei" (art. 392, segunda parte).

O grau da culpa é, assim, irrelevante na identificação das consequências do inadimplemento de obrigações negociais. Tenha sido levíssima ou gravíssima a ação que levou à inadimplência, deverá o inadimplente suportar os mesmos consectários. Na disciplina da responsabilidade civil, hipótese de obrigação *não negocial*, o grau da culpa pode interferir na liquidação do valor da indenização (Cap. 25, item 1.1.1).

O inadimplemento voluntário decorre de conduta culposa da parte (em geral, o devedor). Em princípio, ele se caracteriza e implica as mesmas consequências tanto na hipótese de culpa simples (negligência, imperícia ou imprudência) como na de dolo (intenção). É irrelevante, por outro lado, o grau da culpa.

As únicas exceções encontram-se nos contratos gratuitos, em que o contratante não favorecido responde apenas pelo inadimplemento doloso, e na responsabilidade civil fundada na culpa, em que o juiz pode equitativamente reduzir o valor da indenização na hipótese de pouca gravidade do ato culposo.

Na discussão sobre os fundamentos da responsabilidade civil subjetiva (Cap. 21, subitem 3.1), pretendo demonstrar que a imputação de consequências jurídicas às condutas culposas assenta-se, em última análise, na noção de ser a vontade a fonte das obrigações. O negligente, imperito ou imprudente que deu causa ao inadimplemento podia ter agido diferentemente. Se não o fez, manifestou de modo indireto a vontade de não cumprir a obrigação. A obrigação de indenizar a outra parte (pagando-lhe perdas e danos, juros, correção monetária, multa convencional e honorários de advogado) é, assim, mediatamente derivada de um querer do sujeito a quem a lei imputa a responsabilidade.

4.1. Inadimplemento das obrigações pecuniárias

As obrigações cujo pagamento consiste na entrega de dinheiro ao credor têm, relativamente ao tema da inexecução, duas especificidades. A primeira, elas não podem ser descumpridas absolutamente; a segunda, nunca perdem a utilidade em razão do inadimplemento relativo.

Descabe o inadimplemento absoluto das obrigações pecuniárias porque o objeto da prestação é bem insuscetível de perda, no sentido jurídico da expressão. Quando se diz que alguém perdeu dinheiro, a afirmação só pode ser compreendida em termos econômicos: o bem deixou de integrar seu patrimônio sem contrapartida (patrimonial ou extrapatrimonial). Para o direito, o significado de perda é mais restrito e pressupõe a desconstituição do bem. Perda é a deterioração completa da prestação. Neste sentido jurídico, perde-se a casa em razão de incêndio, o automóvel por causa do acidente, a marca registrada em virtude de degenerescência etc. Não é possível, como se percebe facilmente, perder dinheiro *desse jeito*. A hipótese de inadimplemento absoluto das obrigações pecuniárias, por isso, não existe.

Em segundo lugar, o inadimplemento relativo da obrigação pecuniária não importa a inutilidade da prestação em nenhuma circunstância. Como a utilidade da execução da obrigação é mensurada objetivamente, e dinheiro é sempre do

interesse de qualquer pessoa, o credor não tem o direito de enjeitá-la a pretexto de não lhe ser interessante o cumprimento a destempo. Aliás, não haveria nem mesmo qualquer sentido lógico ou econômico em tal rejeição, acaso admitida pelo direito, porque a indenização decorrente é paga em dinheiro.

O inadimplemento de obrigações pecuniárias é sempre relativo, e sua execução intempestiva nunca é inútil ao credor. Estas peculiaridades justificam o seu estudo em separado do inadimplemento das obrigações não pecuniárias.

Em vista dessas especificidades, convém estudar inicialmente o inadimplemento culposo das obrigações pecuniárias, para, em seguida, examinar o inadimplemento das não pecuniárias (item 4.2).

4.1.1. Mora do devedor nas obrigações pecuniárias

Dois são os requisitos para a configuração da mora do devedor nas obrigações pecuniárias: o vencimento da obrigação (elemento temporal) e a culpa do devedor (elemento subjetivo).

Elemento temporal. Não há mora enquanto não for exigível a obrigação. Somente após o vencimento, o descumprimento culposo do devedor a caracteriza. E basta, no direito brasileiro, o simples vencimento para constituir-se o devedor em mora. Segundo a lei, "o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor" (CC, art. 397, *caput*), e, "nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou" (art. 398). Quer dizer, tanto nas obrigações negociais como nas não negociais, o vencimento é suficiente para a constituição do devedor em mora. Desse modo, se não tiver sido o culpado pelo atraso no pagamento de obrigação líquida (vencida), a prova do caso fortuito cabe ao devedor.

Em outras palavras, no direito privado brasileiro a constituição da mora não depende, *em regra*, de qualquer ato de interpelação do devedor. Vigora, entre nós, a regra *dies interpellat pro homine*: a chegada do dia do vencimento equivale à interpelação do sujeito passivo (Rodrigues, 2002, 2:159). Considera-se que o devedor não precisa ser avisado do vencimento da obrigação; o simples fato do decurso do tempo até a data em que recai é suficiente para que ele tenha ciência de que é chegado o momento de proceder-se ao pagamento. A mora é,

em princípio, *ex re*, e não *ex persona*: deriva tão somente do retardo no cumprimento da obrigação e não de reclamação do credor.

No direito brasileiro vigora o princípio dies interpellat pro homine*, em virtude do qual a constituição em mora do devedor não depende de qualquer ato de cientificação promovido pelo credor (interpelação judicial ou extrajudicial). Quer dizer, o simples transcurso do tempo até o dia em que recai o vencimento é suficiente para que o devedor tenha ciência de que deve cumprir a obrigação. Não se exige, a não ser nas obrigações sem termo, interpelação, citação ou notificação do devedor para constituí-lo em mora.*

A regra geral de dispensa de interpelação na caracterização da mora do devedor é excepcionada quando o inadimplemento diz respeito às obrigações negociais para as quais não se estabeleceu termo. Como não pactuaram as partes o dia do vencimento, torna-se necessário um ato que o fixe. Este ato é a interpelação do devedor, judicial ou extrajudicial (CC, art. 397, parágrafo único). Cientificado o sujeito passivo de que o credor está exigindo a obrigação sem termo, e permanecendo aquele inadimplente, constitui-se a mora. A lei, por certo, pode criar outras exceções, mas é preciso ter a clareza de que nem sempre a interpelação, quando por ela exigida, destina-se a *constituir* o devedor em mora; por vezes, objetiva unicamente *provar* a mora. Ao disciplinar o contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, por exemplo, estabeleceu a lei que a mora do mutuário fiduciante (devedor) dá-se pelo simples vencimento do prazo de pagamento (Dec.-lei n. 911/69, art. 2º, § 3º), mas o mutuante fiduciário (credor) que pleiteia a busca e apreensão da coisa alienada precisa prová-la (STJ, Súmula 72), o que se faz por meio de notificação extrajudicial (sobre a vigência de preceitos do decreto-lei de 1969, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2003, ver Figueira Jr., 2002:1198/1200).

Elemento subjetivo. A mora, como se disse, é expressão designativa do inadimplemento relativo culposo. Se o atraso no pagamento deve-se a caso fortuito e não à culpa do devedor, não há mora (CC, art. 396). Significa dizer que o devedor não responderá pelos prejuízos ocasionados pelo atraso ao credor. Poderá, eventualmente, vir a sofrer algum prejuízo, caso a prestação perca sua utilidade para o credor, mas não estará nunca obrigado a ressarcir os deste último.

São elementos característicos da mora tanto a culpa simples (negligência, imprudência ou imperícia) como o dolo. O devedor que atrasa o cumprimento da obrigação por mero esquecimento e aquele que age com a intenção de retardar o

pagamento submetem-se às mesmas consequências.

Uma vez caracterizada a mora do devedor de obrigação pecuniária, imputa-lhe a lei a responsabilidade por indenizar os prejuízos do credor (art. 395, *caput*). O inadimplente deve indenizar *por completo* o outro sujeito obrigado. Todos os prejuízos que a inadimplência do devedor ocasionar ao credor devem ser ressarcidos. Para alcançar tal abrangência, a indenização deve corresponder a um conjunto um tanto complexo de variáveis. Certos credores, por exemplo, precisaram contratar os serviços de um profissional da advocacia para instar seus devedores ao cumprimento da obrigação; outros não. Para os primeiros, a indenização deve compreender o ressarcimento dos honorários despendidos com a contratação do profissional; para os que não precisaram valer-se de serviços de advogado, é claro que a indenização nada deve cobrir a este título. A complexidade da matéria obriga que a indenização devida pelo inadimplente desdobre-se, na lei, em certas verbas específicas. Vou chamá-las *consectários* para facilitar a exposição do tema.

4.1.2. Os consectários

A indenização a que tem direito o credor, na inadimplência do devedor relativamente a obrigação pecuniária, *pode* ser representada por até cinco consectários: perdas e danos, juros, correção monetária, multa convencional e honorários de advogado. Enquanto os dois primeiros são devidos em qualquer caso de inadimplência, os três últimos o são apenas em certas circunstâncias.

A indenização devida pelo inadimplente desdobra-se em até cinco consectários: perdas e danos, juros, correção monetária, honorários de advogado e multa convencional.

Para a doutrina, na hipótese de inadimplemento absoluto, os consectários exercem função *compensatória*, na medida em que, além de reporem os prejuízos, também substituem a prestação perdida. Já na de inadimplemento relativo, sua função restringe-se à reposição dos prejuízos derivados do atraso na execução da obrigação. São, então, chamados de *moratórios*. Falam os tecnólogos, então, em juros compensatórios ou moratórios, perdas e danos compensatórios ou moratórios, cláusula penal compensatória ou moratória. Note, porém, que essa classificação, embora tradicional na tecnologia civilista, além de

imprecisa, não tem relevância no contexto das obrigações pecuniárias, que, já foi visto, só podem deixar de ser cumpridas relativamente. Os consectários derivados da inexecução voluntária de obrigação de dinheiro, portanto, têm sempre função moratória.

Por fim, a norma que obriga o inadimplente a pagar os consectários é supletiva. As partes podem, por disposição contratual, limitá-los em patamares inferiores ao da lei ou mesmo dispensar seu pagamento. Omisso o contrato, porém, serão devidos segundo os critérios naquela estabelecidos. Também serão aplicáveis esses critérios se o contrato simplesmente mencionar o consectário, sem o quantificar.

4.1.2.1. Perdas e danos

No contexto das consequências do inadimplemento voluntário, a indenização é expressão ambígua. Significa tanto o conjunto dos consectários (*sentido largo*) como um deles apenas (*sentido restrito*). Quando se afirma que o inadimplente deve a indenização à outra parte, emprega-se a expressão em seu sentido largo. Neste caso, refere-se à soma dos valores devidos a título de perdas e danos, juros, correção monetária, honorários de advogado e multa convencional. Quando, por outro lado, se diz que a indenização por quebra de contrato submete-se aos arts. 402 a 404, *caput*, do CC, usa-se a mesma expressão em sentido restrito. Para contornar a ambiguidade, usarei “perdas e danos” (que é, aliás, a expressão da lei) como referência à indenização em sentido restrito.

Pagar perdas e danos pode ser obrigação principal ou acessória. Quer dizer, pode ser a própria prestação ou um dos efeitos do inadimplemento. Existem certas obrigações em que o objeto é, desde a constituição do vínculo de sujeição do devedor, a indenização do credor. É o caso das derivadas de responsabilidade civil. O motorista que conduz seu carro em velocidade acima da permitida e causa acidente de trânsito fica obrigado a indenizar os danos decorrentes de sua imprudência. A indústria farmacêutica que inadvertidamente coloca no mercado placebo como se remédio fosse é responsável pela indenização dos danos provocados pelo acidente de consumo. Assim, nas obrigações não negociais derivadas de ato ilícito (o exemplo do acidente de trânsito) ou de imputação de responsabilidade objetiva pela lei (o da indústria farmacêutica), a prestação devida pelo sujeito passivo ao ativo é o pagamento das perdas e danos. Nestes casos, a indenização é a obrigação principal. Se não for cumprida tempestivamente pelo devedor, ele fica obrigado também ao pagamento dos

consectários, inclusive nova indenização pelo atraso no pagamento da originária. A indenização como prestação é examinada na terceira parte deste *Curso*.

Excetuando as hipóteses de responsabilidade civil, tanto nas obrigações pecuniárias negociais (mutuário que não paga a prestação do mútuo no vencimento, p. ex.) como nas demais obrigações não negociais (alimentos, contribuição devida pelo condômino ao condomínio edilício, reembolso de capital na retirada de sócio etc.), as perdas e danos são um dos consectários devidos pelo sujeito inadimplente. Representam, pois, obrigação acessória constituída pelo inadimplemento.

Pagar indenização por perdas e danos pode ser a própria prestação a que se obriga o sujeito passivo ou um dos efeitos do inadimplemento (consectário). As obrigações derivadas de responsabilidade civil têm por objeto o pagamento das perdas e danos sofridos pelo credor. Nas demais obrigações pecuniárias, a indenização é devida pelo sujeito inadimplente como um dos acréscimos à prestação.

A medida das perdas e danos está definida na lei: tudo o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar (CC, art. 402). Esta fórmula, cujas raízes se encontram no direito romano (Alves, 1965:43), desmembra o consectário em *dano emergente* (o que o credor efetivamente perdeu) e *lucros cessantes* (o que deixou razoavelmente de ganhar). Alguns doutrinadores criticam o uso, pela lei, da expressão “perdas e danos” na designação desses dois desdobramentos, afirmando que seu sentido volta-se mais para o primeiro somente (sobre o tema, ver Lotufo, 2003:458/459). Aqui, para fins didáticos, proponho abstrair-se a crítica, apesar de seu inegável fundamento, tendo em vista que a clássica expressão da lei auxilia a superação da ambiguidade do termo “indenização”.

O dano emergente corresponde à diminuição patrimonial que o sujeito ativo suporta em razão do inadimplemento culposo do passivo. O locador que não recebe, no vencimento, o aluguel devido pelo locatário, para continuar honrando suas próprias obrigações com terceiros, precisa valer-se do crédito aberto pelo *cheque especial*. Os juros, taxas e impostos que passa a dever ao banco são perdas patrimoniais que ele sofre pelo inadimplemento do devedor. Se o aluguel tivesse sido pago tempestivamente, o locador não teria contraído a dívida no banco. Correspondem esses encargos bancários ao dano emergente provocado pela mora do locatário.

Lucros cessantes, por sua vez, referem-se à recomposição do *custo de oportunidade*. A prestação a que tem direito o credor, na maioria das vezes, corresponde a bem gerador de novas oportunidades de ganho. O dinheiro a ser entregue pelo mutuário ao banco, no vencimento do mútuo, será emprestado a outras pessoas, possibilitando ao mutuante outros negócios que geram novos ganhos. Se o mutuário atrasa o pagamento de sua prestação, o banco perde a oportunidade de girar o dinheiro que lhe deveria ter sido devolvido.

O direito às perdas e danos, por maior que seja seu valor, não pode redundar lucro indevido ao sujeito ativo. Trata-se apenas de neutralizar os efeitos do inadimplemento, via recomposição do patrimônio da parte inocente. O credor não pode enriquecer em função do inadimplemento do devedor. Mesmo a parcela das perdas e danos denominada "lucros cessantes" não pode ser compreendida, nem mensurada, como vantagem patrimonial além do que adviria do tempestivo pagamento da obrigação. O devedor só é responsável pelo pagamento de valor correspondente aos lucros que o credor teria caso não ocorresse o inadimplemento. Isto é, os lucros cessantes servem também exclusivamente à recomposição patrimonial, garantindo ao credor o recebimento do equivalente aos frutos e produtos que estariam agregados ao seu patrimônio na hipótese de adimplemento tempestivo da obrigação.

As perdas e danos abrangem tudo o que o credor efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que ele razoavelmente deixou de ganhar (lucros cessantes). Seu pagamento não pode ocasionar, contudo, enriquecimento indevido do credor à custa do devedor inadimplente. Os lucros cessantes apenas repõem no patrimônio do credor os mesmos ganhos que teria na hipótese de adimplemento da obrigação.

Nas perdas e danos (obrigação acessória nascida do inadimplemento), *normalmente* não é devido nenhum ressarcimento a título de dano moral. Como será examinado melhor à frente (Cap. 25, item 3), a indenização devida em razão de responsabilidade civil pode compreender também o pagamento relacionado à dor extremada que o agente impôs à vítima. O simples descumprimento de obrigação negocial (ou mesmo de não negocial não relacionada à responsabilidade civil, como é o caso, p. ex., da de reembolso do acionista dissidente) não costuma causar dor ao sujeito ativo passível de indenização moral. De fato, se, no vencimento, o locador não recebe o aluguel, o condomínio edilício não é pago pelo condômino ou não se verifica o pagamento dos

alimentos, isso não costuma causar nos prejudicados uma dor de intensidade semelhante à da perda de um filho num acidente de trânsito, da discriminação racial ou da desonra. O simples inadimplemento dessas obrigações não autoriza, em geral, nada além da recomposição patrimonial, isto é, o ressarcimento das perdas efetivas e dos razoáveis ganhos não realizados. Diz a lei, ademais, que, mesmo na inexecução resultante "de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato" (CC, art. 403). Desse modo, apenas em casos especialíssimos, com peculiaridades extraordinárias, deverá o juiz condenar o inadimplente no pagamento de perdas e danos morais a *título de consectário*.

As partes de uma obrigação contratual normalmente pactuam o pagamento de indenização, em caso de inadimplemento. Se o fazem sem qualquer outro detalhamento, concordam que ela, caso devida, será mensurada nos termos do art. 402 do CC. Podem, contudo, os contratantes, mediante estipulação contratual, limitar o valor da indenização ou mesmo dispensar o inadimplente desse consectário. Trata-se de cláusula plenamente válida, porque referente a direito disponível (exceto nas relações de consumo em que é consumidor a pessoa física — CDC, art. 51, I). O pacto exoneratório ou limitador da responsabilidade por perdas e danos em eventual inadimplemento é raro nos negócios em geral.

4.1.2.2. Juros

Como afirma Pontes de Miranda, os juros correspondem ao que "o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar" (1965, 24:45). No primeiro caso, seu pagamento não está associado ao inadimplemento de obrigação. Aqui, correspondem à obrigação do mutuário de remunerar o dinheiro emprestado pelo mutuante ou à do devedor que parcela o pagamento de sua dívida com a concordância do credor, remunerando-o pela facilidade. Chamam-se, então, *juros remuneratórios* e têm sempre fundamento contratual. Deles não se cuida, por enquanto, a não ser para precisar o regime jurídico dos juros devidos como consectário. No segundo caso, isto é, naquele em que são exigíveis pelo credor que não recebeu o que deveriam ter-lhe prestado, os juros derivam do inadimplemento voluntário. Trata-se, agora, da obrigação de pagar juros imputada pela lei ao inadimplente. Integra a indenização a que tem direito o credor, por ressarci-lo em função do uso, pelo devedor, além do tempo devido, do capital correspondente à prestação

inadimplida. Têm fundamento direto na lei e serão chamados, neste *Curso*, de *juros devidos como consectário*.

O valor dos juros devidos como consectário é estabelecido mediante alíquota incidente sobre o total deles e referido a certa periodicidade. Os juros são fixados, por exemplo, em 1% ao mês, 12% ao ano, 0,033% ao dia e assim por diante. Não havendo redução expressa da base de cálculo, considera-se incidente a alíquota sobre a totalidade do devido. Inicia a fluência dos juros na data do inadimplemento ou da constituição em mora do devedor. Nas obrigações sujeitas a termo, são devidos desde o vencimento, por força do preceito *dies interpellat pro homine* (CC, art. 397, *caput*); nas derivadas de ato ilícito, desde sua prática (art. 398); e, nas obrigações sem termo, desde a citação inicial em juízo (CC, art. 405) ou interpelação extrajudicial (CC, art. 397, parágrafo único) (Lotufo, 2003:465; Venosa, 2001:160).

Os juros remuneratórios, como dito acima, são sempre contratuais, mas os devidos a título de consectário não decorrem necessariamente de acordo de vontade das partes. Os juros devidos a título de consectário, assim, podem ser *contratuais* ou *legais*, conforme o instrumento em que se encontram os critérios de sua mensuração: a definição da alíquota, periodicidade e base de cálculo. Quando as próprias partes, nas obrigações negociais, fixam por acordo de vontades tais critérios, os juros devidos a título de consectário são contratuais. Não há limites legais para a fixação dos juros devidos como consectário, já que o art. 591 do CC diz respeito apenas aos juros remuneratórios. Por exemplo, pode-se pactuar licitamente que o distribuidor (comprador) irá arcar com juros de 5% ao mês, caso atrase o pagamento do preço das mercadorias do distribuído (vendedor).

Registro que, embora não haja nenhum limite, no direito positivo, para a estipulação dos juros como consectários, consolidou-se entendimento jurisprudencial considerando que, nos contratos bancários, se não houver legislação específica, eles só podem ser contratados até o limite de 1% ao mês (STJ, Súm. 379).

Devem-se distinguir os juros remuneratórios dos devidos a título de consectário. Remuneratórios são os juros contratuais que o mutuário ou o devedor de valor parcelado devem pagar ao mutuante ou credor. Representam parte da obrigação principal objeto de contrato.

Já os juros devidos a título de consectário são os que o inadimplente deve à parte inocente da relação obrigacional como um dos desdobramentos da indenização.

Os juros devidos como consectário podem ser contratuais ou legais. Os contratuais são os estabelecidos pelas partes

por acordo de vontade e não estão sujeitos a nenhum limite constitucional ou infraconstitucional. Os juros legais calculam-se pelas mesmas taxas devidas na hipótese de atraso no pagamento de tributos federais.

Juros legais, ao seu turno, são os fixados a partir de critério dado exclusivamente pela lei. A fórmula geral encontra-se no art. 406 do CC: "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". Desse modo, se as partes não convencionaram juros para a hipótese de inadimplemento, ou os convencionaram, mas não definiram critérios para a sua mensuração, eles serão iguais aos devidos em razão da mora no pagamento de impostos federais. Também será esta a medida dos juros devidos a título de consectário no inadimplemento de obrigações pecuniárias não negociais.

Atualmente, os juros devidos à Fazenda Nacional em virtude de atraso no pagamento de impostos baseiam-se na taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à dívida mobiliária federal interna, que corresponde à adotada como referência pelo Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para os títulos federais, ou simplesmente *taxa SELIC*. A taxa SELIC é fixada pela Receita Federal no primeiro dia útil do mês seguinte ao de referência. Desse modo, a taxa de setembro é fixada no início de outubro; a de outubro, no início de novembro e assim por diante. No mês em que se realiza o pagamento, portanto, não se conhece a taxa correspondente, que ainda será fixada. Prevê a lei, então, que a taxa SELIC é empregada no cálculo dos juros devidos até o mês anterior à liquidação da obrigação tributária, e que se considera sempre 1% (um por cento) a alíquota relativa ao mês do pagamento (Lei n. 8.981/95, art. 84, I e §§ 1º e 2º). Estes critérios estabelecidos pela lei para os juros de mora devidos à Fazenda Nacional no pagamento tardio de impostos são também os aplicáveis para os juros legais no âmbito civil.

Os juros legais incidentes nas obrigações de direito privado são os da taxa SELIC (empregada pela Fazenda Nacional na cobrança dos tributos federais em atraso), desde o mês seguinte ao do vencimento até o anterior ao da execução tardia, acrescidos de 1% referente a este último mês.

Assim, se o locatário deixa de pagar ao locador o aluguel no vencimento, o

comprador não paga tempestivamente ao vendedor o preço da coisa, o responsável pelo acidente de trânsito não indeniza de pronto os danos que causou, a sociedade não reembolsa o dissidente no prazo, se o devedor, enfim, não cumpre a obrigação pecuniária no tempo devido, *e as partes não fixaram por contrato outro critério de mensuração*, deve o inadimplente pagar, como um dos consectários, juros sobre o valor em atraso, calculados à taxa SELIC incidente entre o mês seguinte ao do vencimento e o anterior ao do pagamento, mais 1% relativo a este último. Não incidem juros a título de consectário, portanto, se a mora é purgada no próprio mês de vencimento da obrigação, a menos que as partes tenham contratado sua incidência nesta específica hipótese.

Outra importante decorrência do art. 406 do CC é a impossibilidade de capitalização dos juros legais (isto é, dos juros devidos como consectários não precificados em contrato). Enquanto não houver preceito legal que autorize a incidência de juros sobre juros (isto é, a capitalização) na mora dos impostos federais, os juros legais nas relações de direito privado também não poderão ser capitalizados. Em termos técnicos, a lei veda o anatocismo dos juros legais devidos como consectários, já que o art. 591 do CC, que permite a capitalização anual, aplica-se apenas aos juros remuneratórios. Evidentemente, se o contrato estabelece que os juros devidos como consectários serão capitalizados, nada há na lei que invalide essa disposição negocial.

4.1.2.3. Correção monetária

Correção monetária é o consectário que visa neutralizar a perda do poder aquisitivo da moeda. Esta perda, denominada tecnicamente inflação, é fenômeno que, em maior ou menor grau, encontra-se em todas as economias capitalistas. Por mais estável que seja a moeda, com o passar do tempo, compram-se menos coisas com igual quantidade de dinheiro. A correção monetária visa à recuperação do valor de compra da moeda em que se expressa a obrigação, buscando a neutralização dos efeitos da inflação projetados entre o inadimplemento e a final execução.

Se a lei não obrigasse o devedor a pagar a correção monetária do valor devido, beneficiá-lo-ia por uma forma de enriquecimento indevido. Imagine uma inflação de 10% ao ano. Se os $ 100 devidos em janeiro são suficientes, nessa época, para a aquisição de 10 produtos ao preço de $ 10 cada, em dezembro compram apenas 9 ao preço de $ 11. Os efeitos da perda do poder aquisitivo da moeda devem ser suportados pelo inadimplente, e não pela parte inocente. Daí a

lei imputar ao culpado pelo inadimplemento a obrigação acessória de pagar a correção monetária (CC, arts. 389, 395 e 404).

Para que a indenização da parte inocente seja completa, o inadimplente deve pagar a correção monetária dos valores devidos. Este consectário visa neutralizar os efeitos da perda do poder aquisitivo da moeda, verificada entre o vencimento e a execução tardia.

O cálculo da correção monetária é feito, em geral, em função de um *índice* que periodicamente mede, por critérios variados, a inflação. Aplica-se o índice sobre o valor a ser corrigido e obtém-se o atualizado, num simples cálculo aritmético.

Para servir de parâmetro à correção monetária, o índice deve resultar de medições metodológicas da variação dos preços em geral ou num determinado segmento da economia. Deve também ser de conhecimento público ou, pelo menos, das partes diretamente envolvidas. Há diversos índices que se prestam a tal finalidade. Alguns dos mais conhecidos são: *a*) índice geral de preços (IGP), calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) em três versões, que variam unicamente em função da data de divulgação: IGP-M, IGP-10 e IGP-DI; *b*) índice nacional de preços ao consumidor (INPC) e o índice nacional de preços ao consumidor amplo (INPCA), calculados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), órgão do Ministério do Planejamento; *c*) índice de preços ao consumidor (IPC), da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE); *d*) custos unitários básicos de construção (CUB), levantados pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil (SINDUSCON) para as respectivas circunscrições, observada a norma NBR 12.721 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Como os índices são calculados por órgãos diversos, públicos ou privados, a partir de metodologias próprias, é importante informar-se sobre o perfil deles, para encontrar-se o mais adequado à indenização do sujeito ativo. Se a obrigação inadimplida diz respeito a contrato entre empresários industriais, o IGP é o índice mais apropriado, na medida em que 60% de sua composição corresponde à oscilação dos preços no atacado (índice de preços no atacado — IPA). Se forem empresários que operam no ramo de construção civil, o índice mais apropriado é o CUB do local do pagamento, já que na composição do IGP apenas 10% corresponde às oscilações neste segmento (índice nacional de custo

da construção — INCC). Se, por fim, a obrigação diz respeito a negócio entre não profissionais (consumidores), os índices mais apropriados são os INPC, INPCA e IPC, que medem as variações dos preços no mercado de consumo.

Nas obrigações pecuniárias negociais, é usual as partes fixarem, na cláusula sobre inadimplemento, o índice a ser empregado na correção monetária do valor inadimplido. Os contratantes têm, em princípio, ampla liberdade para escolher o que melhor atender aos seus interesses. Podem, inclusive, fixar critério de correção monetária diverso de índice, valendo-se para a atualização da moeda, por exemplo, das oscilações de preços de produtos comercializados em bolsas de mercadorias (*commodities*). Num negócio de compra e venda de ações de uma usina de açúcar, é racional e jurídico as partes estabelecerem como critério de correção monetária do valor a ser pago pela participação societária a variação do preço da "cana padrão" numa praça especificada.

Há, destaque-se, índices cuja utilização na atualização da moeda é proibida. São índices ilegais para fins de cálculo da correção monetária, que os contratantes estão, evidentemente, impedidos de eleger. Trata-se do salário mínimo, do ouro e da variação cambial. O primeiro, que se refere ao valor capaz de atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores (CF, art. 7º, IV), nunca pode ser empregado nas relações privadas como parâmetro de atualização da moeda (Lei n. 6.205/75; Lei n. 8.245/91, art. 17). A oscilação do preço do ouro como parâmetro de correção monetária é vedada, também, em qualquer hipótese (CC, art. 318; Lei n. 10.192/01, art. 1º, parágrafo único, I). A variação cambial, por sua vez, é proibida em termos gerais (CC, art. 318), e só pode ser usada na correção monetária nos contratos de arrendamento mercantil lastreados em recursos obtidos pela arrendadora no exterior (Lei n. 8.880/94, art. 6º). Estas proibições atendem exclusivamente às necessidades da política monetária do governo e, por isso, variam de tempos em tempos.

A correção monetária devida em razão do inadimplemento é, em geral, calculada em função de um índice de inflação escolhido pelas partes na cláusula penal. Os mais comuns são o IGP-M, da FGV, IPC da FIPE, INPC do IBGE e o CUB do SINDUSCON. Podem as partes, porém, adotar como parâmetro de correção monetária a variação de preços de mercadorias cotadas em bolsas ou numa praça especificada. Estão proibidas de usar como referencial de atualização da moeda apenas o salário mínimo, o ouro e a variação cambial.

A eventual escolha, pelos contratantes, de índice ilegal para correção monetária da obrigação não importa a dispensa do inadimplente do pagamento

deste consectário. Afasta-se o índice proibido, é certo, mas permanece íntegra a obrigação acessória. O inadimplente, então, pagará a correção monetária calculada em função de índice permitido.

Quando as partes contratam o índice a ser utilizado na correção monetária em caso de inadimplemento, prevalece, por evidente, o contrato, ainda que se pudesse considerar criticável a opção feita, em vista do perfil do critério escolhido. A pesquisa sobre as metodologias e abrangências dos índices, com o objetivo de nortear a definição do mais apropriado à indenização do credor, cabe apenas quando nenhum índice tiver sido objeto de contrato pelas partes ou se o escolhido for ilegal.

É irrelevante o tempo transcorrido entre o inadimplemento e o pagamento do consectário. Ainda que o atraso seja inferior a um ano, será devida a correção monetária. A norma legal que limita a periodicidade da correção monetária à anual é aplicável apenas aos pagamentos tempestivos das obrigações (Lei n. 10.192/01, art. 2º, § 1º). A correção monetária devida como consectário, em outros termos, não é limitada por nenhuma regra de periodização.

Por fim, observo que a correção monetária não é exigível como consectário independente dos juros, quando estes são os legais calculados pela taxa SELIC. Como a SELIC embute percentual correspondente à perda do poder aquisitivo da moeda, a cobrança dos juros legais e da correção monetária representaria anatocismo. Tal cumulação só é possível se expressamente prevista pelo acordo de vontade firmado entre credor e devedor.

4.1.2.4. Cláusula penal nas obrigações pecuniárias

Cláusula penal é o acordo de vontades em que os sujeitos da obrigação contratam as consequências do inadimplemento. Não existe, é claro, nas obrigações não negociais, a não ser que a respeito delas acabem pondo-se de acordo as partes. Normalmente, a cláusula penal consta de todos os contratos escritos. Nela, os contratantes costumam *reiterar* a imputação ao inadimplente (já preceituada em lei) do pagamento de indenização, juros, correção monetária e honorários de advogado. Além disso, é usual fixarem na cláusula penal a alíquota, periodicidade e base de cálculo dos juros, bem como o índice de atualização da moeda. Já foram delineadas as normas pertinentes a este conteúdo da cláusula penal (subitens 4.1.2.2 e 4.1.2.3). Cabe, agora, examinar um outro consectário que ela costuma contemplar: a multa convencional.

A função da multa convencional nas obrigações pecuniárias é reforçar o

cumprimento da obrigação. Se as partes de um contrato empresarial acordam que o devedor pagará ao credor uma multa de 10% sobre o valor da obrigação caso não a cumpra no vencimento, considera-se que elas pretenderam estabelecer uma consequência de maior gravidade que a disposta em termos gerais na lei, para desestimular ainda mais o descumprimento do contrato. A multa convencional torna o inadimplemento altamente gravoso para o devedor e reforça, por esta via, o pagamento tempestivo da obrigação. Esta função do consectário não tem, contudo, grande relevância jurídica. Se a multa contratada reforça eficazmente ou não o cumprimento da obrigação pecuniária no seu tempo e lugar, é irrelevante para o direito. Ou a obrigação é paga no vencimento, e a multa convencional não será devida, ou não o é, e aplicar-se-á a pena contratada, independentemente de ter ela representado, para o inadimplente, um desestímulo à mora.

Nas obrigações pecuniárias, destaco, a multa convencional não tem a função de prefixar o valor das perdas e danos para a hipótese de inadimplemento, como ocorre no caso das não pecuniárias (subitem 4.2.4). Isso em razão de expressa previsão da lei no sentido de que a indenização, no inadimplemento das "obrigações de pagamento em dinheiro", é devida "sem prejuízo da pena convencional" (CC, art. 404).

As partes de um contrato podem estabelecer uma pena para a hipótese de inadimplemento. A pena, em geral, é uma multa, e a cláusula que a contempla é chamada "penal". A lei limita o valor da multa convencional e determina que ela seja reduzida por equidade em caso de cumprimento parcial da obrigação ou se for manifestamente excessiva.

A lei limita o valor da cláusula penal, estabelecendo que ela não pode ultrapassar o da obrigação principal (CC, art. 412). Se o devedor se obrigou a pagar $ 100, o contrato pode estabelecer como pena convencional para o inadimplemento até $ 100. Antes da entrada em vigor do Código Reale, o limite da cláusula penal era de 10% do valor da dívida, em razão de preceito (hoje, revogado) constante da chamada *lei da usura*, de 1933. Desde a vigência do atual Código, a pena pelo inadimplemento pode ser contratada até empatar com o valor da obrigação principal.

Essa é a regra geral da limitação da cláusula penal. Em alguns casos específicos, ressalto, a lei estabelece limite inferior. Assim, o condômino de condomínio edilício que não paga sua contribuição fica sujeito à multa de 2%

sobre o débito (CC, art. 1.335, § 1º) e o consumidor, se inadimplir financiamento, paga multa de 2% do valor da prestação (CDC, art. 52, § 1º). São limites menores que prevalecem sobre o geral, porque se encontram albergados em norma especial.

Note-se que, mesmo atendido o limite do art. 412 do CC, a pena pode ter seu valor reduzido em juízo por equidade, quando seu montante "for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio" (CC, art. 413, *in fine*). Desse modo, se, num contrato de locação empresarial feito pelo prazo de 24 meses, as partes pactuaram como cláusula penal o equivalente a 12 vezes o valor do aluguel mensal, o limite geral da lei é atendido. A cláusula penal corresponde à metade do valor da obrigação principal. Mas, se for locatário um microempresário ou empresário de pequeno porte, na hipótese de ser dele o inadimplemento, deve o juiz reduzir equitativamente o valor da pena.

Também deve ser reduzida a cláusula penal se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte (CC, art. 413). Adotará o juiz, então, um critério de proporcionalidade. Em consequência, se o contrato de locação celebrado por 30 meses prevê como multa convencional o pagamento do valor de 3 aluguéis, o locatário que o pretende rescindir no 20º mês de vigência fica obrigado apenas ao pagamento, a título de multa, do valor de um aluguel. Como ele cumpriu dois terços do contrato, não pode ser penalizado como se tivesse descumprido todas suas obrigações.

4.1.2.5. Honorários de advogado

Sempre que o credor tiver contratado advogado para ver satisfeito o seu direito, a indenização devida pelo inadimplente não é completa se não abranger também o ressarcimento dos honorários daquele profissional. Note que este consectário é imposto ao devedor ainda que não tenha ocorrido trabalho judicial do advogado do credor, isto é, mesmo que as providências adotadas pelo profissional tenham sido todas de caráter extrajudicial (notificação, reunião, preparação de minutas de instrumentos de quitação etc.). A lei civil, ao preceituar que o inadimplente deve os honorários advocatícios, não distingue entre a atuação do advogado em juízo ou fora dele (CC, arts. 389 e 395), e, onde a lei não distingue, o intérprete não está autorizado a distinguir.

O devedor inadimplente deve pagar os honorários de advogado do credor, mesmo que a tardia execução da obrigação

não tenha dependido de medida judicial. Como a indenização devida pelo inadimplente deve ser completa, sempre que o credor tiver contratado advogado para ver satisfeito o seu direito, ao devedor é imposta a obrigação de ressarcir os honorários daquele profissional.

Se a execução é judicial, o juiz fixa o montante a ser pago pelo devedor a título de honorários do advogado do credor. São chamados de honorários de sucumbência, porque pressupõem a condenação do devedor em juízo. O art. 20 do CPC estabelece como parâmetros gerais para a quantificação desses honorários percentuais entre 10% e 20% do valor da condenação (Barbi, 1975:111/113).

Já, se o adimplemento tardio da obrigação ocorreu independentemente de qualquer providência judicial, não há norma legal fixando os percentuais de quantificação dos honorários de advogado. Sendo contratual a obrigação, deve-se consultar a cláusula penal acertada entre as partes. Se nela houver a indicação do critério para o cálculo dos honorários de advogado, observa-se o contratado. Caso não exista previsão contratual sobre a matéria ou não sendo contratual a obrigação, os honorários de advogado devem ser pagos, segundo penso, em percentuais entre 5% e 10% do valor da obrigação em mora, isto é, metade dos fixados pela lei para os honorários de sucumbência em juízo. Afinal, o advogado do credor que obtém a satisfação do direito de seu cliente sem precisar socorrer-se do Poder Judiciário certamente trabalha menos que o profissional seu colega que precisa promover a execução judicial para chegar ao mesmo resultado.

Pondero, por fim, que, se o devedor inadimplente, em negociação com o credor, recusa-se a pagar só este consectário, é provável que a composição amigável seja alcançada. O credor tenderá, neste caso, a liberar o devedor do ressarcimento dos honorários de advogado, arcando diretamente com a remuneração do profissional que havia contratado. De qualquer forma, resistindo o devedor a pagar os honorários de advogado nos entendimentos mantidos com o credor, este só os poderá exigir em juízo. Não chegando, portanto, as partes a acordo sobre a quantificação deste consectário, o conflito de interesses será levado ao Judiciário, em que prevalecerão os critérios do art. 20 do CPC.

4.1.3. Conclusão

Nas obrigações pecuniárias, o devedor que não cumpre no vencimento a obrigação deve pagar ao credor, a título de completo ressarcimento pelos prejuízos que o inadimplemento relativo causou, os seguintes consectários: *a*)

em qualquer caso: *a.1*) a indenização pelos comprovados danos emergentes e lucros cessantes, calculados segundo a fórmula geral de apuração de tudo o que efetivamente o credor perdeu e mais o que razoavelmente deixou de ganhar; *a.2*) os juros fixados na cláusula penal ou, caso não previstos ou não quantificados, os calculados pela taxa SELIC do mês seguinte ao do vencimento até o mês anterior ao do pagamento, acrescidos de 1% (correspondente ao mês do pagamento); *b*) a correção monetária dos valores devidos, apurada pelo índice ou parâmetro constante da cláusula penal ou, em caso de omissão do contrato, por índice cujo perfil seja o mais adequado à relação obrigacional (exceto se os juros não previstos em contrato foram pagos pela taxa SELIC, que embute a inflação); *c*) a multa convencional, se prevista em contrato ou convenção a que se vincula o devedor; e *d*) os honorários de advogado, caso o credor tenha contratado os serviços deste profissional para obter a satisfação de seu crédito judicial ou extrajudicialmente.

4.2. Obrigações não pecuniárias

Obrigações não contratuais e não pecuniárias — isto é, derivadas de fato jurídico, ato ilícito ou ato unilateral de vontade, e cujo cumprimento implica prestação diversa da entrega de dinheiro ao credor — correspondem a hipóteses raras e excepcionais. É o caso, por exemplo, da obrigação de alimentar cumprida por meio de hospedagem e sustento, nos termos fixados pelo juiz (CC, art. 1.701 e parágrafo único). Nelas, o devedor, em vez de pagar os alimentos em dinheiro ao credor, recebe-o em sua casa e divide com ele a mesa de refeições. O alimentante, aqui, cumpre sua obrigação não negocial *fazendo* algo pelo alimentando, e não *dando-lhe* dinheiro.

Assim, as obrigações não pecuniárias são, em geral, contratuais, e as implicações do inadimplemento costumam ser objeto de contrato entre as partes. As limitações e condições legais já examinadas relativamente às obrigações pecuniárias são pertinentes também às não pecuniárias. Há, porém, algumas normas que somente a estas últimas se aplicam.

O inadimplente de obrigação não pecuniária é, a exemplo do que não paga no vencimento dívida de dinheiro, também obrigado a indenizar a outra parte pelos danos que a inexecução culposa ocasionou (CC, arts. 389 e 395). Certas hipóteses de inadimplemento culposo de obrigação não pecuniária, a propósito, são tratadas em dispositivos específicos, como a da perda da coisa certa (arts. 234 e 239), sua deterioração (arts. 236 e 240), impossibilidade da prestação na obrigação de fazer (art. 248) ou descumprimento da de não fazer (art. 251). Tais

normas não afastam a incidência das regras da disciplina geral do inadimplemento; ao contrário, são completadas por estas, que definem a extensão da indenização: perdas e danos, juros, correção monetária, honorários de advogado da outra parte e multa convencional.

As obrigações não pecuniárias, relembrando, podem ser descumpridas absoluta ou relativamente. No primeiro caso, o cumprimento da obrigação tal como havia sido determinado na constituição é irremediavelmente comprometido, seja porque a prestação se perdeu (inadimplemento absoluto total), seja porque se deteriorou (absoluto parcial). Já no caso de inadimplemento relativo, acontece o atraso no cumprimento da obrigação, que pode, inclusive, inutilizá-la. A prestação, se continuar viável e útil, será ainda devida pelo sujeito passivo e suscetível de cobrança pelo ativo.

As obrigações não pecuniárias podem ser descumpridas em termos absolutos (perda total ou deterioração da prestação) ou relativos (atraso na entrega da prestação). Em qualquer desses casos, o devedor é obrigado a indenizar o credor pelo inadimplemento a que deu causa. Varia, contudo, a função da indenização devida, que pode ser compensatória (quando substitui a obrigação inadimplida) ou moratória (quando a ela se acresce como obrigação acessória).

Os consectários devidos pela parte inadimplente, na hipótese de perda total, substituem a prestação. São conhecidos, por isso, como *compensatórios*. Posto que a execução da obrigação nos termos em que se constituíra tornou-se impossível, o credor é compensado pela indenização. Não há, material ou juridicamente falando, outra alternativa. Por sua vez, os consectários devidos na hipótese de perda parcial podem ser compensatórios ou não, em função da escolha do credor. Quer dizer, a parte inocente pode optar entre a indenização compensatória *ou* a entrega da prestação deteriorada mais a indenização que cubra os danos relacionados à deterioração. Optando por esta segunda via, os consectários serão chamados de *moratórios*, porque não substituem a prestação. Por fim, os consectários devidos no inadimplemento relativo de obrigação não pecuniária podem tanto ter função compensatória como moratória, dependendo da inutilidade superveniente ou não da prestação. Se o atraso no cumprimento da obrigação tornou a prestação inútil, a indenização a substituirá, revestindo-se de função compensatória; se continua útil a prestação, a despeito da mora do devedor, a indenização será moratória.

A lei não opera convenientemente com os conceitos de consectário

compensatório e moratório. Ao distinguir os efeitos da cláusula penal, por exemplo, define-a como alternativa a benefício do credor na hipótese de "total inadimplemento da obrigação" (CC, art. 410), o que não tem sentido, já que, uma vez perdido por completo o objeto, ao sujeito ativo só restará a possibilidade de cobrar a indenização do inadimplente *no lugar* da prestação. A doutrina também é imprecisa ao operar com as noções de consectários compensatórios ou moratórios, porque relaciona, de forma simplista, os primeiros ao inadimplemento absoluto e estes últimos, ao relativo. A imprecisão decorre do fato de os consectários também terem a natureza moratória no inadimplemento absoluto parcial, se o credor optar por receber a coisa deteriorada.

No plano econômico, diferem-se os consectários moratórios dos compensatórios apenas no que diz respeito às perdas e danos. Como os compensatórios substituem a prestação devida e os moratórios correspondem à indenização suplementar, aqueles expressam-se em quantia superior a estes. No inadimplemento absoluto parcial ou no relativo, sempre que a execução se der pela entrega da prestação deteriorada ou a destempo, as perdas e danos terão função moratória.

4.2.1. Inadimplemento absoluto das obrigações não pecuniárias

Na inexecução absoluta total, a entrega da prestação fica irremediavelmente impossibilitada. A coisa certa perde-se por completo (destruição do automóvel locado em acidente causado por culpa do locatário), o devedor deixa de fazer o que se havia comprometido (o cantor falta à sua apresentação pública) ou age do modo que se obrigara a omitir (o distribuído desrespeita a cláusula de exclusividade e vende diretamente seus produtos na área de atuação do distribuidor). Já na inexecução absoluta parcial, a prestação se deteriora, mas não se impossibilita, como no caso de redução de valor da coisa certa (a peça de antiguidade é machucada no transporte negligente do vendedor até o local da entrega ao comprador).

O inadimplemento absoluto total de obrigação não pecuniária tem as mesmas consequências econômicas do inadimplemento de obrigação pecuniária, porque dele decorre a imediata constituição de nova obrigação, que, como visto, substitui a inadimplida. Se o vendedor não tem como entregar a coisa vendida porque esta se perdeu por sua culpa, ele passa a dever ao comprador a

indenização compensatória. A obrigação, que não era pecuniária, é, então, substituída por uma dívida de dinheiro. Se ele não paga a indenização ao comprador no vencimento da primeira obrigação, ele incorre em mora. Submete-se, assim, às normas já examinadas do inadimplemento de obrigação pecuniária, que é sempre relativo (item 4.1).

Já na hipótese de inadimplemento absoluto parcial, o credor pode optar por receber a prestação deteriorada mais a indenização moratória ou apenas a indenização compensatória. O devedor fica vinculado à alternativa livremente escolhida pelo credor. Diz a lei que, sendo culpado o devedor (pela deterioração da coisa certa), "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" (CC, art. 236). Igual consequência é estipulada para a hipótese de deterioração da coisa nas obrigações de restituir (CC, arts. 239 e 240).

No inadimplemento absoluto total ou parcial das obrigações não pecuniárias a prestação perdida ou deteriorada é substituída pela indenização; mas, quando parcial o inadimplemento, o credor pode optar por receber a prestação deteriorada mais indenização.

Em qualquer caso de inadimplemento absoluto, a indenização (compensatória ou moratória) compreenderá os mesmos consectários já examinados quanto à inexecução das obrigações pecuniárias, isto é, perdas e danos, juros, correção monetária, honorários de advogado e multa convencional. Há, contudo, certas particularidades relativamente às obrigações não pecuniárias no que diz respeito à cláusula penal (subitem 4.2.3) e juros (subitem 4.2.4).

4.2.2. A mora nas obrigações não pecuniárias

A mora no cumprimento das obrigações não pecuniárias caracteriza-se pela convergência de quatro elementos. Assim, além do atraso no cumprimento da obrigação (*elemento temporal*) e da culpa de pelo menos um dos sujeitos obrigados (*elemento subjetivo*), que já se examinaram anteriormente (item 4.1.1), dois outros são indispensáveis à configuração do inadimplemento relativo das obrigações não pecuniárias: natureza positiva da obrigação (*elemento objetivo*) e viabilidade do cumprimento tardio (*elemento material*).

Elemento objetivo. A mora só pode referir-se às obrigações positivas (art.

397), isto é, as de dar ou fazer. Nas obrigações de não fazer, inexiste a hipótese de inadimplemento relativo. O sujeito passivo que se obrigou a omitir determinada conduta simplesmente não pode *retardar* o cumprimento da obrigação. Enquanto ele age conforme se obrigara (não fazendo a conduta objeto de prestação), cumpre a obrigação. A partir do momento que faz o que deveria omitir, descumpre-a irremediavelmente (ainda que em parte). O art. 390 do CC, que preceitua estar inadimplente o devedor de obrigação negativa desde o dia em que executar o ato que deveria omitir, diz respeito apenas ao seu inadimplemento absoluto (Alvim, 1972:133/134 e *passim*). Este elemento não é relevante nas obrigações pecuniárias porque elas são sempre positivas.

Elemento material. A viabilidade da prestação inadimplida tempestivamente é requisito da mora nas obrigações não pecuniárias. Se o cumprimento da obrigação tornou-se inviável, trata-se de inadimplemento absoluto e não relativo (Gomes, 1961:169/171). A distinção tem certa relevância porque, embora as duas situações acarretem a responsabilidade pela indenização dos prejuízos ocasionados ao credor, há uma diferença entre elas que não pode ser desconsiderada: enquanto a mora pode ser purgada por iniciativa do devedor, o inadimplemento absoluto não. Desse modo, se a prestação se perdeu, tornou-se inviável (no todo ou em parte) por culpa do devedor, o descumprimento da obrigação deve ser tratado como inadimplemento absoluto; se ainda conserva sua viabilidade, deve sê-lo como mora. Este elemento não é característico da mora nas obrigações pecuniárias, porque a prestação de entregar dinheiro nunca deixa de ser viável (*no sentido jurídico da expressão*).

Caracterizada a mora nos termos acima assinalados, projeta a lei três consequências: *a*) imputação ao devedor da responsabilidade pelos prejuízos do credor (art. 395, *caput*); *b*) direito de o credor enjeitar a prestação que se tornou inútil (art. 395, parágrafo único); *c*) responsabilidade do devedor pela perda da prestação (art. 399).

A mora sempre importa a obrigação de o devedor pagar ao credor indenização que atenue os efeitos do atraso na entrega da prestação. No caso de obrigações não pecuniárias, a indenização deve abranger igualmente os danos emergentes e os lucros cessantes. Imagine que um cantor assumiu perante seu empresário uma obrigação de fazer, comprometendo-se a apresentar-se em dia e local determinados. Se o artista não se apresenta como havia contratado, o empresário deve cancelar o *show* e restituir aos espectadores o preço do ingresso. As reduções patrimoniais que o empresário credor sofre em função dos diversos pagamentos a terceiros que continua obrigado a honrar (músicos, técnicos,

aluguel do teatro etc.) correspondem aos danos emergentes que o artista é obrigado a repor. Mas não se exaure neles a medida da indenização devida. O comparecimento do artista ao local da apresentação e o cumprimento da obrigação de fazer assumida representavam para o empresário a fonte dos ganhos esperados pelo evento. Inadimplidas tais obrigações, responde o artista faltoso pelos lucros cessantes do empresário, isto é, pelo que este lucraria se tivesse acontecido a frustrada apresentação artística. Note-se que o exemplo não é de inadimplemento absoluto, já que o cantor continua em condições de apresentar-se mesmo após o vencimento da obrigação. Trata-se de inadimplemento relativo que acarretou a inutilidade da prestação para o credor.

Enquanto a primeira das consequências assinaladas é comum às obrigações pecuniárias e não pecuniárias, as duas outras são exclusivas do inadimplemento destas últimas.

Na mora de obrigação não pecuniária, além da imputação ao devedor da obrigação de indenizar o credor, duas outras consequências são projetadas pela lei: a possibilidade de o credor rejeitar a prestação inutilizada pela mora e a responsabilidade do devedor por alguns dos fortuitos verificados após o vencimento.

A segunda consequência diz respeito à utilidade da prestação após o vencimento da obrigação. Quando a mora inutiliza a prestação, o credor pode enjeitá-la e cobrar a indenização dos prejuízos que tiver sofrido. A inutilidade é mensurada em padrões objetivos. Se, para qualquer pessoa na posição ativa de uma obrigação da mesma natureza, a entrega da prestação não mais interessar, caracteriza-se a inutilidade. Caso contrário, ela é ainda útil e não pode ser enjeitada pelo credor, mesmo na mora do devedor. No exemplo do promotor de festa que aluga equipamentos de som, a mora do locatário na entrega do produto autoriza o locador a enjeitar a prestação tardia e demandar indenização pelos danos que sofreu. Note-se que a rejeição da prestação pelo credor em virtude da mora do devedor não cabe nas obrigações pecuniárias, porque, sendo dinheiro o objeto desta, nunca se verifica a hipótese de inutilidade. Nas demais modalidades de obrigação positiva (dar coisa certa, dar coisa incerta ou fazer), a inutilização da prestação pela mora do devedor é sempre possível de acontecer, se caracterizada nos termos objetivos assinalados.

A terceira consequência advinda da mora no cumprimento de obrigação não pecuniária é a responsabilização do devedor pela impossibilidade da prestação,

mesmo quando derivada a perda de caso fortuito (*perpetuatio obligationis*). Como já assentado, se o inadimplemento absoluto decorre de ato culposo do devedor, é ele sempre responsável, tenha o evento ocorrido antes ou depois do vencimento da obrigação. Perdida a coisa por culpa do sujeito passivo, deve ele a indenização correspondente, ainda que, ao tempo da perda, não fosse exigível a obrigação. Quando, porém, o inadimplemento absoluto é causado por caso fortuito verificado *antes do vencimento*, o devedor não se responsabiliza por eventuais prejuízos sofridos pelo credor. Estando ele em mora, porém, inverte-se a regra, e fica o devedor responsável, como na hipótese de inadimplemento voluntário.

A norma correspondente a essa última consequência (CC, art. 399) é complexa, e sua compreensão reclama mais algumas considerações. De início, destaco que, para ser responsabilizado o devedor pela impossibilidade da prestação, o caso fortuito deve ter ocorrido necessariamente *após* o vencimento da obrigação. Se anterior, resolve-se a obrigação e ao devedor cabe apenas restituir ao credor o que tiver recebido a título de antecipação, se houve. Só pode o devedor exonerar-se da responsabilidade pela impossibilidade da prestação (perdida por caso fortuito posterior ao vencimento) se provar que não havia incorrido em retardamento culposo (ou seja, que não se encontrava em mora) (ver Lotufo, 2003:451) *ou* que a perda da prestação aconteceria mesmo que tivesse pago a obrigação tempestivamente.

Código Civil:

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.

Exemplo: *Laura* vendeu a *Marcos* uma antiguidade. Tratava-se de peça de mobiliário de madeira do século XIX: uma escrivaninha, suponha. No dia do vencimento, a coisa vendida não foi entregue. Dois dias após, o prédio do armazém em que se encontrava a mobília incendiou-se sem culpa de *Laura* (um raio foi a causa do incêndio). Verificou-se, então, a impossibilidade da prestação por caso fortuito. Pois bem, se *Laura* estava em mora, ou seja, se havia descumprido culposamente a obrigação, ela deve indenizar *Marcos* pelos prejuízos que sofreu. Imagine que ele já se havia comprometido a revender a

escrivaninha, por preço maior, a terceiro. *Laura* deve, então, pagar a indenização a *Marcos* (p. ex., a diferença entre os preços pelo qual ele comprou e o que havia pactuado para a revenda, bem como eventual ressarcimento pela inexecução desta). Considere, agora, duas variantes neste exemplo. Na primeira, *Laura* não é a culpada pelo atraso no cumprimento da obrigação (ocorreu a "isenção de culpa" referida no art. 399 do CC). Não estava em mora, portanto. A escrivaninha não tinha sido entregue porque havia ocorrido um caso fortuito: a cidade em que se situa o armazém onde se guardava a peça estava isolada há dias em razão de fortes chuvas, e o caminhão da transportadora não conseguia chegar até o local por ter desabado a única ponte rodoviária existente. Aqui, *Laura* não se encontra em mora e não pode ser responsabilizada pela impossibilidade da prestação. Na segunda variante, não há incêndio, nem tempestades, e a peça não é entregue a *Marcos* no vencimento por culpa de *Laura*, que não controla convenientemente seus compromissos. Acontece, porém, que a escrivaninha está-se perdendo em virtude da ação de cupins resistentes aos mais potentes inseticidas. Provado que o lastimável dano se verificaria ainda que *Laura* tivesse cumprido sua obrigação a tempo, isto é, que a escrivaninha se perderia mesmo que tivesse sido entregue a *Marcos* no vencimento, também está *Laura* liberada da responsabilidade pela imprestabilidade da coisa (abstraiam-se, na segunda variante do exemplo, possíveis especificidades — como o conhecimento da infestação de cupins por *Laura* antes da venda, a existência de relação de consumo etc. —, de diferentes implicações jurídicas).

4.2.3. Juros nas obrigações não pecuniárias

Pagam-se em dinheiro os juros devidos a título de consectários, ainda que a obrigação não seja pecuniária (CC, art. 407). Se o locatário atrasa a restituição do bem locado, sua mora implica não só a obrigação de pagar aluguel pelo período do inadimplemento (correspondentes às perdas e danos) como também juros. A base de cálculo deste consectário pode ser o valor do aluguel ou do bem, dependendo do que as partes contrataram. Não há limites constitucionais ou legais para a fixação dos juros *moratórios* ou *compensatórios* contratados pelas próprias partes (repita-se que o art. 591 do CC diz respeito apenas aos juros remuneratórios). Num contrato de compra e venda, assim, é válido pactuar que o atraso na entrega da coisa vendida acarretará ao vendedor a obrigação de pagar ao comprador juros de 5% ao mês sobre o valor do contrato.

Em caso de omissão no contrato relativamente ao cabimento de juros devidos

como consectários ou mesmo quanto aos critérios de sua mensuração, aplica-se o art. 406 do CC, que os fixa “segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Embora a lei mencione, nesse dispositivo, apenas os juros moratórios, o critério da equivalência aos cobrados pelo atraso no pagamento de tributos federais deve ser empregado, por analogia em colmatação da lacuna legal, também no cômputo dos compensatórios. Ou seja, o art. 406 do CC aplica-se sempre que os juros tiverem a natureza de consectário.

Alguns doutrinadores (Monteiro, 2001:346; Beviláqua, 1934, 4:227) denominam “compensatórios” os juros que aqui chamei de “remuneratórios”, ou seja, os devidos pelo contratante no cumprimento tempestivo de certas obrigações pecuniárias (mutuário, devedor de preço parcelado etc.). Como resulta do emprego da expressão acima, considero “juros compensatórios” apenas os devidos como consectário que cumprem a função de substituir, juntamente com os demais desdobramentos da indenização, a obrigação não pecuniária inadimplida. O esclarecimento é importante para evitar desentendimentos por razões exclusivamente semânticas.

4.2.4. Cláusula penal nas obrigações não pecuniárias

Cumpre a multa convencional nas obrigações não pecuniárias *duas* funções. A primeira é reforçar o cumprimento da obrigação, agravando as consequências da inexecução voluntária. Esta é, como referido, também função da cláusula penal nas obrigações pecuniárias. A segunda é quantificar com antecedência o valor das perdas e danos. Esta segunda função da multa convencional nas obrigações não pecuniárias tem grande importância prática, na medida em que limita ou até mesmo exclui um dos consectários legalmente estabelecidos para o inadimplemento deste tipo de obrigação.

A multa convencional nas obrigações não pecuniárias, então, prefixa o valor das perdas e danos devidos pelo inadimplente. Quando os contratantes concordam que o inadimplemento de obrigação não pecuniária deve acarretar o pagamento de multa num determinado valor, eles já estão calculando, de antemão, o prejuízo que eventual descumprimento do contrato poderia ocasionar-lhes. Em geral, a pena é estabelecida mediante percentual sobre o valor da obrigação inadimplida, reputando-se que as partes se deram por satisfeitas em recebê-lo a título de recomposição dos danos emergentes e lucros cessantes, caso a obrigação não seja cumprida.

Na hipótese de inadimplemento de obrigação não pecuniária, assim, as partes

que contrataram multa convencional (na cláusula penal) não precisam alegar ou provar prejuízo para cobrá-la (CC, art. 416, parágrafo único). Definida como função deste pacto a prefixação da indenização devida, dispensa-se a parte inocente de demonstrar efetivo prejuízo porque se entende que foi da vontade e interesse da parte culpada quantificá-lo no montante da multa convencional. Outra séria implicação da segunda função da multa convencional é a impossibilidade de o credor exigir indenização suplementar, se não houver específica e expressa previsão na cláusula penal imputando ao devedor esta obrigação. Como a multa convencional quantifica por antecipação as perdas e danos a serem pagas pelo inadimplente, considera-se que o credor, ao concordar com ela, renunciou ao recebimento da indenização completa, caso se mostrasse o montante de seu prejuízo superior ao valor daquelas.

Imagine que *Antonio* comprou o automóvel usado de *Benedito*, que se comprometeu a entregar o veículo em 30 dias, sob pena de arcar com multa de 20% sobre o preço contratado. Neste caso, as partes, inclusive *Antonio*, concordaram que eventual inadimplemento por parte de *Benedito* causaria prejuízos que aquele percentual cobriria. Se os danos efetivamente causados a *Antonio* pela mora de *Benedito* superarem os 20% do valor da obrigação, ele não pode reclamar mais nada além da multa, porque a quantificação antecipada da indenização contou com sua expressa concordância. Ao prejuízo que exceder o valor da multa convencional renuncia o credor. É o que decorre do art. 416, parágrafo único, primeira parte: “ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado”.

Em suma, se a cláusula penal referente a obrigação não pecuniária, além de mencionar apenas os juros, correção monetária e honorários de advogado, limita-se a prever multa convencional, o credor não pode exigir do devedor a completa indenização de seus prejuízos, se excederem o montante deste último consectário. É a implicação de uma cláusula redigida, por exemplo, nos termos seguintes: “em caso de inadimplemento, a parte inadimplente pagará à outra parte juros de 1% ao mês, correção monetária calculada pelo IGP-M, da FGV, razoáveis honorários de advogado e multa no valor de 10% do montante em atraso”. Se nada mais diz a cláusula penal, o credor, ao assinar o contrato, manifestou sua satisfação com essas implicações do inadimplemento e renunciou à indenização por completo.

Para que o credor de obrigação não pecuniária que contratou multa convencional possa ser integralmente indenizado, é necessário que a cláusula

penal (ou outra cláusula do instrumento de contrato) expressamente mencione o direito de exigir sua suplementação na hipótese de prejuízo excedente. Seria necessário que à cláusula acima indicada se acrescentasse, a final, algo como "sem prejuízo da indenização por perdas e danos". Note, entretanto, que, mesmo neste caso, a multa convencional não perde a função de quantificação antecipada dos prejuízos, porque o seu montante, como dita a lei, "vale como mínimo de indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente" (CC, art. 416, parágrafo único, segunda parte). No exemplo anterior, se a cláusula penal incluísse expressa referência à indenização, *Antonio* poderia reclamar, sem provar prejuízo, os 20% da multa convencional, mas só teria direito ao recebimento de indenização suplementar pelo atraso na entrega do automóvel se provasse que suportou perdas e danos além daquele montante.

Nas obrigações não pecuniárias, a multa convencional exerce a função de antecipar a quantificação das perdas e danos devidas na hipótese de inadimplemento. Assim, se elas não são especificamente asseguradas na cláusula penal, a multa convencional as exclui; e se o são, as reduz.

A cláusula penal nas obrigações não pecuniárias estão sujeitas aos mesmos limites estudados relativamente às pecuniárias, e também podem ser equitativamente reduzidas em caso de cumprimento parcial da obrigação ou se o valor for manifestamente excessivo em vista da natureza e finalidade do negócio (CC, arts. 412 e 413).

5. INADIMPLEMENTO INVOLUNTÁRIO: CASO FORTUITO

Quando o inadimplemento não deriva de culpa de sujeito obrigado, a hipótese é, em termos técnicos, de *caso fortuito ou de força maior*. Se o descumprimento da obrigação se pode creditar a fato necessário de efeitos inevitáveis, então ele não derivou de culpa dos sujeitos obrigados. Em assim sendo, não se imputa a nenhuma das partes o dever de indenizar os prejuízos ocasionados à outra pelo não cumprimento tempestivo da obrigação.

Imagine que o devedor, ao se dirigir ao banco para pagar a prestação de sua casa no próprio dia do vencimento, é sequestrado e fica em poder dos criminosos por uma semana. Liberado do cativeiro, tem o direito de pagá-la sem acréscimos.

O sequestro é fato necessário, no sentido de que não se pode exigir do sequestrado qualquer conduta para livrar-se dele sem considerável risco de morte. Além de crimes que vitimam o devedor, grave doença ou acidente envolvendo-o ou a pessoa de sua família ou mesmo amigo próximo, inundação, incêndio, greve são fatos que, se *impedirem* ou *dificultarem seriamente* o tempestivo cumprimento da obrigação, afastam a culpa do sujeito obrigado.

Há quem distinga o caso fortuito do de força maior. Agostinho Alvim, por exemplo, após destacar que a inevitabilidade é o elemento comum aos dois conceitos, relaciona o fortuito ao impedimento pertinente à pessoa do devedor que agiu sem culpa (ou sua empresa) e o caso de força maior, aos acontecimentos externos (1972:329/334). Outros tecnólogos rejeitam qualquer distinção entre essas figuras jurídicas. Arnoldo Medeiros da Fonseca, neste contexto, considera os termos sinônimos (1932:85/103). Penso não haver sentido em procurar distinguir caso fortuito do de força maior por serem idênticas as implicações jurídicas da inexecução involuntária da obrigação numa e noutra situação. A lei, sempre que preceitua determinada implicação ao caso fortuito, fá-lo também quanto ao de força maior, inexistindo, por isso, razão para distingui-los. Daqui para frente, inclusive, para simplificar, muitas vezes usarei apenas a expressão *caso fortuito*, registrado que estarei também me referindo ao caso de força maior.

A inexecução involuntária é causada por fato necessário de efeitos inevitáveis ou que as partes não podem impedir ("caso fortuito ou de força maior"). Nesta hipótese, nenhuma das partes é obrigada a indenizar a outra pelos prejuízos que o inadimplemento causar.

Note que os casos fortuitos podem ser eventos previsíveis. A previsibilidade do fato necessário não os desfigura como excludente de culpabilidade. O morador de metrópole brasileira sabe do risco que corre de ser roubado, por vezes sob graves ameaças e forte violência. Se é ele devedor de obrigação de dar coisa certa e a estava transportando em direção ao local da entrega, no dia do vencimento, quando foi ela roubada, não se lhe pode imputar culpa pelo não pagamento tempestivo. A possibilidade do roubo é previsível, mas, ocorrendo, seus efeitos não podem ser impedidos sem grave risco a bens e valores de maior importância, como a integridade física ou a vida do devedor ou seus empregados. A relação entre a imprevisibilidade e inevitabilidade do fortuito

será vista à frente (Cap. 24, item 3.1).

O caso fortuito pode comprometer, em definitivo, o cumprimento da obrigação não pecuniária ou apenas atrasá-lo. Na primeira hipótese, o inadimplemento é absoluto. Quando for total a perda, resolve-se a obrigação com a liberação do devedor, que apenas deve restituir ao credor eventuais pagamentos que tenha recebido. É esta a consequência legal prevista para as obrigações de dar coisa certa (CC, art. 234, primeira parte), pertinente também às de dar coisa incerta após a concentração (art. 245). É também a estabelecida na lei para as obrigações de restituir (art. 238), fazer (art. 248) e não fazer (art. 250). Quando é parcial a perda, ou seja, ocorrendo mera deterioração da prestação, abre a lei ao credor a alternativa de receber a coisa certa deteriorada com abatimento de preço ou dar por resolvida a obrigação (art. 235). Sendo esta de restituir, e deteriorada a coisa em razão de caso fortuito, o credor suporta o prejuízo (art. 240). Estas normas, já examinadas anteriormente (Cap. 14, itens 2.2 e 2.5), são aqui apenas relembradas.

Se a obrigação é pecuniária, o fortuito pode apenas atrasar seu cumprimento, não sendo possível, neste caso, inadimplemento absoluto.

O inadimplemento absoluto involuntário importa a resolução da obrigação. Retornam as partes à mesma situação jurídica em que se encontravam anteriormente à constituição do vínculo obrigacional. Em consequência, o devedor não é mais obrigado a entregar a prestação e o credor não a pode exigir. Se tiver havido pagamento antecipado, porém, o credor tem o direito à devolução.

Quando o caso fortuito não compromete, em definitivo, o cumprimento da obrigação (pecuniária ou não pecuniária), apenas retardando seu cumprimento, opera-se o inadimplemento relativo. Nesta hipótese, a obrigação *não* se resolve necessariamente, porque sua execução, mesmo atrasada, pode ainda ser útil ao credor. Em função da preservação ou perda de utilidade da prestação para o credor, o inadimplemento relativo acarreta a permanência da obrigação ou sua solução.

Se, após o atraso no pagamento motivado por caso fortuito, a prestação continua útil ao credor, permanece o devedor obrigado a entregá-la tão logo cessem os efeitos do fato necessário. Considere que a greve dos empregados do banco em que o devedor tem depositado todo o seu dinheiro é tão generalizada que impede o pagamento da obrigação ao credor no vencimento do título,

inclusive mediante transferência eletrônica ordenada via rede mundial de computadores. Trata-se de caso fortuito que, malgrado sua intensidade, não inviabiliza em definitivo o adimplemento da obrigação. Assim que cessados seus efeitos e restabelecidos os serviços daquele banco, o devedor tem que cumpri-la. Quer dizer, o caso fortuito relacionado a inadimplemento relativo não dá ensejo à resolução da obrigação. Note-se, contudo, que, embora seja o vínculo obrigacional preservado, o devedor não se torna obrigado a indenizar os prejuízos que o inadimplemento relativo causou. A falta de pagamento no vencimento deveu-se a fato necessário e não à culpa dele e, por isso, cabe ao credor suportar os danos decorrentes na hipótese de preservação da utilidade da prestação.

Se, por outro lado, o inadimplemento relativo derivado de caso fortuito ocasionar a inutilidade da prestação para o credor, este pode dar a obrigação por resolvida, dispensando o devedor de seu cumprimento e exigindo a devolução de eventuais pagamentos realizados. Imagine que o locador de equipamentos de som foi contratado pelo promotor de uma festa, mas não pôde cumprir a obrigação de entregar os bens locados antes do início do evento, em razão de uma forte inundação que impediu o deslocamento do caminhão em que estavam sendo transportados. Para o credor, mesmo após a cessação dos efeitos do caso fortuito, a prestação inadimplida perdeu toda a utilidade, porque a data da festa já transcorreu e o evento, mesmo sem som, se realizou. O locatário pode considerar resolvida a obrigação e exigir a devolução do pagamento que eventualmente tiver feito. Neste caso, havendo prejuízo, é o devedor que o suporta.

A utilidade da prestação é estabelecida em termos objetivos, isto é, com abstração da vontade das partes. Assim, ainda que o credor não queira mais a prestação, se ela ainda for objetivamente útil a qualquer pessoa que se encontrasse na posição ativa de uma obrigação daquela natureza, não se resolve a obrigação. Igualmente, ainda que o devedor queira entregar a prestação após o fim dos efeitos do caso fortuito, se esta não se revela mais útil a qualquer pessoa que ocupasse a posição ativa de obrigação da mesma natureza, resolve-se a obrigação. Ressalte-se, neste contexto, que as obrigações pecuniárias continuam sempre úteis ao credor, no caso de inadimplemento relativo, e, portanto, nunca são resolvidas pelo atraso. Ainda que seja desejo do credor resolver a obrigação pecuniária, a mora do devedor não autoriza a resolução porque o dinheiro não perde sua utilidade em nenhuma hipótese.

O inadimplemento involuntário relativo não importa necessariamente a resolução da obrigação. Se a prestação ainda for útil ao credor, cessados os efeitos do fortuito que atrasara a execução, o devedor é obrigado a entregá-la e o credor tem o direito de exigi-la. Se o atraso tiver inutilizado a prestação para o credor, resolve-se a obrigação, caso em que o devedor é obrigado a restituir àquele eventuais antecipações.

Ao encerrar este item, faço duas observações. *Primeira*, as regras sobre inadimplemento não culposo têm natureza supletiva. As partes podem, por acordo de vontade, pactuar diferentes consequências para a hipótese de caso fortuito ou de força maior. Incidem as normas legais examinadas, em decorrência, apenas na omissão de cláusula contratual sobre a matéria (CC, art. 393, *in fine*). *Segunda*, as regras examinadas sobre inadimplemento não culposo absoluto são inaplicáveis se, ao tempo em que a prestação se perdeu, o devedor encontrava-se em mora (isto é, se incorrera em inadimplemento relativo voluntário). Neste caso, ele responde pelo perecimento da prestação, ainda que tenha este decorrido de caso fortuito (art. 399), como se examinou anteriormente (subitem 4.2.2).

6. INADIMPLEMENTO E EXECUÇÃO JUDICIAL

Uma forte tendência entre os tecnólogos, semeada no direito alemão dos fins do século XIX e frutificada na primeira metade do século XX, propõe desmembrar o vínculo obrigacional em dois. De um lado, estaria o dever de o sujeito passivo entregar ao ativo a prestação (*Schuld*); de outro, a sua responsabilidade patrimonial no caso de não a prestar (*Haftung*). A tendência é conhecida como concepção ou doutrina *dualista* da obrigação. A implicação de sua distinção é a possibilidade de dívidas sem responsabilidade (como no caso da obrigação natural) e de responsabilidade sem dívidas (fiança). Malgrado o enorme sucesso que granjeou e ainda granjeia em todos os países de tradição românica (Comparato, 1964; Martins-Costa, 2003, *passim*), a concepção dualista não é útil senão na ilustração de questões marginais. Pode-se compreender, sem dificuldade, as repercussões do inadimplemento sem o esquema conceitual de quebra da obrigação em duas.

Sempre que a obrigação não é paga no vencimento, ocorre o inadimplemento. Se for voluntário, a parte culpada deve indenizar a outra pelos prejuízos que tiver causado. Esta indenização pode ter função moratória ou compensatória. No primeiro caso, à obrigação principal acresce-se, então, outra, que é a de pagar a

indenização. Se o devedor culposamente não paga, no vencimento, a quantia devida, ele passa a dever não só esta quantia mas também a indenização pelo prejuízo que o inadimplemento trouxe ao credor. As “duas” obrigações (principal e acessória) podem ser cumpridas voluntariamente. O devedor, dando-se conta de sua falta, procura o credor para não só lhe pagar o que já devia, como também para compensá-lo pelo atraso. No caso de indenização compensatória, a indenização substitui a obrigação originária, e também aqui o devedor pode espontaneamente procurar o credor para cumpri-la. Estas situações de fato, perceba, não são relevantes para o Direito, na medida em que não tendem a despertar nenhum conflito de interesses. Vale examinar, portanto, a hipótese em que o devedor resiste a cumprir a obrigação *ou* a responder pelos prejuízos. Neste caso, o credor deve buscar em juízo a satisfação de seus direitos mediante a execução forçada da obrigação.

Estudou-se, de início (Cap. 13, item 2), que a execução da obrigação é a realização dos objetivos pretendidos pelas partes (nas obrigações negociais) ou pela lei (nas não negociais). É voluntária quando o sujeito passivo espontaneamente paga o ativo, e forçada (ou judicial), quando decorre da atuação do Estado, por meio de um de seus poderes, o Judiciário. Viu-se, também, que a execução judicial pode ser específica ou subsidiária. No primeiro caso, o credor recebe a mesma prestação que receberia caso a obrigação tivesse sido cumprida espontânea e tempestivamente. Na execução subsidiária, por não ser possível (material ou juridicamente falando) ao Estado assegurar a entrega ao credor da mesma prestação que ele receberia na hipótese de execução voluntária, satisfaz-se seu direito mediante a entrega de prestação equivalente ou de indenização.

A execução judicial da obrigação só cabe na hipótese de inadimplemento voluntário. Se o sujeito ativo demanda em juízo o passivo para obter o adimplemento da obrigação que não se adimplira em razão de caso fortuito, ele não tem o direito que pleiteia e perderá a ação. A execução judicial pressupõe que o demandado tenha sido o culpado pelo inadimplemento.

A execução de obrigação pecuniária é *específica*, já que, por ela, o credor recebe dinheiro, que corresponde à mesma prestação que teria recebido caso a obrigação tivesse se cumprido no vencimento. Como este tipo de obrigação só comporta inadimplemento relativo, a indenização, neste caso, tem função moratória.

Já na execução de obrigação não pecuniária, quando o inadimplemento é absoluto total — significa dizer que a prestação se perdeu por completo —, a

execução judicial não pode ser específica; terá que ser subsidiária por indenização, necessariamente, já que não é possível a entrega ao credor da mesma prestação que receberia na hipótese de execução voluntária. Em termos econômicos, como visto, o resultado da execução subsidiária por indenização da obrigação não pecuniária totalmente inadimplida será igual ao da obrigação pecuniária. Juridicamente falando, porém, correspondem a modalidades diferentes de execução judicial.

Quando tiver sido absoluto parcial o inadimplemento da obrigação não pecuniária, o credor pode escolher entre receber a coisa deteriorada ou exigir o valor dela, sempre acrescido de indenização. Optando pela primeira alternativa, a execução judicial será subsidiária por prestação equivalente (a coisa deteriorada, neste caso, equivale à não deteriorada, para o credor); optando pela segunda, a execução judicial será subsidiária por indenização.

Sendo, por fim, relativa a inexecução da obrigação não pecuniária, se continuar útil a prestação ao credor, a execução judicial será específica; tendo a prestação se inutilizado em virtude da mora, porém, será subsidiária por indenização.

Na hipótese de execução judicial *específica* de obrigação não pecuniária, o credor tem o direito de receber, além da prestação contratada, a indenização pelos danos que o inadimplemento provocou. Na de execução judicial *subsidiária por prestação equivalente*, tem ele o direito de receber, além da prestação semelhante, igual indenização. Nestas duas hipóteses a indenização é *moratória*, porque não substitui a prestação; é apenas acrescida a ela em ressarcimento pelos efeitos da mora. Por fim, na execução judicial *subsidiária por indenização*, o credor tem direito de ser indenizado por todos os prejuízos que sofreu, incluindo o valor do ganho que auferiria se lhe tivesse sido entregue tempestivamente a prestação. Note, porém, que, neste caso, sua natureza é diversa. Aqui, a indenização substitui a prestação e não apenas neutraliza os efeitos da mora. Trata-se, então, de indenização *compensatória*.

A inexecução da obrigação (principal) por culpa de uma das partes dá ensejo à constituição de nova obrigação (acessória): a de o culpado indenizar todos os prejuízos causados pelo inadimplemento. Esta indenização tem função compensatória (quando substitui a prestação) ou moratória (se visa neutralizar os efeitos da mora).

Em qualquer caso de inexecução voluntária, o inadimplente deve pagar

indenização, porque a simples entrega da prestação (ou mesmo de seu valor) não é suficiente para repor o equilíbrio econômico que resultaria do cumprimento tempestivo da obrigação. O inadimplemento culposo importa, para a parte inocente, a privação não só da prestação, mas das vantagens e benefícios que dela poderia ter extraído. Se a obrigação tivesse sido adimplida a seu tempo, modo e lugar, ao patrimônio do credor não se teria agregado somente a prestação, mas também os frutos ou produtos dela derivados. O inadimplemento, por assim dizer, causa um desequilíbrio que a execução judicial deve desfazer via indenização (Pereira, 1962:291). Por outro lado, se o inadimplente fosse, na execução judicial da obrigação, forçado a entregar apenas a prestação sem a indenização dos prejuízos causados à outra parte, sua culpa não seria punida. Com efeito, se a execução voluntária e judicial importassem as mesmas consequências econômicas para o sujeito obrigado, a lei não desestimularia o inadimplemento.

7. INADIMPLEMENTO E INSOLVÊNCIA

O inadimplemento da obrigação pode ter por motivo a incapacidade patrimonial de o devedor honrar todas as suas dívidas. Se em seu patrimônio o passivo supera o ativo (quer dizer, seu patrimônio líquido é negativo), o devedor, cedo ou tarde, começará a ter dificuldades para pagar os credores. Costumam, então, suceder-se várias inadimplências, uma atrás de outra. Este fato jurídico — ter dívidas que superam o valor dos bens — autoriza os legitimados (em geral os credores) a requerer, em juízo, a declaração de insolvência do devedor (CC, art. 955; CPC, art. 748). Note, se um sujeito de direito tem menos bens no patrimônio que o valor total das obrigações passivas, mas ninguém pede a declaração de sua insolvência, então ele não pode ser chamado, tecnicamente, de insolvente. Só o será se e quando decretada, por sentença judicial, a instauração do processo de insolvência.

A insolvência é um concurso de credores, ou seja, uma execução da qual participam todos os titulares de crédito contra o mesmo executado (insolvente) e que alcança a totalidade dos bens do patrimônio deste. Com ênfase, se o devedor não possui bens suficientes para pagar a todos a quem deve, determina a lei, por medida de justiça, que se realize uma execução única e abrangente, a execução concursal. Nela, todos os bens do patrimônio do devedor serão vendidos para que o produto possa ser repartido de forma justa, pagando-se, quando possível, parte do crédito a cada credor. Quando o devedor é empresário, a execução concursal chama-se *falência* e é regida por legislação própria (LF), objeto de

estudo do direito comercial. Quando não é, segue as regras do Código Civil (arts. 955 a 965) e do Código de Processo Civil (arts. 748 a 786-A) sobre insolvência.

Os credores, na insolvência, não são tratados todos de forma igual. A lei os distingue em classes, atribuindo preferências e privilégios a algumas delas. O fundamento para a hierarquização dos credores encontra-se na justiça do atendimento prioritário a determinados créditos. Se, por exemplo, o credor titulariza direito real de garantia, como uma hipoteca sobre certo terreno, por exemplo, isto significa que o pagamento de seu crédito terá prioridade sobre os não garantidos. É justo que assim seja, porque os juros e encargos que ele se obrigou a pagar para o credor hipotecário ou pignoratício foram certamente reduzidos, tendo em vista a outorga da garantia. O valor do terreno hipotecado foi levado em consideração, nas negociações, pelo credor, ao concordar com determinada taxa de juros remuneratórios, tendo em vista a redução de riscos que a garantia real proporciona.

Ressalto, contudo, que, embora os credores não sejam todos iguais na insolvência do devedor, têm eles direito a tratamento *paritário*. Quer dizer, os credores de uma mesma classe devem ser tratados igualmente.

Quando o devedor é insolvente, os credores são classificados em quatro classes: *1*) credor com garantia real; *2*) credor com privilégio especial; *3*) credor com privilégio geral; e *4*) credor sem preferência. Nas duas primeiras classes, não há rateio proporcional entre os credores, porque a satisfação de cada crédito será feita, em princípio, com o produto da venda de um bem particular e individuado do patrimônio do devedor — o bem sobre o qual recai o ônus real ou o privilégio especial. Nas duas últimas, será sempre feito rateio entre os credores, pagando-se a cada um o valor proporcional do crédito, se os recursos disponíveis não forem suficientes à satisfação integral deles todos (CC, art. 962).

Quando o devedor não tem, no patrimônio, bens suficientes para responder pelo valor total das obrigações passivas, deve ser declarada judicialmente sua insolvência. Os credores do insolvente são classificados segundo uma ordem de preferência estabelecida em lei. Em primeiro lugar, paga-se o credor com garantia real com o produto da venda do bem onerado. Em seguida, os titulares de privilégio especial, também com o produto da venda dos bens sobre os quais ele recai. Depois disso, são feitos os pagamentos dos credores sujeitos a rateio, dando-se preferência aos titulares de privilégio geral. Os últimos credores a receber, se sobraram recursos, são os quirografários.

O credor com garantia real é o que tem o crédito vinculado a um bem do patrimônio do devedor. Se este bem é imóvel, a garantia chama-se *hipoteca*; se

móvel, *penhor*; se são os frutos e rendimentos de imóvel o objeto da garantia, denomina-se *anticrese*. Verificando-se a insolvência, o produto da venda do bem onerado será destinado, inicialmente, à satisfação do credor com garantia sobre ele. Após o pagamento integral do crédito garantido, se restar saldo no produto da venda daquele bem, será empregado no pagamento dos credores sujeitos a rateio (classes 3 e 4). Por outro lado, se o produto da venda judicial do bem onerado for insuficiente ao pagamento integral do credor garantido, o saldo não pago de seu crédito participará dos rateios em concurso com os credores sem preferência (classe 4). Em outros termos, é quirografário o crédito remanescente da execução da garantia real (CC, art. 1.430) (Rodrigues, 2003, 5:347)

Os credores com privilégio especial encontram-se, sob o ponto de vista econômico, na mesma posição dos titulares de garantia real: o produto da venda de determinado bem é vinculado à satisfação de certo crédito. A diferença é jurídica: enquanto a vinculação entre produto da venda judicial e crédito é feita, na hipótese da garantia real, pelas partes, na do privilégio especial, é-o pela lei. A hipoteca recai sobre um prédio específico porque credor e devedor assim contrataram. Já o privilégio especial recai sobre certos bens do devedor porque a lei assim o estabelece, independentemente de qualquer declaração de vontade das partes. Tal como ocorre em relação aos créditos com garantia real, os recursos remanescentes, após o pagamento integral do crédito especialmente privilegiado, destinam-se ao pagamento dos credores sujeitos a rateio (classes 3 e 4), enquanto o saldo não pago, se houver, concorre com os credores sem preferência (classe 4).

São hipóteses de crédito com privilégio especial: (a) o dos credores por custas e despesas judiciais com arrecadação e liquidação sobre a coisa arrecadada e liquidada; (b) o credor por despesas de salvamento sobre o que se salvou; (c) o credor por benfeitorias necessárias ou úteis sobre o bem beneficiado; (d) o credor por materiais, dinheiro ou serviços empregados na edificação, reconstrução ou melhoramento de prédio, fábrica, oficina ou outra construção sobre o bem edificado, reconstruído ou melhorado; (e) o credor por sementes, instrumentos e serviços empregados em plantação ou colheita, sobre os frutos agrícolas correspondentes; (f) o locador, relativamente aos aluguéis do ano da declaração da insolvência e do anterior, sobre o mobiliário e utensílios domésticos; (g) o autor, pelos direitos derivados de contrato de edição, sobre os exemplares da obra por ele criada, na insolvência do editor (CC, art. 964).

Em situação específica encontra-se o trabalhador do campo em atividade agrícola, que, por seu salário, tem privilégio especial sobre o produto da colheita

em que trabalhou (CC, art. 964, VIII). Seu crédito tem preferência sobre eventuais credores pignoratícios em favor dos quais tenha sido outorgada garantia real sobre a mesma mercadoria agrícola. Neste caso, portanto, inverte-se a ordem de classificação dos credores, devendo ser pago antes, na insolvência, o trabalhador agrícola que o credor titular de penhor.

Os credores com privilégio geral, por sua vez, são pagos com os recursos que remanescem no patrimônio do devedor após a satisfação — com o produto da venda dos bens vinculados — dos créditos com garantia real e privilégio especial. Como já dito, estão sujeitos a rateio e receberão pagamentos proporcionais aos seus créditos quando forem insuficientes os recursos para sua satisfação integral. Gozam de privilégio geral os créditos por: (a) despesas de funeral do devedor, feitas segundo a condição do morto e o costume do lugar; (b) custas judiciais ou por despesas com a arrecadação e liquidação do patrimônio do insolvente; (c) despesas com o luto do cônjuge sobrevivo e dos filhos do insolvente, se moderadas; (d) despesas com a doença de que faleceu o insolvente, no semestre anterior à sua morte; (e) gastos necessários à mantença do insolvente falecido e sua família, no trimestre anterior ao do falecimento; (f) impostos devidos no ano da declaração da insolvência e no anterior; (g) trabalho doméstico nos seis últimos meses de vida do insolvente (CC, art. 965); (h) outros previstos na lei, como, por exemplo, os honorários de advogado (Lei n. 8.906/94, art. 24).

Finalmente, se restarem recursos após o pagamento dos credores com privilégio especial, serão pagos, proporcionalmente ao valor do crédito de cada um, os que não titularizam nenhuma preferência (classe 4). São os credores quirografários, que se definem por exclusão: os que não se classificam como preferenciais. Se, por exemplo, alguém havia vendido a prazo alguma coisa ao insolvente, ou emprestara-lhe dinheiro sem garantia real, seu crédito não goza de qualquer preferência.

Exemplo: considere que *Antonio*, que vive em casa alugada, tem no patrimônio, entre os ativos, um terreno, dois veículos e o mobiliário doméstico. Suponha que, no passivo, se encontram as dívidas em favor de *Benedito* ($ 100), garantida por hipoteca sobre o terreno; do locador *Carlos* ($ 20), por aluguel atrasado; do advogado *Darcy* ($ 15), por honorários profissionais; e do cunhado *Evaristo* ($ 80), que lhe emprestara dinheiro no último Natal. Declarada a insolvência de *Antonio*, os bens foram arrecadados e liquidados (isto é, vendidos judicialmente). Apuraram-se os seguintes valores: pelo terreno, $ 80; pelos veículos, $ 40; e pelo mobiliário, $ 30. Como serão feitos os pagamentos na

insolvência? Inicialmente, paga-se *Benedito*, por ser titular de direito real de garantia, com o produto da venda do bem onerado. Como ele tem crédito de $ 100 e o terreno hipotecado foi vendido por $ 80, destina-se todo o produto da venda ao credor e fica ele ainda com crédito de $ 20 concorrendo na classe dos quirografários. Em seguida, paga-se *Carlos*, que tem privilégio especial sobre o mobiliário doméstico ("alfaia", diz a lei) encontrado no prédio locado. Como este foi vendido a $ 30 e o crédito do locador é $ 20, ele será integralmente pago e o saldo remanescente, de $ 10, será destinado ao pagamento dos credores sujeitos a rateio. Depois, paga-se *Darcy*, que, sendo advogado, titulariza privilégio geral. Seu crédito é de $ 15 e, na massa, há recursos no valor de $ 50. Feito este pagamento, resta saldo de $ 35 para ser dividido proporcionalmente entre *Benedito* (que ainda não recebeu $ 20) e *Evaristo* (que tem a haver $ 80). Em razão da proporcionalidade, enfim, *Benedito* recebe mais $ 7 e *Evaristo*, $ 28. O valor residual — ou seja, $ 14 para *Benedito* e $ 52 para *Evaristo* — corresponde à perda desses credores, tendo em vista que *Antonio* não possui mais nenhum bem, em seu patrimônio, sobre o qual se pudesse fazer a cobrança.

Capítulo 19

INTRODUÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES EM ESPÉCIE

1. OBRIGAÇÕES EM ESPÉCIE

Este breve capítulo tem o objetivo de introduzir as obrigações em espécie. Com o exame do inadimplemento das obrigações, empreendido no capítulo anterior, encerra-se o que a tecnologia civilista brasileira tem tradicionalmente estudado como uma *teoria geral das obrigações*. Nela concentram-se os esforços dos tecnólogos da área em busca da identificação e intelecção das normas legais aplicáveis a qualquer tipo de obrigação, inclusive as estudadas em outros ramos do conhecimento jurídico (direito tributário, comercial, do consumidor etc.). No direito civil, após o estudo da teoria geral, inicia-se o das obrigações em espécie — vale dizer, o das normas específicas aplicáveis aos contratos civis, responsabilidade civil e algumas outras obrigações.

Claro, a construção desta teoria geral representa a tentativa de sistematização e classificação de certos preceitos normativos num conjunto harmônico. Em outros termos, ela visa organizar logicamente as normas disciplinares de qualquer obrigação. Todavia, conferir estrutura lógica a normas jurídicas é, por si só, tarefa difícil. Às vezes, até mesmo impossível, por uma razão simples, mas intransponível: não há necessariamente lógica no direito (Coelho, 1992). A tarefa é significativamente dificultada no campo do direito das obrigações. Quando o material normativo a sistematizar e classificar são milenares normas enraizadas no direito romano que se reciclam para regular uma realidade econômica e social cada vez mais complexa, como é o caso das deste ramo jurídico, o resultado — antevê-se — pode ser frustrante. Não há classificação das obrigações ao mesmo tempo operacional e abrangente.

Para introduzir o estudo das obrigações em espécie, contudo, não se escapa de classificá-las. E, embora haja quem considere inadequado o critério de classificação segundo a *origem* (ou “fonte”), em vista da quantidade e diversidade dos fatos geradores de obrigações (Noronha, 2003:413), é dele que me valho, por sua utilidade didática.

Começo pela notícia de uma obra escrita por Gaio, no século II, as *Institutas*. Nela, encontra-se a primeira classificação das obrigações segundo a origem: *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* (que significa: “toda obrigação nasce de contrato ou de delito”). A divisão bipartite das obrigações, embora largamente difundida nos direitos de tradição romana, serve apenas para uma aproximação de fins didáticos — objetivos, aliás, das *Institutas*. A incapacidade de ela abarcar todas as situações, ressalte-se, era já notada desde então. Em outros escritos — que se encontram no *Digesto* organizado no século V por ordem do imperador Justiniano —, Gaio fez menção a obrigações que não provinham nem de contrato, nem do que atualmente se conhece por ato ilícito. Ensaiou, primeiro, uma classificação tripartite, em que a nova categoria de obrigações não estava, porém, claramente definida. Propôs, também, uma quatripartite, acrescentando às obrigações contratuais (*ex contractu*) e delituais (*ex maleficio*), as quase contratuais (*quasi ex contractu*) e as quase delituais (*quasi ex maleficio*). Esta última classificação granjeou tamanho prestígio que ecoa, ainda hoje, no *Code Civil* de França e nos manuais franceses da área (Mazeaud-Chabas, 1998:45 e 789). Mesmo na doutrina brasileira, há quem a adote na organização dos temas (Lopes, 2001). As obrigações quase contratuais nascem de “fatos puramente voluntários”, como o pagamento indevido, gestão de negócios e o enriquecimento sem causa; já as quase delituais correspondem à responsabilidade por danos causados por culpa simples, como a negligência, imprudência ou imperícia (delitual é a relacionada ao dolo).

Ambientadas nesta notícia histórica, podem-se dividir as obrigações, hoje, em *negociais* e *não negociais*. Nas primeiras, encontram-se as derivadas de negócio jurídico, quer dizer, de manifestação de vontade de sujeito de direito intencionalmente voltada à produção dos efeitos previstos em lei. As não negociais derivam de fato jurídico ou ato ilícito: não é a vontade do devedor, do credor ou de ambos que gera o vínculo obrigacional, mas o fato qualificado pela lei ou o ato culposo que viola direito subjetivo.

As obrigações negociais subdividem-se em *contratuais* e *não contratuais*. Naquelas, o encontro de vontade das partes faz nascer a obrigação. Correspondem aos contratos os mais variados (compra e venda, doação, seguro, locação, prestação de serviços, *leasing*, cartão de crédito, plano de assistência médica, distribuição, acordo de acionistas etc.). Nas obrigações não contratuais, o negócio jurídico gerador do vínculo é unilateral. E, aqui, abrem-se duas possibilidades: de um lado, aquelas em que o declarante se obriga (promessa de recompensa, oferta ao consumidor, emissão, aceite, endosso e aval de títulos de

crédito etc.) e, de outro, aquelas em que o declarante obriga outrem (gestão de negócios, pagamento indevido etc.).

As obrigações podem resultar, de um lado, de negócios jurídicos (negociais) ou, de outro, de fato jurídico ou ato ilícito (não negociais). As negociais, por sua vez, podem decorrer de negócio jurídico bilateral (obrigações contratuais) ou unilateral (não contratuais).

Por sua vez, a categoria das obrigações não negociais reúne os vínculos obrigacionais cuja constituição não deriva de negócio jurídico. Nela está a responsabilidade civil, isto é, a obrigação de indenizar os danos sofridos por sujeito com quem o devedor não mantém vínculo negocial *ou*, se mantém, o negócio é circunstancial. Explico. Quando alguém deve indenização a quem está vinculado por negócio jurídico, este pode ser o fundamento da obrigação de indenizar ou não. Se a indenização é consectário, o seu fundamento é o inadimplemento da obrigação nascida com a manifestação de vontade; neste caso, o negócio jurídico é a fonte da obrigação de indenizar, seu fundamento. Por outro lado, se a indenização é a própria prestação, o negócio jurídico eventualmente existente entre devedor e credor é circunstancial; a obrigação de indenizar existe a despeito do vínculo negocial (Cap. 21, item 2).

A responsabilidade civil é, em suma, obrigação não negocial, mesmo que entre credor e devedor da indenização haja negócio jurídico. Ela pode ser subjetiva ou objetiva. Quando subjetiva, a responsabilidade civil tem por origem ato ilícito culposo ou doloso (obrigação de indenizar vítima de acidente de trânsito, de erro médico, de crimes etc.); quando objetiva, decorre de fato jurídico (fornecer bens ao mercado gera responsabilidade pelos acidentes de consumo, p. ex.).

Também se classifica como não negocial a obrigação do condômino (implicação do fato jurídico de dividir a propriedade de um bem com outras pessoas), do alimentador (derivada do fato jurídico de ele ter condições de alimentar parente em dificuldades), e outras.

Encontra-se na categoria das obrigações não negociais uma considerável gama de hipóteses espalhadas pelos vários ramos do direito. São não negociais, por exemplo, as obrigações tributárias, que se constituem em razão de fato subsumível à hipótese de incidência do imposto, contribuição ou taxa (auferir renda implica a obrigação de pagar o imposto de renda, usufruir serviço prestado

pelo Estado, a de pagar a taxa etc.). A obrigação de a sociedade anônima pagar o reembolso ao acionista dissidente de certas deliberações da assembleia geral é outro exemplo albergado nesta classe. O direito de o empregado receber salário, décimo-terceiro, férias remuneradas, licença-maternidade e demais verbas previstas em lei também se deve considerar obrigação não negocial — embora a tecnologia trabalhista ainda opere com o conceito de "contrato de trabalho" — nascida do fato jurídico caracterizador do vínculo empregatício (subordinação pessoal, não eventualidade, remuneração etc. — art. 3º da CLT).

2. QUESTÃO DE ORDEM

A tecnologia civilista dedica-se ao estudo da *teoria geral* das obrigações e de *algumas* obrigações em espécie. Segundo o ramo jurídico dedicado ao seu estudo, pode-se falar em obrigações tributárias, empresárias (também chamadas comerciais ou mercantis), consumeristas, trabalhistas, previdenciárias, de direito administrativo e assim por diante. Neste sentido, por exemplo, a obrigação *negocial não contratual* derivada da vinculação do fornecedor aos termos de sua oferta dirigida ao mercado de consumo (CDC, arts. 30 e 35) é consumerista, porque estudada no âmbito do direito do consumidor; a também *negocial não contratual* representada pelo saque, aceite, endosso e aval de títulos de crédito é mercantil, por vir estudada no direito comercial (Coelho, 1998, 1:387/416).

As obrigações em espécie estudadas pelo direito civil são, inicialmente, referidas por três conceitos: *contratos civis*, *atos unilaterais civis* e *responsabilidade civil*. As que não se enquadram em nenhum deles são examinadas pelo desdobramento próprio da disciplina: os alimentos estudam-se em direito de família, as obrigações do condômino na repartição das despesas comuns, no direito das coisas, as do plagiador de obra, nos direitos do autor, e assim por diante.

Neste *Curso*, distribuíram-se as principais matérias do direito das obrigações civis da seguinte maneira: no próximo capítulo, estudam-se os atos unilaterais de direito civil (promessa de recompensa, pagamento indevido, gestão de negócios e enriquecimento sem causa); na próxima parte, a responsabilidade civil; no próximo volume, os contratos civis.

3. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E A GLOBALIZAÇÃO

Quero aproveitar este capítulo para um curto interregno no desenvolvimento

da tecnologia jurídica das obrigações e umas poucas considerações científicas.

Durante a Primeira Guerra Mundial, a Europa não podia manter sua produção com a mesma regularidade. Além das naturais dificuldades criadas pelo extenso conflito para manter a economia funcionando normalmente, havia também o esforço de guerra, que priorizava a produção de armamentos, belonaves, uniformes e suprimentos para as forças. Do outro lado do Atlântico, empresários norte-americanos identificaram a oportunidade de vender mais para o considerável mercado europeu então desatendido; fizeram investimentos e aumentaram a produção. A economia norte-americana cresceu, no período, em parte por ter atendido à demanda nos países aliados do velho continente e suas colônias, além de alguns dos antigos consumidores de produtos europeus espalhados pelo mundo.

Terminada a guerra, a Europa retornou à economia de paz e deixou de importar os bens que voltou a produzir. Reativou alguns laços coloniais e a exportação. Paralelamente, com a paulatina reorganização da economia europeia, experimentaram os Estados Unidos uma extraordinária crise de demanda. Como o capitalismo, naquele tempo, não tinha ainda desenvolvido qualquer mecanismo de planejamento e organização da economia — visto então como ferramenta típica do comunismo —, a produção no novo mundo, mesmo após o fim da guerra, continuava a crescer, mas não encontrava mais mercados para escoamento de seus produtos. O ponto culminante da crise é marcado, historicamente, pela queda da bolsa de valores de Nova York em 1929.

No transcorrer da Segunda Guerra Mundial, de novo a produção europeia não se encontrava em condições de atender aos seus tradicionais mercados dos tempos de paz. Uma vez mais, a produção norte-americana cresceu, no embalo das demandas surgidas nesses mercados. A dura lição, porém, tinha sido aprendida. Causas e reflexos das crises de demanda eram já bem conhecidos dos economistas. Assim, em 1944, quando era possível razoavelmente antever que os Estados Unidos sairiam vencedores do conflito mundial, reuniram-se em Bretton Woods representantes de cerca de meia centena de economias capitalistas, para começarem a estruturação da ordem econômica do pós-guerra. Dessa Conferência resultou a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD). O ouro foi substituído pelo dólar norte-americano como padrão de referência na avaliação das moedas, num modelo que sobreviveu até a crise do petróleo de 1973. E, principalmente, como meio de ampliação dos mercados abertos à economia norte-americana, “decretou-se” o fim da era colonial e seus entraves comerciais

— processo inteiramente concluído apenas em 1974, com a Revolução dos Cravos em Portugal.

Os diferentes cenários em que se encontrou a economia norte-americana no fim das duas guerras mundiais ilustram uma necessidade vital do sistema capitalista: *a constante ampliação do mercado consumidor*. O capitalismo tem sede de mercados. No regime pautado pela liberdade de iniciativa, quando o processo de formação de novos mercados se detém ou regride, a produção não encontra seu destino e se perde. Junto com ela, perdem-se os investimentos e os valiosos recursos humanos, materiais e intelectuais nela alocados. Criar constantemente novos mercados de consumo é a seiva vital do sistema econômico capitalista. Uma das razões da força da economia norte-americana está em ter sido a primeira a perceber que remunerar bem o operário é um modo de ampliar o mercado consumidor. Esta noção, de todo estranha ao capitalismo do século XIX, corresponde a aspecto menos conhecido do fordismo. Sua difusão na indústria norte-americana na primeira metade do século passado foi certamente um dos fatores que impulsionou os Estados Unidos à posição de potência econômica.

A necessidade vital do capitalismo de constante ampliação de mercados torna inevitável o processo de *globalização*. Por ele, fronteiras nacionais vão perdendo importância e até mesmo qualquer sentido para fins de produção e circulação de bens e serviços. Integram-se paulatinamente as economias dos países envolvidos no processo, do qual uma das etapas é a criação do mercado comum.

Criar mercado comum significa, em termos jurídicos, harmonizar as normas referentes a *direito-custo*, isto é, aquelas que interferem na formação dos preços dos produtos ou serviços (Coelho, 1998, 1:47/54). O direito das obrigações possui diversas normas dessa natureza. Por isso, em qualquer processo de integração econômica, ele passa necessariamente por alterações. O objetivo da harmonização é tornar idênticas as condições de competitividade em todos os países que formam o mercado comum. Para entender este processo, retorne-se novamente no tempo.

Até a Segunda Grande Guerra, o espírito de integração econômica e união política que viceja hoje na Europa era simplesmente impensável. Além de viverem em constante estado de beligerância, competindo por colônias fornecedoras de matéria-prima e consumidoras de produtos industrializados, os principais povos europeus procuravam distanciar-se uns dos outros no plano cultural, marcando ou acentuando características que reivindicavam como únicas. As leis e a doutrina jurídica de direito privado, nesse contexto, serviam

de campo fértil para as manifestações de afirmação nacional. O Código Civil alemão, que entrou em vigor em 1900, revestiu-se de uma estrutura peculiar, notavelmente diversa da do monumental Código Napoleão, de 1804. Naquele, ademais, um dos conceitos nucleares é o de "negócio jurídico" (*Rechtsgeschäft*), cuja diferença em relação ao de "ato jurídico" (*acte juridique*), construído pela doutrina francesa, é de extrema sutileza (Cap. 10, item 3) e, na minha opinião, não vale os extraordinários esforços teóricos que têm consumido inacreditável quantidade de tempo e papel. Não se trata, como querem alguns autores, de noções cientificamente evoluídas uma da outra, mas apenas de diferentes modos de cuidar do mesmo assunto, dando ênfase a aspectos distintos (para uma visão no sentido oposto: Gomes, 1967:49/67). A Itália daquele tempo também buscou na lei e na teoria jurídica de direito privado elementos de afirmação da nacionalidade, em contraposição aos demais povos de grande presença econômica e cultural da Europa. Assim, ao reformular seu Código Civil em plena guerra, em 1942, produziu um diploma que procurou afastar-se tanto da estrutura francesa quanto da alemã e que, para isso, apresentava como particular inovação a disciplina de matérias até então afetas, na cultura jurídica do continente, ao direito comercial, e tratadas em *código* próprio. A teoria da empresa concebida e desenvolvida por autores italianos do fim do século XIX e início do XX também é apresentada, muitas vezes, como evolução da teoria dos atos de comércio do direito francês. A nacionalidade, principalmente nos países europeus de unificação tardia (Alemanha e Itália), enxergou na formulação de novos conceitos e abordagens dos temas de direito privado um importantíssimo instrumento de afirmação.

Os tempos de agora são outros. França, Alemanha e Itália não competem mais por colônias. Ao contrário, são nações envolvidas num extraordinário esforço de integração econômica que tende a conduzir toda a Europa, em poucas décadas, a ensaios de unificação política. A globalização — como visto, um processo irrefreável — tem na experiência europeia o modelo de superação das fronteiras nacionais a ser provavelmente seguido em todo o mundo. Em 1995, quando entrou em vigor o Tratado da OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* — Organização pela Harmonização na África do Direito dos Negócios), dezesseis países da África Central de colonização influenciada pela França (Benim, Burkina Fasso, Camarões, República Centro-Africana, Comoro, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Chade, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Mali, Níger, Senegal e Togo) deram início ao processo de convergência de seus direitos das obrigações comerciais (Martor-Pilkington-

Sellers-Thouvenot, 2002). Um processo sem dúvida lento e altamente complexo, mas indispensável à integração econômica. A harmonização do direito levada a efeito pela OHADA tem alcançado resultados reconhecidos no mundo todo.

O direito das obrigações deve necessariamente passar por mudanças no processo de formação do mercado comum porque, como dito, possui muitas normas de direito-custo. Se dois países desejam integrar-se economicamente, formando um mercado comum, os empresários com sede em cada um deles devem enfrentar, no outro país, as mesmas condições de concorrência que encontra no seu. Se num desses países vigorar norma que imputa aos empresários maiores responsabilidades do que no outro, haverá desequilíbrio entre as condições de competitividade. A regra jurídica que agrava a responsabilidade do empresário representa uma vantagem competitiva para os que nele estão sediados e uma desvantagem competitiva para os estrangeiros. A harmonização do direito-custo visa eliminar vantagens e desvantagens dessa natureza, de modo que todos possam competir em igualdade de condições nos países integrantes do mercado comum.

Em razão do processo de globalização necessário ao capitalismo como meio de ampliação dos mercados, o direito das obrigações, nas partes em que repercute na formação dos preços de produtos e serviços (responsabilidade por acidente de consumo e repercussões da inexecução dos contratos), deve ser e tem sido harmonizado, com o objetivo de eliminar vantagens e desvantagens competitivas.

Neste sentido, no da eliminação das diferenças no âmbito do direito das obrigações, é que deve ser considerada, por exemplo, a profunda mudança por que passou o Código Civil alemão em 2002 (ano em que a reforma entrou em vigor). Alguns exemplos servem para demonstrá-lo. Antes, cuidava a lei alemã de nada menos que quatro diferentes hipóteses de inexecução involuntária por impossibilidade da prestação (subjetiva ou objetiva, por causa concomitante ou posterior); a partir da reforma, cuida-se do assunto de forma unitária, como nos demais direitos de tradição românica, atribuindo-se as mesmas consequências jurídicas a qualquer caso de inexecução involuntária. De outro lado, embora não tenha chegado ao ponto de incorporar a “cláusula resolutiva tácita” originária do direito francês, a reforma simplificou consideravelmente as formalidades exigidas na resolução dos contratos por inadimplemento (Ranieri, 2002). Aperfeiçoou-se, ademais, a disciplina das cláusulas gerais de negócio

(*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) para, por exemplo, invalidar restrições ou exoneração de responsabilidade do vendedor em caso de reserva mental dolosa (*arglistiges Verschweigen des Mangels*) (Bauerreis, 2002) e reviu-se a disciplina do contrato de empreitada, instituto contratual que, no direito alemão, tem sentido muito abrangente (alcança, p. ex., o que chamamos, no Brasil, de contrato de prestação de serviços) (Heseler, 2002).

É certo que o Código Civil alemão continua empregando uma quase impenetrável linguagem hermética (diz-se que ele continua a ser uma lei feita por professores universitários para professores universitários) e conserva a original estrutura dada pela formulação pandectista (parte geral e especial). São elementos que o individualizam, sob o ponto de vista da cultura jurídica, e cuja conservação não prejudica a integração econômica. É a saudável e esperançosa manifestação de que há espaço, na globalização, para o cultivo da diversidade cultural (Witz, 2002). Por outro lado, as mudanças que não eliminaram diferenças relativamente ao direito das obrigações francês — como na disciplina da prescrição, por exemplo — restringiram-se a temas que não se expressam por normas de direito-custo e, portanto, não repercutem nas condições de competição (Bauerreis, 2002).

Os campos do direito das obrigações mais sensíveis ao processo de integração econômica são os da responsabilidade civil (principalmente por acidentes de consumo) e da inexecução dos contratos (voluntária ou involuntária). Conforme as regras vigentes sobre estas matérias, vantagens e desvantagens competitivas se estabelecem, travando o desenvolvimento do processo integrativo. Isso porque os empresários, ao comporem os preços dos produtos ou serviços que oferecem ao mercado, embutem, com o objetivo de preservar suas margens de lucro, taxas de riscos maiores ou menores em função das responsabilidades que lhes possam ser atribuídas, ou das consequências da inadimplência ou insolvência do devedor ou mesmo da frustração de faturamento por impossibilidade da prestação. Maiores responsabilidades ou riscos imputados aos empresários implicam maiores preços ao consumidor: não há como fugir desta relação sem desestimular a iniciativa privada. O direito a aplicar, por isso, deve ser o mesmo em todo o mercado comum, sempre que puder influir a composição dos preços dos produtos ou serviços. E é este o caso das áreas sensíveis do direito das obrigações a que me referi.

Neste contexto, vale a pena referência à condenação da França, em abril de 2002, por má transposição ao seu direito interno da Diretiva sobre responsabilidade por acidente de consumo (“fato do produto”). A Corte de

Justiça da Comunidade Europeia considerou que a norma interna francesa continha disposições que favoreciam os consumidores mais do que o estabelecido como padrão para os países da C.E. E isso criava uma vantagem competitiva para os empresários estabelecidos em França (Canivet, 2003:13). Aparentemente, parece um paradoxo. Não é, porém. O empresário alemão, por exemplo, ao vender seus produtos no mercado francês ficaria sujeito a condições mais gravosas do que as vigentes em seu país. Teria mais dificuldade, portanto, de competir pelo consumidor francês. O empresário francês, por sua vez, ao vender suas mercadorias na Alemanha estaria sujeito a regras de responsabilização menos gravosas do que as adotadas em França e teria, desse modo, mais facilidade para competir pelo consumidor alemão. Assim, embora a lei interna francesa sobre responsabilidade por acidente de consumo protegesse mais o consumidor do que a vigente nos outros países da C.E., ela é condenável por sua incompatibilidade com o objetivo do processo de integração econômica, isto é, com a incontornável necessidade do sistema capitalista de constantemente ampliar os mercados.

Quanto ao Brasil, quando os processos de integração econômica em que se encontra envolvido (MERCOSUL e ALCA) deslancharem, certamente teremos que negociar com nossos parceiros a harmonização do direito das obrigações, nos assuntos em que repercute na formação dos preços de produtos ou serviços.

Capítulo 20

ATOS UNILATERAIS

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS UNILATERAIS

As declarações unilaterais de vontade de um sujeito de direito, na expressiva maioria das vezes, é fato irrelevante para o direito das obrigações. Se a pessoa manifesta sozinha a vontade de se tornar credora ou devedora de alguém, isto não costuma ser suficiente para vinculá-la ativa ou passivamente. Quando tem por causa a vontade dos sujeitos de direito, o vínculo obrigacional, para se constituir, depende, em geral, da convergência de declarações de todas as partes. Falo dos contratos, que sempre pressupõem o encontro de vontades dos sujeitos contratantes — mesmo que o vínculo dele nascido importe a constituição de obrigações para somente um deles. Se a *Antonio* interessa um bem ou serviço de *Benedito*, uma declaração unilateral de vontade dele não costuma bastar para satisfazer seu interesse. Em geral, para *Antonio* ter o que quer, precisará contar com a convergente declaração de vontade de *Benedito*.

Há, contudo, algumas poucas hipóteses em que a constituição da obrigação deriva de declaração de vontade de uma das partes apenas, ou seja, de negócio jurídico unilateral. Nelas, basta que um sujeito de direito manifeste determinada vontade para que surja a obrigação, vinculando-o ativa ou passivamente a outrem.

Essas hipóteses têm despertado, para a tecnologia civilista, algumas dificuldades na classificação das obrigações. Doutrinadores de todo o mundo contornam essas dificuldades estudando-as em separado, sem preocupação com a construção de conceitos de maior amplitude em que se pudessem incluí-las. Exceção se encontra no direito francês. Lá, ao lado da maneira tradicional de tratar a matéria, que faz eco a lições do direito romano e costuma classificar algumas dessas hipóteses como “quase contratos” (Hubrecht-Vermelle, 1947:151/152), encontram-se também tentativas de agrupá-las de modo diverso, como, por exemplo, a que toma por referência o “enriquecimento injusto externo aos contratos”, vale dizer, a transmissão ilegítima de bem ou bens do patrimônio de um sujeito para o de outro (Voirin-Goubeaux, 1999:423/433). A significativa dificuldade de classificar as obrigações derivadas de negócios unilaterais é, de

qualquer modo, anotada pela doutrina francesa (Mazeaud-Chabas, 1998:836).

Voltando-se os olhos para o direito positivo, nota-se que os códigos dos países de tradição românica costumam evitar menções a categorias, ao disporem sobre o assunto. Mesmo quando disciplinam os negócios jurídicos unilaterais em dispositivos próximos, como é o caso da codificação italiana, não os reúnem sob qualquer designação genérica. O Código Civil brasileiro — neste particular afastando-se dos diplomas que influenciaram sua estrutura (os Códigos alemão e italiano) — reúne tais obrigações a partir do conceito de "atos unilaterais" (Título VII do Livro I da Parte Especial: arts. 854 a 886). Não prevê, contudo, como seria de se esperar dum esforço de sistematização, nenhuma norma introdutória ou geral aplicável a todas as obrigações colecionadas sob a rubrica — e isto é mais um sinal da dificuldade em que bate o tema. A solução do legislador brasileiro, embora criticável (Noronha, 2003:403), serve, porém, como ponto de partida para a análise dessas obrigações.

São quatro os atos unilaterais de direito civil: promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa.

Obrigações podem ser geradas por negócio jurídico unilateral. São civis quatro destas obrigações: promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa. A primeira é auto-obrigação *(quem declara se vincula como devedor), enquanto as duas seguintes,* alter-obrigações *(quem declara vincula-se como credor) e a última, daquela ou desta espécie.*

As obrigações decorrentes de negócios jurídicos unilaterais dividem-se em duas classes: a das *auto-obrigações* e a das *alter-obrigações*. Na primeira, o sujeito de direito que faz a declaração unilateral de vontade obriga a si próprio. No campo das obrigações civis, inclui-se nesta classe a promessa de recompensa. Quem promete a recompensa auto-obriga-se a pagá-la a quem cumprir as condições ou prestar os serviços indicados na promessa. A declaração do promitente gera sua obrigação passiva. Em outros campos jurídicos estudam-se as demais auto-obrigações, como a vinculação da oferta do fornecedor ao mercado de consumo (tratada no direito do consumidor) ou as obrigações cambiais (no direito comercial).

Por sua vez, na classe das alter-obrigações, quem faz a declaração unilateral de vontade não se obriga, mas a outrem. São duas as obrigações civis, em que a declaração de vontade de um sujeito curiosamente obriga outro a pagar-lhe algo:

gestão de negócios e pagamento indevido. Assim, os atos praticados pelo gestor perante terceiros, se presentes os requisitos legais, obrigam o dono do negócio; além disso, se alguém paga a quem não tem direito ao crédito, o negócio jurídico praticado pelo *solvens* gera para quem recebeu indevidamente a obrigação de restituir o indébito. Também fora do direito civil, estudam-se algumas alter-obrigações. É o caso do exercício do direito de retirada por acionistas ou quotistas, objeto de estudo do direito comercial. Ao exercer esse direito nas hipóteses autorizadas por lei, o sócio, com sua declaração unilateral de vontade, gera para a sociedade três obrigações: calcular o valor da participação que ele titulariza, reembolsar-lhe esse valor e formalizar o desligamento pelo ato societário adequado.

Finalmente, o enriquecimento sem causa pode consistir numa auto-obrigação ou alter-obrigação. Em geral, quem se enriquece indevidamente torna-se obrigado a compensar o prejudicado em razão dos negócios jurídicos que praticou. Há, contudo, situações em que a declaração do empobrecido origina não só a ilegítima transmissão de bens, serviços ou valores, como também a obrigação de o enriquecido restituir o indevidamente transmitido ou compensar o prejuízo. É o caso do professor particular que, anos a fio, leciona sem receber honorários. É dele, portanto, o ato negocial que deu ensejo não só ao enriquecimento indevido do pupilo, como de sua obrigação de indenizá-lo.

Em suma, a declaração negocial exclusiva de uma das partes pode implicar sua vinculação a obrigação ativa ou passiva, isto é, à titularidade de crédito ou de débito.

2. PROMESSA DE RECOMPENSA

Por vezes, sujeitos de direitos anunciam a disposição de recompensarem quem preencha determinada condição ou faça algo. É comum, por exemplo, donos de animais de estimação perdidos valerem-se de faixas ou cartazes, afixados proximamente aos locais em que se perderam os bichinhos, para divulgar que pagarão por informações que os levem ao encontro deles. Também o é empresas promoverem concursos artísticos, prometendo dar aos escolhidos (pelo público ou por uma equipe de especialistas) um troféu ou eventualmente patrocínio e dinheiro. São exemplos de negócios jurídicos unilaterais chamados de promessa de recompensa.

O sujeito que faz a promessa de recompensa é denominado “promitente”. Ele se vincula aos termos de sua declaração de modo a tornar-se devedor de tantos

quantos preencham as condições que estabeleceu ou prestem o serviço que deseja (CC, art. 854). Em decorrência, quem quer que as tenha atendido ou feito o serviço tem direito de crédito perante o promitente e pode exigir o cumprimento da promessa — quer dizer, a recompensa —, inclusive em juízo. São irrelevantes as razões que motivaram o credor; ainda que tenha atendido às condições da promessa ou prestado o serviço exclusivamente por interesse em receber a recompensa, o promitente está obrigado ao prometido (CC, art. 855).

Pode-se prometer recompensa em função de qualquer ato, fato, coisa, fazer ou condição, segundo a exclusiva vontade do sujeito que promete. O objeto a recompensar pode ser uma obra (literária, musical, artística, jurídica etc.), descoberta (arqueológica, científica etc.), informação (paradeiro de pessoa ou animal), prestação de serviços (concurso de arquitetos), um mero fazer (ato caritativo) ou qualquer bem, conduta ou valor do interesse, mediato ou imediato, do promitente. Exige-se apenas que o objeto seja lícito. Prometer recompensar crime ou ato ilícito civil ou administrativo é negócio jurídico nulo: não obriga o promitente nem beneficia quem atender à promessa (CC, art. 166, II).

Quem declara publicamente que recompensará o atendimento a certas condições ou determinada prestação de serviços tornar-se-á devedor de tantos quantos as atendam ou os prestem.

A promessa admite qualquer forma, escrita ou não. Como referido no início, faixas espalhadas em locais públicos veiculam validamente promessas de recompensar. “Edital” é o nome que se costuma dar ao instrumento escrito em que se fixam as condições da promessa. Ele deve ter a publicidade que o promitente considerar suficiente aos objetivos de seu ato. Se está procurando pessoa que viu pela última vez numa certa cidade do interior de Minas Gerais, pode mandar distribuir panfletos apenas lá. Se quer promover concurso nacional de premiação de talentos, deve valer-se de anúncios na imprensa escrita ou televisão. O alcance da divulgação que o promitente dá à sua promessa é irrelevante para fins de constituição da obrigação. Mesmo na hipótese de ter sido divulgado o edital apenas entre alguns poucos conhecidos, obriga-se o promitente se se apresentar alguém que atendeu às condições estabelecidas ou fez os serviços referidos. Ao contrário do que costuma ensinar a tecnologia civilista (cf., por todos, Gomes, 1961:243), a publicidade do anúncio *não* é condição de validade da promessa de recompensa, mas apenas de sua eficácia.

Eventuais omissões do edital serão supridas exclusivamente pela vontade do promitente. Como se trata de negócio unilateral, os destinatários da promessa, incluindo os que já se tenham empenhado no preenchimento das condições para recebimento da recompensa ou na prestação do serviço, e mesmo os credores, isto é, os que já lograram alcançar o objeto, *não* participam do ato. Se o promitente se esquecera de especificar o local de apresentação dos interessados ou redigira cláusula sobre determinada condição de modo obscuro, por exemplo, somente a sua vontade é eficaz na definição faltante ou no aclaramento dos termos da promessa. Qualquer lacuna na declaração que deu origem à promessa de recompensa será, portanto, suprida exclusivamente pelo mesmo sujeito de direito que a fez (o promitente) ou por quem ele nomear. Nos editais dos concursos privados, aliás, é comum prever cláusula sobre colmatação de lacunas atribuindo o poder para fazê-la aos mesmos julgadores das obras ou trabalhos concorrentes (algo como “os casos omissos serão decididos pelos jurados”).

Somente em uma hipótese deve-se admitir a interferência do Judiciário na revisão do conteúdo da promessa de recompensa: a de omissões no edital indevidamente supridas pelo promitente. Como dito acima, as lacunas do edital são colmatadas pela vontade de quem fez a promessa. Não pode ele, porém, exercer abusivamente seu direito. Se, ao definir as matérias anteriormente omissas, o promitente frustrar legítimas expectativas dos destinatários que preencheram as condições ou prestaram os serviços, o juiz pode alterar a declaração do devedor. Se, por exemplo, a promessa não quantificava a recompensa oferecida (o edital usa expressões como “gratifica-se bem” ou algo semelhante), uma vez preenchida a condição ou prestado o serviço por um dos destinatários, o promitente não pode pretender pagar-lhe valor irrisório relativamente ao proveito que teve. Se o fizer, cabe ao juiz aumentar o valor devido (Monteiro, 2001, 5:393).

A promessa de recompensa pode ser feita *com* ou *sem* prazo determinado. No primeiro caso, o promitente fica vinculado aos termos da promessa enquanto não se der o termo que fixou. Ela é, então, irrevogável. Diz a lei que, ao fixar o prazo, o promitente renuncia ao direito de retirar a oferta durante seu transcurso (CC, art. 856, *in fine*). Os destinatários do edital que se interessarem pela recompensa prometida com prazo têm assegurado, assim, que, vindo a cumprir as condições ou a prestar os serviços no tempo assinalado, tornar-se-ão credores do promitente. Nos concursos, a promessa de recompensa deve ser obrigatoriamente feita com prazo, sob pena de nulidade (CC, art. 859, *caput*).

Já no caso da promessa sem prazo, o promitente pode revogá-la, desde que dê

à declaração revogatória a mesma publicidade do edital. Para ser revogável, portanto, a promessa não pode ser feita com prazo (CC, art. 856, primeira parte). Em sendo a promessa revogada, a lei assegura aos candidatos de boa-fé que tiverem feito despesas com o objetivo de ganhar a recompensa o direito de serem reembolsados. Note-se que os candidatos não podem pleitear indenização por perdas e danos, na medida em que o promitente não incorreu em nenhuma ilegalidade ao revogar a promessa. A lei reconhece-lhes apenas o direito ao reembolso das despesas, sem os consectários do inadimplemento (a menos, claro está, que a execução da obrigação de reembolsar tenha que ser judicial, por não a ter o promitente cumprido espontaneamente).

Se o objeto pretendido pelo promitente foi realizável por mais de uma pessoa, a primeira que a executar será a titular do crédito (CC, art. 857). Veja que o credor não será necessariamente o primeiro a apresentar-se ao promitente pleiteando a recompensa, mas sim quem tiver atendido às condições da promessa em primeiro lugar. Se, posteriormente ao pagamento em favor do primeiro candidato a se apresentar, restar provado que era outro o titular do crédito, terá este direito à recompensa e será aquele obrigado a restituir o indébito. Quando for simultâneo o atendimento às condições do edital, os candidatos dividirão a recompensa, se for ela divisível; caso contrário, proceder-se-á a sorteio, obrigando-se o sorteado a pagar ao outro (ou outros) a quota-parte correspondente (CC, art. 858). Registro que têm essas normas natureza claramente supletiva. Se o promitente estabelecer, no edital ou noutro instrumento da promessa, que a recompensa será dada ao primeiro candidato que se apresentar, ainda que não tenha sido ele o primeiro a executar, ou qualquer outra solução para a hipótese de simultaneidade na execução, prevalecerá sua vontade em detrimento dos preceitos da lei.

Os destinatários da promessa de recompensa são inteiramente livres para concorrer ou não ao edital. Por isso, como ninguém está obrigado a atender à promessa, considera-se que quem se interessa por fazê-la *adere integralmente* aos termos unilaterais do promitente. Aceita, sem possibilidade de reservas, todas as condições estabelecidas unilateralmente pelo promitente para tornar-se devedor. A necessária adesão dos candidatos à recompensa aos termos da promessa é particularmente importante no deslinde de certas questões relacionadas a dois tipos deste negócio unilateral: os concursos de mérito (item 2.1) e os promocionais (item 2.2).

2.1. Concursos de mérito

Sempre que um sujeito de direito privado dispõe-se a premiar alguém em função do mérito de seu trabalho, convocando os interessados a se submeterem a julgamento, realiza o negócio jurídico unilateral de promessa de recompensa. São exemplos destes concursos: Prêmio TIM de música, Bolsa Vitae, Prêmio Eldorado para jovens instrumentistas e outros.

Em princípio, o promitente é inteiramente livre para fixar as condições para a constituição de sua obrigação. Tendo por fundamento a unilateral manifestação de vontade do promitente, a promessa de recompensa reflete os interesses dele. Se uma fundação quiser, por exemplo, premiar jovens cientistas com o objetivo de incentivar a ciência brasileira, ela pode definir, por exemplo, que só especialistas com determinada formação superior, com menos de certa idade e nascidos no Brasil estão aptos a se habilitar. Mas, embora seja negócio jurídico privado, e, portanto, informado pelo princípio da autonomia da vontade, a promessa de recompensa não pode estar condicionada a critérios de habilitação preconceituosos ou discriminatórios. Não são admissíveis condições de habilitação que discriminem os candidatos em função de raça, credo, sexo ou outras diferenças que importem barreiras jurídicas ou socialmente reprováveis. Se a mesma fundação inserir, por hipótese, entre as condições do prêmio ser o cientista do sexo masculino ou ressalvar sua obrigação perante candidatos de ascendência árabe, a condição discriminatória é ineficaz. Note-se que a discriminação, embora ineficaz, não invalida a promessa. Quer dizer, o promitente continua obrigado ao prometido, desconsiderada apenas a preconceituosa restrição.

Mas se há essa limitação à vontade do promitente no que diz respeito aos critérios de habilitação dos candidatos, não existem restrições ou interferências quanto ao julgamento do mérito dos trabalhos. O promitente — ou o julgador ou julgadores por ele nomeados — tem total liberdade para escolher o candidato a quem será dada a recompensa.

Em geral, o exame do atendimento a todas as condições do edital é *objetivo*. Se a promessa é de recompensar prestação de serviços, informação, conduta, sorte ou qualquer objeto *não criativo*, a constituição da obrigação não pode ficar sujeita à livre apreciação do promitente. Quem atende à condição ou presta o serviço é credor, e isto decorre de verificação objetiva dos termos da promessa feita. Quando, porém, se trata de concurso de mérito destinado a recompensar criação intelectual, como obra de arte, invenção ou talento artístico, o exame do atendimento das condições de mérito será inevitavelmente subjetivo. A diferença é relevante, na medida em que somente no primeiro caso pode o juiz interferir na

individuação do credor da recompensa. Imagine que o promitente se propôs a recompensar quem lhe trouxesse informações fidedignas do paradeiro de certa pessoa ou animal. Se alguém lhe fornece informação, o atendimento às condições do edital será aferido de modo objetivo. Caso o promitente não lhe pague a recompensa, a pretexto de não terem sido úteis as informações prestadas, o Judiciário pode ser acionado para examiná-las e decidir se o candidato tem o crédito ou não. Mas, se a promessa de recompensa tem por objeto a melhor obra ficcional brasileira do ano, a escolha cabe exclusivamente à pessoa ou pessoas designadas pelo promitente para julgar o mérito dos trabalhos concorrentes. A decisão desses julgadores obriga os interessados e não pode ser revista em juízo quanto ao mérito. Quer dizer, embora o juiz possa invalidar decisões adotadas em afronta à lei (que inabilitou obra por força de discriminação sexual, p. ex.), ele não pode premiar trabalho diverso simplesmente porque o considera de melhor qualidade literária que o eleito pelos julgadores nomeados pelo promitente (ou, na falta deles, por este mesmo). Apenas o promitente ou os julgadores por ele nomeados, ademais, podem determinar a repartição da recompensa na hipótese de empate, já que somente eles têm poder para considerar que dois ou mais trabalhos possuem iguais méritos (CC, art. 859, §§ 1º a 3º).

Os concursos são uma espécie de promessa de recompensa. Para serem válidos, devem ser estabelecidos com prazo, o que os torna irrevogáveis. Além disso, quando tiverem por objeto premiar obra de criação intelectual, a escolha do credor entre os candidatos cabe apenas ao julgador ou julgadores nomeados pelo promitente (e, na falta deles, a este mesmo). A avaliação do mérito dos trabalhos concorrentes é subjetiva e insuscetível de revisão judicial.

Outra especificidade dos concursos de mérito diz respeito à titularidade do direito do autor dos trabalhos vencedores. A regra é de que “as obras premiadas só ficarão pertencendo ao promitente se assim for estipulado na publicação da promessa” (CC, art. 860). Desse modo, em princípio, o candidato vencedor continua titularizando os direitos de autor, a menos que o edital do concurso contemple cláusula em sentido diverso.

Quando o edital do concurso estabelece a transferência da titularidade da obra premiada para o promitente não é necessária nenhuma específica declaração de vontade do seu autor neste sentido, para que a transferência se opere. O simples ato de participar do certame significa a adesão integral do autor à condição. Com

ênfase, qualquer um que se inscreva no concurso manifesta a concordância em cumprir por completo as condições do edital, entre as quais, se houver, a transmissão dos direitos referida, até mesmo para ter acesso à prometida recompensa. Considera-se que, senhor pleno de seus interesses, qualquer candidato inscrito no concurso deu por equilibrada a troca: atender todas as condições do edital para, em contrapartida, eventualmente receber a recompensa. Se reputa excessivo o atendimento a qualquer das condições impostas pelo promitente quando comparadas ao prêmio oferecido, o destinatário do edital simplesmente não deve participar do concurso.

2.2. Concursos promocionais

Uma das formas de os empresários promoverem seus produtos ou serviços, com o objetivo de estimular seu consumo e vender mais, consiste na realização de concursos. São conhecidíssimos os instrumentos: vales-brindes do tipo “achou, ganhou”, coleção de um número mínimo de embalagens (ou de parte delas), sorteio em programas de televisão etc. Estes concursos promocionais só podem ser organizados mediante prévia autorização do governo (Lei n. 5.768/71, art. 1º). O ato administrativo autorizador, contudo, visa instrumentalizar o controle da adequada arrecadação dos tributos e não interfere nas relações entre o empresário que promove o concurso e os participantes. Esta relação é regida pelas normas gerais do direito do consumidor e, em vista da falta de preceitos específicos no CDC, pela disciplina da promessa de recompensa do Código Civil.

Convém, de início, assentar que os consumidores não são inteiramente livres para contratar a aquisição dos bens ou serviços de que necessitam. A necessidade constrange a liberdade e os força a praticar atos de consumo independentemente de sua vontade. Além disso, encontram-se em situação de vulnerabilidade perante os empresários fornecedores, porque não têm todas as informações sobre os produtos ou serviços oferecidos no mercado. Em função destas peculiaridades e com o objetivo de proteger os consumidores, a lei estabelece um regime próprio de disciplina dos contratos de consumo (Coelho, 1998, 3:164/212).

Pois bem, esse regime de disciplina dos contratos de consumo *não* se aplica aos concursos promocionais, tendo em vista que a promessa de recompensa é negócio unilateral, não contratual. Quer dizer, entre os candidatos e o promitente não se estabelece vínculo de contrato. A compra do produto ou do serviço é, sem dúvida, um contrato de consumo, mas a inscrição no concurso promocional estabelece entre o fornecedor promitente e o consumidor participante uma

relação de natureza diversa. Trata-se, em suma, de um vínculo não contratual (eventualmente até mesmo *não obrigacional*, já que apenas os sorteados serão credores da prestação prometida pelo fornecedor).

Desse modo, descabe revisão judicial das condições da promessa, com o objetivo de ampliar as obrigações do promitente ou os direitos de potenciais interessados. É importante ter presente as diferenças entre a obrigação negocial contratual e a não contratual. Quando o empresário realiza concurso aberto aos consumidores de seu produto, com o objetivo de ampliar vendas, entre os interessados em participar do certame e ele não há contrato de adesão cujas cláusulas possam ser revistas judicialmente na hipótese de abusividade, lesão ou qualquer outro tipo de desrespeito ao regime dos contratos de consumo. As obrigações do fornecedor perante os vencedores do concurso decorrem de negócio jurídico unilateral e, portanto, não se sujeitam à tutela contratual dos consumidores.

Concursos promocionais são promessas de recompensa regidas pelo Código Civil, tendo em vista a inexistência de normas sobre este tipo de obrigações não negociais no Código de Defesa do Consumidor.

Ao aderir à promessa de recompensa, o consumidor manifesta sua integral concordância relativamente às condições unilaterais impostas pelo fornecedor. Tem, lembre-se, total liberdade para participar ou não do concurso, diferentemente da contratação de bens ou serviços de consumo, que, na maioria das vezes, constrange os consumidores. Não havendo contrato de adesão, ao juiz não será possível alterar as condições da promessa, a pretexto de coibir eventuais desequilíbrios entre o atendimento a elas e o prometido. Além disso, não existindo na legislação específica (o CDC) nenhuma norma a respeito da matéria, aplicam-se as do direito civil. Em conclusão, o empresário é livre para estabelecer as condições que entende de seu interesse nos concursos promocionais, e o consumidor é livre para aderir a elas ou não.

3. GESTÃO DE NEGÓCIOS

Normalmente, uma pessoa só pratica atos em nome de outra quando se encontra investida de poderes de representação, como no caso do mandatário (Cap. 10, item 6). Se determinado negócio jurídico interessa a alguém, que se

encontra impossibilitado, por qualquer razão, de praticá-lo diretamente, ele pode encarregá-lo a pessoa de sua confiança. Imagine que *Carlos* deseja adquirir imóvel num local distante de sua residência e não está em condições de viajar para negociar diretamente a aquisição (não interessam os motivos que o prendem onde se encontra). Ele pode, então, nomear *Darcy* como seu representante, outorgando-lhe mandato para agir em nome dele. Todos os atos que *Darcy* praticar representando *Carlos* são, na verdade, praticados por este. O devedor da obrigação de pagar o preço e credor da de receber o imóvel é sempre *Carlos* (mandante), e não *Darcy* (mandatário). O representado vincula-se aos atos praticados em seu nome pelo representante porque assim o quis (sua vontade neste sentido se expressou na outorga do mandato) ou porque a lei o determinou (como no caso de incapacidade absoluta).

Como dito, em geral, só se praticam atos em nome de outrem sendo representante do dono do negócio. Há, contudo, alguns atos praticados por quem não é o representante contratual ou legal do sujeito interessado, mas que acabam importando sua vinculação perante terceiros. Trata-se da gestão de negócios — figura jurídica classificada, na lei brasileira, entre os atos unilaterais. Nela, uma pessoa (gestor do negócio) pratica atos em nome e por conta de outra (dono do negócio), vinculando-a, sem ser representante contratual ou legal dela.

Em princípio, intervir em negócio alheio sem estar para tanto especificamente legitimado, por lei ou contrato, parece até mesmo injurídico. Mas como a gestão de negócios apenas vincula o dono em atenção aos seus interesses, não se questiona a pertinência do instituto (Fernandes, 2001, 2:205). Assim, imagine que *Evaristo* saiba do interesse de *Fabrício*, colecionador de carros antigos, de adquirir para sua coleção um Ford modelo T (o famoso Ford Bigode). Considere, então, que *Evaristo*, passeando por uma feira de veículos, encontra *Germano* oferecendo à venda um cobiçadíssimo carro deste modelo, do ano em que se iniciou sua produção, 1903. Malgrado as tentativas, não consegue avisar por telefone celular o amigo, mas nota o interesse no negócio por alguns outros circunstantes. Não há tempo a perder e *Evaristo*, então, compra o Ford Bigode de *Germano* em atenção exclusivamente do interesse de *Fabrício*. Verificou-se gestão de negócio: *Evaristo* atuou como gestor de negócio do qual era dono *Fabrício*; este se obrigou perante *Germano* em razão dos atos praticados por *Evaristo*.

Para que o dono do negócio se obrigue perante terceiros pelos atos do gestor são dois os pressupostos: *a*) pronta comunicação do gestor; *b*) utilidade do negócio para o dono ou ratificação dos atos do gestor. Não concorrendo qualquer

um deles, o dono do negócio não se torna devedor, e o terceiro com quem tratou o gestor tem direito de crédito apenas perante este último. No exemplo acima, ausente qualquer desses pressupostos, o vínculo obrigacional derivado da compra e venda do veículo de coleção não se constituiria unindo *Fabrício* a *Germano*, mas sim *Evaristo* a *Germano,* aquele na situação de comprador e este, na de vendedor.

A gestão de negócios configura-se quando uma pessoa (gestor) pratica atos em nome de outra (dono do negócio), mesmo não sendo seu representante legal ou contratual.

O gestor deve comunicar imediatamente ao dono a prática de ato em seu nome. Revelando-se útil, em termos objetivos, o negócio ao dono, impõe-se-lhe ratificá-lo, produzindo a gestão de negócios, em decorrência, os efeitos de mandato outorgado no dia do seu começo. A ratificação também não pode ser negada pelo dono quando, em seu nome, o gestor pagou alimentos.

Mesmo não sendo útil o negócio ao dono, a ratificação poderá ser conferida, com ou sem ressalvas.

Comunicação ao dono. Assim que puder, o gestor é obrigado a comunicar ao dono a prática do ato capaz de vinculá-lo perante terceiros. Trata-se de providência prevista em lei, indispensável à constituição da obrigação (CC, art. 864). Após enviar a comunicação e enquanto aguarda resposta do dono, o gestor tem o dever de administrar o negócio "segundo o interesse e a vontade presumível" daquele (CC, art. 861). Será reembolsado pelo dono por todas as despesas necessárias ou úteis em que incorrer na administração do negócio, acrescidas de juros legais (Pereira, 1962, 3:379). É do dono, ainda, a responsabilidade por indenizar o gestor, caso este venha a sofrer qualquer prejuízo em razão da gestão (CC, art. 869, *caput*, *in fine*). Por outro lado, se, neste interregno, o gestor administrar mal o negócio, sem a diligência habitual do administrador competente, ficará responsável pelos danos causados ao dono (CC, art. 866). No exemplo já mencionado, *Evaristo*, tão logo consiga comunicar-se com *Fabrício*, deve informar-lhe da aquisição do Ford Bigode. Enquanto se aguarda a resposta de *Fabrício*, no sentido de confirmar ou não os atos praticados em seu nome, será da responsabilidade de *Evaristo* a guarda e conservação do veículo. Se, por culpa sua, o Ford modelo T adquirido de *Germano* sofre algum dano, *Evaristo* deve ressarcir *Fabrício*.

Em todo o caso, o gestor administra o negócio sempre no interesse do dono. Se o preterir em proveito de interesses seus, o gestor responderá por danos derivados inclusive de caso fortuito. Igual imputação prevê a lei se o gestor fizer

operações de grande risco, ainda que o dono as faça com frequência (CC, art. 868, *caput*).

Utilidade do negócio. Diz a lei que, "se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome" (CC, art. 869, *caput*, primeira parte). A gestão de negócios tem, assim, sempre por objeto algo útil sob a perspectiva do sujeito em nome de quem o gestor agiu. Se o objeto não atende aos interesses do dono, o gestor está, a rigor, administrando negócio próprio. Deve, por isso, o gestor munir-se de razoável certeza quanto à utilidade do negócio para o dono, se não quiser assumir o risco de vir a responder pessoalmente pela obrigação. A utilidade do negócio é mensurada de forma objetiva, em função das circunstâncias que o cercam (CC, art. 869, § 1º). Quer dizer, se para qualquer sujeito de direito que se encontrasse hipoteticamente na mesma condição do dono do negócio seria proveitoso realizá-lo, ele é útil.

Se o negócio não for útil ao dono e a gestão lhe trouxer, ademais, prejuízo, o gestor deverá providenciar para que as coisas retornem ao estado anterior. Caso seja impossível o retorno, ou não o obtendo o gestor, responderá pela indenização dos prejuízos a que deu causa (CC, art. 863). Até mesmo na hipótese de danos oriundos de caso fortuito responde o gestor que iniciou negócio inútil ao dono, a menos que prove que estes teriam se verificado mesmo se ele houvesse se omitido (CC, art. 862).

Ratificação do dono. O dono do negócio, prontamente informado pelo gestor, deve responder no sentido de confirmar ou enjeitar os atos praticados em seu nome, para que se constitua sua obrigação perante terceiros. É a ratificação pelo dono do negócio dos atos praticados pelo gestor em seu nome um dos pressupostos para obrigar-se.

A ratificação não pode ser negada em duas hipóteses: (*i*) se o negócio é objetivamente útil ao dono (Gomes, 1959:437/438); ou (*ii*) se diz respeito a alimentos por ele devidos (CC, art. 871). Desse modo, a rigor, o segundo pressuposto para a constituição da obrigação em decorrência de gestão de negócios consiste na alternativa entre a utilidade destes para o dono ou a ratificação. Sendo útil o negócio, a ratificação é obrigatória; sendo ratificados os atos, não se indaga de sua utilidade. Note-se que os atos relacionados ao cumprimento de obrigação alimentar do dono pelo gestor são tratados de modo particular pela lei, em atenção aos interesses do alimentado: neste caso de gestão, a utilidade para o dono é presumida em termos absolutos.

De qualquer modo, conferida sem ressalvas a ratificação, retroagem seus efeitos ao dia do começo da gestão. Todos os atos do gestor legitimam-se com a

ratificação, mesmo os anteriormente praticados.

Quando a ratificação pode ser negada, ao dono é facultado inserir-lhe qualquer ressalva, como a irretroatividade dos efeitos, limitação da extensão dos negócios, insubsistência de determinada garantia etc. Os efeitos da ratificação com ressalva projetam-se nos termos nela indicados. Quer dizer, as ressalvas têm o efeito de limitar as responsabilidades do dono e, consequentemente, ampliar as do gestor quanto à administração do negócio no período antecedente à ratificação.

Prevê a lei que o ato de confirmação pura e simples projeta os efeitos próprios do contrato de mandato (CC, art. 873). Conferida sem ressalvas, a ratificação da gestão de negócios importa as mesmas consequências jurídicas da tempestiva outorga de poderes de representação pelo dono em favor do gestor. Veja que não se opera a convolação da gestão em mandato. Simplesmente, a lei imputa à gestão de negócios ratificada sem ressalvas os mesmos efeitos que adviriam da outorga pelo dono de procuração ao gestor no dia em que ela se iniciou.

4. PAGAMENTO INDEVIDO

O pagamento indevido é o feito para quem não titulariza a condição de credor. Do pagamento indevido decorre a obrigação para o *accipiens* de restituir o que ilegitimamente recebeu (CC, art. 876). Se *Hebe*, por equívoco, paga a *Irene* os *R$ 10.000,00* que devia, na verdade, a *João*, ela realiza pagamento indevido. Do negócio jurídico de *Hebe* (o pagamento) decorre a alter-obrigação para *Irene* de restituir-lhe aquela quantia.

No plano dos pressupostos subjetivos para a constituição da obrigação de restituir o indébito, salienta-se caber ao *solvens* que agiu voluntariamente a prova do erro, e ao que agiu involuntariamente, a da coação (CC, art. 877). No exemplo, se *Hebe* pretende ter de volta o dinheiro entregue a *Irene*, deve provar que o fez por erro ou coação, que imaginava, por exemplo, ser *Irene* procuradora de *João* (erro) ou que tivera sido forçada a fazer-lhe o pagamento, mesmo sabendo não ser ela a real credora (coação).

O pressuposto do erro ou coação deve ser dispensado na hipótese de indevido objetivo, como no caso de pagamento de obrigação nula. Se o *solvens* paga obrigação absolutamente inválida, o *accipiens* recebe prestação a que não tem direito. Caracteriza-se, portanto, o pagamento indevido. Aqui, não tem importância se o *solvens* equivocara-se relativamente à validade da obrigação ou se fora forçado a cumpri-la a despeito do vício. Terá direito, mesmo inexistindo

erro ou coação, à devolução do que entregou por conta da obrigação insubsistente, apenas em razão da nulidade (Mazeaud-Chabas, 1998:794). Esta regra não se aplica na hipótese de invalidade por ilicitude do objeto, conforme se examina mais à frente.

Ainda no plano dos pressupostos subjetivos, ressalte-se que, para fins de constituição da obrigação, é, em princípio, irrelevante se o *accipiens* recebeu o indébito de boa ou má-fé. Quer dizer, ele terá a obrigação de restituir, ainda que não tenha recebido o pagamento maliciosamente. No exemplo, feita a prova do erro ou da coação por *Hebe*, *Irene* torna-se obrigada a devolver-lhe os *R$ 10.000,00*, mesmo que os tivesse recebido em completa e inegável boa-fé. A boa ou má-fé do *accipiens* tem relevância apenas na hipótese de perda ou deterioração da coisa por fortuito, ou na definição dos direitos que o repetidor titulariza ou dos consectários a que fica obrigado. Diz a lei que, "aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso" (CC, art. 878). Desse modo, se o *accipiens* estava de boa-fé e a coisa se perdeu ou se deteriorou por fortuito, está liberado da obrigação de restituir (CC, art. 1.217); ainda, se recebera o pagamento de boa-fé e agregou à coisa recebida alguma benfeitoria necessária ou útil, terá direito à indenização (CC, art. 1.219); se estava de má-fé e a coisa se deteriorou ou se perdeu por fortuito, responderá pela indenização dos danos do *solvens*, salvo provando que a deterioração ou perda teriam acontecido mesmo que ela não lhe tivesse sido entregue (CC, art. 1.218), e assim por diante.

Em relação aos pressupostos objetivos da constituição da obrigação, vale lembrar, de início, que pagamento é, tecnicamente falando, a entrega da prestação ao credor, qualquer que seja sua natureza. Assim, o conceito não se restringe ao cumprimento de obrigação pecuniária. Quem cumpre qualquer obrigação de dar, fazer ou não fazer realiza pagamento também; se o fizer com erro ou coação para pessoa diversa do credor, terá direito à restituição. Imagine que *Hebe* devia restituir um bem locado a *João*, mas inadvertidamente entregou-o a *Irene*, tomando-a por representante do locador. Demonstrando o erro, tem direito de receber de volta o mesmo bem para realizar o pagamento corretamente, isto é, para restituí-lo a *João*.

Exige a lei, ademais, o pressuposto da licitude do pagamento indevido. Não tem direito à repetição o *solvens* que "entregou algo para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei" (CC, art. 883). Se *Luiz* havia vendido maconha a *Maria*, mas acabou entregando a droga a *Nair*, irmã gêmea da compradora, porque as

confundiu, não terá direito à restituição.

Finalmente, se o pagamento indevido diz respeito a obrigação de fazer ou não fazer, o *accipiens* deve indenizar o *solvens* (CC, art. 881). Por evidente, nestes casos não é possível a restituição do indébito, e, por isso, a lei impõe àquele que se locupletou indevidamente o ressarcimento dos prejuízos suportados pelo *solvens*. Considere que *Orlando*, segurança particular, havia se comprometido a cuidar da casa de *Patrícia*. Errou, contudo, a localização da moradia da contratante dos serviços e acabou zelando pela segurança de bem imóvel pertencente a *Queiroz*. Enquanto estava guardando a propriedade, ocorreu uma tentativa de furto que *Orlando* diligentemente frustrou. O serviço objeto de pagamento indevido, claro está, não comporta restituição. *Queiroz*, porém, é obrigado a indenizar *Orlando*, na medida do proveito que teve, por lhe terem sido úteis os serviços do segurança. As consequências do pagamento indevido de obrigação de fazer ou não fazer aproximam-se do enriquecimento sem causa.

O pagamento é indevido quando o accipiens *recebe prestação a que não tem direito. É o caso, por exemplo, do pagamento em que o* solvens *errou na identificação do credor ou solveu dívida sujeita a condição, antes de esta ocorrer. Não se considera indevido, porém, o pagamento feito antes de vencer a dívida, depois de ela prescrever ou de obrigação natural.*

Considera-se indevido o pagamento de obrigação sujeita a condição quando realizado antes de implementada esta (CC, art. 876). Se a exigibilidade do pagamento depende da implementação de condição, suspensiva ou resolutiva, o *accipiens*, ao recebê-lo antes desta, tem o que não lhe é ainda devido — e, talvez, nunca venha a ser, caso a condição não ocorra. Por isso, deve restituir ao *solvens* o indébito. Em situação diversa encontra-se o credor que recebe a prestação antes do vencimento. Neste caso, não se considera indevido o pagamento porque o transcurso do tempo é um fato jurídico irresistível. Se a condição pode ou não se realizar, justificando-se a restituição, o vencimento certamente se dará no futuro. O devedor que cumpre a obrigação antecipadamente, portanto, não tem direito à restituição do que pagou.

Por outro lado, não configura pagamento indevido o de dívida prescrita. Se o devedor desatento quanto à fluência do prazo prescricional entrega ao credor a prestação, não tem lugar a restituição. Como a extinção do direito (ou da pretensão, se se preferir) em razão do decurso do tempo é prevista pela lei em

benefício do devedor, o ato de pagar dívida prescrita deve ter os mesmos efeitos de uma renúncia. Igualmente não é indevido o pagamento de obrigação natural. Se o devedor paga dívida que não lhe poderia ser judicialmente exigida, presume-se que o fez por sua livre vontade. Ao seu turno, o credor da obrigação natural tem direito à prestação, embora não a possa exigir em juízo. Quando é pago, portanto, recebe o que lhe é devido (CC, art. 882).

5. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O enriquecimento, em si, nada tem de imoral ou ilegal. Ao contrário, quando fundado em causa jurídica legítima, é sempre objeto de proteção pelo direito. A vítima de danos morais, ao ser indenizada, experimenta necessariamente um enriquecimento patrimonial, já que o dinheiro recebido não repõe nenhuma perda de bem; destina-se, isto sim, a atenuar a dor causada por acidente ou conduta culposa de outrem. Nada há de reprovável nesse enriquecimento, nem no resultante de trabalho honesto e dedicado, de rendimento de valores mobiliários ou investimentos, de prêmios lotéricos etc. A juridicidade da causa torna o enriquecimento digno de amparo da ordem jurídica. De outro lado, a falta de fundamento jurídico para a causa do enriquecimento afasta a proteção da lei.

Enriquecimento sem causa é a vantagem patrimonial auferida por um sujeito de direito sem fundamento jurídico. O enriquecimento indevido importa a obrigação para o sujeito que auferiu a vantagem patrimonial infundada (enriquecido) de compensar o sujeito às custas de quem aumentou seu patrimônio (prejudicado). Na maioria das vezes, o enriquecimento sem causa faz-se acompanhar do empobrecimento de algum sujeito de direito, mas não é este um elemento essencial do instituto. A doutrina aponta exemplos em que um sujeito tem vantagem por usar, sem razão jurídica, recursos alheios e que devem ser tratados como enriquecimento sem causa. Veja um deles: se alguém ocupa casa de veraneio de outrem sem autorização, sendo certo que o imóvel estaria de qualquer modo vazio naquele período, dá-se o enriquecimento do ocupante sem o empobrecimento do proprietário (Nanni, 2003:107 e 236). Desse modo, embora na maioria das vezes haja concomitante enriquecimento de um e empobrecimento de outro sujeito, a correlação não é indispensável (em sentido contrário, ver Pereira, 1962, 2:253).

A coibição do enriquecimento sem causa não é uma questão moral. Ao contrário, ela deve ser feita com vistas à adequada distribuição de riquezas e recursos em sociedade. Note-se que muitas normas legais encontram seu

fundamento racional último na coibição do enriquecimento sem causa. Por exemplo, o preceito que impõe ao inadimplente a obrigação de pagar correção monetária do valor devido (CC, art. 389) pode ser, sem dificuldade, descrito como modalidade de repressão a enriquecimento sem causa. Se o inadimplente não pagasse a correção monetária, em razão da perda do poder aquisitivo da moeda, ele despenderia menos do que teria despendido se tivesse sido pontual, e, por sua vez, o credor receberia menos do que teria recebido na hipótese de adimplemento tempestivo da obrigação. O enriquecimento do devedor inadimplente e o empobrecimento do credor derivados da ausência de pagamento da correção monetária não teriam causa jurídica. Outro exemplo: a dívida de jogo não pode ser judicialmente cobrada, no direito brasileiro (CC, art. 814, *caput*, primeira parte), porque não há causa jurídica para o enriquecimento do jogador vitorioso e o empobrecimento do perdedor. A mera sorte não é considerada, para o nosso direito, fundamento jurídico suficiente à transferência forçada do valor em jogo do patrimônio deste para o daquele. Seria enriquecimento sem causa, portanto, a execução judicial desse contrato (Sá, 1973:188). Mais um: a lei proíbe que os contratos que constituam garantia real contemplem cláusula estabelecendo que o credor se torna proprietário do bem onerado, na hipótese de inadimplemento do devedor. É a proibição do *pacto comissório* nos contratos que instituem penhor, hipoteca, anticrese (CC, art. 1.428). Considera-se que essa cláusula tem natureza usurária, porque normalmente os bens dados em garantia real de um crédito têm valor superior ao deste. Se do inadimplemento da obrigação garantida pudesse decorrer a consolidação da propriedade do credor sobre a coisa onerada, ocorreria inevitável enriquecimento sem causa: o credor estaria adquirindo coisa mais valiosa pelo preço do seu crédito.

O sujeito de direito que aufere vantagem patrimonial sem razão jurídica obriga-se perante aquele à custa de quem enriqueceu. Dependendo do caso, deve restituir o bem ilegitimamente auferido (CC, art. 884), partilhar lucros ou compor os prejuízos que causou.

O objeto da obrigação nascida do enriquecimento sem causa é a composição dos interesses dos envolvidos. O enriquecido pode ser obrigado a restituir ao prejudicado o que lucrou indevidamente, ou parte disso, ou apenas repor os danos que este sofreu. Depende das circunstâncias em que a vantagem ilegítima

foi auferida e da forma mais adequada de compensar o prejudicado. A lei brasileira, a rigor, trata apenas de uma das hipóteses de enriquecimento sem causa, a que se traduz pela ilegítima transferência de bem do patrimônio do sujeito prejudicado para o do enriquecido. Diz: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido” (CC, art. 884). É o caso, por exemplo, do vendedor que já recebeu parcelas do preço da coisa em adiantamento, se ocorre inexecução total involuntária. Ele deve restituir ao comprador as parcelas recebidas, para não enriquecer sem causa.

Todavia, na hipótese de uso indevido de bem do prejudicado, o enriquecimento sem causa não se desconstitui mediante restituição. No exemplo da ocupação da casa de veraneio que não iria ser usada, o enriquecimento sem causa do ocupante e o prejuízo do proprietário se compõem, sem dificuldade, com a imposição ao enriquecido da obrigação de pagar o aluguel de mercado pelo uso do imóvel. Não há restituição de nada suprimido do patrimônio do prejudicado, mas compensação pelo uso não autorizado de bens dele. Conforme as circunstâncias, aliás, a vantagem patrimonial auferida pelo enriquecido deve ser dividida com o prejudicado, ou entregue a este. Se o uso não autorizado de bens ou direitos do prejudicado trouxe acréscimos patrimoniais ao enriquecido, eles podem pertencer, no todo ou em parte, ao prejudicado. Não estarão sendo propriamente restituídos a este, porque nunca antes lhe pertenceram. É a hipótese da exploração econômica pelo enriquecido de uma ideia original do prejudicado. Os lucros advindos da atividade, para que não se verifique enriquecimento sem causa, devem ser repartidos entre os envolvidos ou, conforme o caso, entregues ao prejudicado. Depende a consequência da conduta do enriquecido. Se teve acesso à ideia do prejudicado em conversa com este, é justo que fique com parte dos lucros, mas, se o acesso foi fraudulento, deve perdê-los todos em favor do prejudicado. A lei brasileira, como dito, trata apenas de uma das hipóteses de enriquecimento sem causa. A melhor forma de compensação entre os envolvidos nas demais é construída pela tecnologia jurídica e jurisprudência.

Terceira Parte

RESPONSABILIDADE CIVIL

Capítulo 21

INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL

1. EXTERNALIDADES

Vivendo em sociedade, estamos todos interagindo. A ação ou omissão de qualquer pessoa interfere com a situação, interesses e bens de outras, para pior ou melhor. Estas interferências por vezes são chamadas de *externalidades*, conceito adotado por alguns economistas que se revela útil também à tecnologia jurídica. O que caracteriza a interação como externalidade é a inexistência de compensação entre as pessoas envolvidas. Se quem tem a situação piorada pela ação alheia não é compensado por isso, ou se aquele que ganhou não compensa ninguém pela melhora que experimentou, a interferência é uma externalidade. Caso contrário, isto é, na hipótese de compensação dos prejuízos ou ganhos, dá-se a *internalização da externalidade*. A externalidade é negativa se a ação de uma pessoa prejudica outra; e positiva, se beneficia.

Se alguém intencionalmente causa dano ao patrimônio de outrem, a convivência em sociedade pressupõe a obrigação de aquele repor a este os prejuízos causados. Esta interação é externalidade negativa que deve ser internalizada. Se o será de fato ou não, é questão diversa relacionada à efetividade da norma jurídica. Na hipótese, por exemplo, de o causador do dano não titularizar em seu patrimônio bens de valor suficiente à recomposição devida, a vítima quedará prejudicada. Isto, porém, não altera a natureza da interação — permanece sendo uma externalidade que *deve* ser internalizada. Há, de outro lado, uma infindável lista de externalidades que não comportam internalização. São ações ou omissões de algumas pessoas que prejudicam ou melhoram a situação, interesses ou bens de outras e que *não* devem ser compensadas. É também a convivência em sociedade que pressupõe a inexistência, neste caso, da obrigação de repor prejuízos ou restituir ganhos.

Ao caminhar pela Avenida Paulista, em São Paulo, respiro ar poluído também pela emissão de gás carbônico dos ônibus que nela trafegam. Isto, claro, não é bom para minha saúde, mas os empresários de transporte urbano que exploram

linhas naquela via não me devem nada como indenização. Note, por outro lado, que há menos pessoas nas calçadas daquela avenida porque algumas viajam nos ônibus postos em circulação no local por aqueles mesmos empresários. Isto me favorece porque contribui para a desobstrução das calçadas, tornando minha caminhada mais prazerosa e célere. Nada devo, porém, como paga àqueles empresários de transporte urbano que me proporcionaram o benefício.

Há muitos outros exemplos de externalidades que não comportam internalização. A concorrência entre dois empresários que exploram o mesmo segmento de mercado implica necessariamente mútuas interferências nos respectivos negócios, cuja compensação não pode ser reclamada (a menos que extrapolados os limites da lealdade competitiva). Se um deles promove campanha de rebaixamento temporário dos preços ("liquidação") ou promete sortear automóvel entre seus consumidores, estas ações podem subtrair clientela do outro. Os prejuízos ou reduções de ganhos que este último sofre com a queda do faturamento não são compensáveis. O inverso também ocorre. Imagine que um dos concorrentes deixou de investir o necessário em treinamento de pessoal e a qualidade do atendimento aos consumidores se deteriora; ou, então, que ele simplesmente resolve encerrar suas atividades naquele segmento; o aumento da clientela do outro concorrente representa ganho insuscetível de compensação.

São outras externalidades negativas que não comportam internalização: o incômodo provocado pelo cheiro da tinta recém-usada na pintura do apartamento vizinho; a lentidão no tráfego nas proximidades de um *shopping center* causada pelo excesso de veículos que nele entram e saem; os transtornos oriundos de greves legais; o desapontamento de não poder assistir ao filme porque a sala de projeções já está lotada pelas pessoas que chegaram antes. Nestes casos, os atingidos não têm direito à compensação pelo que sofreram em razão das condutas alheias. E são, enfim, exemplos de externalidades positivas igualmente não internalizáveis: a melhora do entorno urbano em decorrência da demolição de velho cortiço e construção, no local, de edifício de escritórios; a progressão na classificação num concurso ou em vestibular para ingresso em universidade pela desistência de alguém melhor posicionado; o surgimento da oportunidade de conquistar a pessoa amada em razão do divórcio dela. Nelas, quem se beneficia não está obrigado a compensar quem deu ensejo ao benefício.

As interferências positivas ou negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são "externalidades" quando não são compensadas. As interferências compensadas são "internalidades".

As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades.

Muitos dos exemplos apresentados acima dizem respeito a assuntos cotidianos, de pouca ou nenhuma relevância. Quando prejudiciais, importam meros desconfortos ou diminutas perdas que o atingido absorve sem dificuldades; quando benéficas, representam ganhos ocasionais, que a maioria das pessoas não se empenha em conseguir. Não cabe concluir disto, porém, que a externalidade insuscetível de internalização seria a de pequena ou nenhuma repercussão para o prejudicado ou beneficiado. Não é a irrelevância da externalidade para este que afasta a internalização. Muitas externalidades não são internalizáveis, a despeito de sua vital importância para o atingido. Pense no portador de grave doença rara. A indústria farmacêutica não tem interesse em investir enormes somas de dinheiro na pesquisa e desenvolvimento de remédios voltados ao tratamento daquele mal por uma fria razão econômica, mas facilmente compreensível: em vista da raridade da doença, é pequeno o número de potenciais consumidores e improvável a recuperação dos investimentos. Mesmo os centros de pesquisas públicos não costumam dedicar-se às doenças raras porque devem fazer uso racional dos recursos de que dispõem. Como não há dinheiro suficiente para a pesquisa de todas as doenças, o administrador público deve estabelecer prioridades. Representa o melhor emprego para os recursos públicos sua destinação à pesquisa de tratamento de surtos, epidemias ou de doenças que atingem muitas pessoas. Maiores parcelas da população serão beneficiadas com esta hierarquização do que com o investimento dos mesmos recursos na pesquisa de tratamento de males incomuns. Em suma, o portador de doença rara é imediatamente atingido pela inexistência de pesquisas científicas, pelas decisões adotadas no âmbito da indústria farmacêutica ou centros públicos. Sofre prejuízo da mais extremada relevância para sua vida, que, no entanto, não é passível de compensação.

A internalização de proveitos opera-se, nas sociedades complexas dos nossos tempos, por meio das regras jurídicas que reprimem o enriquecimento sem causa. Viu-se que essas regras não se limitam às que especificamente tratam do instituto (CC, arts. 884 a 886), mas espalham-se por várias searas da ordem jurídica e expressam-se por diferentes meios, como a exigibilidade da correção monetária no inadimplemento das obrigações, a inexigibilidade de dívida de jogo, a proibição do pacto comissório (Cap. 20, item 5). De outro lado, a internalização de prejuízos é viabilizada pelas normas de *responsabilidade civil*

— apenas este aspecto da questão passa a interessar daqui para diante.

2. CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes (contrato) ou de uma delas (ato unilateral). Origina-se, ao contrário, de ato ilícito ou de fato jurídico. O motorista que desobedece às regras de trânsito e dá ensejo a acidente torna-se devedor da indenização pelos prejuízos causados: o ato ilícito (desobediência às regras de trânsito) gera sua responsabilidade civil. A seu turno, o empresário que fornece ao mercado produto ou serviço defeituoso deve indenizar os prejuízos derivados de acidente de consumo: o fato jurídico (explorar atividade econômica de fornecimento de produtos ou serviços) origina, aqui, a responsabilidade civil.

A obrigação de indenizar prejuízos pode também nascer de relação negocial. O inadimplemento de qualquer contrato implica, em regra, para o inadimplente a obrigação de pagar perdas e danos, como já examinado (Cap. 18, subitem 4.1.2.1). Indenizar danos, portanto, nem sempre é responsabilidade civil, nem sempre é obrigação não negocial. Ao contrário, pode ser decorrência do estabelecido em cláusula de contrato negociado entre o devedor e o credor da indenização. Assim, se toda responsabilidade civil é obrigação compensatória de danos sofridos pelo sujeito ativo, o inverso não se pode afirmar. Veja que, no inadimplemento de contrato, indenizar danos é *consectário*, enquanto na responsabilidade civil corresponde à própria *prestação*.

A classificação da responsabilidade civil como não negocial não significa que entre os sujeitos da relação obrigacional nunca exista negócio jurídico. Ele até pode existir, mas não será o fundamento da obrigação. Entre o passageiro e a empresa de transporte por ônibus existe um contrato de consumo. Se houver acidente de trânsito durante a execução do contrato, a empresa deve indenizar os danos sofridos pelo passageiro. A obrigação de indenizar, porém, não nasce do contrato de transporte, mas sim do fato jurídico de ser o transportador empresário. O negócio jurídico é, neste caso, circunstancial; representa aspecto secundário da questão. Tanto assim que, se for *nulo* o contrato — por incapacidade absoluta de um dos contratantes, por exemplo —, isso não

desconstitui a obrigação: a empresa continua obrigada do mesmo jeito.

A doutrina tradicionalmente divide a responsabilidade civil em *contratual* e *extracontratual*. No primeiro caso, há contrato entre o credor e o devedor da obrigação de indenizar; no segundo, não. Quando o advogado indeniza o cliente por ter perdido o prazo para contestar, sua responsabilidade é considerada por este enfoque como contratual porque entre os sujeitos da obrigação de indenizar (prestação) há um contrato de mandato. Já na hipótese do acidente de trânsito, entre os motoristas não há nenhuma relação contratual, e o enfoque tradicional chama a hipótese, então, de responsabilidade civil extracontratual. A doutrina, então, dedica-se a discutir as diferenças entre uma e outra espécie de responsabilidade, tendo ultimamente predominado o entendimento de que não há relevância na distinção (Tunc, 1989:32/46). Com efeito, segundo as leis brasileiras, se o consumidor vitimado por acidente de consumo demandar o ressarcimento contra o fornecedor terá o mesmo direito, seja sustentando o pleito na relação extracontratual, seja na contratual — quadro que se repete nas demais hipóteses da chamada responsabilidade civil contratual.

Como a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual não tem relevância prática — já que a indenização devida será igual, haja ou não entre credor e devedor da obrigação de indenizar (como prestação) uma relação negocial —, trata-se, a rigor, apenas de definir o lugar mais adequado, na tecnologia jurídica, para a exposição da matéria (cf. Alpa, 1999, 4:102/107). E, para tanto, os tecnólogos ora consideram a responsabilidade civil como gênero desdobrável em responsabilidade contratual e não contratual (Noronha, 1999:41/44; Dias, 1954; Gomes, 1961:277), ora como espécie de obrigação não contratual (Lopes, 2001; Rodrigues, 2002:8/11).

Fico com a solução de classificar a responsabilidade civil como não negocial. Para mim, mesmo quando exista relação contratual entre credor e devedor da obrigação de indenizar, se esta é a própria prestação (e não um simples consectário), estamos diante de uma relação jurídica não negocial, cujo fundamento não é o negócio jurídico, mas ato ilícito ou fato jurídico. Em função da classificação aqui adotada, *descarto* a distinção tradicional da doutrina entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. Opero apenas com a classificação entre responsabilidade subjetiva e objetiva. Qualquer que seja a escolha, porém, interessa ter presente que a obrigação de indenizar danos, *quando é a própria prestação e não mero consectário*, terá a mesma extensão havendo ou não vínculo negocial entre credor e devedor.

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial.

Última observação: a responsabilidade civil contratual não se confunde com o inadimplemento do contrato. Embora se possa até dizer que o dano causado pelo contratante tem o significado de descumprimento das obrigações contratadas, isto não é o essencial. As obrigações não negociais são aquelas cuja constituição deve-se ao ato ilícito ou ao fato jurídico pertinente e não ao negócio que eventualmente exista entre as partes. Deve-se verificar se a obrigação de indenizar é a prestação ou mero consectário. Se for a prestação, a obrigação entre credor e devedor é responsabilidade civil (contratual ou extracontratual); se for consectário, é inadimplemento de contrato. Se o engenheiro atrasa a execução da obra e indeniza o proprietário, está pagando um consectário; mas, se o prédio ruiu por sua imperícia, a indenização é a prestação devida. No primeiro caso, incidem as normas do inadimplemento de contrato; no segundo, as da responsabilidade civil. Há apenas uma significativa diferença entre elas: o grau de culpa do devedor pode influir na mensuração da prestação, mas não influi na do consectário (Cap. 25, subitem 1.1.1).

3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.

Quando o motorista desobediente às leis de trânsito é obrigado a indenizar os danos do acidente que provocou, sua responsabilidade é subjetiva. Se imprimiu velocidade ao veículo superior à permitida no local, ultrapassou o semáforo fechado, negou preferência, se descumpriu, enfim, o Código de Trânsito Brasileiro, ele não agiu como deveria ter agido; incorreu em ilícito. Desta sua falta surge a obrigação de ressarcir os prejuízos sofridos pelas vítimas do

acidente. Por outro lado, quando o fabricante de refrigerantes é obrigado a ressarcir os danos causados pela quebra de garrafa em que se havia concentrado maior quantidade de gás que a suportável, a responsabilidade é objetiva. O fornecedor agiu exatamente como deveria ter agido: empregou os mais desenvolvidos equipamentos e processos de produção, bem assim os mais aprimorados controles de qualidade, treinou adequadamente seus funcionários e fez todos os investimentos para evitar que produtos defeituosos fossem oferecidos ao mercado. Em razão da falibilidade humana, porém, algumas garrafas com defeito acabaram provocando lesões nos consumidores. Não houve nenhum ilícito imputável ao fabricante; ao contrário, é plenamente lícito oferecer bebidas refrigerantes ao mercado. Mesmo assim, ele é responsável civilmente pelos prejuízos. Sua responsabilidade se origina do simples fato jurídico de vender produtos no mercado.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, o devedor responde por ato ilícito *(constitui-se a obrigação em razão de sua culpa pelo evento danoso); no segundo, por* ato lícito *(a responsabilidade é constituída a despeito da culpa do devedor).*

Variam os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a espécie. Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três: *a*) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; *b*) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; *c*) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. O primeiro pressuposto pode ser denominado “pressuposto subjetivo”, por ser referido à negligência, imprudência ou imperícia (culpa simples) ou mesmo à intenção (dolo) do sujeito causador do dano. Se ele tivesse se comportado como determina a lei, se não tivesse praticado o ilícito, o evento danoso não ocorreria; foi a sua culpa ou dolo que provocou o dano. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação. A responsabilidade do devedor, nela, tem por fundamento último a manifestação de vontade do sujeito obrigado (subitem 3.1).

Já, para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois pressupostos: *a*) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; *b*) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do

credor. Aqui, o pressuposto subjetivo é irrelevante. Se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos é por tudo irrelevante. Simplesmente, isso não se discute. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese. Mesmo que ele tenha sido absolutamente correto e se comportado sempre de acordo com a lei, responderá pela indenização dos danos. Não era exigível do devedor que se comportasse de maneira diversa; ao contrário, exigia-se dele que fizesse nada mais nada menos do que fez. Sua responsabilidade tem por fundamento, como se verá adiante (subitem 3.2), a socialização dos custos.

É possível divisarem-se duas subespécies de responsabilidade civil. De um lado, a responsabilidade subjetiva de culpa presumida; de outro, a responsabilidade objetiva pura. Naquela, o pressuposto subjetivo é relevante, mas não cabe à vítima provar a culpa do sujeito a quem ela imputa a responsabilidade. Cabe-lhe apenas produzir em juízo a prova dos demais pressupostos (dano e relação de causalidade). A pessoa a quem a responsabilidade é imputada, porém, livra-se da responsabilização provando a inexistência de culpa. Trata-se de uma das formulações erigidas durante o longo processo de elaboração dos fundamentos da responsabilidade objetiva (subitem 3.3). Ao seu turno, na responsabilidade objetiva pura, é suficiente à constituição da obrigação a existência do dano, sendo irrelevantes tanto o pressuposto subjetivo como a relação de causalidade. A responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) relativa ao pagamento do benefício em favor do empregado vítima de acidente de trabalho é desta subespécie, já que nenhuma conduta imputada ao devedor tem relação de causa e efeito com o dano sofrido pelo credor (subitem 5.2).

3.1. Fundamento da responsabilidade civil subjetiva

Um dos valores cultivados pela civilização de raízes europeias é o de que a vontade é a fonte última de qualquer obrigação. As pessoas obrigam-se apenas porque querem. Não se pode imputar obrigação a alguém contra a sua vontade, nem obrigá-la a mais do que ela concorda em se obrigar. Este valor caro às ideologias liberais encontra-se nos fundamentos do caráter vinculativo da lei na democracia. Somos obrigados a obedecer os mandamentos legais porque foram aprovados por nossos representantes, isto é, em nosso nome. Ao eleger deputados e senadores, a sociedade confere a eles o poder de representação, de expressão de uma pretensa vontade geral. O contribuinte, assim, paga os impostos determinados na lei porque expressou, pelo mecanismo da democracia

representativa, sua concordância. Presume-se a vontade do devedor. Em suma, se a obrigação não provém imediatamente da vontade do sujeito obrigado (contrato), provém mediatamente dela (lei aprovada por representantes democraticamente escolhidos).

Esse valor é o fundamento da responsabilidade civil subjetiva. Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações. Não o faz apenas pelo mecanismo geral que vincula qualquer lei à vontade dos seus destinatários na organização democrática. Se assim fosse, não haveria diferença entre os fundamentos das duas espécies de responsabilidade civil, visto que ambas se assentam em dispositivos legais. A imputação da responsabilidade civil subjetiva funda-se no valor da vontade como fonte última de qualquer obrigação principalmente por uma relação argumentativa (ideológica) específica.

Quem é responsabilizado por ato ilícito é-o porque agiu como *não* deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido. Em suma, uma conduta diversa era exigida do causador dos danos. Não há responsabilidade civil subjetiva se ausente esse pressuposto da exigibilidade de conduta diversa. Imagine que grave acidente de ônibus ocorre nas cercanias de pequena cidade onde trabalha apenas um único médico, que tem que se desdobrar para atender duas dezenas de pacientes graves em condições precárias, totalmente adversas. Após longas horas de heroico esforço, já comprometida sua capacidade de concentração, acaba incorrendo num erro; é evidente que ele não pode ser responsabilizado. Estando além da capacidade humana de qualquer profissional médio manter a acuidade naquelas mesmas condições, era mesmo inexigível a perícia que faltou. Não se pode responsabilizar aquele médico pelo erro porque não seria exigível dele conduta diversa (a de permanecer plenamente concentrado e hábil mesmo após longo tempo de trabalho em condições estressantes).

A responsabilização por ato ilícito pressupõe a exigibilidade da conduta diversa. Se o sujeito de direito fez o que não deveria, ele é responsável exatamente porque estava ao seu alcance não fazer; ou, por outra: se não fez o que deveria, é responsável porque fazer era-lhe possível. Ao comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito de direito manifesta, num certo sentido, sua vontade.

Quando se tem em mira o dolo, não há maiores dificuldades na identificação

da vontade do sujeito causador do dano na constituição da obrigação de indenizar. Se o motorista lança conscientemente seu veículo sobre o pedestre com a intenção de atropelá-lo (dolo direto), manifesta inequívoca vontade de fazê-lo. Em conseguindo o objetivo, responderá pelos danos ligados à morte ou lesão do pedestre porque quis causá-los diretamente. Note-se que igual responsabilidade terá o motorista que conscientemente lançar o veículo apenas com o objetivo de assustar o transeunte (dolo indireto). Neste caso, também responderá pelos mesmos danos, não porque os quis diretamente, mas porque teve a vontade de correr o risco de causá-los.

Também no caso de culpa simples, a despeito da ausência da intenção de causar danos ou de assumir os riscos de causá-los, é a vontade do sujeito de direito que se encontra nos fundamentos de sua responsabilização. Aqui, a relação entre responsabilidade e vontade pode não parecer imediata, mas existe. Se o sujeito foi negligente quando a conduta diligente estava ao seu alcance, agiu de um dos modos possíveis; considera-se, então, que escolheu esse modo, como poderia ter escolhido o outro. Se foi imprudente quando poderia ter sido cauteloso, ou imperito quando não existiam condições adversas ao competente desempenho profissional, também fez o sujeito uma escolha (Tunc, 1989:115). A opção pela conduta negligente, imprudente ou imperita não é intencional, nem ao menos consciente (caso fosse, configurar-se-ia o dolo indireto e não a culpa simples), mas a exigibilidade da conduta diversa — que pressupõe seja ela plenamente factível — leva à identificação de um certo ato de vontade pelo qual se responsabiliza o sujeito. Não há contradição na ideia de vontade inconsciente — a psicologia já a identificou há tempos.

Em última instância, a imputação de responsabilidade ao culpado pelo evento danoso fundamenta-se na noção da vontade como fonte da obrigação. A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem à conduta diversa da juridicamente exigível. A exigibilidade de conduta diversa pressupõe pelo menos duas alternativas abertas à vontade (consciente ou inconsciente) do sujeito passivo. Se o devedor agiu como não deveria, o fez por ato de vontade.

O marco histórico identificado na origem da imputação de responsabilidade pelos danos em razão da culpa é a Lei Aquília, editada na República Romana, provavelmente no século III a.C. Essa lei prescrevia as consequências de certos eventos danosos (p. ex., a morte ou ferimento de escravos ou animais de rebanho) para quem os houvesse causado. Obrigava-os, em suma, a reparar os

prejuízos nos bens de produção. Substituía-se, em relação a estes, a antiga pena de Talião — que autorizava a vítima a causar dano proporcional no agente causador do dano —, por não atender mais à racionalidade exigida pelo desenvolvimento da organização econômica escravagista do Império Romano. Com efeito, o "olho por olho, dente por dente" só aumentava o prejuízo (em vez de um escravo morto, eram dois), revelando-se verdadeiro disparate em termos de eficiência econômica.

Na Lei Aquília não se encontra, ainda, qualquer noção geral de imputação de responsabilidade. Aparentemente, o objetivo era afastar a aplicação da pena de Talião apenas na hipótese de danos a bens de produção. Os pretores e jurisconsultos, porém, aplicaram a Lei Aquília extensivamente na responsabilização por outros danos além dos que contemplava (Lima, 1960:21/22), e isso deu início ao longo processo de elaboração do princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa". Marcos importantes desse processo são as obras de Domat e Pothier, jusnaturalistas franceses, que contribuíram para o amadurecimento dos conceitos ao longo do século XVIII. Outro marco é o Código Civil de Napoleão, que, em 1804, foi o primeiro a prescrever norma geral imputando responsabilidade civil por danos a quem os tivesse causado culposamente (Alpa-Bessone, 2001:25/42).

3.2. Fundamento da responsabilidade civil objetiva

O princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa* é característico de todos os direitos dos países ocidentais durante o século XIX. Só respondia por danos no patrimônio alheio quem tivesse sido o culpado por eles; afora esta hipótese, cada um suportava a perda de seus bens (*res perit domino*). Nas hipóteses de culpa da vítima ou caso fortuito, à falta de específica manifestação de vontade, não se podia imputar responsabilidade a quem quer que fosse. Os acidentes inevitáveis — como incêndios causados por fagulhas produzidas por locomotivas a vapor, morte ou incapacitação do operário na operação de equipamentos fabris, defeitos em produtos não derivados de culpa ou dolo do fornecedor etc. — eram considerados a contrapartida que deveríamos todos suportar em função dos benefícios de viver em sociedade (Alpa-Bessone, 2001:42/114). Se a locomotiva a vapor simplesmente não pode funcionar sem produzir fagulhas, não é culpa da estrada de ferro o incêndio em alguma plantação em imóvel lindeiro. A seu turno, o fazendeiro deve pagar certo "preço" por viver em sociedade e beneficiar-se também da rapidez do transporte pelas vias ferroviárias: o "preço" de suportar a perda da colheita, caso tivesse ele o *azar* de ver sua propriedade

incendiada.

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa* relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. O princípio da culpa acabava conduzindo, na significativa imagem pinçada por Mario Bessone, a "nada muito diferente de uma loteria imoral" (Alpa-Bessone, 2001:112). De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles.

Na modalidade objetiva, o devedor responde por *ato lícito*. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente. A noção de responsabilidade por lícito não tem sido facilmente operada por parte da tecnologia jurídica, que resiste em aceitar a hipótese de imputação de obrigação a quem fez exatamente o que deveria ter feito, que não desobedeceu minimamente às leis em vigor. Alguns autores buscam conceitos gerais em que possam ancorar as duas espécies de responsabilidade civil, de modo a afastar o desconforto da obrigação não negocial que existe a despeito da licitude do ato do devedor. Falam, por exemplo, numa antijuridicidade, isto é, contrariedade aos direitos alheios que existiria na exploração de atividades criadoras de riscos (Iturraspe, 1982, 1:117/121). Ou, na linha do proposto inicialmente por Savatier (Tunc, 1989:152), afirmam a existência de um dever geral de não causar danos a outrem — expresso pela locução latina *neminem laedere* —, que seria desrespeitado pelo sujeito a quem se imputa tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva (Noronha, 2003:484).

Penso que estas tentativas de configurar a responsabilidade objetiva como a consequência de uma certa desconformidade com o direito são infrutíferas. Se o Município responde objetivamente pela desvalorização de imóveis urbanos produzida por viaduto que implantou na vizinhança (penso no caso do "Minhocão", em São Paulo), isto não significa que a obra viária fosse de alguma forma irregular. Do mesmo modo, quando o fornecedor de produtos ou serviços é obrigado a indenizar, independentemente de culpa, os danos dos acidentes de consumo ocorridos dentro de certa margem estatística de defeituosidade inevitável, não quer isso dizer que sua atividade se apresentasse minimamente

ilegal. Pelo contrário, tanto a construção do viaduto como a colocação de bens ou serviços no mercado são atos plenamente lícitos, sob quaisquer dos aspectos que se considere a questão.

É racional imputar responsabilidade por danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido quando o sujeito passivo da obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permita socializar os custos da sua atividade entre os beneficiários dela. Nessa posição encontram-se, por exemplo, os empresários, o Estado e as agências de seguro social.

A rigor, mais que infrutíferas, são desnecessárias as buscas de algum traço de antijuridicidade nas condutas que dão ensejo à responsabilidade objetiva. Como pretendo demonstrar, é racional — sob o ponto de vista jurídico, econômico e moral — a imputação de responsabilidade objetiva a determinados sujeitos de direito, mesmo reconhecendo e reafirmando a plena licitude de seus comportamentos causadores do dano.

O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados. O Município que constrói o viaduto realiza obra viária em proveito de todos os munícipes. A mesma obra pode implicar, porém, desvalorização de imóveis urbanos da vizinhança, prejudicando seus proprietários. A responsabilidade prescinde da ilicitude da conduta lesiva porque o Município, ao cobrar os impostos dos munícipes, reparte entre estes (os beneficiários da atuação estatal) o valor das indenizações pagas aos donos dos prédios desvalorizados (os prejudicados). Ao seu turno, o empresário responde objetivamente pelos danos derivados de acidentes de consumo porque pode, por cálculos estatísticos, mensurar quantos de seus produtos ou serviços serão oferecidos ao mercado com defeitos potencialmente lesivos aos consumidores. Feito o cálculo, ele pode embutir no preço que pratica a taxa de socialização dos custos do acidente de consumo. Cada consumidor pagará pelo produto ou serviço um pouco mais, mas terá a garantia de ser indenizado caso venha a ter o azar de ser vitimado pelo inevitável acidente. O INSS está obrigado a pagar às vítimas de acidente de trabalho, independentemente de pesquisar a culpa pelo evento, o valor do benefício previsto em lei porque dispõe dos meios de socializar os custos

correspondentes entre todos os expostos ao risco (empregados) e os beneficiados pela atividade arriscada (empregadores e sociedade), mediante a cobrança das contribuições sociais, além do recebimento das dotações cabíveis do orçamento público.

Ocupar posição econômica que permite a socialização dos custos — como é o caso do Estado, do empresário ou do INSS — é fundamento racional suficiente para a imputação de responsabilidade civil por ato lícito. Não há nenhuma transgressão a norma jurídica ou mesmo a preceito moral por parte do sujeito apto a promover essa socialização. Pelo contrário, ao desempenhar sua atividade exclusivamente nos quadrantes da legalidade, acaba cumprindo a função distributiva. Aqui, não se impõe ao causador de danos uma sanção com o objetivo de desestimular a prática ilícita — esta, como se verá, é uma das funções da responsabilidade subjetiva. Apenas se alocam recursos de forma racional, compatibilizando a eficiência na administração da escassez e redução das injustiças na distribuição. As atividades que deram ensejo ao dano indenizável não devem ser desestimuladas; pelo contrário, o proveito que a generalidade das pessoas delas usufruem é visto como altamente compensador em face dos danos causados a alguns poucos. A questão, portanto, não é reduzir ou suprimir os ganhos, mas distribuir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos que a atividade causa. Não é, por exemplo, o caso de suspender todos os voos comerciais, em razão dos acidentes com os aviões de passageiros, mesmo com o objetivo de poupar, a cada ano, a vida de algumas milhares de pessoas. As viagens aéreas são indispensáveis ao regular funcionamento da economia do mundo todo, e, ademais, atendem, no mesmo período anual, de modo seguro centenas de milhões de passageiros. A imputação de responsabilidade objetiva às empresas de transporte aéreo (ainda que tarifada, por vezes) permite preservar a atividade econômica útil a toda a sociedade e atenuar as injustiças no tratamento dos riscos que ela necessariamente encerra.

A objetivação da responsabilidade permite, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela.

3.3. Teorias de transição

Ainda hoje, como registrado, encontram-se tecnólogos resistentes à noção de responsabilidade civil desvinculada da ilicitude. Aceitam a responsabilidade objetiva, independente de culpa, mas procuram, por meios diversos, ligar a imputação da obrigação de indenizar a alguma pecha de desconformidade com o direito. Há um século, a resistência era ainda maior: nem sequer a noção de responsabilidade sem culpa admitia facilmente a comunidade jurídica.

Em razão do extremo apego ao princípio da culpa — e ao valor que a alicerça, caríssimo ao capitalismo, da vontade como fonte última de todas as obrigações —, à discussão e elaboração dos fundamentos a partir dos quais se justificava imputar responsabilidade a quem agira licitamente corresponde uma trajetória não linear. As formulações ensaiadas pelos avanços pontuais procuravam abrigo no princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*. Os argumentos construídos em vista da responsabilização por atos lícitos até meados do século XX pagaram tributo à ideologia do seu tempo: o devedor sempre aparecia, de algum modo, como culpado. Denomino estas elaborações de teorias de transição, porque atenderam às necessidades de momento histórico em que imperava o princípio da culpa, mas responsabilizavam sujeitos de direito por danos causados sem absoluto prestígio ao pressuposto subjetivo. A transição, nesse tempo, ao meu ver, não era a do modelo da responsabilidade subjetiva para a da objetiva (este movimento não existe: item 7), mas a do modelo de uma só espécie de responsabilidade civil (*nenhuma responsabilidade sem culpa*) para o da convivência de duas espécies (subjetiva e objetiva).

São quatro as teorias de transição:

a) *responsabilidade contratual*. Uma das formulações desenvolvidas no contexto da transição do modelo único de responsabilização para o dúplice foi a de considerar o acidente uma espécie de descumprimento de obrigação contratual. Desenvolveu-se, por exemplo, na matéria relativa aos transportes de pessoas. Se o passageiro era vitimado pelo acidente no trem em que viajava, ele tinha direito de ser indenizado pela estrada de ferro porque entre eles havia um contrato de transporte não inteiramente cumprido pela transportadora. A estrada de ferro assumira, perante o passageiro, a obrigação de levá-lo incólume ao destino — a cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte de pessoas. O acidente, assim, representava descumprimento da obrigação contratual, cabendo então à estrada de ferro responder como qualquer outro contratante inadimplente pelos danos causados. Ao se considerar o acidente nos

transportes como descumprimento de cláusula contratual, dispensa-se a vítima de provar a culpa da empresa transportadora. A prova dos danos durante o transporte é suficiente à demonstração da existência do contrato entre as partes e do descumprimento da cláusula de incolumidade.

A fórmula de buscar no vínculo contratual o fundamento para a responsabilização sem culpa também se tentou no campo do acidente de trabalho. Sinctelette, jurista belga, e Narc Sauze, francês, sustentaram teorias que, em suma, visualizavam como cláusula do contrato de trabalho a garantia de segurança que o empregador dava ao operário (Lopes, 2001:332).

A solução, embora representasse já um avanço no movimento de ampliação da proteção das vítimas dos acidentes da era contemporânea, esbarrava em limites consideráveis. Ao tempo dessa formulação como teoria de transição, nos fins do século XIX, o princípio da autonomia da vontade não afastava a ressalva de responsabilidade por via contratual. Além disso, não servia à proteção de vítimas que não mantinham contrato com a empresa de transporte, como o transeunte. Ocupava-se, ademais, a doutrina do estafante e infrutífero debate sobre a unicidade ou dualidade da noção de culpa (cf. Iturraspe, 1982, 1:78/80). Desde logo, por isso, a matéria teve que ser objeto de disciplina jurídica específica. No Brasil, a lei cuidou da responsabilidade civil das estradas de ferro em 1912, antes mesmo da entrada em vigor do nosso primeiro Código Civil. Essa lei foi extensivamente interpretada pelos tribunais, aplicando-se, desde logo, a outras modalidades de transporte (Cap. 23, subitem 4.5).

As teorias de transição procuraram justificar a ampliação das hipóteses de responsabilização sem descartar o princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa". A primeira delas sustentava-se nas obrigações contratuais do sujeito passivo da obrigação de indenizar, como, por exemplo, nas derivadas da cláusula de incolumidade ínsita aos contratos de transporte.

b) *Responsabilidade com presunção de culpa*. Nada denuncia mais o apego à noção da culpa como pressuposto inafastável da responsabilidade civil como a afirmação de sua presunção com vistas a ampliar a proteção das vítimas dos acidentes da era contemporânea. Esta "teoria de salvação", na feliz imagem de Giselda Novaes Hironaka (2003:222), procurou, a seu tempo, facilitar a indenização das vítimas estabelecendo, em lei, a presunção da culpa do sujeito a quem a responsabilidade era imputada. Valeram-se dessa formulação a lei de responsabilidade civil das estradas de ferro, de 1912, e o nosso primeiro Código

Civil, de 1916, ao disciplinar a responsabilidade dos donos de animais, por exemplo.

A presunção legal pode ser absoluta ou relativa (Cap. 10, item 8.1). No primeiro caso, não se admite contraprova. Quando a lei cria uma presunção desse tipo (*juris et de jure*), ela torna indisputável o fato presumido. Já na presunção relativa (*juris tantum*), é admissível a contraprova. Se um fato é relativamente presumido pela lei, isto significa apenas uma certa distribuição do ônus de prova, mas a ocorrência do fato continua disputável. Os dois tipos de presunção foram empregados nas formulações de transição. A lei de 1912, por exemplo, estabelece presunções absolutas de responsabilidade civil das estradas de ferro. Quer dizer, elas não se livram da obrigação de indenizar a vítima do prejuízo causado pela exploração de sua atividade, mesmo que provem a total ausência de culpa pelo evento danoso. Já na disciplina da responsabilidade dos donos de animais, o Código Beviláqua estabelecia presunção relativa. Ao demandante dispensava-se o ônus de provar a culpa do dono do animal relativamente à guarda. Mas o dono, demandado, exonerava-se de responsabilidade provando, por exemplo, que guardava e vigiava com cuidado preciso o animal, ou seja, que não tinha culpa pelo evento danoso.

Note que a presunção absoluta de culpa equivale à objetivação da responsabilidade, na medida em que torna irrelevante o pressuposto subjetivo. A ideologia dominante no fim do século XIX e início do XX não permitia, contudo, imputar responsabilidade a quem não tivesse sido culpado pelo dano. Isso contrariava a noção da vontade como fonte última das obrigações. Ainda que absolutamente presumida, a culpa não podia ser descartada na disciplina da responsabilidade civil. Não havia ainda suficiente acúmulo de capital e amadurecimento dos meios de socialização de custos que permitisse a completa negação do princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*.

A segunda teoria de transição alargou as hipóteses de responsabilização civil preservando a culpa como seu pressuposto por meio da presunção desta.

Se a presunção da culpa era relativa, a obrigação não se constituía caso o demandado provasse ter agido com a cautela exigível de alguém na mesma situação. Se absoluta a presunção, era indisputável a existência da culpa.

c) *Responsabilidade por culpa administrativa*. Esta teoria de transição tinha aplicação limitada à responsabilização do Estado. Fundava-se na noção de que a

culpa do Poder Público não era igual à dos particulares. Liberava a vítima de provar a conduta culposa do agente ou funcionário público, sendo suficiente à obtenção do ressarcimento a demonstração de *falha no serviço*. Quando o serviço público não existe, funciona mal ou tardiamente, os danos derivados desta falha não podem ser suportados pelo cidadão e devem ser ressarcidos pelo Estado. Se o serviço público não foi eficiente como deveria, haverá certamente a culpa de alguém; não é necessário prová-la, contudo. A prova da falha no serviço da Administração Pública basta para constituir-se a obrigação de indenizar os prejuízos (Meirelles, 1964:611).

A teoria da culpa administrativa dispensava o prejudicado de provar a conduta culposa do agente ou funcionário público. Era suficiente, para obter a indenização, a prova da falha do serviço público.

d) *Responsabilidade pela guarda da coisa*. O Código Civil de Napoleão, em célebre dispositivo, fixa as três hipóteses de responsabilização de um sujeito de direito: por fato próprio, por fato de terceiro que se encontre sob sua responsabilidade e por fato de coisa sob sua guarda. Por quase um século, a terceira hipótese não despertou maiores atenções. Era considerada, a exemplo das duas outras, responsabilidade por culpa. Para obter a indenização, a vítima deveria provar ter sido o acidente causado por coisa inanimada (máquina), cuja conservação ou operação pelo proprietário não era adequada; isto é, cabia-lhe a prova da culpa do guardião da coisa para ter acesso à indenização. Nos fins do século XIX, porém, a doutrina e a jurisprudência encontravam-se em busca de soluções mais justas para os danos provocados por acidentes dessa natureza, cuja quantidade havia aumentado em razão da invenção ou aperfeiçoamento de algumas máquinas (veículos automotivos, principalmente, como os automóveis, bondes, *ferry boats* e locomotivas). A complexidade das inovações impedia que a vítima provasse, com facilidade, a culpa na conservação ou operação da coisa.

A parte final daquele dispositivo do Código Napoleão ajudou na busca. Construiu-se, a partir dela, a tese de que a vítima de acidente por fato de coisa inanimada não precisaria provar senão o dano, presumindo-se a culpa do guardião da coisa na sua conservação ou operação. As coisas destinam-se a servir ao seu proprietário ou a quem detém a posse legítima sobre elas. Seu uso em proveito deles, contudo, pode expor outras pessoas a riscos de acidente, se não é dada à coisa a correta conservação e operação. É dever, assim, de todo o

proprietário ou usuário de coisas mantê-las e usá-las adequadamente, de modo a não causar prejuízos a terceiros. Se aconteceu o acidente por fato da coisa, presumivelmente sua conservação e operação não foram adequadas; quer dizer, o guardião da coisa não cuidou dela como seria necessário. Sua culpa pode ser, por isso, presumida (Diniz, 2003, 7:486/488).

Inicialmente, a tese não foi aceita pelos tribunais na Bélgica e em França, sob o argumento de que a lei, se pretendesse tratar a responsabilidade por fato da coisa de modo diverso das outras duas hipóteses — fato próprio e de terceiro —, tê-lo-ia feito por dispositivo específico (Mazeaud-Chabas, 1998:560). Aos poucos, algumas decisões a adotaram, pressupondo a culpa do guardião como meio de facilitar a indenização da vítima, principalmente nos casos de acidente de trabalho. O argumento da ausência de previsão legal específica, porém, continuava impressionando e impedindo a larga aceitação da tese. Em 1922, foi aprovada uma mudança no dispositivo de lei em questão, para incluir expressa previsão no sentido de ser da vítima a prova da culpa do guardião, *quando os danos são causados por incêndio em prédio*. A mudança legislativa, à primeira vista, era prejudicial à tese da presunção da culpa do guardião. Os que a advogavam, contudo, valeram-se dela para construção de argumento decisivo: se a lei precisou imputar de forma expressa o ônus de prova da culpa do guardião à vítima numa situação excepcional (incêndio), é porque a regra geral é a da presunção; se não existisse a presunção de culpa no dispositivo já desde antes da reforma de 1922, a previsão excepcional seria dispensável.

Em 1930, a tese da presunção de culpa do guardião da coisa inanimada foi adotada pela Corte de Cassação. Desde então, pacificado o entendimento jurisprudencial, ela se difundiu não só em França, como também em outros países. A presunção afirmou-se como absoluta, não mais se admitindo a exclusão da responsabilidade do guardião mediante a prova da inexistência de culpa (Rodrigues, 2002:92). Tem sido largamente utilizada, inclusive na fundamentação da responsabilidade do poluidor pelos fatos dos dejetos industriais (Martin, 1992). Os que consideram a objetivação como estágio evolutivo de toda a responsabilidade civil aplaudem a tese da responsabilidade pela guarda do direito francês como clara manifestação dessa tendência (Dias, 1954, 2:32/34; Lima, 1960:125). Na verdade, encaixa-se melhor num contexto de transição, em que não se havia ainda encontrado fundamento racional para afastar o pressuposto subjetivo (Gil, 1983:258).

A derradeira teoria de transição é a doutrina, criada no direito francês, de responsabilidade pela guarda da coisa inanimada (máquinas). O proprietário do automóvel, por exemplo, responde pelos acidentes causados pelo veículo porque se considera que não teria havido o dano se a coisa tivesse sido adequadamente conservada e operada.

A doutrina da responsabilidade pela guarda suscita, entre outras questões, a da identificação do guardião. Em princípio, ele é o proprietário da coisa inanimada, mas há situações em que a posse da coisa está, legítima ou ilegitimamente, em mãos de terceiros — locatário, empregado, ladrão etc. Mesmo em alguns desses casos, a jurisprudência francesa tem considerado o proprietário o guardião, para fins de imputar-lhe responsabilidade por danos. No direito brasileiro, a tese da responsabilidade pela guarda da coisa repercutiu em obras doutrinárias, mas recebeu tímida acolhida nos tribunais (Rodrigues, 2002:95/97). Os caminhos pelos quais se tem procurado, entre nós, ampliar a proteção da vítima de acidentes causados por máquinas são outros.

4. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A função da responsabilidade civil é principalmente ressarcir os prejuízos da vítima. A recomposição do patrimônio ou do direito do sujeito lesado por ato juridicamente imputável a outrem é o objetivo primário das regras de responsabilização. Não deixa de existir, nesta primazia, ranços da vingança pessoal que inspirara a regra de Talião. Ao sujeito ilegitimamente lesado é reconhecido o direito de receber compensação, pecuniária ou não, cuja contrapartida é a redução do patrimônio do devedor, causador do dano ou responsável por ele. Afastando os vestígios do primitivo arquétipo, aponta-se o ressarcimento da vítima como meio de tutela da indenidade. A ordem jurídica procura garantir a todos os sujeitos a preservação de seus direitos (patrimoniais ou da personalidade), no sentido de assegurar sua recomposição sempre que imputável a outrem qualquer sorte de prejuízo que os acometa.

Tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva cumprem a função de compensação. Seja na hipótese de dano causado por culpa do devedor, seja na de imputação de responsabilidade por ato lícito, a função da regra constitutiva do vínculo obrigacional é transferir do patrimônio do devedor para o do credor bens que neutralizem o prejuízo por este último experimentado. O cumprimento da obrigação de indenizar reconduz o credor à condição anterior ao evento danoso. A função compensatória visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou.

A compensação é feita normalmente mediante pagamento em dinheiro. A

obrigação constituída por responsabilidade civil é via de regra pecuniária. Disso não se segue, porém, que equivalha invariavelmente ao dano sofrido. Quando o prejuízo é meramente patrimonial, a compensação é equivalente ao dano. O devedor tem a obrigação de pagar ao credor o valor do prejuízo. Não se opera, neste caso, enriquecimento da vítima, que deve apenas ver seu patrimônio recomposto à mesma condição anterior ao dano. Já se o prejuízo é (exclusiva ou inclusivamente) extrapatrimonial, no caso de danos morais, o valor a ser pago em dinheiro não é equivalente ao dano. A dor moral é, rigorosamente falando, insuscetível de avaliação pecuniária. O dinheiro que o devedor paga, nesta hipótese de compensação, não tem relação nenhuma com qualquer tipo de redução do patrimônio do credor. Sempre que devida a indenização por danos extrapatrimoniais, a vítima enriquece. A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional, seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida à dor moral experimentada.

A principal função da responsabilidade civil é compensar os danos sofridos pelo sujeito ativo. Se forem eles exclusivamente patrimoniais, a indenização terá equivalência ao valor dos danos, e o credor não se enriquece com o pagamento. Se forem extrapatrimoniais, não há esta equivalência e o credor enriquece com o cumprimento da obrigação de indenizar.

Além da função compensatória, cumprem as duas espécies de responsabilidade civil também outra que lhes é comum: a preventiva. Ao determinar a constituição de vínculo obrigacional cuja prestação é a compensação de prejuízos, a lei contribui para a prevenção destes. A responsabilidade subjetiva e a objetiva, porém, cumprem a função preventiva de modo diferente. Para compreender a diferença, convém examinar antes as funções específicas de cada espécie: enquanto a responsabilidade subjetiva sanciona atos ilícitos, a objetiva viabiliza a socialização de custos.

Quem retorna aos tempos em que os pretores e jurisconsultos romanos davam interpretação ampliativa da Lei Aquília ou em que os juristas franceses discutiam o critério geral da responsabilidade civil que acabou inspirando o Código Civil de Napoleão, percebe que o primeiro vetor a nortear a identificação das externalidades negativas que deveriam ser internalizadas foi a repressão a condutas indesejadas. A lesão no patrimônio de um sujeito devia ser compensada

porque era derivada de um ato ilícito de alguém. Se todos haviam se comportado como deviam, o dano seria suportado pelo próprio lesado (*res perit domino*), já que proveniente de infortúnio. A responsabilidade civil tem, então, desde o início o sentido de coibir condutas proibidas.

Note-se que, ao cumprir a função sancionatória, a responsabilidade civil subjetiva aproxima-se das duas outras órbitas de responsabilização jurídica: penal e administrativa. Ao motorista que, transitando em velocidade muito acima da permitida, provoca acidente de trânsito com vítima fatal imputa a lei responsabilidade civil (deve indenizar os danos materiais e morais), penal (comete crime de homicídio culposo) e administrativa (incorre em infração pela qual é multado). As sanções correspondentes a essas três órbitas de responsabilização jurídica são consequências negativas diversas e autônomas — nem sempre sobrepostas — que a lei estabelece para as condutas indesejáveis. A punição na forma da lei é a única via admissível nas sociedades democráticas de evitá-las.

A responsabilidade civil, quando subjetiva, cumpre também a função sancionatória. A obrigação de indenizar representa a punição do sujeito passivo pela prática do ato ilícito.

A função sancionatória é exclusiva da responsabilidade civil subjetiva, constituída em decorrência da prática de ato ilícito. No âmbito da responsabilidade civil objetiva, o devedor responde mesmo não tendo incorrido em nenhuma ilicitude. Praticou apenas atos conformes ao direito vigente, que importam benefícios não somente para ele, como para outros ou mesmo para a sociedade como um todo. Sua obrigação de indenizar não decorre de nenhuma conduta indesejável e, portanto, não tem sentido considerá-la uma pena.

A responsabilidade civil objetiva cumpre a função específica de socializar custos de certa atividade. A responsabilidade por acidentes de consumo ilustra bem o mecanismo. Pense no fornecimento de energia elétrica, feito por inúmeros cabos que atravessam o País, espalham-se pelas cidades e capilarizam-se no interior das casas, apartamentos, escritórios, lojas e prédios. Essa imensa rede, ao mesmo tempo em que proporciona uma imensurável gama de comodidade (desde o banho quente diário até operações financeiras via internete) a quase todos os brasileiros, também os expõe a riscos consideráveis. Se uma antena de sustentação é danificada — por raio, ato de vandalismo ou terrorismo, acidente

causado por terceiros ou qualquer outro evento diverso de culpa da concessionária — e, em decorrência, rompem-se os cabos de alta tensão, isso pode implicar danos fatais às pessoas atingidas pela descarga elétrica. Se formos tratar a questão unicamente à luz do princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*, chegaríamos à conclusão da irresponsabilidade da concessionária. Afinal, no exemplo aqui cogitado, ela agiu exatamente como deveria ter agido na manutenção e operação da rede: o rompimento do cabo de alta tensão decorreu de fortuito (raio) ou de atos não imputáveis a ela (vandalismo, terrorismo etc.). Tratando, porém, a hipótese no contexto da responsabilidade objetiva, percebe-se, antes de tudo, que os consumidores de energia elétrica são os beneficiários de sua oferta ao mercado de consumo (claro que não são os únicos: também a concessionária se beneficia com os lucros auferidos). São eles que terão acesso às inúmeras comodidades proporcionadas pela eletricidade. O fornecimento da energia, porém, implica também riscos de danos às pessoas em geral, a quase totalidade delas também consumidoras de eletricidade. Pois bem, a responsabilidade por indenizar os danos associados ao fornecimento de energia elétrica pode ser imputada à concessionária porque ela ocupa uma posição econômica que lhe permite, sem dificuldade, socializar os custos correspondentes entre os beneficiários do fornecimento. Cada consumidor, ao pagar sua conta de luz, irá desembolsar um pouco mais pela energia, para que todos tenhamos a garantia de indenização no caso de acidente de consumo. Em suma, o ressarcimento pelos prejuízos dos acidentes na rede de transmissão compõe o custo da energia elétrica. Este — como todos os demais custos, diretos ou indiretos, da atividade de fornecimento de eletricidade — é embutido no preço a ser pago pelo consumidor. Em consequência, quem se beneficia da atividade arca com os riscos a ela associados. A responsabilidade civil objetiva realiza, desse modo, a socialização de custos (alguns autores preferem falar em "socialização de riscos" ou "distribuição de perdas", operando com conceitos semelhantes).

A responsabilidade civil, quando objetiva, cumpre também a função de socialização de custos. Os exercentes de algumas atividades podem distribuir entre os beneficiários delas as repercussões econômicas dos acidentes, mesmo que não tenham nenhuma culpa por eles.

Assim, de um lado, a função compensatória é comum à responsabilidade civil

subjetiva e objetiva; de outro, a função sancionatória é específica da subjetiva e a de socialização de custos, da objetiva. Por fim, existe, como dito, uma outra função comum às duas espécies, que é a preventiva. Tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva auxiliam a prevenção dos danos; fazem-no de modo peculiar, porém.

A sanção imposta pela responsabilidade civil subjetiva tem em mira, em última análise, evitar novos danos da mesma natureza. O motorista, apenado com a obrigação de indenizar a vítima de sua imprudência, em tese tende a procurar ser mais cauteloso — pelo menos, isso também se espera da aplicação das normas de responsabilização civil subjetiva. A própria função sancionatória, assim, pode expressar-se também pela ideia de prevenção. Desestimulando as condutas ilícitas causadoras de prejuízos a interesse alheio, a sanção civil contribui para que estes sejam evitados. Referir-se à contribuição da lei para que novos danos da mesma natureza não ocorram seria apenas um modo diferente de explicar a punição. Sanção e prevenção são, desse modo, indissoluvelmente ligadas.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, não cumpre função sancionatória. Por definição, o devedor da obrigação de indenizar não incorreu em nenhum ilícito. Ele responde pelo dano apenas porque se encontra numa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade entre os beneficiários dela. Ao ser responsabilizado, ele não é punido, até mesmo porque nada fez de ilegal, segundo o direito em vigor. A indenização devida pelo Município aos proprietários de imóveis desvalorizados pela proximidade de determinada obra viária não é uma sanção imposta a ele com o objetivo de puni-lo por algo que não deveria ter feito.

Aparentemente, por não ser sanção, a responsabilidade civil objetiva também não cumpriria a função preventiva. Se nenhuma mudança de comportamento é exigível do devedor, a imputação da responsabilidade não teria o efeito de desestimular a conduta originária dos danos. Temia-se, no passado, que a responsabilidade objetiva, além de não servir como medida de prevenção, acabasse contribuindo para o incremento dos acidentes por retirar o freio moral às condutas potencialmente danosas (cf. Ripert, 1925:207/226). Parecia que, se o sujeito responderia de qualquer forma pela indenização, não seria estimulado a observar condutas mais cautelosas, aprimorar controles na produção ou circulação de bens ou serviços, atentar para os efeitos prejudiciais de seus atos, ou seja, de algum modo alterar seu comportamento para evitar o dano. A função preventiva, por isso, sempre foi relacionada ao pressuposto subjetivo, à

repressão aos atos ilícitos (cf. Alpa, 1999:138/139).

Assim não é, contudo. Mesmo não tendo função sancionatória, a responsabilidade civil objetiva cumpre, a seu modo, a função de prevenir novos prejuízos ou acidentes. O mecanismo preventivo é diverso do que opera a responsabilidade subjetiva, mas existe. Em vez de proibir a conduta originadora dos danos e sancionar a transgressão, a lei estimula o agente a buscar a prevenção como meio de redução dos seus custos. Na competição empresarial, todos sabem, estar em condições de vender produto de igual qualidade do concorrente por preço mais baixo é fator decisivo. Se um empresário consegue reduzir a margem estatística dos acidentes de consumo inevitáveis associados ao seu produto, ele poderá praticar preço menor que os dos concorrentes que não conseguiram a mesma redução. Em outros termos, ele terá menos custos a socializar entre os consumidores que os demais empresários com que compete, e poderá cobrar por seu produto preço inferior ao deles. A seu turno, quando a Prefeitura é instada a considerar entre os custos de qualquer obra viária as eventuais indenizações aos proprietários que teriam seus bens desvalorizados, ela pesquisará melhores empregos para os recursos de que dispõe, investindo na busca de solução para o problema do tráfego que não desvalorize os imóveis vizinhos.

A responsabilidade, por fim, cumpre função preventiva. Quando subjetiva, ao sancionar o ato ilícito desestimula a sua prática; quando objetiva, ao tratar a indenização como custo de atividade estimula a prevenção dos acidentes ou prejuízos como medida de racionalidade econômica.

Guido Calabresi assinala que, ao desestimular condutas potencialmente danosas, a responsabilidade civil contribui para a redução da quantidade e gravidade dos acidentes e, consequentemente, dos custos a eles relacionados. Previnem-se acidentes tanto por meio de proibição a determinados atos ou atividades como tornando estas menos lucrativas. Para Calabresi, aliás, a função preventiva da lei é mais importante até mesmo que a de compensar as vítimas pelos prejuízos. Privilegiado o objetivo de redução dos custos associados aos acidentes, a responsabilidade civil é mais eficiente ao evitá-los que ao atenuar seus efeitos (1970:24/31). Desse modo, a prevenção é função tanto da responsabilidade civil subjetiva como da objetiva, embora de modos bem diferentes (Alpa-Bessone, 2001:22/23; 566/578).

Para encerrar, vale registrar o alerta de André Tunc para o fato de que a prevenção de acidentes depende, na verdade, de uma política ampla, que se valha de meios mais efetivos que a ameaça da responsabilização (1989:141 e *passim*). Em suma, a responsabilidade civil pode contribuir com a prevenção de danos e acidentes, mas não substitui medidas realmente capazes de promover mudanças comportamentais e culturais, que são de natureza pedagógica.

5. PRINCÍPIO DA INDENIDADE

A convivência em sociedade pressupõe tanto a internalização de algumas externalidades negativas como a não internalização de outras delas. Não há organização social sem interferências prejudiciais de algumas pessoas sobre a situação, interesses ou bens de outras, mas apenas uma parte delas deve ser compensada (Tunc, 1989:24). A dificuldade com que se deparam legisladores, juízes e tecnólogos do direito no tratamento da matéria reside exatamente em segregar as externalidades negativas que devem ser compensadas das demais; em outros termos, consiste em definir que prejuízos derivados de condutas alheias são indenizáveis e quais não o são.

Viu-se acima (item 1), no exemplo do portador de doença rara, que não é a relevância do prejuízo para a vítima que determina sua ressarcibilidade. Prejuízos sem grande relevância para a vítima são indenizáveis (o fornecedor tem a obrigação de indenizar o consumidor, mesmo que seja ínfimo o valor do dano), ao passo que não o são alguns de considerável repercussão (uma concorrência competente e lealmente empreendida pode levar à falência o negócio alheio sem que o dono deste possa reclamar ressarcimento). A externalidade negativa é internalizável, na verdade, em função das necessidades gerais da organização econômica, às quais corresponde um complexo sistema de valores desenvolvidos pela sociedade e expressos nas normas jurídicas imputadoras de responsabilidade civil. Isso fica claro, por exemplo, no aparecimento da responsabilidade objetiva no século XX. A imputação de obrigação de indenizar a quem não comete nenhum ilícito, bem assim as mudanças ideológicas que acompanharam a evolução do instituto jurídico pressupõem determinado acúmulo de capital. Se algum gênio jurídico tivesse eventualmente formulado a teoria da responsabilidade objetiva antes do amadurecimento do capitalismo, é provável que sua elaboração não tivesse repercussões de relevo; seria considerada um verdadeiro equívoco de seu autor.

Até o início da segunda revolução industrial (1860-1914), os acidentes que vitimavam os operários em seu contato diário com as máquinas não eram

considerados indenizáveis. Mesmo hoje, com constantes campanhas educativas e desenvolvimento de tecnologias de segurança do trabalho, há uma margem estatística de inevitabilidade nesses acidentes. O operário muitas vezes se desconcentra e sofre a lesão por descuido dele mesmo. No passado, em que medidas preventivas não existiam e o empregador não se dera conta dos prejuízos que ele próprio sofre com os acidentes de trabalho, estes se multiplicavam matando ou ferindo milhares de operários. A inevitabilidade afastava a hipótese de culpa ou dolo do empregador e classificava o evento como caso fortuito: ninguém respondia pelos danos. O operário arcava sozinho com as consequências do acidente; se perdia a capacidade laborativa, ficava condenado à miséria. Desde o fim do século XIX, porém, o acúmulo de capital possibilitou a criação de mecanismos de amparo dos empregados na hipótese de acidente de trabalho, no contexto da seguridade social (Tunc, 1989:27/28; Russomano, 1979:303/312). Foi Bismarck, chanceler da recém-unificada Alemanha, que criou, em 1888, o primeiro sistema público de compensação de acidentes de trabalho. Em todo o mundo, principalmente no decorrer do século XX, surgiram, com as contribuições dos assalariados, dos empregadores e de toda a sociedade, fundos responsáveis pelo pagamento de algum auxílio ao acidentado — que, se não os indeniza por completo, pelo menos reduz as repercussões do evento danoso inevitável. Esses fundos distribuem os custos dos acidentes entre as pessoas expostas a eles (empregados) e os beneficiados pela atividade geradora do risco (empregadores e sociedade). No Brasil, o INSS deve aos acidentados um benefício previdenciário específico (Lei n. 8.213/91, arts. 19 a 21).

A definição das externalidades negativas passíveis de internalização não deriva da simples vontade dos homens e mulheres envolvidos com a elaboração e aplicação das normas jurídicas. No passado, os danos inevitáveis derivados de uma atividade não eram indenizáveis, e hoje são, não porque subitamente se atentou para a injustiça da exclusão da responsabilidade na hipótese, mas sim porque o acúmulo de capital é já suficiente para a internalização dessa externalidade. No futuro, dependendo do desenvolvimento da organização econômica, talvez o portador de doença rara possa ter o seu infortúnio de alguma forma compensado pela sociedade.

Em termos puramente lógicos, a regra seria a da irresponsabilidade. Em princípio, cada um deveria arcar com seus próprios prejuízos, e a imputação a outrem de responsabilidade civil por eles teria natureza de exceção. Ao titular do interesse ou bem prejudicado caberia o ônus de provar o ato ou fato constitutivo da obrigação de alguém o indenizar, se quisesse ser ressarcido pelos danos. Esse

esquema, que dava certa congruência lógica à inserção da responsabilidade civil no direito das obrigações, foi largamente aceito durante muito tempo. Mas, desde meados do século passado, não tem mais servido à estruturação dos fundamentos da disciplina. O valor básico desenvolvido pela jurisprudência e tecnologia jurídica no tratamento dos conflitos de interesses relacionados a acidentes e danos em geral tem sido, desde então, o da busca da ampliação da indenidade.

Pelo princípio da indenidade, a elaboração, interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil devem ser feitas com o objetivo de facilitar o acesso da vítima à indenização. Não é possível sustentar-se nele, porém, a indenidade plena prometida pelo Estado mutualista; muito menos a indenidade absoluta, que parece ser incompatível com a vida em sociedade.

Privilegia-se, então, a preservação da situação, interesses e bens de cada um. Como se todos titularizássemos o direito de não os ter alterados contra nossa vontade. Se qualquer conduta alheia interfere negativamente na situação, interesses ou bens de certo sujeito, ele tem assegurado pelo Direito o retorno ao *status quo ante* — tal passa a ser o valor perseguido pelas normas imputadoras de responsabilidade civil. Chama-se a noção de *princípio da indenidade*. Em função dele, a regra é a da indenizabilidade de qualquer dano sofrido por um sujeito de direito por causa de outra pessoa; a exceção é a inexistência de responsabilidade.

O princípio da indenidade inverte a equação fundamental do tratamento da matéria, que afirmava a irresponsabilidade como regra, e alarga o âmbito de incidência das normas imputadoras de responsabilidade civil. Busca-se por ele a facilitação do acesso da vítima à indenização.

Em decorrência desse princípio jurídico, o objetivo da responsabilidade civil tem sido amparar a vítima, facilitando a recomposição dos prejuízos. Mas não se pode desprezar que o grau de internalização das externalidades negativas é regido, em última instância, pelo estágio de evolução das forças produtivas e não por decisões livres dos seres humanos. Não há acúmulo de capital suficiente, por enquanto, para cogitar-se da *indenidade plena* (embora esteja já em curso experiência com este objetivo na Nova Zelândia — subitem 5.1). Em suma, o princípio da indenidade não implica a responsabilização de todo sujeito cuja ação ou omissão seja, direta ou indiretamente, prejudicial a alguém. Até mesmo

porque indenidade plena não significa indenidade absoluta: para que seja possível a vida em sociedade, algumas externalidades negativas não são e não devem ser internalizáveis.

5.1. Estado mutualista: a experiência neozelandesa

Quando a preservação da situação, interesse ou bem dos sujeitos lesados por conduta alheia garante-se apenas por norma de responsabilidade civil (isto é, por preceitos legais de direito privado), surgem duas preocupações. De um lado, a indenidade pode ser ameaçada pela incapacidade econômica do agente a quem se imputa o dano. Se não dispuser ele de recursos patrimoniais para cumprir inteiramente a obrigação indenizatória, a vítima continuará arcando com pelo menos parte do prejuízo. Por outro lado, também não parece justo nem racional que a imputação de responsabilidade civil possa levar o devedor da obrigação indenizatória à ruína econômica. Pode ocorrer de o valor do dano provocado por uma só conduta negligente equivaler ou superar o do patrimônio amealhado ao longo de uma dedicada vida de trabalho. Diante destas preocupações, costuma-se apontar como solução a obrigatoriedade da contratação de seguros privados ou mesmo a implantação de sistemas públicos de socialização de riscos. São medidas que visam tornar efetivos os objetivos prestigiados pelo princípio da indenidade.

Além dos fundos de seguridade social destinados ao amparo de vítimas de acidente de trabalho, outros mecanismos de socialização das repercussões econômicas de eventos danosos desenvolveram-se ao longo do século XX. Os acidentes automobilísticos, por exemplo, despertaram preocupações semelhantes aos de trabalho, porque mesmo os motoristas mais cautelosos vez por outra os causam. Pesquisas nos Estados Unidos concluíram que os motoristas cometem em média um erro a cada três quilômetros, e que, numa cidade planejada como Washington, os bons condutores (como tais definidos os que não se envolvem em acidente há quatro anos), incorrem em mais de nove erros de quatro tipos diferentes em cinco minutos de direção (Tunc, 1989:116).

A obrigatoriedade do seguro privado é um dos instrumentos da lei para buscar a ampliação da indenidade nos casos de acidente de trânsito. No Brasil, todo o proprietário de veículo automotor terrestre é obrigado a contratar seguro para a cobertura de danos pessoais causados em eventos dessa natureza (Lei n. 6.194/74). Em alguns lugares, como na Argélia ou em Québec, os seguros automobilísticos são públicos; representam, como propõe André Tunc, um ramo da seguridade social (1989:29). A imputação de responsabilidade civil, nestes

casos, é, por assim dizer, substituída por instrumentos de direito público: norma administrativa que condiciona o licenciamento do veículo à contratação do seguro obrigatório ou criação da seguradora pública. No limite, cogita-se de um *Estado mutualista*, isto é, de organização estatal que se arvora função de seguro de todo e qualquer dano. Além do que propõe o Estado do bem-estar social — isto é, prover aposentadoria, auxílio-desemprego, pensão por morte e amparo em caso de acidentes de trabalho —, o Estado mutualista busca garantir a plena indenidade em qualquer hipótese de evento danoso que possa vitimar seus jurisdicionados: trânsito, erros médicos, má conservação de passeios públicos, sequelas psíquicas de crimes sexuais etc.

Existe, até hoje, uma única experiência de Estado mutualista. Trata-se da Nova Zelândia, que, em 1974, criou um inédito sistema de reparação de danos provocados por qualquer tipo de acidentes, não somente os de trabalho e automobilísticos, cuja administração foi atribuída a uma agência estatal, a *Accident Compensation Commission* (ACC). Em virtude desse sistema, qualquer cidadão neozelandês e mesmo o estrangeiro residente ou visitante que vierem a sofrer acidente na Nova Zelândia têm o direito de receber da ACC o pagamento das despesas médico-hospitalares com tratamento, transporte e reabilitação, além de pensão semanal, indenização por incapacidade permanente e pelos danos morais sofridos. Em caso de morte, o cônjuge e os filhos têm direito aos benefícios. A ACC também paga — por enquanto apenas para cidadãos neozelandeses — tratamento psicológico às vítimas de estupro e outros crimes sexuais.

Atualmente, os recursos do sistema são provenientes de dotação orçamentária (isto é, dinheiro resultante do pagamento de tributos em geral), contribuições (*premiums*) pagas pelos empregadores, tomadores de serviços, profissionais autônomos e empregados domésticos, além de imposto incidente sobre o preço dos combustíveis e parte da taxa de licenciamento de veículos.

O sistema neozelandês de busca da ampla indenidade tem-se aperfeiçoado desde a implantação. Houve reformas em 1982, 1990, 1992, 1998, 2000 e 2001. A mais significativa delas, por se referir a aspectos fundamentais de um Estado mutualista, foi a de 1998, durante o governo do Partido Nacionalista. Nela, a lei foi alterada para se admitir o seguro privado de acidentes de trabalho, retirando o monopólio nesse setor da ACC. Com a eleição dos trabalhistas, porém, restaurou-se em 2000 o critério anterior, de cobertura pela seguridade social de todos os eventos danosos. O objetivo da reforma de 2001, a seu turno, foi acentuar a adoção pela ACC de medidas preventivas dos acidentes, com o

objetivo de contribuir para a economia dos recursos existentes.

Em razão desse sistema, a lei neozelandesa não imputa responsabilidade civil ao sujeito que causa o acidente (Tunc, 1989:81). Se, em viagem a Auckland, um brasileiro é atropelado por imprudência do condutor do automóvel, ele terá direito de receber os benefícios da ACC, mas não poderá processar o motorista ou o proprietário do veículo. Da mesma forma, se um neozelandês sofre acidente praticando *rafting* no rio Shotover, e, ao ser submetido a cirurgia reparadora num hospital de Queenstown, tem o movimento de suas pernas irreversivelmente danificados por erro médico, ele não pode reclamar indenização contra o profissional ou o estabelecimento hospitalar, mas apenas pleitear na ACC os benefícios da lei (*Injury Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act*, de 2001).

Está em curso, desde os anos 1970, na Nova Zelândia, uma experiência única até agora de implantação do Estado mutualista. Todos os acidentes geram para o Estado a obrigação de pagar um benefício ao acidentado, mas ninguém pode ser civilmente responsabilizado por eles.

Embora a Nova Zelândia pareça estar bastante satisfeita com o sistema, nenhum outro país, até agora, ousou imitá-la — nem mesmo a Austrália, a despeito das enormes semelhanças culturais, históricas e econômicas que a unem ao vizinho. A experiência do Estado mutualista provavelmente não deve expandir-se, senão após um novo grande ciclo de acumulação capitalista que permita a criação de mecanismos sociais de garantia da plena indenidade. Não parece próximo, porém, esse cenário. Até lá, continuará sendo por meio da responsabilidade civil — isto é, por regras de direito privado — que as vítimas poderão buscar compensação pelas externalidades negativas que as atingem.

5.2. Responsabilidade objetiva pura

São quatro os *sistemas* de responsabilidade civil: a subjetiva clássica, subjetiva com presunção de culpa, objetiva simples e objetiva pura. Nos dois primeiros, o pressuposto subjetivo é relevante, enquanto nos últimos não. Os sistemas subjetivos distinguem-se, por sua vez, pela distribuição do ônus da prova. Numa demanda judicial em que se pleiteia a indenização de danos regida pelo sistema da responsabilidade subjetiva clássica, cabe ao demandante (vítima) provar a culpa do demandado; se a regência da matéria faz-se pelo sistema de

responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o ônus da prova inverte-se e ao demandado (a quem se imputa a responsabilidade) compete demonstrar a inexistência de culpa para exonerar-se da obrigação. No Brasil, a responsabilidade do proprietário pelos danos causados pela ruína do imóvel rege-se por norma de presunção de culpa (CC, art. 937). Finalmente, os sistemas objetivos distinguem-se pela relevância da relação de causalidade na constituição do vínculo obrigacional. Quando simples (ou "comum"), não há responsabilidade daquele que, de algum modo, não contribuiu para o acidente; na pura (ou "agravada"), ao contrário, o devedor obriga-se a despeito de inexistir qualquer relação de causalidade que ate sua atividade ao dano.

A responsabilidade dos fundos públicos é classificada como objetiva pura, porque prescinde, para a sua constituição, de relação de causalidade entre qualquer conduta dela, devedora do benefício, e o dano suportado pela vítima credora. Se a responsabilidade subjetiva está condicionada a três pressupostos (culpa do devedor, dano do credor e relação de causalidade entre aquela e este), e a objetiva simples a dois (dano do credor e relação de causalidade entre atividade ou ato do devedor e este), a subespécie objetiva pura depende apenas do dano infligido ao sujeito ativo da relação obrigacional. Esta subespécie, porém, escapa do interesse do direito privado. Cuida das obrigações constituídas por responsabilidade objetiva pura no ramo ou ramos do direito público. Das obrigações, no Brasil, que a lei reserva ao INSS trata o direito previdenciário.

O sistema de responsabilidade objetiva pura procura afastar as ameaças ao princípio da indenidade que a solução de direito privado oferece. Quando o devedor da obrigação de indenizar não tem patrimônio suficiente para recompor o prejuízo por completo ou o cumprimento da obrigação o leva à ruína, o resultado é incontestavelmente injusto e frustrante. O seguro de responsabilidade civil costuma ser apontado como alternativa (Tzirulnik, 2000; Alpa, 1993), mas esbarra em dificuldades de cumprir o objetivo de afastar aquelas ameaças à indenidade, principalmente a partir da substituição, generalizada no mundo todo, da cláusula *loss occurence* pela *claims made*. Por enquanto, apenas a socialização dos riscos pela constituição de fundos públicos responsabilizáveis segundo o sistema de responsabilidade objetiva pura tem-se apresentado como alternativa eficiente à solução de direito privado.

Registre-se que é considerada por alguns tecnólogos civilistas como exemplo de responsabilidade civil objetiva pura a das estradas de ferro por danos derivados de ato de terceiro que vitima o passageiro durante o transporte (Dec. n. 2.681/12, art. 18). Se alguém atravessa com seu veículo a ferrovia

desrespeitando o bloqueio que anunciava a passagem do trem, é evidente que a culpa pelo desastre não cabe à estrada de ferro. Ela tem, no entanto, a responsabilidade de indenizar os danos sofridos por seus passageiros, cobrando-os em regresso do culpado pelo evento. Para os que veem nesta hipótese exemplo de responsabilidade objetiva pura, não se teria estabelecido qualquer relação de causalidade entre o dano suportado pelo credor e a conduta do devedor, mas este responde porque a atividade geradora do risco traz-lhe vantagens. O agravamento da objetivação no sentido de dispensar até mesmo a relação de causalidade é vista, então, como nova etapa evolutiva da tendência iniciada com a superação do pressuposto subjetivo (cf., por todos, Noronha, 1999:37/38).

Não concordo com essa forma de classificar a matéria, que acaba reconhecendo hipótese de responsabilidade objetiva pura no campo do direito privado. Na responsabilização do empresário por acidente de consumo causado por ato de terceiro (é este o caso do desastre na linha ferroviária não derivado de culpa da estrada de ferro) não se encontra, a meu ver, nenhuma modalidade diversa de objetivação. Regem a matéria normas do sistema de responsabilidade objetiva simples. Independentemente da origem — ato do empresário, de seus empregados ou de terceiros —, o acidente de consumo é custo da atividade empresarial, que as normas de responsabilidade civil socializam entre os consumidores. Desse modo, pela classificação adotada neste *Curso*, não há imputação de responsabilidade civil pura regida por normas de direito privado. A responsabilidade objetiva pura é sempre matéria de interesse do direito público.

5.3. Distorção do princípio da indenidade: o Judiciário como justiceiro

Pelo princípio da indenidade, a lei deve facilitar o acesso da vítima à indenização. A interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, devem ser feitas com atenção a este princípio, não há dúvida. Não se podem, porém, perder de vista os fundamentos de cada espécie de responsabilidade civil, sempre que discutida a imputação a um sujeito da obrigação de indenizar. Do princípio da indenidade não se segue que todo e qualquer dano deva ser reparado. Continuam a existir externalidades negativas não suscetíveis de internalização.

Por vezes, a má compreensão do alcance do princípio da indenidade se traduz numa infeliz tendência de setores do Poder Judiciário no sentido de condenar

certos sujeitos de direito a indenizar outros tão somente pelo fato de serem mais ricos. Quando o consumidor demanda o empresário, o particular processa o Estado ou o necessitado reclama do INSS, muitas vezes alguns juízes adotam um raciocínio simplista ao imputarem a responsabilidade ao demandado. No fundamento da decisão encontram-se difusas referências à objetivação da responsabilidade e ao princípio da indenidade, mas a leitura atenta da sentença ou acórdão permite concluir que a razão verdadeira da condenação era apenas a condição econômica mais favorável do réu.

A lógica, no plano isolado da lide em julgamento, é irrepreensível. Para o demandado, tendo em vista sua força econômica, a condenação representa impacto econômico ou patrimonial de pequena ou nenhuma relevância, facilmente absorvível; para o demandante, por outro lado, está em questão muitas vezes a própria sobrevivência e a de sua família. Não custa nada, em outros termos, condenar aquele empresário, o Estado ou o INSS a pagarem o relativamente pouco pleiteado pelo autor. Movidos, então, por sinceros valores de justiça, os juízes adotam a solução simplista: tiram do rico para dar ao pobre. Adotam postura que já foi qualificada alhures, em referência ao comportamento de jurados envolvidos com o julgamento de causas cíveis contra empresas nos Estados Unidos, como a de um moderno *Robin Hood*, impulsionada pela natural simpatia que desperta no espírito do julgador popular a causa do fraco em litígio contra o forte (cf. Hans, 2000:13 e 22).

Essa distorção do princípio da indenidade trata o patrimônio dos réus como verdadeiras *cornucópias*, de onde se podem extrair recursos infindáveis para aplacar infortúnios alheios. Normalmente esses réus são sujeitos de direito a quem a lei imputa responsabilidade objetiva e, portanto, ocupam posição econômica que lhes permite socializar custos da atividade; são vistos, assim, como capazes de suportar sem dificuldade qualquer condenação (*deep pocket method*); isto, porém, é um equívoco. Se, no plano isolado da lide, o pleito tem pequeno ou nenhum impacto para o patrimônio do demandado e relevância ímpar para o do demandante, sua repetição pode importar sério comprometimento não só para o condenado como para toda a sociedade. No limite, se os empresários de um setor são normalmente condenados a suportar indenizações imputadas em razão do método *deep pocket*, quem acaba pagando por isso, é o consumidor do produto ou serviço em questão. Essas indenizações pressionam os preços para cima, são fontes de carestia. No mundo de economia globalizada, além disso, tal distorção do princípio da indenidade conduz ao afastamento de investidores estrangeiros, que vão procurar oportunidades de

negócio em outros países de maior racionalidade nos marcos institucionais.

O juiz, ao apreciar casos de responsabilidade civil objetiva, deve atentar para o mecanismo de socialização de custos que ela forçosamente viabiliza, de modo a não acabar agravando de forma injusta aqueles que, em última análise, vão suportar as consequências da decisão judicial. Considere, por exemplo, a jurisprudência que tem responsabilizado o Banco Central pelos prejuízos aos investidores quando decretada a liquidação extrajudicial dos bancos em que tinham investimentos. Muitas vezes, ela apenas protege a ganância de algumas poucas pessoas à custa de toda a sociedade. Com efeito, às vésperas de crise de liquidez, o banco tende a oferecer remuneração por seus títulos (CDB) com juros acima do mercado, com o objetivo único de captar os recursos de que tanto necessita. Os gananciosos que investem em títulos de banco nessa situação apenas pensam no ganho imediato; por ignorância ou má-fé, não consideram o risco que correm — maior do que os associados à maioria dos demais investimentos. Se a crise de liquidez levar o banco ao estado de insolvência, o Banco Central decreta sua liquidação extrajudicial. Em consequência, é provável que aquele investidor perca seu dinheiro, ou pelo menos demore muito a receber de volta parte dele. Quando a justiça considera o Banco Central responsável objetivamente por danos dessa natureza, tomando-o como uma espécie de seguradora geral dos consumidores de serviços bancários, o resultado é a divisão entre todos os brasileiros, contribuintes dos impostos que alimentam a dotação orçamentária daquela autarquia, do ressarcimento pela perda dos poucos investidores atraídos pela excepcional taxa remuneratória. A opção por investir no título de maior remuneração acaba, pois, revelando-se ato de pura ganância desastrosa, mas completamente isenta de riscos. Em vez de estes serem suportados apenas pelo investidor que buscava remuneração acima da do mercado, foram socializados entre todos os brasileiros que pagam seus impostos, em razão da decisão judicial que deu interpretação distorcida ao princípio da indenidade.

Uma distorção do princípio da indenidade tem-se verificado na infundada imputação de responsabilidade a empresários, ao Estado ou ao INSS, apenas em razão da melhor condição econômica deles em face do sujeito que pleiteia a indenização.

Embora menos comum, a responsabilidade subjetiva também tem sido

imputada em decorrência de igual distorção do princípio da indenidade, isto é, somente pela circunstância de ser o demandado mais rico que o demandante. Claro que, a exemplo da aplicação do método *deep pocket* na imputação de responsabilidade objetiva, a decisão é revestida por referências superficiais ao princípio da indenidade que mal disfarçam a verdadeira motivação do juiz. Se trabalhador braçal de parcas rendas fica paraplégico após ser atropelado por veículo conduzido pelo motorista particular de um próspero profissional liberal, ainda que tenha sido o evento causado exclusivamente por culpa da vítima, o extraordinário drama pessoal que emerge dos autos judiciais pode levar o juiz, muitas vezes inconscientemente, a condenar o demandado — apenas porque esta é a única forma de garantir àquela vítima alguma renda, estando claro que isso não importará pesados encargos à outra parte. Puro distributivismo movido pela vontade de atenuar os azares com que são surpreendidos os desafortunados. Nesta hipótese, porém, o condenado não terá meios de socializar as repercussões econômicas da distorcida decisão, já que não ocupa posição econômica que o permita, e as suportará sozinho.

6. DANO

Elemento comum a qualquer espécie (ou subespécie) de responsabilidade civil é a ocorrência de danos ao credor. Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva, incluindo a subespécie pura, não se constitui o vínculo obrigacional se o credor não tiver sofrido dano. O desatendimento a este pressuposto caracteriza hipótese de exclusão de responsabilização (Cap. 24, item 2).

Uma pessoa pode incorrer em ato ilícito sem acarretar danos a ninguém. Não tem, neste caso, responsabilidade civil. Mesmo configurado o pressuposto subjetivo, se da conduta culposa não resultar prejuízo a outrem, a obrigação de indenizar não existe. Se um comerciante se estabelece em zona residencial, pratica ato ilícito, infringente da lei municipal que proíbe e sanciona a localização irregular. Além da responsabilidade administrativa, efetivada por medidas como multas ou fechamento do estabelecimento, o ato ilícito gera a responsabilidade civil perante os moradores da zona residencial, *caso* eles tenham experimentado algum prejuízo. Se, pelo contrário, os vizinhos até apreciavam o comércio ali instalado, frequentando a loja e consumindo os produtos postos à venda, e não suportaram dano nenhum em decorrência do ilícito, inexistem as condições para a imputação de responsabilidade civil ao comerciante irregularmente estabelecido.

Também nas hipóteses sujeitas à responsabilização objetiva a ocorrência de dano é condição essencial à constituição da obrigação de indenizar. Considere o exemplo da colocação no mercado de alguns automóveis com defeito de fabricação no sistema de freios. O defeito é gravíssimo porque compromete, em pouco tempo, o funcionamento do sistema e pode ocasionar sérios acidentes. A fábrica alerta-se para o problema após a venda de meia centena de carros defeituosos, mas antes de qualquer evento danoso. Promove, então, um eficiente *recall* e consegue consertar todos aqueles veículos. A possibilidade de graves prejuízos para os donos dos automóveis defeituosos e para os familiares e amigos que eles transportaram antes do reparo era enorme. Não ocorreu, porém, nenhum dano, e, por isso, não há qualquer responsabilidade civil do fornecedor.

A existência de dano é condição essencial para a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva. Se quem pleiteia a responsabilização não sofreu dano de nenhuma espécie, mas meros desconfortos ou riscos, não tem direito a nenhuma indenização.

Convêm classificarem-se os danos de acordo com os seguintes critérios:

a) *materiais ou pessoais*. Os danos materiais atingem bens, enquanto os pessoais matam ou comprometem a integridade física ou moral de homens ou mulheres.

Qualquer tipo de bem pode ser danificado, inclusive os incorpóreos. O concorrente desleal que usurpa marca registrada inflige danos a um bem imaterial que se traduz na perda de faturamento por desvio ilegítimo de clientela. A despeito da imateralidade do bem danificado, chama-se material o dano neste caso, em contraposição aos que afligem a própria pessoa do sujeito ativo da obrigação de indenizar.

A classificação tem relevância jurídica em primeiro lugar em função da maior importância da perda na hipótese de danos pessoais. Nenhuma coisa, por mais importante, necessária ou útil que seja para seu dono, vale mais que qualquer ser humano. Este valor jurídico fundamental tem implicação, por exemplo, na exclusão de ilicitude em razão de estado de necessidade. Lembre-se, não é ato ilícito o que redunda danos a coisa alheia ou lesão a pessoa com o objetivo de remover perigo iminente (CC, art. 188, II). Desse modo, não está obrigado a indenizar os danos quem age visando preservar sua pessoa ou seus bens ou os de outrem, porque não incorreu em conduta culposa. Note que, no estado de

necessidade, o direito de um sujeito é forçosamente sacrificado para salvar o de outro. Para que não se caracterize o ato ilícito, o sacrifício deve ser necessário e não pode ultrapassar os limites do indispensável para remoção do perigo iminente. Faltando qualquer um desses requisitos, quem se excedeu nos danos causados pelo estado de necessidade tem a obrigação de indenizá-los.

Na aferição dos requisitos do estado de necessidade como excludente de ilicitude, tem relevância a distinção entre danos materiais e pessoais. Entre duas coisas, não se exige que a sacrificada seja menos valiosa que a salvaguardada (Monteiro, 2001, 1:291). Assim, se tanto o dano causado por quem estava em estado de necessidade como o evitado eram materiais, o valor de cada um deles é irrelevante para a descaracterização do ato ilícito. Claro, se o sacrifício imposto ao bem alheio foi maior do que o necessário para a remoção do perigo de dano ao bem próprio, haverá ilicitude, mas isto independentemente de qual dos bens valia mais ou menos.

Também não há como operar com qualquer noção de valor dos danos em questão (o causado e o evitado) quando o perigo iminente ameaçava pessoa e, para salvaguardá-la, era necessário o sacrifício de outra. No naufrágio em alto mar, *Antonio* está tendo dificuldade para manter-se à tona porque *Benedito*, que não sabe nadar, agarrou-se atabalhoadamente ao seu pescoço. É lícito que *Antonio*, para salvar a vida, use a força para livrar-se de *Benedito*, ainda que o ato signifique a morte dele.

Quando, porém, alguém em estado de necessidade causa dano pessoal com o objetivo de evitar dano material, a exclusão da ilicitude não tem lugar. Quem sacrifica a integridade física ou moral ou mesmo a vida de uma pessoa para remover perigo iminente sobre coisa incorre sempre em ato ilícito, por mais valioso que fosse o bem posto a salvo.

Danos materiais são os que atingem as coisas, inclusive os bens incorpóreos. Pessoais são os danos infligidos a homem ou mulher que atingem sua integridade física ou moral ou causam-lhe a morte.

Além dessa implicação, a classificação entre danos materiais e pessoais tem importância no campo dos seguros. As coberturas costumam variar para as hipóteses de dano material ou pessoal. Para os proprietários de veículos automotores terrestres, ademais, o seguro para cobertura de danos pessoais é obrigatório (DPVAT), mas é facultativo de danos materiais.

b) *Patrimoniais ou extrapatrimoniais*. Danos patrimoniais são os que reduzem o valor ou inutilizam por completo bens do credor da indenização. Implicam sempre diminuição do patrimônio da vítima. Extrapatrimoniais, por sua vez, são os relacionados à dor por ela experimentada. Não repercutem no patrimônio do credor da obrigação de indenizar, e são chamados, também, de *danos morais*.

O ato ilícito ou acidente podem causar somente danos patrimoniais. Considere, por exemplo, o esbulho de um terreno baldio. Por mais incômodos que o evento traga ao proprietário, não implica nenhuma dor merecedora de compensação pecuniária. De outro lado, eles podem implicar somente danos extrapatrimoniais. Pense na dor experimentada por quem lê no jornal notícia falsa do falecimento de familiar. O fato não impacta de nenhuma forma o patrimônio do leitor. É comum, porém, que o mesmo evento danoso cause danos dessas duas espécies. Como demonstra Aguiar Dias, em sua origem, o dano é uno, embora possa projetar efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais (1954, 2:428). A perda do pai num acidente de trânsito implica para o filho menor danos patrimoniais — representados pelos gastos com sustento, moradia, educação, lazer e demais necessidades custeadas pelo ascendente — e extrapatrimoniais — a dor pela morte da pessoa querida. O evento danoso, nota-se, foi um só, mas com repercussões materiais e morais.

Os danos, mesmo os morais, quase sempre se compensam em dinheiro. É pecuniária a maioria das obrigações de indenizar nascidas da responsabilidade civil. Quando se trata de compensação de danos patrimoniais, o valor da indenização equivale ao prejuízo. Nesta hipótese, o cumprimento da obrigação restitui o patrimônio defasado pelo dano à condição anterior ao evento. A vítima não enriquece com o ressarcimento dos danos patrimoniais. Já quando se compensam danos extrapatrimoniais, o valor da indenização não pode ser estabelecido como equivalente ao prejuízo no patrimônio da vítima, simplesmente porque este não ocorre. É ainda compensação pelo dano moral, mas não equivalente a este. O sujeito ativo da relação obrigacional correspondente à compensação de danos extrapatrimoniais *enriquece* com a indenização. A relevância desta classificação repercute, portanto, na mensuração da indenização (Cap. 25).

Danos patrimoniais são os que reduzem o patrimônio da vítima; extrapatrimoniais os que causam-lhe dor merecedora de compensação.

Os danos materiais são necessariamente patrimoniais e os extrapatrimoniais, sempre pessoais.

Os danos materiais são necessariamente patrimoniais. Se o evento compromete ou reduz o valor de alguma coisa, isto repercute no patrimônio do proprietário, diminui-o. Os danos pessoais, por sua vez, podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Se alguém tem a locomoção motora prejudicada por atropelamento causado por culpa do motorista de um ônibus de transporte urbano, as despesas médico-hospitalares com o tratamento, a perda de renda pelos dias parados e o custeio de novas necessidades com utensílios e reforma da casa integram os danos patrimoniais que devem ser indenizados pela empresa proprietária do veículo. A dor suportada pelo cônjuge não culpado pelo rompimento do vínculo matrimonial exemplifica hipótese de danos pessoais extrapatrimoniais. Assim, enquanto os danos patrimoniais podem ser materiais ou pessoais, os extrapatrimoniais são invariavelmente pessoais.

c) *Diretos ou indiretos*. Os danos diretos são aqueles para os quais contribuiu unicamente o evento danoso; são sua consequência imediata. Já os indiretos são os danos decorrentes dos diretos; são a consequência mediata do evento danoso. O vizinho, aproveitando-se da ausência dos donos da casa, faz ligação de força clandestina com o objetivo de furtar eletricidade. Por descuido, desliga o fornecimento regular. Como consequência da falta de energia elétrica, o congelador não funciona. Além de se perderem todos os congelados, o próprio equipamento fica imprestável pela impregnação dos odores exalados dos alimentos deteriorados. O furto de eletricidade corresponde ao dano direto, enquanto a perda do congelador e de seu conteúdo ao indireto.

Não se podem confundir os danos indiretos com os lucros cessantes (Gomes, 1961:273). A parte da indenização correspondente ao que a vítima razoavelmente deixou de lucrar integra a compensação pelos danos diretos e não deve ser considerada consequência mediata do evento danoso.

Dano direto é a consequência imediata do evento danoso; indireto, a consequência mediata. O ato ilícito ou fato jurídico desencadeia o dano direto e este dá ensejo ao indireto.

Em razão do princípio da indenidade, a vítima tem direito à indenização tanto pelos danos diretos como pelos indiretos.

A tecnologia civilista tem ensinado que, em regra, os danos indiretos não são

indenizáveis. Responderia o devedor da obrigação de indenizar pelos danos indiretos apenas de forma excepcional. Os autores brasileiros que argumentam nesse sentido não apresentam, porém, os parâmetros da regra de exceção (Diniz, 2003:63; Gomes, 1961:273; Pereira, 1989:316). Penso que a lição deve ser descartada, prestigiando-se o princípio da indenidade. De um lado, não há razões para excluir da indenização o valor dos danos indiretos. De outro, a facilitação do acesso da vítima à indenização, que tem inspirado o direito de responsabilidade civil, tem o objetivo de garantir ao sujeito passivo da obrigação o mais completo ressarcimento. A recuperação do patrimônio do credor à condição anterior ao evento danoso só se verifica inteiramente se os danos indiretos forem também indenizados.

d) *Individuais ou coletivos.* O dano é individual quando lesa uma ou algumas pessoas e coletivo quando um conjunto considerável (por vezes, indeterminado) de pessoas sofre a lesão.

A responsabilidade civil é uma obrigação em que no polo ativo está aquele que sofreu danos e no passivo, o que lhe deve pagar a indenização compensatória. Como em qualquer obrigação, a cada polo da relação jurídica corresponde uma parte, um centro de interesses convergentes. E cada parte, por sua vez, pode referir-se a um só sujeito de direito ou a dois ou mais. Em outros termos, a responsabilidade civil pode ser obrigação simples (um só credor prejudicado ligado a um só devedor a quem se imputa a obrigação de indenizar) ou complexa (mais de um credor ou mais de um devedor). A questão jurídica pertinente à complexidade da parte passiva da responsabilidade civil diz respeito à solidariedade dos sujeitos aos quais se imputa a obrigação de indenizar, que será examinada mais à frente (Cap. 25, item 5). A classificação dos danos em individuais e coletivos insere-se no tema da complexidade da parte ativa da obrigação de indenizar.

Quando mais de um sujeito de direito é credor de indenização em função da responsabilidade civil do devedor, duas hipóteses devem ser distinguidas: na primeira, o dano lesou duas ou mais pessoas ligadas por vínculo específico, como o de parentesco, condomínio, parceria etc. Não se considera, aqui, malgrado a pluralidade de sujeitos ocupantes do polo ativo da relação obrigacional, que o dano tenha sido coletivo. Se alguém culposamente atropela e mata um homem casado com filhos menores, a viúva e os órfãos são sujeitos ativos da obrigação por responsabilidade civil decorrente do ilícito. Quando esbulhada a posse de imóvel titularizado em condomínio por dois ou mais amigos, o crédito pela indenização cabe aos condôminos. Caso os interesses

objeto de uma parceria sejam prejudicados por culpa de terceiros, integram a parte ativa da relação obrigacional os parceiros. O dano, porém, não é coletivo nesses casos, porque entre os credores há um vínculo jurídico específico.

Pense, agora, em danos ao meio ambiente, ao regular funcionamento do mercado ou a consumidores. Aqui, estamos diante de uma hipótese diversa de complexidade da parte ativa do vínculo obrigacional. Quando óleo vaza durante a operação de descarga de navio petroleiro, contaminando o mar, prejudicados são não só os pescadores privados da atividade econômica enquanto duram os trabalhos de limpeza, os moradores da região, os turistas e os que vivem do turismo, o Estado que vê reduzida a arrecadação tributária, como até mesmo gerações futuras, constrangidas a viver num meio ambiente menos íntegro. Por outro lado, se dois oligopolistas combinam praticar preço igual pela mesma matéria-prima, todos os que se encontram na cadeia de produção à jusante, bem assim os consumidores finais de produtos ou serviços que a empregam como insumo, sofrem as consequências danosas do abuso do poder econômico perpetrado. Enfim, se um empresário qualquer promove publicidade enganosa de seus produtos, ele pode lesar um número considerável de consumidores. Nesses exemplos, o dano é coletivo e está-se diante de uma espécie particular de complexidade da parte ativa da relação obrigacional por responsabilidade civil.

Coletivos são os danos ao meio ambiente, à coletividade dos consumidores, ao funcionamento regular do mercado e outros. A coletivização dos danos importa, no âmbito do direito civil, questões atinentes apenas à liquidação da indenização. A constituição do vínculo obrigacional atende aos mesmos pressupostos legais, independentemente da extensão dos danos provocados.

Os danos coletivos despertam, no âmbito do direito processual civil, questões atinentes à legitimidade ativa para promover a responsabilização judicial dos sujeitos passivos da obrigação, em caso de lesão a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para os fins do direito civil, as questões relativas à obrigação de indenizar são idênticas, quer sejam ou não coletivos os danos. Quem tem responsabilidade civil *subjetiva* só responde em caso de culpa, tenha causado prejuízos a uma só pessoa, a muitas ou a um grupo indeterminado delas. A natureza e os pressupostos de sua responsabilização não se alteram por ter sido coletivo o dano. Do mesmo modo, se ao sujeito a lei imputa responsabilidade civil *objetiva*, ele responde independentemente de culpa, qualquer que tenha sido

a extensão do prejuízo causado. Ainda que um só homem ou mulher tenha sido o prejudicado, a responsabilização continua prescindindo do pressuposto subjetivo se assim estiver previsto pela lei. É indiferente se os interesses lesados são individuais simples, homogêneos ou transindividuais — a responsabilização existirá ou não sempre em função dos mesmos requisitos. Em suma, a extensão do dano é irrelevante na discussão dos elementos de constituição do vínculo obrigacional: constitui-se a obrigação de indenizar segundo os mesmos pressupostos legais, tanto na hipótese de danos individuais simples como na de coletivos. A coletivização dos danos importa consequências, no âmbito do direito civil, unicamente na liquidação do valor da compensação.

e) *Intencionais ou acidentais*. Os danos podem decorrer da deliberada intenção do agente de causá-los. É o caso do dolo, que gera responsabilidade civil subjetiva. Mas podem acontecer sem que ninguém tenha tido a intenção de produzi-los. Neste caso, são acidentais. Os acidentes geram responsabilidade civil *subjetiva* em caso de culpa simples do agente. A negligência, imperícia ou imprudência dão origem a danos acidentais. Também geram os acidentes responsabilidade civil *objetiva*, quando o sujeito a quem se imputa a obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permite a socialização dos custos de sua atividade. Neste caso, consideram-se *inevitáveis*, quando ocorridos apesar da inexistência de culpa. A importância desta derradeira classificação é meramente ilustrativa e didática. A extensão da obrigação mede-se, de ordinário, pelo necessário à compensação justa da vítima; é, portanto, idêntica, sejam intencionais ou acidentais os danos.

O termo “acidente” é empregado, muitas vezes, no sentido genérico de evento causador de danos, independentemente da intencionalidade ou não do agente. Expressões como *acidente de trânsito*, *de consumo* ou *de trabalho* referem-se, respectivamente, a qualquer evento danoso na circulação de veículos, na utilização de produto ou serviço defeituoso e no desempenho de função laboral, e não apenas àqueles em que não houve a intenção de causar prejuízos. Quando contraposto aos atos ilícitos, deve ser qualificado de “inevitável”.

7. CONCLUSÃO

As duas espécies de responsabilidade civil — subjetiva e objetiva — não são excludentes. Pelo contrário, complementam-se. Há hipóteses em que convém imputar ao sujeito passivo responsabilidade subjetiva, e há aquelas em que o mais adequado é a imputação de responsabilidade objetiva. Em outros termos, além de definir que externalidades negativas devem ser internalizadas, a

disciplina da responsabilidade civil também estabelece como se dará a internalização: a título de sanção ao ato ilícito do causador do dano ou de socialização de custos.

De início, pareceu aos tecnólogos civilistas que a responsabilidade objetiva tenderia a *substituir* a subjetiva, numa trajetória de evolução do direito. Raymond Saleilles, por exemplo, jurista francês a quem se atribui o mérito de ter sido um dos pioneiros na formulação da teoria objetiva, procurou sustentar-se numa nova interpretação do mesmo dispositivo do Código Napoleão que dispunha sobre a responsabilidade subjetiva. Para ele, a expressão *faute* inserida naquela norma não poderia ser lida como culpa, mas sim como causa (*fait*). Ao pretender que a lei, na verdade, já prestigiava a responsabilidade objetiva, Saleilles revela que não a tinha como espécie complementar da subjetiva, mas como o modo mais evoluído de tratar toda hipótese de responsabilização civil.

Enquanto a responsabilidade sem culpa era tratada como teoria de substituição do modelo fundado na culpa, dividiram-se os tecnólogos em *subjetivistas* e *objetivistas*, envoltos num estéril debate sobre a proeminência de uma espécie sobre a outra. Apenas com o passar do tempo e desenvolvimento dos estudos é que a tecnologia passou a considerar a hipótese de convivência entre as duas. Significativa ilustração dessa mudança de perspectiva encontra-se, a propósito, na literatura jurídica brasileira: Alvino Lima, um dos mais conceituados tecnólogos dedicados ao tema, batizara sua tese de cátedra, em 1938, como *da culpa ao risco*, título que sugere a evolução de todo tipo de responsabilidade rumo à objetivação; posteriormente, ao publicá-la em 1960, denominou-a *culpa e risco*, afastando do título a denotação de movimento evolutivo (Pereira, 1989:20).

É indiscutível que a responsabilidade subjetiva antecede à objetiva, na tradição jurídica ocidental, em mais de vinte séculos — longo tempo que separa a Lei Aquília das preocupações com a indenização dos acidentes que vitimavam operários nos fins do século XIX, marcos históricos da responsabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente (cf. Dias, 1954, 1:25 e 58/63). Esta tábua cronológica, porém, não é indício suficiente de evolução de uma espécie de responsabilidade civil para a outra; parece mais indicar a do modelo único de responsabilização para o dúplice.

O desafio que se abre à tecnologia civilista, hoje, portanto, é a de distinguir (com a máxima clareza possível dentro dos limites de um discurso retórico) as hipóteses a que cada espécie de responsabilização melhor se ajusta. Ter em vista as funções que cumprem os respectivos modelos e, a partir delas, indicar quais

danos devem ser indenizados com fundamento na culpa do agente causador e quais os que devem viabilizar a socialização de custos de certas atividades. Imputar responsabilidade objetiva a quem não se encontra em posição econômica de socializar custos é irracional; não tem sentido. De outro lado, responsabilizar com fundamento na culpa quem se encontra nessa posição econômica, sem ao menos estabelecer uma presunção relativa, significa negar à vítima a indenização; também não tem sentido.

O princípio da indenidade é, sem dúvida, o objetivo que tem impulsionado a disciplina da responsabilidade civil. Ele, porém, é infértil na identificação das externalidades que devem e das que não devem ser internalizadas. Afirmar que a lei deve facilitar às vítimas dos acidentes o acesso à indenização — valor jurídico e moral cuja pertinência é inquestionável — não basta à delimitação dos fundamentos apropriados da responsabilização em cada caso. Em outros termos, a imputação de responsabilidade objetiva a *todos* que se encontram em condições econômicas de socializar custos é inspiração do princípio da indenidade. A identificação de quem responderá objetivamente, porém, nada tem que ver com a facilitação do acesso da vítima à indenização, mas apenas com a posição econômica que ocupa o devedor da obrigação de indenizar.

Como regra geral, a responsabilidade civil é subjetiva. Em princípio, só responde por danos causados a outrem quem tiver sido culpado por eles. Como regra especial, ela é objetiva se expressamente prevista em lei ou se o sujeito passivo ocupa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade.

Para concluir, cabe destacar a forma com que se estrutura a complementaridade entre as duas espécies de responsabilização. Como regra geral, a responsabilidade é subjetiva; em princípio, ninguém responde por danos que não tenham sido causados por ato ilícito, ou seja, por sua conduta culposa ou dolosa (CC, art. 927, *caput*). Como regra especial, a responsabilidade é objetiva sempre que a lei expressamente o estabelece ou quando o devedor da obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permite socializar os custos da atividade que explora entre os beneficiários desta (CC, art. 927, parágrafo único). As hipóteses que se enquadram em cada uma das regras de responsabilização serão examinadas nos capítulos seguintes (a geral, ou subjetiva, no Cap. 22, e a especial, ou objetiva, no Cap. 23).

Capítulo 22

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

1. RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS ILÍCITOS

A responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor. A prestação é a entrega de dinheiro em valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e compensadores dos extrapatrimoniais. Ato ilícito, recorde-se, é a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem (CC, art. 186). Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei.

A imputação da responsabilidade civil subjetiva é, na verdade, apenas um dos instrumentos de que dispõe o direito para desestimular os comportamentos indesejáveis e indicar as condutas socialmente aceitáveis. Os outros dois instrumentos são a responsabilidade penal e a administrativa: aquela decorre da tipificação de certas ações ou omissões humanas como delitos (crimes ou contravenções), e esta da qualificação de atos como infração administrativa. A sanção civil efetiva-se sempre pela imputação ao culpado pelo ilícito da obrigação de entregar ao prejudicado dinheiro (equivalente ao prejuízo patrimonial ou compensador do extrapatrimonial). A sanção administrativa vale-se, principalmente, da imposição da obrigação de entregar dinheiro ao Estado (multa); adota, também, meios de execução direta, como a suspensão de atividade (fechamento de indústria poluidora), remoção de bens (guinchamento de veículo estacionado irregularmente) e outras. A sanção penal, por fim, é feita por medidas de restrição da liberdade pessoal (detenção, reclusão, prisão, prestação de serviços à comunidade) por vezes conjugada com a obrigação de entregar dinheiro ao Estado (multa penal).

Há atos simultaneamente ilícitos para o direito penal, administrativo e civil. O exemplo já referido do motorista que transgride norma de trânsito e causa acidente com vítima fatal é desta categoria: ele comete crime de homicídio, incorre em infração contra as normas de circulação (CTB) e pratica ilícito civil

que o obriga a ressarcir os danos provocados. Outro exemplo pode-se apontar na repressão aos abusos do poder econômico. Os empresários que, por exemplo, se associam para fraudar concorrência pública incorrem no ilícito administrativo consistente em infração contra a ordem econômica (Lei n. 8.884/94, art. 21, VIII), praticam crime contra a Administração Pública (Lei n. 8.666/93, art. 90) e são civilmente responsabilizáveis pelos prejuízos decorrentes (Lei n. 8.884/94, art. 29). Ainda quando têm por pressuposto o mesmo ato, as três esferas de sanção, de desestímulo de conduta indesejável, guardam autonomia. Por isso, o inter-relacionamento delas é complexo.

Sempre que um ato é tipificado como delito ou qualificado como infração, cabe a imputação de responsabilidade civil ao criminoso ou infrator, sem prejuízo, conforme o caso, da responsabilidade penal ou administrativa. O sujeito que comete delito ou incorre em infração é necessariamente devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes. Desse modo, quem mata alguém responde criminalmente, no sentido de sujeitar-se à pena de reclusão de 8 a 20 anos (CP, art. 121). Além dessa sanção de direito penal, o homicida é obrigado a indenizar os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais derivados de seu crime. Se a vítima tinha filhos menores que dela dependiam, é obrigado a indenizá-los pela perda do pai ou mãe provedores (danos patrimoniais), bem assim pagar-lhes e ao cônjuge e ascendentes a indenização pela dor experimentada (danos extrapatrimoniais). Neste caso, porém, não há que se falar em infração. O ilícito tem desdobramentos apenas para o direito penal e civil.

De outro lado, se alguém se estabelece comercialmente em zona classificada como residencial pela lei do Município, incorre em infração administrativa. Sujeita-se às sanções de multa e fechamento da atividade, de acordo com o estabelecido pela norma municipal. Além dessa responsabilidade de direito administrativo, o infrator terá também a obrigação de indenizar os vizinhos prejudicados patrimonial ou extrapatrimonialmente pelo desrespeito ao zoneamento. Não há, entretanto, nenhum crime no irregular estabelecimento comercial. Trata-se, pois, aqui, de ilicitude somente para fins de direito administrativo e civil.

Mas, se todo ilícito penal ou administrativo importam a obrigação de reparar os danos (se houver, claro: cap. 21, item 6), o inverso não se verifica. Nem toda responsabilidade civil tem por pressuposto a concomitante tipificação do ato ilícito como delito ou sua qualificação como infração administrativa. É possível a responsabilização civil de um sujeito de direito por ato que não importa quaisquer sanções além da compensação pelos danos causados. Se, ao manobrar

lenta mas descuidadamente o veículo na garagem do edifício onde moro, bato no automóvel de outro condômino, minha negligência é ato ilícito para o direito civil, o que me torna devedor pela importância equivalente aos prejuízos causados ao bem do vizinho. Meu ato não repercute, todavia, no âmbito do direito penal ou administrativo; não é delito, nem infração administrativa. Outro exemplo: numa troca de tiros num bar, fere-se uma criança. O autor do disparo é absolvido na esfera criminal, porque reconhecida a excludente da legítima defesa. Não obstante, deve ser condenado, na esfera civil, pela indenização dos danos (*RT*, *808*/225; *789*/225).

Há três diferentes órbitas de responsabilização dos atos ilícitos. No plano criminal, os delitos (crimes ou contravenções) são punidos com penas privativas de liberdade. No administrativo, as infrações punem-se com multa e medidas satisfativas (fechamento de atividade, remoção de bens etc.). No âmbito civil, sancionam-se as condutas culposas pela imposição ao autor do dano da obrigação de indenizá-lo.

Há, como dito, independência entre as três esferas de responsabilização. Alguém pode incorrer em ato ilícito para o direito civil, penal e administrativo, mas acabar não respondendo nos três âmbitos. Se o titular do direito à indenização é um indivíduo, ele pode preferir não promover a responsabilização judicial do culpado, por razões que só lhe dizem respeito (p. ex., o interesse em se poupar da lembrança de fato doloroso), e ninguém poderá fazê-lo em seu lugar. Nesse caso, embora passível de responsabilização civil, o agente não será compelido a indenizar os danos causados. Por outro lado, a aplicação da lei penal interessa a toda a sociedade, mas se as provas reunidas no inquérito policial são insuficientes à denúncia do crime pelo Ministério Público, o agente permanecerá impune. Finalmente, se não chegar à autoridade administrativa o conhecimento dos fatos que qualificam a infração, o infrator não será autuado e deixará de responder pelo ilícito administrativo. Nesses casos, a responsabilização não se verifica porque não se adotam as providências necessárias para tanto.

Mesmo com as providências acima indicadas (ajuizamento da ação civil de responsabilidade, oferecimento da denúncia e autuação administrativa), o agente poderá não ser responsabilizado nas três esferas, ou sê-lo numa delas e não nas demais. A multa pode ser judicialmente invalidada em razão de vício formal do auto de infração (incorreta indicação do fundamento legal, p. ex.),

comprometendo a responsabilização administrativa do infrator. Isso não influirá na ação civil de indenização, que pode concluir pela condenação do mesmo sujeito ao pagamento da indenização. A ação civil de indenização pode ser julgada improcedente porque a vítima não conseguiu provar a extensão de seus danos, enquanto o processo penal leva à condenação do réu por ter o promotor de justiça provado o crime e a autoria.

No entrecruzamento das três esferas de responsabilização, deve-se observar apenas um limite à autonomia delas: quando a existência do ato ilícito ou a identificação de seu autor estiverem definitivamente estabelecidas no juízo criminal, estas matérias são insuscetíveis de rediscussão na ação civil (Gonçalves, 2002:481/519). Imagine que *Antonio* danifica intencionalmente bem do patrimônio de *Benedito*. Isso é crime (CP, art. 163) e gera responsabilidade civil (CC, art. 927, *caput*). Pois bem, se *Antonio* é condenado no processo penal, ele não pode, ao embargar a execução para cobrança da indenização (processo civil) que *Benedito* lhe move, negar o fato nem a autoria do dano. Resta-lhe, por exemplo, discutir o valor da indenização ou alguma questão processual. Mas, para todos os efeitos (penais ou civis), está já decidido que houve danos no patrimônio de *Benedito* e que *Antonio* é o culpado por eles. Estabelece a lei que "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal" (CC, art. 935). Em consonância com este preceito, as legislações processuais penal e civil tratam a sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial (CPP, art. 63; CPC, art. 584, II).

2. O PRESSUPOSTO SUBJETIVO

Sempre que houver ato ilícito (civil, penal ou administrativo), o sujeito que o praticou é devedor da obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes. Há, como já examinado, dois critérios para definir ato ilícito: no primeiro, é o ato sancionado pelo direito positivo; no segundo, o que viola culposamente direito subjetivo (Cap. 11, item 1).

Visto como ato sancionado pelo direito positivo, o ilícito é a conduta culposa descrita na norma como antecedente da responsabilidade civil. A lei e demais normas jurídicas sempre imputam consequências a atos ou fatos jurídicos. Descrevem condutas às quais ligam implicações com o objetivo de nortear a solução dos conflitos de interesses manifestados em sociedade. As consequências imputadas pelas normas jurídicas podem ser negativas, neutras ou

positivas. Quando negativas, chamam-se sanções e estão ligadas à descrição de condutas indesejáveis. Têm, então, o objetivo direto de punir o agente e o indireto de desestimular a repetição da conduta. A maioria das normas jurídicas enquadra-se nesta primeira categoria. No outro extremo, quando as consequências são positivas, chamam-se prêmios e estão ligadas às condutas especialmente proveitosas. Seu objetivo é estimular pessoas a praticar determinados atos. Os subsídios e isenções que a lei concede para determinadas atividades econômicas, com o objetivo de facilitar sua exploração e contribuir para o desenvolvimento regional, são exemplos de consequências legais desta natureza. Por fim, há as consequências neutras, ligadas às condutas que não são nem reprováveis, nem especialmente proveitosas. Podem ser percebidas pelas pessoas a quem são imputadas como negativas, mas isto não lhes retira a neutralidade. Com a imputação de consequências neutras, o direito visa obter a racional alocação dos recursos e não punir ou premiar este ou aquele sujeito. A responsabilidade civil objetiva é uma consequência neutra que a lei associa a determinados fatos.

A imputação da obrigação de indenizar pode ser, assim, uma sanção (consequência negativa, no sentido de procurar desestimular condutas indesejáveis) ou não (consequência neutra). Em sendo sanção a consequência prevista em lei, o ato ao qual é conectada será ilícito. Para identificar, então, os atos geradores de responsabilidade civil subjetiva, à luz deste primeiro critério, deve o intérprete ou aplicador da lei vasculhar a ordem jurídica em busca de norma (geral ou especial) que descreva a conduta culposa em foco como antecedente da obrigação de indenizar. O critério de definição do ato ilícito em função do direito positivo, note-se, falha porque exige do intérprete ou aplicador da lei identificar o objetivo da imputação nela veiculada — desestimular condutas indesejáveis ou apenas realocar recursos de forma racional — mas não fornece os parâmetros para isso.

Dois são os modos de conceituar o ato ilícito. Em função do direito positivo, ele é a conduta descrita na lei como antecedente da sanção. Em contraposição ao direito subjetivo, é o ato culposo que o viola e causa danos. Este último corresponde à alternativa adotada pelo Código Civil.

Visto, por outro lado, como violação a direito subjetivo, o ato ilícito define-se como a conduta intencional, negligente, imprudente ou imperita que causa dano

a um sujeito de direito. Na caracterização do ilícito por este critério, o intérprete ou aplicador da lei volta a atenção aos traços característicos da ação ou omissão daquele a quem se pretende imputar a obrigação de indenizar. Preocupa-se com a identificação, neles, dos pressupostos subjetivos da responsabilização fundada na culpa. Tomar certo ato por ilícito para fins de imputar ao agente responsabilidade civil subjetiva corresponde ao mesmo processo argumentativo de identificar, numa situação de fato, o pressuposto subjetivo desta espécie de responsabilização. Ato ilícito é o culposo ou o praticado com abuso de direito.

Pois bem, em função da insuficiência do critério de definição do ilícito a partir do direito positivo, deve-se privilegiar o de contraposição ao direito subjetivo. Nele, ato ilícito define-se como a violação culposa e danosa do direito de outrem. É este, aliás, o critério adotado pela lei no Brasil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (CC, art. 186). Neste contexto, são três os elementos constitutivos da responsabilidade civil subjetiva: *a*) ato ilícito do devedor (culposo ou abusivo); *b*) dano patrimonial ou extrapatrimonial para o credor; e *c*) ligação de causalidade entre o ato e o dano. Os elementos estudados neste item — ato humano (subitem 2.1), culpa (subitem 2.2) e abuso de direito (subitem 2.3) — correspondem ao primeiro deles e compõem o "pressuposto subjetivo" da responsabilidade civil subjetiva.

2.1. Ato humano

O primeiro elemento constitutivo da responsabilidade civil subjetiva é um ato de ser humano — de um homem ou mulher, adulto ou criança. Atendidos determinados pressupostos, esse ato humano dará ensejo à responsabilização de um sujeito de direito. O civilmente responsável pelo ato poderá ser a própria pessoa física que o praticou, outra pessoa física (como no caso de responsabilidade por atos de terceiros — Cap. 23, item 6.1), uma pessoa jurídica ou mesmo um ente despersonalizado em nome dos quais se considera praticado o ato humano. O dano causado pela condução culposa de um carro resulta sempre de ato do motorista. Ele pode gerar responsabilidade civil para o próprio motorista (se é o dono do veículo) ou para o seu empregador, seja este pessoa física (o causador do dano é motorista doméstico), pessoa jurídica (dirige ônibus de transporte urbano) ou ente despersonalizado (trabalha como manobrista para um condomínio de edifício).

O ato característico de ilícito pode ser comissivo (um fazer) ou omissivo (um

não fazer). Isto é, a responsabilidade civil subjetiva pode originar-se tanto de ato positivo (ação) como negativo (omissão). No primeiro caso, um *movimento físico* do ser humano desencadeia eventos que direta ou indiretamente causam danos a um ou mais sujeitos de direito; no outro, a *falta* de um preciso movimento físico é juridicamente considerada a causa do prejuízo. Esta é a lição tradicional da tecnologia civilista (cf., por todos, Lopes, 2001:178). A rigor, porém, a ação e omissão correspondem a modos diferentes de descrição da conduta culposa. A falta de movimento físico pode ser referida como movimento também. Afirmar que certo profissional *foi imperito* ou que ele *não agiu com perícia* resulta igual. A negligência é omissão de diligência; imprudência, ausência de cautelas recomendáveis ou exigíveis; o dolo corresponde à falta de respeito a direito de outrem. Se o salva-vidas não socorreu o banhista em perigo aparentemente incorreu numa omissão. Pode-se, contudo, descrever a mesma conduta como ato positivo: o salva-vidas negligenciou a execução de seu trabalho. Em nada altera, quanto às consequências jurídicas, a descrição do comportamento culposo ensejador do dano como uma ação ou omissão (Cf. Alpa, 1999, 4:259/267).

A tradicional distinção tecnológica tem, no entanto, grande valor ilustrativo, cumprindo função didática. Sua operacionalização, porém, deve ser feita sempre com atenção a esta peculiaridade. Ninguém pode ser responsabilizado ou exonerado da obrigação de indenizar, nem se pode pretender a subjetivação ou objetivação da responsabilidade, apenas por qualificar-se o ato causador do dano como comissivo ou omissivo.

2.1.1. Ação

A ação é um movimento físico qualquer: acionar o gatilho de arma de fogo, acelerar o automóvel, assinar um documento, deixar cair ou atirar um objeto, atiçar cão feroz, falar mal de alguém, fincar cercas em terreno alheio etc. Trago exemplos de ações que podem ser relevantes para o direito, mas qualquer movimento físico serviria para ilustrar a ação, dos simples reflexos até os que dependem de sofisticadas operações mentais: desde levantar o braço para proteger o rosto até digitar no teclado do microcomputador um texto de conteúdo filosófico. Como movimento físico, a ação desencadeia necessariamente eventos, muitos dos quais não têm importância nenhuma para o direito, são irrelevantes à solução dos conflitos de interesses manifestados em sociedade. Quem anda desloca ar — nem a ação nem seu efeito são fatos jurídicos; por outro lado, quem aciona o gatilho de arma de fogo pode matar alguém — neste

caso, a ação é fato jurídico.

As ações podem ser conscientes ou inconscientes, segundo a área do cérebro responsável pelo comando. Consciente é o movimento físico em resposta a comandos processados na área do cérebro que sugerem o completo controle da ação e seus efeitos pelo ser humano que age. Inconsciente, o movimento que não é acompanhado por essa sensação de controle. Graduando as ações inconscientes, distinguem-se os atos reflexos, instintivos e automáticos (cf. Iturraspe, 1982, 1:15/17). Atos reflexos são impulsos nervosos involuntários normalmente associados à defesa do organismo. Não há nenhum controle da consciência na execução dos movimentos físicos correspondentes. Aproximo-me da churrasqueira para conferir o ponto da carne e encosto a mão inadvertidamente num espeto quente. A simples percepção do calor na mão é suficiente para desencadear a ordem do cérebro no sentido de afastá-la rapidamente. Os atos reflexos podem ser condicionados em razão de experiência direta, mas não aprendidos a partir de aquisição de conhecimentos racionais.

Os atos instintivos, por sua vez, atendem a necessidades orgânicas e já são passíveis de controle racional. A concupiscência desperta energia libidinosa e caso não haja ou não funcionem freios racionais, o ser humano procura a imediata satisfação sexual. A fome também pode impulsionar atos instintivos de busca aos alimentos, que podem levar o ser faminto até mesmo a matar por comida, caso também não o detenham freios racionais. Os instintos não são adquiridos pelo ser humano por condicionamento ou aprendizagem; trazemo-los, por assim dizer, em nossa herança genética. É a “parte animal” de homens e mulheres, cuja importância para nossa vida é maior do que gostaríamos de aceitar.

Por fim, atos automáticos são os inconscientes aprendidos com base na repetição. No início do processo de aprendizagem, são atos conscientes praticados pelo aprendiz em função da orientação de instrutor. Uma vez aprendidos, os atos são comandados pelo cérebro com grau mínimo de consciência. Os atos de condução de um automóvel exemplificam-nos. O jovem, na autoescola, é apresentado aos movimentos físicos que precisa realizar para obter determinados efeitos da máquina. Com o passar do tempo, a repetição desses movimentos torna-os automáticos. O motorista experiente não precisa de total consciência das ações que realiza para bem dirigir o veículo: o pedal afunda a embreagem ao mesmo tempo em que a mão direita larga o volante e pega o câmbio, sempre que a percepção de velocidade do carro recomenda a mudança de marcha; a percepção da aproximação ao veículo que trafega à frente faz o pé

esquecer-se do acelerador e pressionar, em medidas variáveis, o breque. Outros atos automáticos permeiam o cotidiano das pessoas: digitar o teclado do microcomputador, nadar, andar de bicicleta, alongar-se, observar regras de etiqueta à mesa etc.

Nem todos os atos humanos, evidentemente, são geradores de responsabilidade civil subjetiva. Para terem esta implicação jurídica, é necessário, antes de tudo, que sejam voluntários, isto é, que o movimento físico desencadeador dos eventos danosos tenha sido animado pela vontade de um homem ou mulher. Note-se que vontade e consciência não são conceitos coincidentes, nem para o direito nem para a psicologia. A vontade é característica do ato passível de ser controlado racionalmente com vistas a realizar certo objetivo, selecionado entre duas ou mais alternativas. Há vontade sempre que há possibilidade de decisão. A consciência é o efetivo controle do ato. Os atos sob controle das áreas de consciência do cérebro são sempre voluntários, mas o inverso não é verdadeiro. Há vontades inconscientes, como a que se expressa pela imprudência na condução do veículo. Os atos automáticos de direção podem ser controlados, e isto indica que são voluntários. Se serão ou não postos sob o controle das áreas de consciência do cérebro do ser que age é questão diversa.

Os atos de vontade podem ser conscientes ou não. Os atos instintivos (busca da satisfação sexual) e automáticos (direção de veículos automotores) são inconscientes, mas voluntários, e por isso geram responsabilidade civil quando ilícitos.

Desse modo, para gerar responsabilidade civil subjetiva o ato humano deve ser voluntário, mas não necessariamente consciente. O estuprador muitas vezes pratica ato instintivo, de pura satisfação da libido. Será responsabilizado (civil e penalmente, aliás) porque *podia* e *devia* ter posto o instinto sob controle da razão. O motorista que provoca acidente por ter ultrapassado o limite de velocidade máxima para o local onde transitava na maioria das vezes pratica, ao acelerar o veículo, ato automático, inconsciente. Como *podia* e *devia* ter controlado o ato, é este voluntário e gerador de responsabilidade civil subjetiva pelos danos decorrentes. Em suma, não há responsabilidade civil subjetiva sem que o dano tenha sido causado pela vontade, consciente ou inconsciente, de alguém.

2.1.2. Omissão

A omissão só gera responsabilidade civil subjetiva se presentes dois requisitos: *a*) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e *b*) havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano. No exemplo de Maria Helena Diniz, o instrutor distraído, ao deixar de acudir o aluno que está morrendo afogado na piscina durante a aula de natação, responde pelos danos advindos de sua omissão culposa (2003, 7:45). Encontram-se os dois requisitos nesse caso. O instrutor tinha, em decorrência da função exercida, o dever de praticar o ato, isto é, acudir o aluno, e há razoável expectativa de que o salvaria do afogamento se tivesse agido. Os demais alunos presentes à aula não respondem pela omissão, por não terem o dever de zelar pela integridade do colega, assim como não responderia o instrutor se demonstrado que o aluno se afogara por ter sofrido fulminante ataque cardíaco, porque, neste caso, nenhuma ação dele seria suficiente para salvar-lhe a vida.

Somente se presentes esses dois requisitos a omissão é tida como *causa* do dano. Ausente qualquer um deles, a falta de ação poderá ser eventualmente uma *condição* do dano, mas não será sua causa jurídica. Explico. Alguém é assaltado na rua, quando não havia por perto nenhum policial. É provável que o policiamento ostensivo e preventivo na região tivesse evitado o crime. A falta do policiamento, então, contribuiu de alguma forma para o ocorrido. Ela não pode, porém, ser considerada causa do dano experimentado pelo cidadão assaltado. Foi mera condição do evento, já que a presença da força policial poderia ter evitado o assalto, mas não o ocasionou. Se, contudo, a metros do local do assalto havia policiais que o perceberam e nada fizeram para socorrer o cidadão, a omissão deles é considerada juridicamente causa do evento danoso. Como é dever daqueles funcionários públicos atuar na repressão ao crime e havendo razoável expectativa de que a intervenção deles pouparia o cidadão da perda, para a lei o evento causador desta foi o ato omissivo dos policiais. O Estado, assim, não pode ser responsabilizado pela omissão-condição, mas é inteiramente responsável pela omissão-causa do evento danoso (cf. Mello, 1981:144/147).

A falta de movimento físico impeditivo da concretização do dano considera-se causa deste (e, portanto, geradora de responsabilidade civil) se a ação omitida é exigível e eficiente. A exigibilidade da ação omitida verifica-se quando o omisso tinha o dever de praticá-la; a eficiência, quando a ação evitaria o dano com certeza ou grande probabilidade. Se quem se omitiu não tinha dever de agir

ou se a ação seria insuficiente para evitar o dano, a omissão deve ser tida como mera condição deste.

A omissão pode ser causa ou condição do evento danoso. Será causa se quem nela incorreu tinha o dever de agir e sua ação teria, com grande probabilidade, evitado o dano. Ausente qualquer um desses requisitos, é condição.

Apenas a omissão-causa implica responsabilidade civil pelos danos que a ação teria evitado.

A exemplo das ações, as omissões desencadeadoras de responsabilidade civil subjetiva devem ser voluntárias, mas não precisam ser necessariamente conscientes. Se, no exemplo anterior, o policial não enfrenta o assaltante por medo, o instinto de sobrevivência que lhe trava a ação é juridicamente a causa do dano experimentado pelo cidadão assaltado. O Estado, neste caso, é obrigado a indenizar os prejuízos.

2.2. Culpa

A identificação da culpa como pressuposto da responsabilidade civil remonta, como visto, ao direito romano. Mais precisamente, à Lei Aquília, que afastou a solução ditada pela pena de Talião quando o dano acometia bens de produção (escravos e animais de rebanho, especificamente). Em razão disso, a expressão "responsabilidade aquiliana" tornou-se referência à obrigação de indenizar não derivada de relação contratual entre causador e vítima dos danos. Atualmente, com a duplicidade de fundamentos assentada no campo da responsabilidade civil, "aquiliana" passou a ser referência à obrigação de indenizar derivada de culpa. Em suma, é hoje sinônimo de responsabilidade civil subjetiva.

Culposo é o ato negligente, imprudente, imperito ou intencionalmente destinado a prejudicar alguém. É, por definição, antijurídico, violador de direitos subjetivos alheios (Beviláqua, 1934, 4:219; Gonçalves, 2002:35/37). Daí confundir-se com a própria noção de ato ilícito. Ao praticar ato culposo, nunca se age de acordo com a lei.

Reparte-se a culpa em atos intencionais e não intencionais. No primeiro caso, é chamada de *dolo*. Age dolosamente quem provoca prejuízos a outrem, ao praticar atos com o objetivo ou o risco de causá-los. Esta modalidade de culpa compreende tanto o dolo *direto*, em que o prejuízo é a finalidade perseguida pelo agente, como o *indireto,* em que o dano ocasionado não era propriamente o objetivo, mas o agente assumiu de forma consciente o risco de provocá-lo.

Quando *Antonio*, querendo prejudicar *Benedito*, incendeia a casa deste, há dolo direto. O objetivo perseguido era especificamente o de pôr fogo na morada de *Benedito*, para afligir-lhe a perda. Se, porém, a intenção de *Antonio*, ao queimar umas tábuas velhas no jardim da casa de *Benedito*, era apenas a de fazer uma brincadeira com este, confiando que as chamas não sairiam de seu controle, o dolo será indireto se a casa for incendiada e perder-se. O objetivo, aqui, não era incendiar a morada de *Benedito*, mas *Antonio* assumiu de forma consciente o risco de produzir esse dano ao fazer a infeliz brincadeira.

De outro lado, a culpa por atos não intencionais abrange a negligência, imprudência e imperícia (culpa simples). O negligente não faz o que deveria fazer e o imprudente faz o que não deveria. No trânsito, o motorista que não aciona o pisca-pisca antes de fazer a conversão é negligente (deveria acioná-lo), e o que atravessa o semáforo vermelho, imprudente (não poderia atravessar o cruzamento naquele momento). A exata classificação de determinado ato culposo como negligência ou imprudência, porém, não é relevante. Em primeiro lugar, porque as consequências são iguais para qualquer uma dessas hipóteses. Além disso, os atos correspondentes a fazer ou não fazer podem ser descritos de forma inversa sem maiores dificuldades. A omissão de acionar o pisca-pisca ao convergir pode ser descrita também como a ação de convergir sem acionamento do pisca-pisca, e o que era *não fazer o que deveria* passa a ser *fazer o que não deveria*.

Imperícia, por fim, é a culpa não intencional no desempenho de profissão ou ofício. Difere-se da negligência ou imperícia por pressupor uma habilidade especial, formação superior ou mesmo conhecimento técnico ou específico do agente culpado. O dentista que não obtura adequadamente a cárie é imperito, por exemplo. A imperícia não foi referida especificamente na lei civil brasileira, que menciona unicamente as hipóteses de negligência e imprudência na configuração do ato ilícito (CC, art. 186). Refere-se a ela, porém, a lei penal (CP, art. 18, II), inexistindo motivos para não a considerar como forma particular de ato negligente ou imprudente. Também sob o ponto de vista dos desdobramentos práticos, não tem maior importância a questão, já que a imperícia conduz às mesmas consequências das demais espécies de culpa simples.

A culpa que dá ensejo à responsabilidade civil corresponde a ato voluntário, que deveria ter sido diferente. Sem a exigibilidade de conduta diversa, não há ação ou omissão culposa.

Embora sempre voluntária, a culpa pode corresponder a ato intencional ou não. No primeiro caso, chama-se dolo, que

pode ser direto (o dano causado era a intenção do seu autor) ou indireto (o autor assumiu o risco de causar o dano). A culpa não intencional, a seu turno, é a negligência, imprudência ou imperícia.

Para a constituição da obrigação de indenizar por responsabilidade civil subjetiva, a regra é a da irrelevância da gravidade da culpa. Exceto em casos excepcionais (item 7), qualquer que tenha sido a natureza da ação ou omissão causadora do dano — isto é, tenha ela derivado de dolo, negligência, imprudência ou imperícia —, constitui-se a relação obrigacional entre o prejudicado (credor) e o autor do dano (devedor). Responde pela indenização tanto o que incorre na mais levíssima negligência como o movido pela intenção deliberada de prejudicar. Neste aspecto — o da constituição do vínculo obrigacional —, a responsabilidade civil subjetiva e a obrigação de indenizar por descumprimento de obrigação contratual se assemelham. Tanto num como no outro caso, o grau da culpa é, em princípio, irrelevante.

Atente, porém, para aspecto diverso da matéria, o da quantificação da indenização. Neste, distanciam-se a responsabilidade civil subjetiva e a obrigação de indenizar decorrente da inexecução culposa das obrigações contratuais. Submete-se a responsabilidade civil subjetiva a norma especial, que autoriza o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização "quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano" (CC, art. 944). A seu turno, como a obrigação de indenizar em decorrência do inadimplemento de obrigação contratual não está sujeita a nenhuma regra especial, aplica-se a geral, que desconsidera o grau da culpa na quantificação dos consectários (Cap. 18, item 4).

A questão é relevante apenas na hipótese de sobreposição de responsabilidade civil subjetiva e inexecução culposa de contrato. Quando não há sobreposição, inexistem dúvidas acerca da aplicação da regra especial. Se o motorista incorre em infração de trânsito levíssima e causa danos imensos à vítima, o juiz, atento à pequena gravidade da culpa, pode reduzir equitativamente a indenização. Como não há qualquer vínculo contratual entre devedor e credor da indenização, o conflito de interesses entre eles é superável segundo as normas especiais da responsabilidade civil subjetiva, não se cogitando a aplicação das gerais do direito das obrigações. Havendo, contudo, sobreposição, a dúvida poderia surgir: resolvido o conflito de interesses a partir das regras sobre responsabilização aquiliana, caberia a redução equitativa em função da gravidade da culpa; resolvido, porém, a partir das regras gerais de inadimplemento das obrigações,

descaberia a redução. Assim, por exemplo, se pequeno erro médico causou dano de monta ao paciente, a obrigação de indenizar decorre da responsabilidade civil do profissional ou do inadimplemento do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes? Se se fundar a condenação do profissional nas regras de responsabilidade civil subjetiva, é cabível a redução equitativa em função da pouca gravidade da culpa; ao contrário, fundando-se no inadimplemento do contrato de prestação de serviços, não terá lugar essa diminuição.

Como resolver o impasse? Considero que a resposta se encontra na natureza da obrigação de indenizar. Quando não há vínculo obrigacional nenhum entre credor e devedor dessa obrigação, os conflitos de interesses entre eles resolvem-se sempre pelas regras da responsabilidade civil. Quanto a isso, estão todos de acordo. Entretanto, se houver entre credor e devedor da obrigação de indenizar um vínculo negocial, é necessário verificar se nele está o fundamento dela. Em outros termos, deve-se examinar se a indenização é devida como *prestação* ou como *consectário*. Se o vínculo negocial entre credor e devedor da obrigação não é essencial para a constituição desta, mas secundário, circunstancial, então a indenização é a prestação devida e os conflitos de interesse se resolvem segundo as normas da responsabilidade civil. Se, de outro lado, é essencial, a indenização deve-se a título de consectário. Para saber se o negócio jurídico é essencial ou circunstancial, basta fazer o "teste da invalidação", ou seja, verificar se a obrigação de indenizar subsistiria ou não se ele fosse nulo. Feito o teste, se se concluir que a obrigação de indenizar continuaria existindo mesmo na hipótese de invalidade absoluta, então o negócio jurídico não é essencial, e a indenização é devida em função da responsabilidade civil do devedor. Por outro lado, se se concluir que ela deixaria de existir caso fosse nulo o negócio, então ele não é circunstancial, e a indenização é apenas devida como consequência do inadimplemento da obrigação negocial. No primeiro caso, ela é a prestação; no segundo, mero consectário.

Sempre que houver entre credor e devedor da indenização vínculo negocial, é necessário verificar se ele é o fundamento da obrigação ou mera circunstância.

Se a obrigação de indenizar nasceu do negócio jurídico, a indenização tem caráter de consectário e submete-se às normas do inadimplemento.

Se a obrigação decorreu de ato ilícito ou fato jurídico, a indenização representa a própria prestação e segue as normas da responsabilidade civil.

Imagine que o engenheiro civil é contratado para construir uma casa em certo prazo. Se ele ultrapassa o prazo contratado, ocorre o inadimplemento e ele é obrigado a pagar ao dono da obra, entre outros consectários, a indenização por perdas e danos. Aqui, o fundamento para a obrigação de indenizar é o negócio jurídico, e a indenização é mera consequência do inadimplemento. Se o contrato fosse nulo — pense no caso de objeto ilícito, porque a casa, em razão da lei ambiental, não poderia ser legalmente construída naquele lugar —, a indenização pelo atraso nas obras não seria devida. Considere, agora, que a casa, depois de pronta, ruiu e matou o filho do dono da obra. Agora, o fundamento da obrigação de indenizar é a imperícia do engenheiro civil; quer dizer, sua culpa, o ato ilícito que praticou. A circunstância de haver entre credor e devedor da indenização um contrato de construção é de nenhuma relevância. Tanto assim que sua eventual nulidade não extingue a obrigação de o engenheiro responder pelo ato de imperícia.

2.3. Abuso de direito

Segundo a lei vigente no Brasil, considera-se ato ilícito o exercício de direito sem a observância dos "limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (CC, art. 187). Em princípio, o exercício de um direito corresponde a ato lícito e não pode, por isso, implicar a responsabilidade aquiliana do sujeito que o titulariza. Ao contrário, o titular de um direito deve ver assegurada pelo Estado a oportunidade de exercê-lo plenamente. Faltando esta segurança, falta o próprio direito, já que o seu titular não poderá opor-se aos que eventualmente o impedem de praticar os atos em que a faculdade ou a prerrogativa jurídica se manifestam. Para merecer a tutela do Estado, contudo, o direito subjetivo deve ser exercido regularmente. Quem exerce direito extravasando os limites da regularidade — ditados pelo fim econômico ou social deste, pela boa-fé e bons costumes — não pode buscar amparo aos seus atos. Mais: se causar danos, será responsável por indenizá-los.

Esta particular ilicitude — o exercício de direito sem observância dos limites que o cercam — tem sido referida pela noção de *abuso de direito* (Cap. 11, item 2). Ilustram sua aplicação casos famosos como o *Clément-Bayard*, da jurisprudência francesa do início do século XX, em que certo fazendeiro, proprietário de imóvel contíguo ao de um hangar de dirigíveis, foi condenado a desfazer a divisa que havia erguido, por consistir esta em altas colunas de madeira com pontiagudas varas de ferro. A estranha opção para a divisória dos terrenos não tinha outra justificativa senão pôr em risco os dirigíveis em

manobra de pouso ou decolagem. Não trazia qualquer proveito para quem a erguera e impedia o regular desenvolvimento da atividade econômica do hangar. Não convenceu a defesa do fazendeiro escudada no exercício do direito de propriedade. A divisória estava em seu imóvel, onde, em tese, como proprietário, poderia fazer tudo o que a lei não proibisse. Por inexistir proibição expressa de dividir terrenos com altas varas pontiagudas, pretendia o fazendeiro mantê-las, a despeito dos prejuízos para o vizinho. A condenação é invocada como exemplo do que propõe a teoria do abuso de direito: quem exerce seu direito ultrapassando os limites ditados pela finalidade econômica ou social, boa-fé ou bons costumes, não pratica ato lícito.

A noção de abuso de direito suscitou, na tecnologia jurídica dos países de tradição românica, um intenso debate. O questionamento partiu da pertinência da expressão. Como criticava Planiol, “a nova doutrina se assenta inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula, o uso abusivo dos direitos, é uma logomaquia porque, se eu exerço o próprio direito, o meu ato é lícito, e quando é ilícito é porque excedo o meu direito e atuo sem direito. É preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras; o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver uso abusivo dum direito, pela razão irrefutável que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário a ele” (Planiol-Ripert, 1952, 6:798/806).

Na verdade, o debate despertava maior interesse até meados do século passado, quando a lei costumava tratar de forma absoluta certos direitos, principalmente o de propriedade. Mas, à medida que, desde então, foram-se incorporando às ordens jurídicas de diversos países (Alemanha, Suíça, Portugal, Argentina e mesmo na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) normas que, implícita ou explicitamente, fazem referência à ilicitude da extrapolação dos limites do direito subjetivo, a relevância da discussão tem arrefecido. Substitui-se o debate dos fundamentos da noção de abuso de direito pela interpretação e aplicação da norma legal correspondente.

Em síntese, duas são as questões fundamentais para o entendimento da matéria. A primeira diz respeito à configuração do abuso de direito; a segunda, à sua classificação. A lei brasileira traz resposta inequívoca para ambas, daí o desinteresse em alongar-se nos meandros da rica discussão travada, no passado, sobre o tema.

Procuraram solucionar a questão da configuração do abuso de direito três proposições diferentes. De acordo com a primeira, abusivo é o ato desprovido de moralidade, ou seja, atentatório ao preceito moral básico que manda não

prejudicarmos intencionalmente o próximo. Era esta a posição de Georges Ripert. A segunda proposição buscou caracterizar o abuso em função dos seus efeitos. Seria abusivo o exercício de um direito sempre que dele decorressem danos anormais. Defenderam-na Charmont e Carbonnier. Por fim, a proposição que configurava o abuso de direito de forma objetiva, pela extrapolação dos limites fixados pelos seus fins econômicos ou sociais, cuja paternidade é atribuída a Josserand (cf. Ripert, 1925:186/190; Sá, 1973:330, 349/357 e 404/420).

Como se percebe da simples leitura do art. 187 do CC, a lei brasileira optou pela terceira proposição na questão da configuração. Desse modo, no Brasil, ainda que não transgrida nenhuma proibição legal específica, exerce abusivamente o direito o titular que transpõe determinados limites que o circunscrevem. Esses limites são ditados por três vetores:

a) *finalidade econômica ou social*. Os direitos subjetivos não são tutelados pela ordem jurídica com atenção apenas aos interesses do titular. Evidentemente, esses interesses não são desconsiderados, visto representarem a razão de ser da atribuição dos direitos subjetivos. É na compatibilização dos interesses do titular do direito subjetivo com os dos demais sujeitos com que interage e a própria comunidade que se encontra o limite ditado pela finalidade econômica ou social dele.

Exemplo de abuso de direito que transgride o limite da finalidade econômica encontra-se na concorrência desleal. Todos titularizam o direito à liberdade de iniciativa e competição, por força de preceitos constitucionais que o asseguram (CF, art. 170). A finalidade econômica desse direito é estruturar o mercado com vistas ao seu regular funcionamento. Por isso, quem exerce o direito à liberdade de iniciativa e competição praticando atos de concorrência desleal — como espionagem empresarial, divulgação de falsa notícia sobre concorrente, exploração de segredo de empresa alheio etc. — tumultua o funcionamento regular do mercado e ultrapassa os limites do direito subjetivo à livre iniciativa e competição. Abusa dele, portanto. Em decorrência, a concorrência desleal gera responsabilidade civil se tipificada como crime ou se prejudicial à reputação ou aos negócios alheios (Lei n. 9.279/96, arts. 195 e 209).

Por sua vez, exemplifica o abuso transgressor dos limites impostos por sua finalidade social a outorga de emancipação do filho feita com o objetivo de exonerar os pais de responsabilidade civil por atos dele. Em determinadas condições, isto é, quando o menor se encontra sob a autoridade e em companhia dos pais, estes são civilmente responsáveis pelos danos causados por ele. A

emancipação por outorga é direito não só dos pais como, num certo sentido, do filho mesmo. Tem lugar quando este, antes de alcançar a maioridade, já dá mostras de suficiente amadurecimento para administrar diretamente seus negócios e interesses. Quando falta este pressuposto de fato, o exercício do direito é abusivo, e a emancipação por outorga não produzirá o efeito pretendido de liberar os pais de responsabilidade pelos atos do filho menor.

b) *Boa-fé*. A harmoniosa convivência em sociedade pressupõe a boa-fé de todos em qualquer interação. Mentir, ocultar a verdade, não explicitar intenções claramente ou buscar proveitos ilegítimos induzindo outros sujeitos em erro são condutas qualificadas pela má-fé, ainda que tenham a aparência de regular exercício de direito. A alegação pelo demandado, como matéria de defesa em juízo, de fatos que sabe inverídicos, com o objetivo de postergar a tramitação do processo, é exemplo de abuso de direito transgressor dos limites impostos pela boa-fé. Todos titularizam direito à ampla defesa e ao contraditório (CF, art. 5º, LV). Este direito constitucional, porém, deve ser exercido de boa-fé — como outro qualquer, aliás. A lei coíbe, por conseguinte, a litigância de má-fé (CPC, arts. 16 e 17).

c) *Bons costumes*. Este vetor limitativo dos direitos é, dos três indicados pela lei, o de menor importância. Os bons costumes correspondem às condutas que, pela expectativa geralmente nutrida pelas pessoas, serão observadas em determinadas situações. O restaurante tem o direito de reservar mesas a determinados clientes, segundo seus próprios critérios. Normalmente estabelece um limite temporal para a aceitação da reserva. Entre as pessoas que não reservaram mesas com antecedência, o bom costume é observar a ordem de chegada, na destinação das que se vagam. Quando o restaurante dá preferência a pessoa famosa (artista, político ou esportista), mesmo ela não tendo feito a reserva antecipada, incorre em exercício abusivo de seu direito, por transgredir limites ditados pelos bons costumes.

A lei brasileira configura o abuso de direito pela exorbitância dos limites fixados por sua finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes. E o classifica como ato ilícito.

No plano da classificação do ato abusivo, três tendências diferentes manifestaram-se. A primeira o arrolava entre os atos ilícitos. Era a posição de Planiol, por exemplo, que, abstraída sua contundente crítica à expressão, nunca

se posicionou contrariamente ao objetivo de coibir o exercício irregular dos direitos subjetivos. A segunda tendência tratava o abuso de direito como categoria *sui generis*, situada entre os atos lícitos e os ilícitos. Segundo esta concepção, os atos jurídicos dividir-se-iam em conformes e não conformes. Aquela categoria abrigaria os atos lícitos, ao passo que esta se desdobraria em desconformes lógico-formais (ilícitos) e desconformes axiológico-materias (abusivos). Advogaram-na com variações mais ou menos sutis, por exemplo, Cunha de Sá e Josserand. Por fim, houve quem abstraísse a classificação entre os lícitos e ilícitos para tratar a figura da abusividade como instrumento de interpretação e flexibilização das normas jurídicas (Sá, 1973:331, 337/342 e 471; Martins, 1935).

Também resulta da mera leitura do dispositivo legal em foco (CC, art. 187) que o direito brasileiro acolheu a primeira das tendências de classificação do abuso de direito. Ele se enquadra indiscutivelmente entre os atos ilícitos. Disso decorre, entre outras implicações, a responsabilidade civil do titular do direito abusivamente exercido pelos danos a que deu causa. Em decorrência da classificação do abuso de direito como ato ilícito, considera-se a culpa inerente à extrapolação dos limites de seu exercício. Transgredir os fins econômicos ou sociais de um direito, a boa-fé ou os bons costumes é conduta culposa que importa a obrigação de indenizar eventuais danos decorrentes.

Antes de encerrar esse tópico, convém destacar que, para o jurista português José de Oliveira Ascensão, o art. 187 do CC *não* teria incorporado ao direito brasileiro norma expressa coibindo o abuso de direito. Para ele, trata o dispositivo de algumas (e não de todas) as formas de exercício irregular do direito, deixando de contemplar os atos emulativos, que correspondem ao núcleo histórico do abuso de direito (2005).

3. PROFISSIONAIS LIBERAIS

Profissionais liberais são os prestadores autônomos de serviços especializados que, pela relevância e complexidade destes, devem possuir formação superior e habilitação dada pelo órgão específico de fiscalização. Dois, portanto, são os elementos que identificam o profissional liberal: de um lado, a necessidade de formação superior e sujeição a controle específico, nos termos da lei reguladora da atividade em foco (*elemento institucional*), e, de outro, a autonomia econômica como prestador de serviços (*elemento econômico*). São profissionais liberais, desde que estabelecidos autonomamente, médicos, dentistas, psicólogos, advogados, engenheiros civis, arquitetos, contadores, veterinários etc.

O elemento institucional de identificação do profissional liberal liga-se às especificidades do serviço que presta aos seus clientes. São serviços de alta complexidade, para cuja execução é necessário dominar conhecimento científico e tecnológico. Tratar enfermidades, defender interesses num conflito ou administrar construções são atividades ao alcance apenas de quem se dedicou a aprofundados estudos e práticas supervisionadas. Conhecimentos técnicos, cursos rápidos, treinamentos, habilidades manuais ou simples experiência em ateliês, escritórios ou oficinas não bastam para o adequado desempenho dessas complexas atividades. Em vista de tais particularidades, a lei só permite prestar os serviços correspondentes depois de preenchidas duas exigências formais: diplomação em curso superior em instituição de ensino autorizada a funcionar pelo governo federal e inscrição no correspondente órgão de classe (Conselho Profissional ou Ordem).

O profissional liberal deve ter formação superior, e preferivelmente deve atualizar-se de forma constante (participando de entidades profissionais e seus congressos, fazendo pós-graduação e cursos de educação continuada, assinando revistas especializadas, adquirindo livros etc.), não só porque os serviços que presta o exigem, mas tendo em vista a sua relevância para a sociedade. As mesmas razões encontram-se nos fundamentos da fiscalização do exercício profissional por órgãos de classe. Os Conselhos Profissionais (CRM, CREA, CRO, CRP, CRMV etc.) e a Ordem dos Advogados do Brasil são autarquias corporativas encarregadas pela lei de habilitar os profissionais liberais e fiscalizar o exercício da profissão. Note que não basta a existência de órgão de classe para que a atividade fiscalizada se defina como profissão liberal. Se não for exigida formação superior, o prestador de serviços não se considera profissional liberal. É o caso, por exemplo, dos representantes comerciais ou dos corretores de imóveis, que, malgrado tenham as atividades sujeitas a controles similares aos das profissões liberais (pelo Conselho Federal e Conselhos Regionais), não são prestadores de serviços desta categoria porque inexigível a diplomação em curso superior.

O elemento econômico de identificação diz respeito à forma como a atividade é desenvolvida. Para ser liberal, o profissional deve ter sua própria organização de prestação de serviços. Não é liberal, assim, ainda que preenchido o elemento institucional, o profissional de formação superior que trabalha numa empresa ou organização pública prestadora de serviços. Se o médico é, por exemplo, empregado de um hospital, clínica ou operadora de plano privado de assistência à saúde (OPPAS) ou é funcionário público, ele não exerce sua atividade

profissional como liberal. Da mesma forma, não se considera assim o advogado empregado de empresa ou de escritório de advocacia que não lhe pertence.

Considera-se profissional liberal o prestador autônomo (elemento econômico) de serviços especializados, para cuja execução exige a lei formação superior e sujeição à fiscalização pelo órgão de classe (elemento institucional). A lei imputa-lhe responsabilidade civil aquiliana pelos danos que causar aos contratantes de seus serviços.

A lei define expressamente como subjetiva a responsabilidade civil do profissional liberal: "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (CDC, art. 14, § 4º). Na aplicação deste preceito, deve-se pesquisar a presença do elemento econômico de identificação do profissional liberal. Se cometido o erro médico por profissional empregado de hospital ou OPPAS, a responsabilidade por indenizar o paciente é do empregador; é, ademais, objetiva (cf. Stoco, 1995). Se cometido por profissional liberal, é dele apenas a responsabilidade civil; e subjetiva.

Veja que boa parte das cirurgias é feita em hospital, mas só desta circunstância não deriva sua responsabilidade, caso o erro seja do cirurgião. Isso porque o médico imperito podia ser ou não liberal. Os cirurgiões liberais operam no hospital em que estão cadastrados, do qual não são empregados — aliás, o modelo tem-se espalhado por todas as especialidades médicas tornando os grandes hospitais, na verdade, apenas o local devidamente equipado para a prestação de serviços por profissionais liberais. Se for esse o caso, a responsabilidade pelo erro médico é subjetiva, e o hospital não responde (a menos, é claro, que seja imputável a ele o defeito do serviço — equipamentos ou instrumentos imperfeitos, erros de seus empregados que auxiliaram a cirurgia etc.) (cf. Zuliani, 2003:56).

Os profissionais liberais respondem subjetivamente pelos danos que causam a seus clientes porque desempenham sua relevante atividade de forma não empresarial (CC, art. 966, parágrafo único). Não ocupam, em decorrência, posição econômica que lhes permita socializar os custos da atividade. A receita que auferem com a aplicação dos conhecimentos especializados adquiridos no curso superior e na prática profissional, descontados os custos de organização da prestação dos serviços, destina-se ao seu sustento e de sua família; não pode ser considerada lucro pela exploração de atividade empresarial (Cap. 23, item 4). É racional, portanto, que a responsabilidade civil dos profissionais liberais seja

fundada na culpa. Aliás, em outros países, como os Estados Unidos, os profissionais liberais também respondem apenas por imperícia, e nunca objetivamente (Phillips, 1974:100/103).

Há atividades relevantes e complexas, para cuja execução é exigida formação superior e fiscalização por órgão de classe, mas que raramente são exploradas de forma autônoma. Enfermeiros, agrônomos, administradores de empresa, economistas, jornalistas e engenheiros de certas especialidades (químicos, mecânicos, mecatrônicos, de produção etc.) são exemplos de profissionais de formação superior em relação aos quais o elemento econômico de identificação da atividade liberal não é comum. Esta, porém, é mera questão de fato, que nada altera no direito a aplicar. Se e quando qualquer um deles se estabelecer autonomamente, a responsabilidade civil por danos derivados de sua atividade será subjetiva.

3.1. Questão de ordem

Parte da tecnologia jurídica civilista toma a expressão *responsabilidade civil* como gênero, desdobrado nas espécies *contratual* e *extracontratual*. Entre as hipóteses albergadas na responsabilidade contratual estuda a dos profissionais liberais. De fato, entre eles e seus clientes, há sempre um contrato, oral ou escrito, circunstância que justifica a classificação (cf., por todos, Gonçalves, 2002). Outra parte prefere dividir as *obrigações* em *contratuais* e *acontratuais*, inserindo a responsabilidade civil, inclusive a dos profissionais liberais, entre estas últimas (cf., por todos, Lopes, 2001). As duas alternativas são satisfatórias na estruturação do entendimento sobre o assunto.

Qualquer que seja a forma de organizar a exposição da matéria, concordam todos que, na responsabilidade dos profissionais liberais pelos danos que causam no exercício de suas atividades, verifica-se a sobreposição dos regimes da responsabilidade contratual e aquiliana. Sob a vigência do Código Beviláqua, a sobreposição não despertava maiores preocupações, sendo irrelevante, para fins de constituição e quantificação da obrigação de indenizar, se a lesão fosse entendida como inadimplemento de obrigação contratual ou imperícia profissional. Com a entrada em vigor do Código Reale, no entanto, a sobreposição desperta uma questão específica, na medida em que a lei passou a autorizar, na quantificação da indenização por responsabilidade civil (obrigação não negocial), a redução equitativa do seu valor pelo juiz em função da pouca gravidade da culpa do causador do dano (CC, art. 944, parágrafo único). Como a autorização não existe para a responsabilidade derivada de descumprimento de

contrato, passa a ser relevante o regime disciplinar da indenização: contratual ou aquiliana? Como já assentado acima, a natureza da indenização — se prestação ou consectário — resolve a questão (subitem 2.2).

3.2. Profissionais da saúde

Os profissionais liberais da saúde são os que desenvolvem atividades especializadas ligadas à condição do organismo humano. O médico é o exemplo imediato. Tomo-o por referência para discutir os aspectos ligados à responsabilização civil desta categoria de profissionais. As observações que seguem, tecidas em torno do trabalho dos médicos, são também pertinentes à responsabilidade civil de outros profissionais liberais de saúde, como dentistas, fisioterapeutas, nutricionistas, instrutores de educação física etc. Todos assumem obrigações de meio, e não de resultado, e respondem apenas por danos causados por imperícia na aplicação dos conhecimentos especializados de sua área.

3.2.1. Médicos

De Hipócrates até o século XIX, os médicos consideravam que a causa de algumas doenças era a impureza do sangue. Com base na difundida teoria dos humores, os males eram vistos como manifestação do humor viciado em certas partes do organismo, principalmente o sangue. Prescreviam, então, como tratamento a sangria. Tirando do doente a maior quantidade possível de sangue ruim, a tendência seria a melhora de seu estado de saúde. O procedimento largamente adotado fundava-se em raciocínio lógico sustentado pelas autoridades acadêmicas da área. Correspondia, em suma, à ciência da época. Desde o século. XIX, sangrar o paciente com o objetivo de curá-lo passou a ser visto como inconcebível despropósito, uma verdadeira iatrogenia. A sangria não só não curava o paciente como também o privava de valiosa força orgânica de combate da doença que o acometia. Dizem que George Washington, primeiro presidente dos EUA, morreu em razão das sangrias que lhe aplicaram respeitáveis médicos da época no tratamento de uma amidalite. A premissa da impureza do sangue como causa de enfermidades era equivocada.

Esse episódio da história da medicina é assustador. Os procedimentos atualmente adotados pelos médicos são sustentados em pesquisas empíricas e raciocínios lógicos aceitos pelas autoridades acadêmicas da área. Isto é, sua eficiência no tratamento de enfermidades sustenta-se no mesmo fundamento que fazia a medicina, no passado, recomendar a sangria. Aprimorou-se, sem dúvida,

a ciência — inclusive porque aprendeu com seus erros —, mas ninguém tem ou pode dar qualquer garantia de infalibilidade. O funcionamento do organismo humano é muito complexo, e cada pessoa tem suas peculiaridades, podendo reagir de forma única aos procedimentos geralmente adotados para casos idênticos. A receita infalível na cura de milhões de pacientes pode mostrar-se ineficaz num caso particular, sem explicação conhecida para isso.

A obrigação dos médicos, neste cenário, só pode ser de *meio*, e não de *resultado*. Com efeito, mesmo usando os instrumentos de diagnose mais avançados, empregando corretamente as técnicas mais aprimoradas, prescrevendo com precisão as terapias e medicamentos mais desenvolvidos, a enfermidade pode não ser curada. Soluções plenamente eficazes no tratamento de pacientes com o mesmo mal podem não surtir igual efeito numa pessoa determinada. É humanamente impossível, portanto, obrigar o médico pelo resultado. Obriga-se ele simplesmente a adotar os procedimentos recomendados pela medicina com o maior zelo e dedicação profissional, informando o paciente sobre os benefícios e riscos da terapêutica indicada. O resultado pretendido — a cura da enfermidade — está fora do alcance do mais capacitado profissional médico.

Note que a obrigação do médico é de meio e não de resultado em função de sua própria natureza, em razão da grande complexidade do funcionamento do organismo humano e dos limites da ciência. *Não decorre do contrato entre o profissional e o paciente*. É claro que, se o médico está bastante seguro de sua competência — ou é um tolo irresponsável — e assume contratualmente obrigação de resultado (a cura), não obtido este pode o paciente reclamar a indenização por inadimplemento de contrato. Não existindo, porém, específica combinação neste sentido entre as partes, a responsabilidade do profissional será necessariamente de meio. Adotando com perícia os procedimentos recomendados para o caso do paciente, o médico não responderá se, no final, mostrarem-se estes insuficientes à cura.

São exemplos de imperícia médica: não suspender terapia que causa reação anormal no paciente; esquecer instrumento cirúrgico no interior do corpo do paciente; não observar normas técnicas de assepsia; negligenciar na solicitação dos testes pré-operatórios (*RT*, *798*/376); prescrever medicamento ou anestésico sem atentar à idiossincrasia do paciente; errar na dosagem do medicamento; retardar a cesariana quando já constatada a inviabilidade do parto normal; empregar técnica ultrapassada condenada pela literatura atualizada; trocar exames; atuar em área estranha à da respectiva especialidade sem o devido

preparo e atualização (cf. Diniz, 2002:269/270; Gonçalves, 2002:375/380; Zuliani, 2003).

O médico tem, pela natureza de suas funções e não pelo contrato que estabelece com o paciente, obrigações de meio e não de resultado. Não é responsável, em outros termos, pela cura dos enfermos que trata, mas pela perita adoção dos procedimentos recomendados pela medicina.

No trabalho em equipe, cada profissional responde pelos seus próprios atos, não existindo solidariedade pela imperícia alheia. Foi-se o tempo em que se considerava o chefe da equipe médica responsável por culpa *in eligendo* dos demais profissionais (cf. Gonçalves, 2003:205/207). Em vista da imensa especialização do conhecimento médico e da complexidade inerente a cada área, cada membro da equipe responde apenas pelos atos que pratica. Numa cesariana, por exemplo, o cirurgião obstetra ocupa-se dos procedimentos relacionados à liberação do bebê do útero. Cortado o cordão umbilical, sua atenção volta-se exclusivamente à mãe. O pediatra neonatal responsabiliza-se pela recepção do recém-nascido. No seu canto, o anestesista cuida do fluxo do anestésico e monitora as funções vitais da parturiente. É essencial que cada membro da equipe médica concentre-se na sua função. A imputação de responsabilidade a um deles pelo trabalho do outro pressupõe um dever de fiscalização por tudo incompatível com a divisão de tarefas recomendadas pelas modernas técnicas cirúrgicas e altamente prejudicial ao paciente. A responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais é individual, ainda que trabalhando em equipe.

3.2.2. Medicina de embelezamento

Quero insistir que o tipo da obrigação do médico (obrigação de meio) decorre da natureza de sua atividade, e não do contrato com o paciente: em matéria de responsabilidade civil, o negócio jurídico eventualmente existente entre credor e devedor da indenização é, como visto, circunstancial. Insisto para questionar o entendimento da jurisprudência no sentido de existir uma hipótese em que o médico teria responsabilidade de resultado: a cirurgia plástica destinada unicamente ao embelezamento do paciente (mal denominada *cirurgia estética*). Pelo que predomina nos tribunais, se a cirurgia plástica se destina a corrigir deformidade congênita ou adquirida (num acidente de trânsito ou de trabalho, p. ex.), o cirurgião atua nas mesmas condições que seus colegas médicos de outras

especialidades. Assume, então, obrigação de meio. Mas, se o procedimento tem o objetivo único do embelezamento, não havendo propriamente um mal a curar, o cirurgião assume obrigação de resultado. Obrigar-se-ia, neste caso, a alcançar, com sua técnica cirúrgica e habilidades, o padrão de beleza prometido. Neste caso, não alcançado o objetivo contratado, ele responderia por indenizar o paciente (cf. Gonçalves, 2002:366/370).

Em primeiro lugar, é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas. Deve-se o distanciamento a resquícios do preconceito que cercou, no início, a cirurgia plástica de objetivos meramente estéticos. A doutrina noticia célebre julgado da primeira metade do século passado, em França, em que o cirurgião plástico foi condenado, por erro médico, a indenizar a paciente (Dias, 1954, 1:303/310). O interesse no caso não reside tanto na decisão condenatória — afinal, os relatos indicam ter mesmo ocorrido uma deplorável imperícia do profissional. O interesse está, como aponta Aguiar Dias, na condenação do próprio procedimento: considerou-se que a responsabilidade do médico decorria de ter concordado em fazer operação plástica em pessoa completamente sã, apenas com o objetivo de aprimoramento estético. A jovem paciente era bonita e esbelta, mas tinha as pernas desproporcionalmente grandes. O objetivo da intervenção foi reduzi-las por ablação de gordura (o que foi motivo de verdadeiro escândalo naquela época é hoje largamente aceito e praticado nas inúmeras clínicas de lipoaspiração de todo o mundo). Em outros termos, assentou-se que, se o único objetivo da operação cirúrgica é aformoseamento estético de pessoa saudável, realizá-la já é, por si, conduta culposa.

Julgados como esse — cujos fundamentos ainda se encontram na jurisprudência francesa dos anos 1960 (Lopes, 2001:232) — ilustram a fase que Caio Mário da Silva Pereira designa como a de *rejeição* pelo direito da cirurgia plástica de razões meramente estéticas (1989:155/156). Os resquícios da rejeição ainda ecoam no preconceituoso tratamento jurisprudencial do procedimento de objetivo exclusivamente estético como um caso à parte. Na verdade, a extraordinária melhora de autoestima que a cirurgia plástica bem-sucedida proporciona, em homens e mulheres, é fator de saúde, independentemente de seu caráter corretivo ou de simples aformoseamento.

Mas o que, decisivamente, sustenta a natureza de obrigação de meio dos cirurgiões plásticos nas intervenções motivadas apenas por razões estéticas é a presença das mesmas razões que impossibilitam os médicos das demais

especialidades de assumir compromissos de resultado. A ciência médica, embora possa estabelecer padrões gerais altamente confiáveis para os procedimentos que recomenda, não consegue controlá-los de forma absoluta. Em casos correspondentes a certas margens estatísticas, manifestar-se-ão especificidades que fogem ao controle da medicina. Cada organismo reage diferentemente à "agressão" da cirurgia, e influi enormemente nos resultados da plástica o estado psíquico do paciente. Este quadro encontra-se em todas as especialidades médicas, inclusive na medicina de embelezamento. Em suma, a intervenção cirúrgica de razões meramente estéticas expõe o paciente a riscos, tanto quanto qualquer outra (Aguiar Jr., 1995:40).

Ao contrário do que entende a jurisprudência, ao realizar cirurgia plástica de razões puramente estéticas, o médico assume também obrigação de meio, e não de resultado. A medicina de embelezamento está sujeita aos mesmos limites das demais áreas de especialidade médica.

Afirma-se, por outro lado, que a obrigação do cirurgião plástico, nesta hipótese, seria de resultado porque o paciente, ao submeter-se à cirurgia de razões meramente estéticas, *quer* alcançar um objetivo específico — o embelezamento — e não apenas contar com a diligente e competente atuação do profissional (Lopes, 1980:62). Este argumento, porém, não procede. Em primeiro lugar, porque nada há de específico nas expectativas do paciente por ter a cirurgia razões puramente estéticas. Sempre que alguém procura um médico *quer* alcançar um objetivo específico: a cura de doença, melhoria do estado geral de saúde, controles preventivos etc. Deste fato, porém, não decorre seja a obrigação do médico de resultado. Em segundo lugar, porque não é possível, mesmo na cirurgia de motivos meramente estéticos, garantir de forma absoluta o resultado satisfatório. Em outros termos, a questão não pode ser resolvida pelo que deseja o cliente, mas sim pelo que é objetivamente factível.

A medicina de embelezamento, hoje em dia, não se resume à cirurgia plástica. Dermatologistas têm-se dedicado, cada vez mais, a tratamentos de objetivos meramente estéticos. Também respondem por obrigações de meio, e não de resultado. Em idênticas condições encontram-se os dentistas, quando realizam trabalhos de finalidades de puro aformoseamento, como o branqueamento dos dentes, o alinhamento sem caráter de correção funcional, colocação de jaquetas etc. Assumem esses profissionais de saúde obrigação de se empenharem com

perícia e diligência na execução do trabalho e não pelo resultado alcançado.

3.2.3. Prova da culpa

Os médicos liberais respondem civilmente pelos danos infligidos à integridade física ou moral e à saúde, ou pelo falecimento de seus pacientes, se decorrentes de sua imperícia. Não se pode perder de vista que a deterioração progressiva do organismo, cuja velocidade é ditada pela maior ou menor capacidade de reação às cotidianas agressões do ambiente, bem como a morte são inevitáveis. O médico que age com perícia pode apenas eventualmente adiá-las. Responde, claro, por dolo, quando teve a intenção de infligir danos ao paciente, firmou atestado falso ou omitiu deliberadamente o socorro que tinha o dever de dar. Afora hipótese de culpa intencional, contudo, a responsabilidade civil constitui-se só quando sua imperita atuação precipita os processos naturais de deterioração, capacidade de reação ao ambiente e morte do organismo humano.

Em razão da complexidade dos procedimentos da medicina atual e para realizar os objetivos do princípio da indenidade, o juiz deve inverter o ônus da prova do pressuposto subjetivo da responsabilidade aquiliana dos médicos sempre que verossímil a alegação apresentada pelo paciente.

Desse modo, não provada a culpa do profissional na adoção dos procedimentos recomendados pela ciência médica, o dano deve ser suportado pelo próprio paciente. A prova do dolo ou imperícia cabe, em regra, à vítima, mas, em vista da crescente complexidade da matéria e em atenção ao princípio da indenidade, deve o juiz determinar a inversão do ônus probatório com base na lei de tutela dos consumidores (CDC, art. 6º, VIII) sempre que verossímil a alegação apresentada, como ensina Ênio Santarelli Zuliani (2003). Neste caso, não será exigido da vítima provar a culpa do médico que a atendeu, mas deste demonstrar que se conduziu exatamente como recomenda a medicina. Não se trata de uma presunção de culpa estabelecida na lei para todo e qualquer demanda de indenização por erro médico, mas de inversão que o juiz pode ou não determinar, em vista dos elementos levados pela vítima aos autos. Se forem inverossímeis as alegações aduzidas, não tem lugar a inversão do ônus probatório.

3.3. Advogados

É necessariamente *de meio* a obrigação profissional do advogado. Quando atua na advocacia contenciosa, não tem como comprometer-se a obter o resultado da demanda favorável ao cliente. Por maior que seja a tendência do julgamento num sentido, não há garantia absoluta de vitória em nenhuma contenda judicial. Se advogado consultivo, também não tem obrigação de resultado: caso seu parecer não prevaleça, ele não pode ser responsabilizado. Obriga-se, na verdade, a empenhar-se na defesa em juízo dos interesses de seus clientes ou no estudo aprofundado da questão que lhe é submetida.

O advogado tem, em decorrência, responsabilidade civil subjetiva pelos danos que causa ao cliente quando falta ao cumprimento da obrigação de meio, quando comete erro no desempenho da profissão. São exemplos de imperícia profissional de advogado: perder o prazo da contestação ou recurso; deixar de protestar títulos que lhe foram confiados à cobrança, sustentar a conclusão de parecer em dispositivo de lei revogado, caso vigore outro com comando em sentido oposto; não propor a discussão de cláusula essencial aos interesses do cliente no transcurso de negociações dum contrato; não advertir, oralmente ou por escrito, o cliente acerca do risco, quando houver, de determinadas condutas ou decisões serem consideradas ilegais (cf. Dias, 1954, 1:328/338).

A configuração do erro no desempenho da profissão de advogado liberal nem sempre é fácil. Algumas falhas são inequivocamente produto da ignorância e por elas devem responder os profissionais, sem perdão. Mas a crescente complexidade da matéria jurídica, a multiplicação de dissensos jurisprudenciais e o esgarçamento de valores tradicionais do Direito dificultam distinguir, em determinadas hipóteses-limite, se ocorreu ou não o erro. Ninguém discorda que a perda de prazo para a prática de ato processual é culpa grave do advogado. Mas, em alguns casos, a jurisprudência diverge sobre o prazo em vigor (p. ex.: o de embargos na execução de Cédula de Crédito Industrial: 48 horas ou 10 dias? — Coelho, 1995:439). Se o profissional protocoliza a manifestação no prazo mais largo, está sendo imprudente, em vista da divergência nos tribunais? Deve ser responsabilizado se restar decidido que atuou extemporaneamente, mesmo tendo acerca do prazo legal a mesma convicção de parte considerável da jurisprudência e doutrina? Nestes casos de dúvida, sempre que o advogado puder sustentar o ato praticado em precedentes jurisprudenciais, entendimentos doutrinários autorizados ou mesmo em argumentos jurídicos sólidos, ele não responderá por eventuais danos sofridos pelo cliente.

A responsabilidade civil dos advogados liberais por danos aos clientes cabe na hipótese de descumprimento das obrigações de meio ínsitas à sua função. Cumprindo com diligência e perícia sua atividade, não pode o advogado ser responsabilizado pelo resultado do processo judicial eventualmente desfavorável ao cliente.

Além da hipótese de imperícia no cumprimento da obrigação de meio, o advogado, evidentemente, responde também por dolo, se teve a intenção de infligir danos a quem contratou seus serviços ou assumiu deliberadamente o risco de causá-los. O exemplo típico é o da traição de mandato. Se o advogado recebe pagamento ou vantagem da parte adversária para fraquejar na defesa dos interesses de seu constituinte, ou mesmo para praticar ato que o sacrifique, incorre em ato doloso constitutivo de responsabilidade civil subjetiva.

3.4. Engenheiros civis

A denominação *engenheiro civil* deve-se à primeira classificação que a profissão teve no Brasil: de um lado, os especializados na construção de fortes e armamentos, ou seja, os *engenheiros militares*; de outro, os demais, os *civis*. Hoje em dia, ela designa os profissionais da engenharia de construção, em vista da crescente lista de especializações (químico, eletricista, mecânico, de comunicação, de produção etc.).

O engenheiro civil é profissional liberal com responsabilidade pelo resultado de seu trabalho. Se contratado para construir a residência do cliente, ele responde pela solidez e segurança do imóvel construído, bem como pela conformidade com os projetos (arquitetônico, estrutural, elétrico, hidráulico, de paisagismo etc.). Note que o engenheiro civil pode ser contratado para empreitar a obra ou simplesmente para gerenciá-la, e a diferença é essencial para delimitação de sua responsabilidade.

No primeiro caso, o contrato com o cliente é de empreitada, regido por disposições específicas do Código Civil (arts. 610 a 626). Nele, o engenheiro assume a obrigação de construir o imóvel com sua equipe (pedreiros, pintores, eletricistas etc.), fornecendo também os materiais ou não. A lei disciplina a responsabilidade do empreiteiro, fixando os prazos para manifestação dos defeitos (5 anos, a contar da conclusão do serviço) e interpelação pelo dono da obra (180 dias).

No segundo caso, o contrato é de prestação de serviços, obrigando-se o

engenheiro a administrar a obra. Aqui, ele cota o preço dos materiais, seleciona empreiteiras, providencia licenças e registros, fiscaliza o andamento dos trabalhos e propõe soluções técnicas ao seu cliente. Sua obrigação é também de resultado, mas limitada ao escopo das funções gerenciais que desempenha. Ocorrendo problema com o material empregado, o dono da obra não pode reclamar contra o engenheiro civil se era oculto o defeito. A reclamação terá que ser feita contra o fornecedor do material. Se oriundo de má execução dos serviços do empreiteiro, é contra este que deverá voltar-se a queixa do dono da obra. Mas, se o problema decorre de solução técnica inadequada ou deficiência de gerenciamento — que, muitas vezes, atrasa o cronograma da obra —, o engenheiro é o responsável. Outra diferença em relação ao contrato de empreitada está no prazo para a reclamação contra defeitos, que é o da lei de tutela dos consumidores: 5 anos, a contar do conhecimento do dano e de sua autoria (CDC, art. 27).

Suponha, então, que uma casa recém-construída desabou e causou danos pessoais e materiais. Considere que o desabamento decorreu de erro na construção: as fundações não haviam sido feitas como indicado pelo projeto estrutural. Neste caso, o engenheiro civil responde pelos danos, qualquer que tenha sido a relação contratual com o dono da obra (empreitada, em qualquer de suas modalidades, ou gerenciamento), já que se obrigara pelo resultado, isto é, por entregar ao dono da obra um imóvel sólido, seguro e construído em conformidade com os projetos.

O engenheiro civil liberal assume obrigação subjetiva pelo resultado da obra que executa como empreiteiro ou administra. Se o prédio não apresentar a solidez e segurança exigíveis, ou estiver gravemente desconforme com os projetos respectivos, havendo culpa do engenheiro, deve ele indenizar o dono da obra pelos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Igual à responsabilidade do engenheiro civil tem o arquiteto que, além de projetar, também executa ou gerencia a obra.

4. ACIDENTE DE TRÂNSITO

O trânsito é um ambiente propício aos acidentes. Os motoristas, mesmo os mais cautelosos, incorrem em erros constantemente e parte deles causam danos. Embora não sejam, em tese, sempre evitáveis, os acidentes de trânsito geram

responsabilidade civil subjetiva. Em primeiro lugar, porque os condutores, exceto se dirigem veículos pertencentes a empresas ou ao Estado, não geram evento danoso em que o responsável se encontre em posição econômica que lhe possibilite socializar os custos da atividade. Mas não é isto apenas. A responsabilidade subjetiva é importante como sanção imposta às condutas imprudentes dos motoristas, com o objetivo de contribuir para a redução dos acidentes de trânsito e suas graves consequências para a sociedade e economia brasileiras.

Sendo subjetiva a responsabilidade ligada aos acidentes de trânsito, cabe à vítima provar a culpa do motorista demandado (ou empregado do demandado). Em alguns casos, essa prova é tão singela que sugere até mesmo certa objetivação da responsabilidade. Pense no caso do abalroamento de veículo estacionado na via pública. O motorista que conduzia o carro abalroador evidentemente é o culpado, já que o outro automóvel envolvido no desastre estava imóvel. É tão clara a exclusiva responsabilidade da imprudência do condutor do veículo em movimento pelo acidente que não se dá relevância ao fato de o outro encontrar-se eventualmente parado em local proibido (Gonçalves, 2002:791/793). Não há aqui, entretanto, responsabilidade objetiva ou presunção de culpa, mas simplesmente uma hipótese de prova fácil do ato ilícito, pela evidência da conduta culposa do demandado.

Não há dificuldade também na prova da culpa do motorista na hipótese, por exemplo, de atropelamento de pedestre que caminhava pela calçada. Se o veículo, para atingir a vítima, abandonou o leito carroçável e avançou sobre o passeio, é claro que nada mais é necessário à demonstração da imprudência do condutor. Veja que se está tratando aqui só do elemento subjetivo. Pode ser que o demandado não seja responsabilizado se demonstrar que não se encontram presentes outros elementos da responsabilidade aquiliana, como a relação de causalidade, por exemplo. Ou seja, se ele prova a ocorrência de caso fortuito (quebra do eixo da direção) ou ato de terceiros (acabara de ter sido abalroado por outro veículo em alta velocidade), elide sua responsabilidade.

Também é relativamente fácil a prova da culpa pelo acidente de trânsito no caso de desrespeito às regras de preferência. Todos os motoristas as conhecem ou intuem, embora nem sempre as respeitem. Em termos gerais, a preferência é estabelecida por sinal luminoso (semáforo, farol ou sinaleira) cujas cores atendem a padrão internacional: verde significa a preferência para atravessar; vermelho, a obrigatoriedade de dar preferência; e amarelo, a transição entre aquela condição e esta, alertando os motoristas sobre a mudança no sentido da

preferência. Age com culpa quem desrespeita os significados dessas cores (*RT*, *792*/280). Não havendo o sinal luminoso, o direito à preferência é do veículo que trafega pela via preferencial. Quem vai pela secundária — identificada pela placa “Pare” ou pelo triângulo branco de moldura vermelha com a base para cima — deve aguardar, pacientemente, a oportunidade para atravessar.

A via preferencial não é identificada pela maior largura, pela denominação mais sugestiva (“avenida” em vez de “rua”), pelo maior volume de tráfego ou pelo melhor tipo de calçamento. É a sinalização sempre o critério decisivo para identificação da ordem de preferência. Para os cruzamentos não sinalizados, as regras são as seguintes: nas rotatórias, tem preferência o veículo que nela já ingressou; nos demais, o que vem da direita (Gonçalves, 2002:791/814).

Têm preferência, independentemente da via em que trafegam, os veículos especiais destinados a transportes de emergência, como as ambulâncias, viaturas de polícia ou do corpo de bombeiros, desde que acionem o sinal sonoro indicativo da urgência (sirene), bem como os de altas autoridades acompanhados de batedores.

Entre o veículo motorizado e o não motorizado ou o pedestre, a preferência é, em princípio, destes últimos. Quando há ciclovias sinalizadas ou faixa de segurança, não há exceções: o motorista deve parar o automóvel e aguardar a travessia da bicicleta ou pedestre. Mesmo que o sinal luminoso esteja verde (ou “aberto”) para o motorista, se o pedestre ainda não concluiu a travessia na faixa de segurança, é deste último a preferência. Nas áreas em que inexistem as sinalizações indicadas, a preferência é do veículo motorizado. O pedestre que deseja atravessar a rua fora da faixa de segurança, ou nos cruzamentos em que ela não foi pintada, deve aguardar a passagem do automóvel.

Quando o demandante prova em juízo que o demandado descumprira regra de preferência e isto dera ensejo ao acidente de trânsito, desincumbe-se do ônus de provar a culpa. Nada mais lhe é exigido relativamente à demonstração do elemento subjetivo. De novo, não se trata de objetivação da responsabilidade ou presunção de culpa, mas unicamente de exemplo em que não é difícil ao credor da indenização produzir a prova do comportamento culposo do devedor.

Note, o motorista titular da preferência não está autorizado a conduzir-se imprudentemente. O direito de preferência não dispensa o motorista das mesmíssimas cautelas que está sempre obrigado a observar enquanto dirige. Assim, se o pedestre está atravessando a rua fora da faixa e o motorista o vê a tempo de reduzir a velocidade do veículo e até mesmo pará-lo, se necessário, para evitar o atropelamento, é seu dever fazê-lo. Não se livra de responsabilidade

invocando a preferência. Só será exonerado de indenizar o pedestre atropelado se provar que este atravessara a rua de forma abrupta, ou lançara-se contra o veículo, movendo-se em tempo curto demais para que o motorista pudesse evitar o choque de forma eficiente. Nestes casos, porém, a prova da culpa ou de sua inexistência é mais complexa.

Pode-se considerar, por fim, também fácil a prova da culpa do motorista ao colidir na traseira do veículo que trafegava à frente no curso normal de rolamento. A facilidade deriva da evidente transgressão à regra de trânsito que obriga aos condutores observar razoável distância em relação ao veículo da frente (cf. Azevedo, 1994:50).

A responsabilidade pelos acidentes de trânsito é subjetiva, cabendo à vítima provar a culpa do demandado ou seu preposto. Em diversas situações, quando flagrantemente desrespeitadas as leis do trânsito, é fácil produzir a prova: atropelamento de pedestre na calçada, colisão com veículo estacionado, abalroamento por trás do veículo e inobservância de regra de preferência.

Quando não for fácil a produção da prova da culpa, deve o juiz, em atenção ao princípio da indenidade, ser tolerante na avaliação dos indícios apresentados pela vítima e severo no exame do prontuário do motorista demandado.

Embora extensa a lista de hipóteses em que a prova da culpa do demandado não representa dificuldade para o demandante, não se pode generalizar a noção. Em vários acidentes de trânsito, a prova do elemento subjetivo representa difícil obstáculo para a vítima transpor ao pleitear a indenização. Não há, para esses casos, nenhuma norma legal estabelecendo a inversão do ônus da prova em função da verossimilhança do alegado pela vítima, já que não existe entre as partes relação de consumo. Em prestígio ao princípio da indenidade, o juiz deve ser tolerante na apreciação das provas produzidas, considerando com especial atenção os indícios trazidos pelo demandante e os antecedentes do demandado (se no seu prontuário há, p. ex., o registro de infrações graves ou gravíssimas, se já respondeu por outros acidentes de trânsito etc.).

A subjetivação da responsabilidade por acidentes de trânsito não corresponde à solução adotada por todos os países de tradição românica. Em França ou na Itália, por exemplo, acidentes de circulação geram responsabilidade objetiva (Tunc, 1989; Alpa-Bessone, 2001:460/470). Em lugares sob a influência da tradição anglo-saxã, são mais comuns os mecanismos de direito público, como os sistemas *no-fault*, que, nos anos 1970, eram adotados por cerca de metade dos estados norte-americanos (Alpa-Bessone, 1976:377/383) e pela Nova Zelândia.

5. ACIDENTE DE TRABALHO

No início da segunda revolução industrial, na Inglaterra, considerava-se que os operários, ao aceitarem o emprego nas fábricas, assumiam diretamente o risco de suportar os danos de acidente de trabalho (Tunc, 1989:66). Até 1891, dava-se, no caso de acidentes laborais, interpretação extensiva a princípio assente na *common law*, segundo o qual era vedado ao sujeito que concordara em correr riscos reclamar contra os danos correspondentes (*volenti non fit injuria*). Entendia-se, então, que a simples ciência dos riscos pelo trabalhador era suficiente para a presunção de que tinha concordado em assumi-los. Caso não tivesse considerado suficientemente seguras as condições oferecidas pelo empregador, não devia ter aceito o trabalho. Naquele ano, no famoso caso *Smith vs. Baker*, a Casa dos Lordes mudou o tratamento da matéria, ao afastar a presunção pelo simples conhecimento do risco. A máxima *volenti non fit injuria* só deveria ter aplicação, segundo esse julgado, quando fosse expressa a assunção dos riscos (Street, 1906:164/170).

Com o acúmulo de capitais e a decorrente mudança nos valores cultivados pela sociedade, passou-se a considerar que as repercussões econômicas do acidente de trabalho deveriam ser suportadas não só por todos os empregados expostos ao risco como pelos beneficiários diretos e indiretos das perigosas atividades laborais que executam. Ao longo do século passado, criaram-se, então, com contribuições de empregados, empregadores e de toda a sociedade, os sistemas de seguro social para a cobertura dos acidentes laborais. No Brasil, o INSS é o responsável pelo pagamento do benefício previsto na legislação previdenciária (Lei n. 8.213/91, arts. 19 a 21). Ele é devido em qualquer acidente de trabalho, independentemente da causa. Além desse benefício, tem o acidentado direito de reclamar do empregador a indenização, caso tenha sido deste a culpa pelo evento danoso.

Em outros termos, um acidente de trabalho pode ser causado por motivos vários. Em primeiro lugar, por caso fortuito. Imagine que o funcionário da distribuidora de energia elétrica está consertando a antena de sustentação de cabos de alta tensão no exato momento em que ela é atingida por um raio. Outra hipótese é a de acidente causado por imprudência ou negligência do próprio empregado. Estudos mostram que a rotina do trabalho manual desconcentra a atenção do trabalhador, que, então, descuida da própria segurança. De qualquer modo, a culpa pelo acidente de trabalho pode ser, e muitas vezes é, do acidentado. Se o pedreiro trabalha na construção civil sem capacete, porque se

esqueceu de colocá-lo ou se recusa a fazê-lo, e é atingido pela queda de um tijolo, ocorre acidente de trabalho por culpa do empregado. Em terceiro lugar, o acidente pode derivar de culpa de terceiros. Pense na secretária que, retornando de ônibus do escritório em que trabalha para sua casa, fere-se num acidente de trânsito. Por força de lei, considera-se o evento acidente de trabalho, porque ocorrido no trajeto deste para a casa do trabalhador. Finalmente, a culpa do acidente pode ser do empregador. Se, intencionalmente ou não, faltam no local de trabalho os equipamentos de segurança, ou os empregados não são adequadamente informados (inclusive por treinamentos periódicos, se necessário) sobre os riscos a que se expõem, ou não há devida manutenção dos equipamentos e máquinas, a culpa pelo acidente de trabalho é do empregador.

Como dito, em qualquer das quatro situações acima delineadas em função da causa do acidente, o acidentado tem direito de pleitear, ao INSS, o benefício da legislação previdenciária. A responsabilidade, neste caso, é objetiva pura. Desse aspecto da matéria, todavia, não cuida o direito civil, mas ramos específicos do direito público. Sem prejuízo do recebimento do benefício, porém, pode o acidentado demandar a indenização pelos danos correspondentes quando o acidente de trabalho tiver sido causado por conduta culposa de alguém (*RT*, *787*/371). São as duas últimas situações acima indicadas. Na do acidente de trânsito, o empregado tem direito de ser indenizado pelo causador do evento. A responsabilidade, como já examinado, é subjetiva nesse caso: o empregado acidentado deve provar a culpa do terceiro para responsabilizá-lo pelos danos (item 4).

Finalmente, no caso de acidente de trabalho ocasionado pela culpa do empregador, tem o acidentado direito à indenização plena de seus prejuízos (patrimoniais e extrapatrimoniais). Trata-se de responsabilidade aquiliana, fundada na culpa (Diniz, 2003, 7:438). Se o empregador é pessoa preocupada com a segurança no trabalho, investe sempre na melhoria do ambiente de trabalho, treina seus empregados periodicamente, põe à disposição deles roupas, acessórios, instrumentos e equipamentos de proteção, estimula seu correto uso, orienta os supervisores a não tolerarem o descaso com os riscos, quando, enfim, adota todas as providências exigíveis à adequada prevenção dos acidentes de trabalho, não se pode imputar-lhe culpa pelo evento danoso. Se, por outro lado, negligencia nas providências e investimentos, incorre em imprudência na organização do ambiente de trabalho com vistas a economizar custos, não treina nem orienta seus empregados de forma eficiente, então, ausente o fortuito, culpa exclusiva da vítima ou ato de terceiro, é dele a responsabilidade pelo acidente de

trabalho.

A responsabilidade do empregador pelos danos advindos de acidente de trabalho é subjetiva. Ele só está obrigado a indenizar os acidentes se causados por sua culpa ou dolo na adoção das medidas de segurança do trabalho.

A natureza subjetiva da responsabilidade do empregador por acidente de trabalho decorre de norma constitucional. O art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal imputa ao empregador a obrigatoriedade de contratar seguro contra acidentes de trabalho e a responsabilidade pelos causados por seu dolo ou culpa. Essa norma é especial e hierarquicamente superior ao Código Civil, e, por isso, não foi alterada pela configuração dada à responsabilidade dos empresários pela entrada em vigor deste (Cap. 23, item 4). A indenização devida diretamente pelo empregador corresponde à diferença entre o valor coberto pelo seguro obrigatório e o do total dos danos sofridos pelo empregado em razão do acidente de trabalho originado de culpa ou dolo do primeiro. O restante é pago pela seguradora denunciada à lide ou diretamente na liquidação do seguro. Em devoção ao princípio da indenidade, deve-se admitir a ação direta do empregador contra a seguradora contratada pelo empregado, especialmente em situações especiais, como a da falência deste.

Concluindo, a vítima do acidente de trabalho causado por culpa ou dolo do empregador tem, em princípio, o ônus de provar o elemento subjetivo, o dano e a relação de causalidade (*RT*, *803*/264). Não prevê a lei nenhuma regra específica de inversão do ônus da prova em favor do acidentado em caso de verossimilhança. Atende, no entanto, ao princípio da indenidade, e à facilitação do acesso da vítima à indenização, a valoração mais tolerante do conjunto probatório pelo juiz. Fortes indícios de negligência do empregador no trato dos assuntos relacionados à segurança e higiene do trabalho podem ser acolhidos como prova de sua culpa.

6. RESPONSABILIDADE COM CULPA PRESUMIDA: RUÍNA DE PRÉDIO

Em termos gerais, a ruína de prédio (pronto ou em construção) pode ser causada por fatores naturais — como abalos sísmicos, desmoronamentos, enchentes ou tempestades — ou pela falta de reparos. Naquela hipótese, verifica-

se o caso fortuito, excludente de qualquer responsabilidade subjetiva. O prejudicado pela ruína deve suportar os danos. Já a ruína causada por falta de reparos pode gerar responsabilidade para o proprietário ou para a incorporadora ou construtora.

Começo pela hipótese mais abrangente: a responsabilidade da incorporadora ou construtora, com fundamento na legislação de tutela dos consumidores. É responsabilidade objetiva, independe de culpa do empresário responsável pelo empreendimento (CDC, art. 12). Tem lugar a responsabilização sempre que verificado qualquer defeito de construção, manifesto ou oculto. O prazo para efetivá-la é de 5 anos, contados do conhecimento do dano e de sua autoria (CDC, art. 27). Desse modo, se ruir edifício de apartamentos causando danos aos vizinhos ou transeuntes, eles têm direito à indenização a ser paga pela incorporadora ou construtora, em caso de defeito de construção. Os vizinhos ou transeuntes, nesse caso, não têm ação contra os proprietários (ou promitentes compradores) das unidades condominiais.

O dono do prédio responde pelos danos derivados da ruína quando sua causa não for natural nem defeito de construção. Em outros termos, quando for culpado pela precária manutenção do imóvel.

É importante destacar que o proprietário tem responsabilidade subjetiva. Quer dizer, se tiver sido diligente na manutenção do prédio, mandando fazer os reparos periódicos que a construção comporta, ele não responde pelos danos derivados da ruína. Se o defeito de manutenção era oculto, não se podendo prever o desabamento, não existe o elemento subjetivo indispensável à constituição da obrigação de indenizar. A imprevisibilidade do evento danoso afasta a culpa do proprietário e configura a ocorrência do fortuito. A consequência é a mesma da ruína causada por fatores naturais: cada prejudicado arca com seu próprio prejuízo.

A responsabilização do proprietário pelos danos causados pela ruína de prédio representa a única hipótese remanescente no direito brasileiro de culpa presumida. Trata-se de presunção relativa, em que a prova pelo demandado da inexistência de conduta culposa o exonera de qualquer obrigação (Rodrigues, 2002:128), a despeito dos esforços de parte da doutrina no sentido de pretendê-la absoluta (Dias, 1954, 2:82; Lima, 1960:131/137). De acordo com a lei, “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” (CC, art. 937). Em vista deste preceito, considera-se que à vítima cabe unicamente a prova do dano e da relação de causalidade entre ele e a ruína do prédio pertencente ao

demandado (Gonçalves, 2003:504). Se não demonstrar que o evento originou-se de defeito de construção ou de defeito *oculto* de manutenção, o dono do prédio em ruína será obrigado a indenizar os danos. Se restar provado que o bem ruiu por defeito de construção, à vítima restará pleitear o ressarcimento perante o fornecedor do produto (incorporadora ou construtora); mas, se o defeito de manutenção não era manifesto, a imprevisibilidade da ruína acarreta a irressarcibilidade dos danos.

Na responsabilização do dono do prédio pela ruína decorrente de defeito manifesto de manutenção, presume-se a culpa. Cabe ao prejudicado provar os danos e a relação de causalidade; a seu turno, o proprietário apenas se livra de responsabilidade provando que o defeito era de construção e não de manutenção, ou que este era oculto.

Antes de concluir, deve-se considerar ainda a hipótese de defeito de construção em obra feita por engenheiro civil liberal. Aqui, não existe nenhum empresário incorporador ou construtor que possa ser responsabilizado objetivamente pelos danos. Todavia, se a vítima provar a culpa do engenheiro, é ele responsável por indenizar-lhe os prejuízos, nos termos da legislação tutelar dos consumidores (CDC, arts. 14, § 4º, e 17), independentemente do formato de sua atuação — empreitada ou gerenciamento de obra (subitem 3.4). Neste caso, contudo, o proprietário também pode ser responsabilizado pelos danos, com direito de regresso contra o profissional liberal. Não existe, ressalte-se, norma de presunção de culpa para a situação. O art. 937 do CC aplica-se apenas aos defeitos de manutenção. Em consequência, a vítima de prejuízos causados por ruína de prédio em razão de defeito de construção deve provar a culpa *in eligendo* do proprietário, se pretender receber o ressarcimento deste. Provar, em síntese, que o demandado não se cercou das cautelas normalmente exigíveis na contratação dos serviços profissionais de engenheiro civil: não pesquisou como devia a idoneidade e competência do contratado, optou pelo menor preço em detrimento da qualidade dos serviços etc.

7. RESPONSABILIDADE EM FUNÇÃO DO GRAU DE CULPA

O grau da culpa, em regra, não é relevante para a constituição da obrigação de indenizar fundada em responsabilidade civil, no direito brasileiro. Se

determinado sujeito de direito tem responsabilidade civil subjetiva por seus atos, tanto faz se incorre neles por negligência levíssima ou dolo hediondo, é devedor da indenização pelos danos causados. Existem, porém, duas exceções, em que o grau da culpa é elemento de constituição da obrigação: a do transporte de cortesia (subitem 7.1) e a da cobrança indevida (subitem 7.2).

7.1. Transporte de cortesia

Não existe preceito legal nenhum tratando a hipótese de forma excepcional. A jurisprudência, porém, tem considerado o grau da culpa na imputação de responsabilidade por transporte de cortesia. Diz a Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça: "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave". Quando é leve a culpa do transportador desinteressado, ele não responde pelos danos infligidos ao carona, no acidente por ele causado.

Note-se que todo transporte de cortesia é gratuito, mas o inverso não se verifica. As empresas de transporte coletivo urbano são obrigadas, por força de leis municipais e do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03, art. 39), a transportar gratuitamente pessoas com mais de 65 anos de idade. Não o fazem por cortesia, mas apenas porque estão obrigadas a isso. Respondem por danos que esses passageiros não pagantes vierem a sofrer também de forma objetiva (*RT*, *805*/262) (Cap. 23, item 4.5). Apenas se condiciona a responsabilização ao grau de culpa na hipótese de transporte de cortesia, isto é, o gratuito oferecido por cortesia do transportador. Em suma, no caso de *carona*.

O transportador desinteressado não deve ser responsabilizado de forma objetiva como no caso de transporte oneroso de pessoas. Quem concede a carona está apenas sendo cortês com o passageiro ou passageiros de seu veículo. A inexistência de pagamento pelo transporte impede, ademais, qualquer socialização de custos. Sua responsabilidade deve ser, portanto, subjetiva, fundada na culpa. Desse modo, se o carona se machuca num acidente de trânsito pelo qual não é culpado seu gentil transportador, terá direito de pleitear a indenização apenas contra o terceiro causador do evento danoso. Não há sequer solidariedade entre o transportador desinteressado e o culpado pelo acidente.

Para constituir-se a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos pelo usuário de transporte desinteressado (carona), é necessário que o transportador tenha agido com culpa grave ou dolo.

O tratamento excepcional do transporte de cortesia dado pela jurisprudência é criticado pela doutrina. Maria Helena Diniz sustenta que o transportador deve ter o mesmo zelo pela incolumidade dos passageiros que traz em seu veículo, tanto no transporte gratuito como no oneroso (2003, 7:494). Concordo. Se existem razões para tratar diferentemente o transporte de cortesia do oneroso, submetendo aquele à responsabilidade subjetiva e este à objetiva, não há motivo para excluir a responsabilização pela pequena gravidade do ato ilícito. Ainda seguindo a lição de Maria Helena Diniz, a exemplo do que se verifica com as demais hipóteses de responsabilização subjetiva desde a entrada em vigor do Código Reale (CC, art. 944, parágrafo único), as culpas leve e levíssima devem somente influir na liquidação da indenização, isto é, na quantificação do valor a ressarcir (cf. 2003, 7:494).

7.2. Cobrança indevida

A cobrança indevida pode gerar responsabilidade civil do credor, dependendo do grau de sua culpa. A responsabilidade civil decorrente de cobrança indevida implica a obrigação de restituir o indébito e mais um acréscimo. Este *plus* tem a natureza de indenização punitiva (*punitive damage*); é uma sanção civil pela ilicitude praticada. Variam, contudo, os pressupostos e o critério de quantificação do acréscimo segundo algumas circunstâncias.

Inicialmente, é necessário verificar se há ou não, entre credor e devedor, uma relação de consumo. Se o credor se enquadra no conceito legal de fornecedor (CDC, art. 3º: explora atividade de venda de bens ou prestação de serviços) e o devedor, no de consumidor (CDC, art. 2º: adquire bem ou serviço como consumidor final), a relação jurídica entre eles é de consumo. Se não se enquadram os sujeitos da obrigação num ou noutro conceito legal, a relação jurídica entre eles é civil. É o caso, por exemplo, da relação entre o banco financiador (credor) e o empresário financiado (devedor), ou da derivada da venda de carro usado a prazo para o amigo, entre o vendedor (credor) e o comprador (devedor).

Se a cobrança indevida se insere numa relação de consumo, há um pressuposto específico para a imposição da indenização punitiva: o consumidor deve efetivamente ter pago o indébito. Se o fornecedor cobra valor superior ao seu crédito, mas o consumidor atento recusa-se a pagar o excesso, não incide a

norma de responsabilização civil. Este pressuposto não tem pertinência se a cobrança indevida se referir a relação civil. Neste caso, a indenização punitiva é exigível, mesmo que o devedor não tenha efetivamente feito o pagamento. Para este caso, o pressuposto é diverso: consiste no ajuizamento da cobrança. Enquanto o credor adota medidas extrajudiciais somente, não há fundamento para a imputação de responsabilidade. Resulta isto claramente da previsão de exoneração da responsabilidade, se antes da contestação o credor desistir da cobrança judicial (CC, art. 941).

Outra diferença significativa entre as duas hipóteses relaciona-se ao grau de culpa exigido para a responsabilização. Na relação de consumo, exonera-se o fornecedor em caso de "engano justificável" (CDC, art. 42, parágrafo único, *in fine*). Quer dizer, para constituir-se a obrigação, neste caso, é necessário dolo ou culpa grave do credor. Já na cobrança indevida numa relação civil, tem considerado a jurisprudência que apenas havendo prova irrefutável de dolo é devida a indenização punitiva (*RT*, *806*/379). "A cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções" aqui examinadas, afirma a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal. A culpa, mesmo grave, não acarreta a responsabilidade aquiliana de credores duma relação civil. Se a incabível cobrança judicial se explica pela falta de controles administrativos adequados dos pagamentos recebidos, por mais grave que seja a negligência do credor, ele arca apenas com os ônus próprios da sucumbência, previstos na legislação processual civil, e não se sujeita à indenização punitiva.

A derradeira diferença entre as duas hipóteses de responsabilidade por cobrança indevida diz respeito à quantificação do acréscimo. Na relação de consumo, presentes os pressupostos assinalados (prévio pagamento do indébito pelo consumidor e culpa grave ou dolo do fornecedor), além da restituição do indébito, é devido o equivalente ao pagamento em excesso. Diz a lei que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável" (CDC, art. 42, parágrafo único). Desse modo, se o consumidor pagou $20, quando devia apenas $15, não sendo justificável o engano do fornecedor, este deve restituir-lhe os $5 excedentes e pagar-lhe mais $5 de indenização punitiva.

Para a hipótese de cobrança indevida prevê a lei brasileira a imposição de indenização punitiva. Os pressupostos e o critério de quantificação desses danos variam conforme exista, ou não, entre credor e devedor uma relação de consumo.

Por sua vez, na responsabilidade por cobrança indevida derivada de relação civil, distingue a lei duas situações. De um lado, a cobrança de valor já pago, no todo ou em parte, sem ressalvas; de outro, a de valor superior ao devido. No primeiro caso, o dolo do credor implica indenização punitiva no valor do "dobro do que houver cobrado" do devedor; "e, no segundo, o equivalente do que dele exigir" (CC, art. 940). Assim, considere que *Antonio* é credor de $100 de *Benedito*, importância da qual já recebera, como parte do pagamento, $30. Se *Antonio* ajuizar dolosamente cobrança judicial por $100, o valor da indenização punitiva a que se sujeita é $200 (o dobro do que cobra). Se, por outro lado, *Benedito* não havia feito pagamento parcial nenhum, e *Antonio* cobra-lhe em juízo $120 em vez de $100, também agindo com dolo, a indenização punitiva será de $120 (o equivalente ao exigido).

Por fim, a cobrança indevida na relação civil é disciplinada também no caso de o credor demandar o devedor *antes* do vencimento da obrigação. Neste caso, a indenização punitiva consiste no desconto dos juros correspondentes, tenham sido ou não convencionados, e no pagamento do dobro das custas (CC, art. 939).

Capítulo 23

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

1. RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS LÍCITOS

Por duas formas, o sujeito de direito pode ser responsabilizado objetivamente, isto é, por danos causados em razão de atos lícitos. A primeira é a específica previsão legal; a segunda, a exploração de atividade em posição que lhe permita socializar os custos entre os beneficiados por ela. Denomino aquela de *formal*, e esta, de *material*. Tem, assim, responsabilidade objetiva formal o sujeito de direito a quem norma legal específica atribui a obrigação de indenizar danos independentemente de culpa. De outro lado, tem responsabilidade objetiva material o sujeito obrigado a indenizar, mesmo sem ser culpado pelo dano, por ocupar posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade. As duas hipóteses estão albergadas no parágrafo único do art. 927 do CC: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei" (*responsabilidade objetiva formal*) "ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (*responsabilidade objetiva material*).

Pode ocorrer a sobreposição das duas modalidades de responsabilidade objetiva. Quer dizer, a lei pode estabelecer, ao lado da norma geral de objetivação do art. 927, parágrafo único, *in fine*, uma norma específica que a reforce. É o caso, por exemplo, dos empresários fornecedores de produtos. Para eles, o Código Civil objetiva a responsabilidade não somente no preceito geral mencionado, como num específico, o art. 931. Sobrepõem-se, então, no caso de empresários que fornecem ao mercado produtos (os industriais, construtores etc.) as duas modalidades de responsabilidade objetiva: a formal, no art. 931 do CC (e também no art. 12 do CDC), e a material, no fim do art. 927, parágrafo único. A norma de responsabilização material, por evidente, pode integrar qualquer diploma legal, e não necessariamente o Código Civil. Assim, há também a sobreposição no caso dos empresários prestadores de serviços, tendo em conta o art. 14 do CDC, e no do Estado, considerando-se o art. 37, § 6º, da CF.

Em virtude da possibilidade de sobreposição, a distinção entre os dois fundamentos de responsabilidade civil objetiva, no atual estágio de evolução do direito positivo brasileiro, pode não apresentar, em alguns casos, maior importância prática. Isto porque *a maioria* das hipóteses em que caberia a responsabilidade objetiva material está já prevista num dispositivo de lei específico — no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Constituição ou em leis esparsas.

*São duas as modalidades de responsabilidade objetiva: a prevista em preceito específico de lei (*responsabilidade formal*) e a derivada da exploração de atividade cujos custos podem ser socializados entre os beneficiários (*responsabilidade material*). Quando o legislador, atento à segurança nas relações jurídicas, prevê em preceito próprio hipótese de responsabilidade objetiva material, a distinção entre as modalidades perde importância prática.*

A sobreposição entre as duas modalidades não é completa. Há, de um lado, sujeitos com responsabilidade objetiva material sem que lei específica a preveja. Uma cooperativa de grande porte, capaz de socializar seus custos, responde objetivamente pelos danos derivados de sua atividade, malgrado inexista qualquer disposição específica nesse sentido (subitem 4.2). Há, de outro lado, sujeitos com responsabilidade objetiva formal que não dispõem de meios para socializar custos. É o caso, entre outros, dos pais pelos atos do filho menor que se encontra sob sua autoridade e na companhia de pelo menos um deles. Não têm os pais como repassar as repercussões do dano; ao contrário, devem absorvê-las por completo. A responsabilidade objetiva exclusivamente formal, assim, não se justifica pela racionalidade na alocação dos recursos econômicos. Cumpre, no exemplo, a função de compatibilizar os interesses da vítima (no sentido de ser indenizada) e os do agente causador dos danos, que, por ser incapaz, merece particular proteção da ordem jurídica. Na responsabilização dos pais, em determinadas situações, pelos danos causados por filhos menores, a responsabilidade objetiva compatibiliza os interesses destes (protegidos em razão da incapacidade) e os do prejudicado.

A responsabilidade objetiva, formal ou material, corresponde sempre a norma especial, aplicável a casos particulares. A regra geral continua sendo a da responsabilidade civil subjetiva, isto é, por ato ilícito. Desse modo, se ausentes os pressupostos da lei para a responsabilização objetiva, a vítima poderá pleitear indenização provando a culpa do demandado. Ainda no exemplo da

responsabilidade dos pais por atos dos filhos menores: a imputação objetiva está sujeita ao pressuposto de que se encontrem estes sob a autoridade e em companhia daqueles (CC, art. 932, I). Não preenchido o pressuposto, portanto, os pais não têm a responsabilidade objetiva. Podem, porém, ser subjetivamente responsabilizados se a vítima provar a culpa deles no evento danoso. Imagine que *Antonio* empreste o carro para seu filho menor *Benedito* dirigir. Evidentemente, *Benedito* não é habilitado, porque não tem a idade mínima para isso (18 anos). Se ele causar acidente de trânsito sem estar na companhia de *Antonio*, não se atende ao pressuposto legal de atribuição de responsabilidade objetiva aos pais por atos de filhos menores. Mas *Antonio* poderá ainda ser responsabilizado por culpa, já que incorreu num ato ilícito ao emprestar o automóvel ao filho.

A regra geral é a de imputação de responsabilidade civil subjetiva: todos respondem pelos seus atos ilícitos. A responsabilização objetiva é regra especial. Quando ausentes os pressupostos da imputação de responsabilidade objetiva, mas presente o elemento subjetivo, caberá a responsabilização do demandado por culpa.

Os elementos da responsabilidade civil objetiva são dois: os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais do credor e a relação de causalidade entre eles e ato ou atividade do devedor. Não se discute o elemento subjetivo, por ser irrelevante eventual culpa do sujeito passivo do vínculo obrigacional. Destaco que não ocorre, na objetivação, a presunção de culpa do obrigado a indenizar, mas sua completa desqualificação como elemento constitutivo da responsabilidade civil. Quando alguém é objetivamente obrigado a indenizar danos, na imputação da obrigação não há qualquer desaprovação jurídica ou moral aos atos praticados, como ocorre na responsabilização subjetiva. A obrigação de indenizar é apenas a operacionalização de um eficiente mecanismo de alocação de recursos na sociedade.

2. TEORIA DO RISCO

Até agora, não fiz referência à *teoria do risco*. A postergação tem sido, claro, intencional e há uma razão para isso: nela há ainda o ranço da desaprovação jurídica ou moral do devedor, que importa certa relativização da objetividade buscada. Justificar a imputação da responsabilidade objetiva pelo mecanismo de socialização de custos das atividades — abstraindo por completo a criação dos

riscos como fundamento da obrigação — afasta a relativização. Nenhuma exposição tecnológica do direito civil brasileiro pode, contudo, ignorar a teoria do risco. Ela inspirou os elaboradores do Código Civil, e isto é motivo suficiente para seu estudo. Ademais, corresponde à fundamentação tecnológica mais aceita e difundida, até o momento, para a imputação de responsabilidade objetiva.

De acordo com a teoria, toda atividade humana gera proveitos para quem a explora e riscos para outrem. O transporte ferroviário, por exemplo, é atividade lucrativa para a estrada de ferro. Com o preço das passagens vendidas, custeia a atividade e proporciona lucro ao proprietário. De outro lado, os passageiros, os donos da carga transportada e os dos imóveis lindeiros à ferrovia correm riscos de dano em decorrência do transporte ferroviário. Pois bem, pela teoria do risco, imputa-se responsabilidade objetiva ao explorador da atividade fundado numa relação axiológica entre proveito e risco: quem tem o proveito deve suportar também os riscos (*ubi emolumentum, ibi onus*). Se, para a estrada de ferro, é impossível exercer sua atividade sem criar riscos para terceiros, vindo estes a sofrer danos em virtude do transporte ferroviário, deve ela ser obrigada a indenizá-los. Em outros termos, porque a estrada de ferro objetiva lucrar com a atividade criadora do risco, ela tem também a obrigação de suportar os danos decorrentes.

A atribuição da responsabilidade pelos danos a quem aproveita a atividade geradora dos riscos é a formulação mais corrente da teoria. Chama-se teoria do *risco-proveito*. Notam-se, contudo, algumas variações que põem maior ênfase num ou noutro aspecto da questão. Assim, se o fundamento da responsabilidade objetiva repousa na exposição aos riscos da atividade, fala-se em *risco-criado*; se na sua inevitabilidade, em *risco-profissional*.

Fernando Noronha desmembra os riscos de atividades a que se refere o art. 927, parágrafo único, do CC em três. O primeiro, denomina *risco de empresa*. Está relacionado aos acidentes de consumo, de trabalho e demais derivados da exploração de atividade empresarial. O empresário — quem exerce profissionalmente atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços — deve suportar todos os ônus resultantes de eventos danosos acarretados por sua atividade econômica. Ao segundo, refere-se por *risco administrativo*. Diz respeito à obrigação imposta à pessoa jurídica pública de indenizar os danos derivados da realização do interesse público, para distribuí-los pela coletividade beneficiada. Finalmente, o *risco-perigo*. Quem se aproveita duma atividade lícita potencialmente perigosa deve responsabilizar-se pelos danos que causar. Noronha esclarece que, inicialmente, a responsabilidade

objetiva assentava-se no perigo de danos, noção que, hoje em dia, complementa a do *risco de empresa* e *administrativo* (2003:486). De fato, há direitos positivos, como o italiano, português ou mexicano, que enfatizam a periculosidade da atividade na caracterização da responsabilidade objetiva por danos (Gonçalves, 2003:314/315; Alpa-Bessone, 2001:331/335).

A teoria do risco é amplamente difundida nos países de tradição românica. Despertou críticas, no início, dos subjetivistas, no contexto dos debates que contrapunham as espécies de responsabilidade civil, e resistiu muito bem a elas (Lima, 1960:189/202). Não tem sido, porém, alvo de maiores questionamentos da parte de quem admite hipóteses de responsabilização sem culpa. A tecnologia jurídica dá-se, em suma, por satisfeita com a concepção de justiça distributiva que nela se encerra: a quem ganha com a atividade cabe o ônus de arcar com os riscos dela.

*Pela teoria do risco, quem tem o proveito de certa atividade deve arcar também com os danos por ela gerados (*ubi emolumentum, ibi onus*). Em decorrência, deve ser imputada responsabilidade objetiva a quem explora atividade geradora de risco para que não venha a titularizar vantagem injurídica.*

Há três espécies de risco: risco de empresa *(o empresário que busca o lucro com a atividade econômica explorada tem o ônus de arcar com os eventos danosos por ela desencadeados),* risco administrativo *(o Estado deve ser objetivamente responsabilizado para distribuir as repercussões econômicas da realização do interesse público entre os beneficiados) e* risco-perigo *(quem se aproveita de atividade que expõe direitos de outrem a perigo deve responder na hipótese de danos).*

Há, contudo, na teoria do risco, resquícios da responsabilização civil como resposta a certo tipo de desconformidade em relação ao direito. O princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa* é de tal forma arraigado à cultura jurídica dos países de tradição românica, que dificulta a aceitação da noção de responsabilidade civil desacompanhada de qualquer desaprovação jurídica ou moral do ato ou atividade causadora do dano. No fundo, como dito, encontra-se o apego à ideologia individualista da vontade como fonte última das obrigações (Cap. 21, subitem 3.1). Por essa razão, o processo de amadurecimento da responsabilidade objetiva na tecnologia jurídica é lento, não linear e ainda está em curso.

Ao estabelecer a relação entre proveito e ônus, a teoria do risco sugere que a falta de responsabilização importaria vantagens indevidas para quem explora a atividade. Se o sujeito a quem beneficia não respondesse pelos danos causados em função dos riscos criados, ocorreria um enriquecimento injurídico — está

implícito nos fundamentos da teoria. Resquícios da natureza sancionatória da responsabilidade subjetiva encontram-se ainda na noção da oneração do beneficiado pela criação do risco como fundamento da objetivação.

Todavia, a menção aos riscos na elaboração dos fundamentos racionais e axiológicos da responsabilidade objetiva é por tudo dispensável, assim como é também o estabelecimento de relação entre proveito e ônus no contexto da justiça distributivista. A socialização dos custos da atividade entre os beneficiários — tal como descrita (Cap. 21, subitem 3.2) — fornece suficiente fundamento moral, jurídico e econômico para a imputação de responsabilidade por atos lícitos. É cabível e oportuno espancar de vez todas as resistências à plena objetivação da responsabilidade civil, sempre que presentes seus pressupostos.

3. SIGNIFICADO DE “ATIVIDADE”

A responsabilidade objetiva material é imposta, pela parte final do parágrafo único do art. 927 do CC, àqueles cuja atividade normalmente desenvolvida implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Que significado se deve atribuir à expressão “atividade” nesse dispositivo? Quando é “normalmente desenvolvida”, e quando não? Responder estas questões é necessário para delimitar o alcance da imputação. Neste item, abstraio a responsabilidade objetiva formal, com vistas a tornar os argumentos menos complexos. Não há prejuízo nesta abstração, visto que a previsão específica em lei leva à imputação da responsabilidade objetiva, independentemente das respostas apresentadas.

Atividade, para os fins do dispositivo em foco, não pode ter o significado singelo de conjunto ordenado de atos. Esta solução implicaria tratar toda responsabilidade por ato isolado de forma subjetiva fundado no *caput* do art. 927 do CC, e a derivada de dois ou mais atos ordenados, sempre de forma objetiva, lastreado na parte final do parágrafo único desse dispositivo. Explico. Se atividade é tomada no sentido mais corriqueiro de multiplicidade de atos articulados em vistas de um objetivo, somente a hipótese de danos causados por um único ato poderia implicar responsabilidade aquiliana. Esse, porém, não pode ser o critério de distinção entre as espécies de responsabilidade, porque não haveria fundamento na discriminação. Interpretar atividade como conjunto ordenado de atos implicaria inconsistências jurídicas como a seguinte: se pessoa enfurecida danifica o carro do desafeto com uma única e certeira martelada, a responsabilidade seria subjetiva; se o danifica sem furor e sopesando friamente cada ato, mediante sucessivos e cotidianos agravos ao veículo, responderia de

forma objetiva.

A sucessão de atos ordenados, ressalto, é essencial para a identificação da atividade ensejadora de responsabilidade objetiva material. Não basta, porém, se se querem descartar implicações desarrazoadas como a assinalada. Poder-se-ia argumentar com a adjetivação empreendida pela lei, no sentido de que a atividade geradora de responsabilidade objetiva seria a que o agente reiteradamente explora. No dispositivo fala-se em "atividade normalmente desenvolvida", o que sugere um conjunto de atos ordenados e habituais. Mas ainda assim não será suficiente, porque não tem sentido tratar subjetiva ou objetivamente certa hipótese em função da reiteração ou habitualidade do que o agente faz. Se qualquer conjunto ordenado de atos com vistas a alcançar certo objetivo, repetitiva ou habitualmente praticados, gerasse responsabilidade objetiva material, chegar-se-ia a conclusão também inconsistente sob o ponto de vista jurídico: o motorista que diariamente faz determinado trajeto da casa para o escritório teria responsabilidade objetiva se causasse acidente de trânsito, porque dirigir ali seria uma atividade normalmente desenvolvida por ele; mas, no dia em que variasse o trajeto, sua responsabilidade por acidente de trânsito passaria a ser subjetiva, porque dirigir por aquelas outras vias não correspondia a atividade normalmente exercida por ele.

Também não resolve as questões propostas o dito final do dispositivo de lei referido. Para gerar responsabilidade civil objetiva material, a atividade deve expor a riscos direitos de outrem, mas não basta a presença dessa exposição para a constituição da obrigação de indenizar. Como assentado (Cap. 21, item 1), a convivência em sociedade implica necessariamente interações: quem age influi na situação, interesses e bens de outra ou outras pessoas *sempre*. As implicações que a conduta de alguém traz para a situação, interesses e bens de outrem podem ser positivas ou negativas. Não são, porém, todas as externalidades negativas que comportam internalização. Quer dizer, não é simplesmente da circunstância de gerar risco que decorre a responsabilidade. Há atividades que importam risco a direitos de outrem e que não geram responsabilidade civil de quem as explora. Por exemplo: os administradores de empresas ou de investimentos especulativos são contratados, muitas vezes, para serem *criadores de risco*. Como o retorno financeiro é diretamente proporcional ao risco de perda, há profissionais cuja atividade importa inegavelmente criação de risco a direitos de pessoas interessadas em lucros extraordinários. Os danos porventura relacionados a esses riscos não são indenizáveis. Outro exemplo: o portador de doença rara sofre as consequências da falta de investimentos na pesquisa de meios de tratamento. É

certo que a atividade da indústria farmacêutica não gera o risco da doença rara, mas dela deriva a inexistência de pesquisas que levem à cura.

A prática de atos racionalmente ordenados e com habitualidade bem como a exposição a riscos de direitos de outrem são essenciais à identificação da atividade constitutiva da responsabilidade civil objetiva material, mas, de novo, não bastam. A atividade a que se refere a lei, na parte final do parágrafo único do art. 927 do CC, é a que viabiliza a socialização de custos. Não havendo específica previsão legal atribuindo responsabilidade objetiva, ninguém deve ser responsabilizado por ato lícito, se não tiver meios de socializar os custos de sua atividade.

Por "atividade normalmente desenvolvida", que implica, "por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (CC, art. 927, parágrafo único), deve-se entender aquela em que for possível a socialização dos custos.

O empresário responde por acidentes de consumo porque são estatisticamente previsíveis. Dessa forma, ele pode incorporar ao preço dos produtos ou serviços que oferece ao mercado algo como uma "taxa" de absorção de riscos de danos. Os consumidores, um dos beneficiários da atividade em questão (sem ela, não teriam acesso aos bens ou serviços de que necessitam ou querem consumir), ao pagarem preço um pouco mais elevado pelos produtos ou serviços, estão assumindo sua parcela na repercussão dos acidentes marginalmente inevitáveis. Opera-se, desse modo, a socialização dos custos. Quem não se encontra em condições de realizá-la, à falta de específica previsão legal atributiva de responsabilidade objetiva, não pode ser responsabilizado sem culpa. É o caso dos profissionais liberais pelos danos relacionados à sua atividade, dos motoristas pelos acidentes de circulação, dos empregados ou administradores pelos prejuízos que suas atividades provocam a seus empregadores ou contratantes etc.

4. RESPONSABILIDADE DOS EMPRESÁRIOS

Antes da entrada em vigor do Código Reale, já previa o direito brasileiro algumas hipóteses de responsabilidade objetiva dos empresários. O exemplo mais significativo encontra-se na responsabilização por acidente de consumo, que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, independe de culpa (arts.

12 e 14). Afora, porém, nas situações alcançadas por essas previsões esparsas, a responsabilidade dos empresários era, como a dos demais sujeitos de direito, em regra, subjetiva. O Código Reale mudou substancialmente o tratamento da matéria. Atento ao fato de os empresários sempre ocuparem posição econômica que lhes permite socializar os custos da atividade empresarial entre os consumidores dos produtos ou serviços oferecidos ao mercado, passou a lei a imputar-lhes responsabilidade objetiva *por todos os danos a ela associados*.

Exemplo da mudança empreendida encontra-se na responsabilização por acidentes de trânsito. Antes da vigência do Código Reale, era subjetiva a responsabilidade dos empresários pelos danos causados por seus empregados motoristas, na condução dos veículos da empresa. Não existia norma afastando a incidência do princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*. Ao entrar em vigor a nova codificação, os empresários passaram a ter responsabilidade objetiva por todos os danos relacionados à sua atividade, por se submeterem sempre à parte final do parágrafo único do art. 927 do CC (responsabilidade objetiva material). Considere, para ilustrar, o acidente de trânsito causado pelo motorista de um caminhão de empresa de mudanças. Antes da vigência do Código Reale, tinha natureza diversa a responsabilidade do empresário relativamente aos danos sofridos, de um lado, pelo consumidor de seus serviços e, de outro, pelo pedestre ou o proprietário do outro veículo envolvido. Pelos danos infligidos ao consumidor — a perda dos móveis e utensílios transportados, o atraso na organização da nova morada etc. — respondia objetivamente (CDC, art. 14), mas, pelos acarretados aos não consumidores — o pedestre atropelado, o proprietário do veículo abalroado etc. —, a responsabilidade era subjetiva. Hoje, não há mais essa divisão. Todo e qualquer prejudicado por dano imputável a empresário é indenizado no regime da objetividade, ou seja, independentemente da culpa.

Restou, no direito brasileiro, uma só hipótese de responsabilização subjetiva dos empresários, a dos acidentes de trabalho. Por força de preceito constitucional, o empresário é responsável pela indenização dos danos sofridos por seus empregados no trabalho apenas quando os causou por culpa ou dolo (CF, art. 7º, XXVIII). A exceção se justifica, na medida em que os custos relacionados a esses acidentes associados à atividade empresarial já se encontram socializados, por meio dos instrumentos do direito previdenciário. Ao se obrigar o INSS a pagar ao acidentado o valor do benefício correspondente, a lei distribui a repercussão econômica do evento entre os empregados expostos ao risco e os beneficiários da atividade laboral, isto é, os empregadores e toda a

sociedade. A imputação de responsabilidade objetiva aos empresários por acidente de trabalho apenas alteraria o universo das pessoas alcançadas pela socialização: em vez dos contribuintes do sistema de seguro social, seriam os consumidores daquele específico produto ou serviço a arcarem com as repercussões econômicas do acidente de trabalho. Deve continuar subjetiva, portanto, a responsabilidade dos empresários neste caso.

A imputação, em regra, de responsabilidade objetiva aos empresários é plenamente justificável. Encontram-se eles sempre numa posição econômica que lhes permite socializar, entre os seus consumidores, os custos da atividade empresarial. Note-se, não é a objetivação da responsabilidade que induz o empresário a repartir com seus consumidores os custos associados aos acidentes. Se assim fosse, caberia até mesmo questionar sua pertinência e justiça. Afinal, se estivesse ao alcance do direito poupar os consumidores das repercussões dos acidentes associados às atividades empresariais, recomendariam os valores de justiça que o fizesse. Isso, porém, está fora do alcance da ordem jurídica. Não é a responsabilidade objetiva que gera a socialização dos custos — ela acontece de qualquer modo, já que o preço dos produtos e serviços pago pelos consumidores deve sempre ser suficiente para o empresário recuperar investimento e custos, além de obter lucro. É ínsito ao sistema capitalista de produção, portanto, o mecanismo descrito pela noção de socialização de custos. A responsabilidade objetiva, na verdade, apenas *tem lugar* quando o devedor está em condições de socializar os custos de sua atividade. A lei aproveita-se de uma situação de fato para, de um lado, facilitar o acesso da vítima à indenização (princípio da indenidade) e, de outro, realocar os recursos econômicos de forma mais racional.

A responsabilidade dos empresários pelos danos associados à exploração de atividade empresarial é, em regra, objetiva. Apenas pelos acidentes de trabalho eles respondem por culpa ou dolo.

A responsabilidade objetiva dos empresários é simultaneamente material *(por encontrarem-se eles sempre numa posição econômica que lhes permite socializar os custos da atividade empresarial entre seus consumidores) e* formal *(em vista de diversos preceitos, do Código Civil e de outras leis, que mencionam expressamente a irrelevância da culpa para sua imputação).*

A responsabilidade objetiva dos empresários suscita diversas questões, a maioria delas tratada por outros ramos da tecnologia jurídica (direito comercial, do consumidor, ambiental etc.). Em sede de direito civil, cabe o exame dos lineamentos gerais da matéria.

4.1. Conceito de empresário

O Código Civil define “empresário” dando à expressão um significado técnico. Ele deve ser conhecido e sempre respeitado na aplicação das normas jurídicas. O intérprete e o aplicador da lei devem desconsiderar significados não técnicos das expressões sempre que houver uma definição legal. Devem tratar o preceito que abriga a definição como parte de todas as normas jurídicas em que for empregada.

Empresário, nos termos da lei, é a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (CC, art. 966, *caput*). Desmembra-se, aqui, a definição em três elementos com o objetivo de examiná-la:

a) *atividade econômica e organizada*. A atividade explorada pelo empresário ostenta duas características: é econômica e organizada. A atividade é econômica se tem aptidão para gerar lucro a quem a explora. Ter aptidão, note-se, não significa alcançar necessariamente o efeito para o qual se está apto. Quer dizer, a atividade econômica é explorada tendo em vista seu potencial de lucratividade. Não há garantia nenhuma, porém, de que ela será realmente lucrativa. Há sempre o risco de insucesso para qualquer atividade econômica, por mais aprimorados e conclusivos que tenham sido os estudos indicativos de sua viabilidade e potencialidade. Veja que abstraio, por ora, a questão da finalidade lucrativa. Interessa, aqui, apenas apontar a aptidão para gerar lucros que torna econômica a atividade. Quem explora atividades estéreis na geração de lucros, assim consideradas as de proveito meramente moral, intelectual, físico ou social, não se considera empresário.

A organização da atividade, por sua vez, diz respeito à forma como ela é explorada. Este é o elemento mais importante da definição de empresário. O exercente de atividade econômica considera-se empresário, para efeitos técnicos, quando lhe dá um determinado nível de organização, isto é, quando emprega mão de obra, compra insumos, adquire ou desenvolve tecnologia e investe capital *num determinado volume* característico da empresarialidade. A mesma atividade econômica pode ser ou não desenvolvida de forma organizada, empresarial. Pense no comércio de algumas peças do vestuário, como camisetas ou bonés. Tanto a loja de departamentos como o comerciante ambulante podem explorar essa atividade econômica. É certo que a primeira o faz de modo empresarial, ao contrário do ambulante, no caso de ele contar apenas com seu próprio trabalho e do de familiares, investir pouco dinheiro e prescindir de

conhecimentos especializados de administração de negócios.

b) *Produção ou circulação de bens ou serviços*. A atividade do empresário consiste em produzir ou circular bens ou serviços. A produção de bens corresponde à indústria e construção civil. A montadora de automóveis, o fabricante de roupas, de remédios, de eletrodomésticos, bem como as construtoras de prédios de apartamento ou escritórios são exemplos de empresários. A circulação de bens é a atividade comercial de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias. O supermercado, a concessionária de automóveis, a loja de departamentos e a farmácia são empresários. Produção de serviços, a seu turno, significa a prestação de serviços. Desse modo, o hotel, hospital, estacionamento, instituto de beleza são também empresários. Por fim, a circulação de serviços liga-se à intermediação na prestação de serviços. A agência de turismo e a de propaganda são empresários que circulam serviços. Claro que não basta, como visto, dedicar-se à produção ou circulação de bens ou serviços para ser empresário. Se não houver a organização da atividade como uma empresa, quem produz ou circula bens ou serviços não é considerado tecnicamente empresário.

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

c) *Profissionalidade*. O requisito da profissionalidade desdobra-se em dois: habitualidade e intuito lucrativo. Para ser considerado empresário o exercente da atividade econômica deve habitualmente organizá-la. Quem, precisando ganhar dinheiro rapidamente para atender a certa necessidade, vende alguns móveis e objetos de arte pode até mesmo fazê-lo com organização empresarial, mas não será empresário por faltar-lhe o atributo da habitualidade.

Por fim, o intuito lucrativo. A atividade econômica pode ser explorada com ou sem objetivo de lucro. Ela, por definição, é a atividade *apta* a gerar lucros, mas quem a explora pode estar motivado por interesses altruístas, culturais, sociais etc. Considere a associação que mantém um hospital para tratamento de crianças portadoras de deficiência física. A organização e prestação de serviços hospitalares é atividade econômica — porque tem a aptidão de gerar lucros. Mas a associação não os explora com a finalidade lucrativa. As diferenças que eventualmente conquista entre receitas e despesas aplicam-se na realização dos

fins caritativos que a inspiram. Para que o exercente de atividade econômica organizada seja considerado juridicamente empresário, seu móvel deve ser o lucro. Não há atividade empresarial sem finalidade lucrativa.

4.2. Atividades econômicas não empresariais

A empresarialidade na produção ou circulação de bens ou serviços — isto é, volume na contratação de mão de obra, no capital investido, na compra de insumos e no emprego de tecnologias — é, no campo do direito privado, a condição para a socialização de custos. Por essa razão, a lei imputa aos empresários responsabilidade objetiva pelos danos relacionados à atividade que exploram. A produção ou circulação de bens ou serviços só se considera, como visto, empresa se reúnem também as características da organização e profissionalismo. Quem explora atividade econômica não organizada empresarialmente — comerciante ambulante, pequeno feirante, professor particular de língua estrangeira etc. — não é empresário. Também não o é quem o faz sem profissionalidade — a fundação cultural ao vender bonés para sustentar suas atividades, a associação de pais e mestres ao organizar a festa junina etc.

A produção ou circulação de bens ou serviços também não é empresarial quando a lei assim o estabelece de modo particular. Com efeito, há certas atividades que são legalmente definidas como não empresariais, ainda que presentes todos os requisitos do conceito de empresário. São três as hipóteses mais relevantes: as atividades rurais, as dos profissionais liberais e as das cooperativas.

Exercem atividade rural os que extraem da natureza produtos úteis ao consumo humano. O fazendeiro, pescador, extrativista, pecuarista pertencem a esta categoria de profissionais. Para eles, a lei brasileira reservou uma sistemática *sui generis*, atenta a duas realidades extremamente diversas, que são a da grande empresa capitalista do campo (responsável pelos agronegócios, p. ex.) e a dos pequenos produtores (ligados à agricultura familiar, p. ex.). O exercente de atividade rural pode optar por ser empresário ou não. Se quiser se submeter às regras próprias a que se sujeitam os empresários (inclusive a objetivação na responsabilidade civil), ele deve inscrever-se na Junta Comercial; caso contrário, não será juridicamente considerado empresário (CC, art. 971). Desse modo, a grande empresa capitalista do campo é explorada por quem atende a essa formalidade, enquanto o pequeno produtor tende a desenvolver seu negócio sem ela. A questão, embora se resolva aparentemente por simples

pesquisa aos assentamentos do registro de empresas, esconde uma complexidade. O exercente de atividade rural sem inscrição na Junta Comercial pode ou não ter responsabilidade objetiva pelos danos por ela causados. Ele não se submete às regras aplicáveis aos empresários, e sua responsabilidade não é, portanto, necessariamente objetiva. Depende a resposta à questão da capacidade econômica de socializar custos. Uma questão de fato, para cuja solução é irrelevante a inexistência da formalidade do registro.

Em outros termos, o exercente de atividade rural sem inscrição na Junta Comercial não é empresário e, por isso, não se sujeita à regra da responsabilidade objetiva formal (CC, art. 931). Mas, se estiver em condições de socializar os custos de sua atividade entre os adquirentes dos produtos que retira diretamente da natureza, submete-se à regra da responsabilidade objetiva material (CC, art. 927, parágrafo único, *in fine*). Assim, a responsabilidade do exercente de atividade rural não registrado na Junta Comercial é subjetiva, a menos que a vítima demonstre que ele, em razão da dimensão da atividade explorada, dispõe de instrumentos de socialização de custos.

Os profissionais liberais são prestadores de serviços, mas submetem-se aos regimes próprios de sua formação. Mesmo que contem com o auxílio de colaboradores ou auxiliares não se consideram empresários, por expressa previsão da lei (CC, art. 966, parágrafo único). Médicos, advogados, engenheiros, arquitetos, psicólogos, veterinários e outros prestadores de serviços especializados, para cuja execução é legalmente exigida formação superior e sujeição à fiscalização pelos pares, não são juridicamente considerados exercentes de atividade empresarial. Viu-se, aliás, que sua responsabilidade é subjetiva (Cap. 22, item 3).

Não são considerados empresários, ainda que a atividade exercida reúna as características das empresariais: os profissionais liberais (salvo se são elementos de empresa), os exercentes de atividades rurais (exceto se inscritos na Junta Comercial) e as cooperativas.

A questão dos profissionais liberais, contudo, não é simples como a dos exercentes de atividades rurais. A lei excepciona da exclusão do conceito de empresário (reenquadrando-o, portanto, neste) os profissionais liberais que sejam *elemento de empresa*. Quer dizer, quando a unidade produtora de serviços profissionais cresce a ponto de ocupar o titular basicamente com as tarefas de

sua organização, afastando-o, pouco ou muito, do cotidiano da profissão liberal, caracteriza-se a exceção da exceção. Quer dizer, o profissional liberal, neste caso, é empresário. Desse modo, o médico em seu consultório não é empresário, ainda que contrate auxiliares e colaboradores. Já o médico dono de um grande hospital, que trabalha muito mais na organização do estabelecimento do que clinicando, é elemento de empresa e, portanto, empresário. Sua responsabilidade será, então, objetiva, igual à dos demais empresários.

A exceção da exceção não tem pertinência no caso dos advogados, que, por força da legislação reguladora da atividade, nunca podem ser considerados empresários. Mesmo o escritório de advocacia com enorme quantidade de advogados, que adote padrões de organização empresarial na estruturação e prestação de seus serviços, terá invariavelmente responsabilidade subjetiva.

Em regime jurídico idêntico aos dos profissionais liberais encontram-se artistas e escritores (CC, art. 966, parágrafo único).

A responsabilidade civil dos profissionais liberais não empresários é subjetiva. Se são elementos de empresa, passa a ser objetiva. A dos exercentes de atividades rurais não inscritos na Junta e a das cooperativas é subjetiva, a menos que se lhes possa atribuir a responsabilidade objetiva material, em vista do porte do negócio.

Finalmente, as cooperativas. Quando a atividade econômica é explorada por sociedade desta específica categoria, por expressa disposição de lei, não se considera empresarial (CC, art. 982, parágrafo único). Trata-se, aqui, de mera questão formal. Sempre que para explorar certa atividade de produção ou circulação de bens ou serviços os agentes se unem como cooperativados, desveste-se ela do caráter empresarial. Consequentemente, a cooperativa tem, em princípio, responsabilidade subjetiva. Poderá, contudo, dependendo de seu porte, ser objetivamente responsabilizada, quando tiver meios de socializar os custos da atividade entre os beneficiários dela. Responde, então, objetivamente não porque seja empresária (o que decididamente não é), mas por estarem presentes os requisitos da responsabilidade objetiva material, assentados no art. 927, parágrafo único, *in fine*, do CC.

4.3. Empresário individual e sociedade empresária

O empresário pode ser uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, é *empresário individual*; no segundo, *sociedade empresária*.

Atualmente, as atividades econômicas de importância são exploradas por sociedades empresárias. Raramente a pessoa física se interessa por desenvolvê-las de forma individual. Em primeiro lugar, porque exigem capital elevado, que apenas a reunião de investidores e empreendedores em sociedade é capaz de levantar. Em segundo, porque, para limitar a responsabilidade pelas obrigações relacionadas à atividade econômica, atenuando os efeitos de eventual insucesso da empresa, a constituição de sociedade empresária é indispensável. Deve-se atentar, por outro lado, para o fato de que as sociedades empresárias, embora possam assumir outras formas, adotam praticamente apenas a da *limitada* ou da *anônima*. Correspondem estes tipos societários a mais de 99% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais de todo o País. Não há interesse nos demais tipos (*nome coletivo, comandita simples* ou *comandita por ações*) porque os objetivos da limitação da responsabilidade e atenuação dos riscos de insucesso não se alcançam inteiramente por meio deles (Coelho, 1998, 2:22/23).

Interessa ter presente a distinção entre empresário individual e sociedade empresária, no exame da matéria relativa à responsabilidade civil, para os fins de identificar a *pessoa* a quem se imputa responsabilidade objetiva. É sempre o empresário que responde pelos danos advindos da exploração da atividade empresarial. Quando é ele pessoa jurídica, será a sociedade empresária, portanto, a responsável, e *não os seus sócios*. Em razão da autonomia das pessoas jurídicas, examinada anteriormente (Cap. 8, itens 1, 2 e 4), os sócios da sociedade empresária *não* são empresários. Eles não têm, em consequência, responsabilidade objetiva pelos danos derivados da exploração de atividade empresarial. A vítima do acidente de consumo, por exemplo, pode pleitear a indenização contra a sociedade empresária que forneceu o produto ou serviço perigoso ou defeituoso, sem provar-lhe a culpa. Mas nenhum direito tem contra sócio da sociedade empresária, a menos que prove ter sido o dano causado diretamente por conduta culposa do demandado.

Em outros termos, a sociedade empresária limitada ou anônima responde objetivamente pelos danos relacionados à atividade econômica que ela, pessoa jurídica, explora. Os seus sócios ou acionistas, contudo, não têm responsabilidade objetiva por tais danos. Apenas demonstrando a eventual culpa de um ou mais deles, cuja conduta tenha concorrido diretamente para o evento danoso, poderá ser-lhes imputada responsabilidade. Esta é, portanto, subjetiva. A responsabilização dos sócios da sociedade empresária, aliás, terá especial lugar se a conduta culposa ensejadora da obrigação de indenizar consistiu na manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial da pessoa jurídica

aparentemente responsável; isso porque, neste caso, caberá a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo a imputação da obrigação diretamente ao sócio que praticou o ato fraudulento ou o abuso de direito (Coelho, 1998, 2:31/56). De qualquer modo, não existindo culpa do sócio da sociedade empresária pelo dano, ele não poderá ser responsabilizado.

Empresário pode ser pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, denomina-se empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Tanto numa como noutra hipótese, sua responsabilidade pelos danos relacionados à exploração de atividade econômica é objetiva, independente de culpa.

Os sócios da sociedade empresária não *são tecnicamente falando empresários. Eles, portanto, não têm responsabilidade objetiva e só se obrigam a indenizar os danos decorrentes da atividade da sociedade se tiverem concorrido, com culpa, para sua ocorrência. Sua responsabilidade, quando houver — inclusive por força da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária —, é sempre subjetiva.*

Para encerrar, preste atenção ao adjetivo que o Código Civil empregou na identificação da pessoa jurídica exploradora de atividade empresarial: é uma sociedade *empresária* e não *empresarial*. Quer dizer, ela própria é o sujeito empresário, e não os seus integrantes. É a pessoa jurídica que investe capital, adquire ou desenvolve tecnologia, circula insumos e contrata mão de obra, e não os seus sócios. Sugeriria consequências jurídicas bem distintas a opção pelo outro adjetivo; neste caso, seria uma sociedade *de empresários*.

4.4. Acidente de consumo

O empresário responde pela qualidade dos produtos ou serviços que fornece ao mercado de consumo. Para entender a extensão da obrigação legal, convém distinguirmos entre *periculosidade*, *defeituosidade* e *vício* de fornecimento (Coelho, 1994:54/100; 1998, 1:245/286).

O fornecimento é perigoso quando o produto ou serviço não apresenta nenhuma impropriedade, mas o consumidor sofre dano ao usá-lo em razão do desconhecimento acerca dos riscos a que fica exposto. A definição da periculosidade, note-se, não decorre das características inerentes ao produto ou serviço. Nenhum fornecimento é perigoso em si. Ele se torna perigoso em função das informações que o consumidor tem acerca dos riscos envolvidos com o seu consumo. Mal informado sobre os danos que pode eventualmente sofrer, usa o produto ou serviço de forma inapropriada e se lesiona.

Considerem-se, no aclaramento do conceito, dois produtos: a faca e o cinto de

segurança. Com a primeira, pode-se ferir seriamente ou até mesmo matar alguém; a faca, contudo, não é produto perigoso. O cinto de segurança, por sua vez, é produto feito para a proteção do consumidor, mas pode ser perigoso. A chave para estas questões encontra-se no conjunto de informações detidas pelo consumidor médio. A faca não é perigosa, porque todos nós temos total conhecimento dos riscos a que nos expomos ao manuseá-la. Desde pequenos, somos treinados em casa para tomar cuidados com os talheres, e a faca participa de nossa vida de tal modo que nenhum consumidor ignora os riscos a ela associados. De outro lado, o cinto de segurança pode tornar-se um produto perigoso, caso não seja convenientemente utilizado. Quem viaja com o cinto afivelado no banco de passageiro totalmente reclinado pode, em caso de choque frontal do veículo, morrer estrangulado. A pessoa sobrevive ao impacto, mas morre por falta de ar. Aparentemente, ao reclinar o banco para a viagem o passageiro estaria mais seguro com o cinto. É a deficiência nas informações sobre o uso adequado do produto que o torna perigoso.

Fornecimento defeituoso, por sua vez, é aquele em que o produto ou serviço apresenta uma impropriedade, e é ela que provoca o dano ao consumidor. Ao contrário do perigoso, o consumidor utiliza o produto ou serviço tal como deveria, e encontra-se normalmente bem informado acerca dos riscos envolvidos. O acidente de consumo acontece porque há alguma coisa de errado no fornecimento. O remédio em cujo processo de fabricação adicionou-se dose equivocada do elemento ativo, a garrafa de refrigerante com concentração de gás superior à tolerável pelo vidro, a queda do avião motivada por falha humana (erro do piloto) e o consumo de comida estragada no restaurante são exemplos de fornecimentos defeituosos. A impropriedade no produto ou serviço é a causa do dano experimentado pelo consumidor, por isso, se não houvesse o defeito, o acidente não teria acontecido.

Finalmente, o fornecimento é viciado quando a impropriedade no produto ou serviço existe, mas é inócua, no sentido de *não* causar danos de monta aos consumidores. Se o eletrodoméstico simplesmente não funciona, o pacote não contém a quantidade indicada do produto, a agência de turismo esqueceu-se de comunicar a reserva ao hotel, o banco não informou adequadamente o correntista sobre as taxas que cobra por seus serviços, ou, em casos semelhantes, o consumidor sofre dissabores e prejuízos de pouca importância, mas a impropriedade é sanada com o conserto ou troca do produto, reexecução do serviço, desfazimento do contrato ou indenização.

A mesma impropriedade pode caracterizar fornecimento defeituoso ou

viciado — depende se causa ou não danos *de monta* ao consumidor (cf. Lisboa, 2003:512/514). Se o problema no sistema de freios manifesta-se quando o automóvel trafega em baixa velocidade, não há danos relevantes para o consumidor. Trata-se de fornecimento viciado, que se resolverá com o reparo ou substituição do bem, ou rescisão do contrato de consumo. Já, se aquele problema aparece quando o automóvel viajava em alta velocidade, e disso decorre sério acidente com danos materiais e pessoais, então a hipótese é de fornecimento defeituoso.

O fornecimento de produtos ou serviços sem qualidade pode ser de três categorias: perigoso, defeituoso ou viciado.

Perigoso é o fornecimento em que o produto ou serviço não apresenta nenhuma impropriedade. Os danos são devidos à má utilização pelo consumidor deficientemente informado sobre os riscos.

Defeituoso, aquele em que o produto ou serviço tem uma impropriedade e ela é a causa do dano.

Viciado, por fim, é o fornecimento em que a impropriedade do produto ou serviço não gera danos de monta ao consumidor.

Verifica-se acidente de consumo nas hipóteses de fornecimento perigoso e defeituoso.

Sintetizo: no fornecimento perigoso, não há nenhuma impropriedade no produto ou serviço. Eles são exatamente o que deveriam ser. O dano ao consumidor não decorre, então, de defeito, mas da insuficiência de sua informação acerca dos riscos envolvidos no ato de consumo. Já nos fornecimentos defeituoso e viciado, há impropriedade no produto ou serviço. Eles não são o que deveriam ser. Diferem-se pela relevância dos danos decorrentes. Se a impropriedade causa danos de monta ao consumidor, é defeito; caso contrário, limitando-se a alguns desconfortos ou a valores que o consumidor pode absorver, é vício.

O acidente de consumo pode ter por causa fornecimento perigoso ou defeituoso. Nas duas hipóteses, a responsabilidade do empresário é objetiva, mas há certas particularidades a examinar.

4.4.1. Fornecimento perigoso

Viu-se que o fornecimento é perigoso não em função das características do produto ou serviço, mas pelo grau de informação dos consumidores acerca dos riscos envolvidos com o ato de consumo. A responsabilidade do fornecedor pelo acidente causado por fornecimento perigoso decorre, neste contexto, da ausência de informações suficientes e adequadas aos consumidores acerca dos riscos à

saúde ou integridade física e patrimônio deles. Estabelece a lei que "o fornecedor de produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade"; dispõe, também, que "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre (...) os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (CDC, arts. 9º e 31). Se o empresário vende ao mercado produtos ou presta serviços sem fazê-los acompanhar de informações que atendam aos ditames da lei, ele responde por todos os acidentes de consumo decorrentes.

Em outros termos, o consumidor deve ser capacitado a manusear o produto ou gozar o serviço sem riscos, a partir das informações a ele prestadas pelo empresário. Se determinado produto ou serviço simplesmente não pode ser consumido sem riscos, mesmo após a assimilação das informações de segurança pelos consumidores, então se trata da hipótese referida em lei como "alto grau de nocividade ou periculosidade". Neste caso, o fornecimento é proibido (CDC, art. 10). Se restar demonstrado que a simples transmissão de informações em embalagens ou no manual seria insuficiente para preservar os consumidores dos riscos associados ao produto ou serviço — para a completa segurança de quem os manuseia seria indispensável, por exemplo, formação superior ou treinamento técnico específico —, o empresário não poderia tê-los fornecido ao mercado de consumo, por apresentarem alto grau de nocividade ou periculosidade. Se transgrediu a proibição e os forneceu, será responsável pelo acidente de consumo, mesmo que tenha fornecido as informações da melhor forma possível.

Se o empresário fornece informações adequadas e suficientes acerca dos riscos do produto ou serviço que oferece ao mercado, e não há nestes nenhuma impropriedade, eventual acidente de consumo só pode decorrer de culpa exclusiva da vítima. Se as informações não eram adequadas e suficientes, ou se o manuseio sem riscos do produto ou serviço não era possível sem formação ou treinamentos específicos, o empresário responde pelo acidente. Neste caso, não tem relevância jurídica eventual má utilização do produto ou serviço pelo consumidor.

Em relação ao fornecimento que não apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade, a transmissão de informações de segurança aos consumidores no próprio produto, sua embalagem ou manual, ou pelo funcionário encarregado da execução do serviço, exonera o empresário de responsabilidade se atendidos os requisitos da lei (ostensividade, correção, clareza, precisão etc.). Desse modo, se

a embalagem do brinquedo trazia a advertência de ser “inapropriado para menores de 3 anos, por conter peças pequenas que podem ser engolidas”, o empresário atendeu à exigência legal de transmitir aos consumidores informação suficiente sobre os riscos associados ao produto. Caso a criança morra sufocada por ter-se entalado em sua garganta uma peça do brinquedo, não será imputável ao empresário qualquer responsabilidade pelo acidente de consumo.

O fornecimento perigoso caracteriza-se pela deficiência das informações sobre os riscos. Neste caso, considera-se que o consumidor mal informado pelo empresário não é o responsável pelo evento danoso. Cabe, então, ao empresário responder objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor (*RT*, *794*/404). Sendo, contudo, suficientes e adequadas as informações que o empresário presta acerca dos riscos de seu produto ou serviço, a culpa pelo evento danoso é exclusiva do consumidor.

4.4.2. Fornecimento defeituoso

A falibilidade é inerente a qualquer ação humana. Tome-se uma atividade econômica qualquer. É sempre o resultado de um conjunto articulado de ações de homens e mulheres: os trabalhadores e administradores da empresa. Por mais que se controle a qualidade dessas ações, alguns produtos ou serviços serão oferecidos no mercado com defeitos. Até mesmo porque o controle de qualidade é também uma ação humana, e, portanto, falível. Há inafastavelmente uma margem estatística de defeituosidade em todos os fornecimentos. Ela dará ensejo a inevitáveis acidentes de consumo. Os danos causados por fornecimento defeituoso não decorrem, portanto, de culpa do empresário, mas da insuperável falibilidade do ser humano (cf. Leães, 1987:125/165).

É claro que, sendo o empresário o culpado pelo defeito — no caso de negligenciar no constante aprimoramento do processo de produção ou nos controles de qualidade, por exemplo —, sempre foi obrigado a indenizar o acidente. Os elementos da responsabilidade subjetiva estão todos presentes na hipótese: a culpa do empresário, o dano sofrido pela vítima do acidente de consumo e a relação de causalidade entre uma e outro. Por isso, antes da afirmação da responsabilidade objetiva do empresário pelos acidentes de consumo (que, no Brasil, se verifica com a vigência do CDC, em 1991), os inevitáveis, assim entendidos aqueles para os quais não concorrera qualquer conduta culposa do empresário, eram tratados como fortuito. Em decorrência, suportava a vítima diretamente os seus prejuízos.

Com a objetivação da responsabilidade do empresário, a questão da culpa na

colocação de produtos defeituosos no mercado é desqualificada. Desvincula-se a responsabilidade pelos danos do acidente de consumo de qualquer valoração da conduta do empresário (Marins, 1993:94/97). Responde o empresário, tenha ou não agido negligentemente no trato da questão. A vítima do acidente de consumo — que pode ser o consumidor ou qualquer outra pessoa (CDC, art. 17) — deve provar apenas que sofreu danos e que eles foram causados por fornecimento defeituoso (Lopes, 1992:63/66).

A responsabilidade dos empresários pelos acidentes derivados de defeito nos seus produtos ou serviços é objetiva, porque não há meios humanamente possíveis de evitá-los de forma absoluta.

O produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a "segurança que dele legitimamente se espera" (CDC, art. 12, § 1º). A avaliação da deficiência de segurança deve ser feita não em função das expectativas nutridas pelos consumidores, mas pelas condições objetivas do próprio produto, considerando-se o desenvolvimento da ciência e tecnologia, o perfil do público-alvo a ser atendido e até mesmo a conjuntura econômica (cf. Alpa, 1989:30/36). Não pode ser considerado defeituoso um automóvel popular, por exemplo, por não ter *airbag*. O custo deste acessório de segurança ainda é alto e inviabiliza sua colocação em produtos destinados a atender as necessidades de consumo de camadas da população de menor poder aquisitivo.

4.5. Empresários do ramo de transporte

Na noite chuvosa de 6 de maio de 1937, durante as manobras de pouso no aeródromo de Lakehurst, próximo a Nova York, concluindo a viagem iniciada em Frankfurt, o dirigível Hindenburg incendiou-se. Em segundos, o fogo consumiu por completo a imensa fuselagem, que pareceu evaporar. Filmado, foi talvez o primeiro acidente de grandes proporções transformado em espetáculo. Nos noticiários que era costume exibir no início das sessões de cinema, foi visto por milhares de pessoas nas cidades mais populosas. Mais de sessenta anos depois, na manhã ensolarada de 25 de julho de 2000, logo após decolar do aeroporto Charles de Gaulle, nos arredores de Paris, um supersônico concorde da Air France espatifou-se no solo. O estouro de um dos pneus teria causado choque interno no tanque de combustíveis, ocasionando o incêndio do avião.

Registrado por diversas câmaras domésticas, o espetacular acidente foi visto pelo mundo todo no noticiário televisivo do mesmo dia.

Os dois acidentes foram marcantes. O de Nova York assinalou o fim da era dos dirigíveis de passageiros, e o de Paris, o da única experiência de aviões supersônicos em operações comerciais. Erra, no entanto, quem pensa que a suspensão desses meios de transporte deu-se em razão da insegurança. Embora o espetáculo dos acidentes sugira o contrário, as estatísticas não são impressionantes. Entre 1928 e 1937, somente os dois maiores dirigíveis do mundo (o Graff Zeppelin e o Hindenburg) realizaram 181 travessias oceânicas e transportaram mais de vinte mil pessoas, sãs e salvas. No acidente de Nova York, dos 97 passageiros transportados, 61 sobreviveram. Os concordes da Air France e da British Airways, por sua vez, transportaram a média anual de cinquenta mil passageiros em voos regulares entre a Europa e os Estados Unidos. Operaram de 1976 a 2003, e no único acidente com vítimas de sua história faleceram 113 pessoas. As razões para a desativação desses meios de transporte foram comerciais: dirigíveis e supersônicos representaram, cada um a seu tempo, meios de transporte charmosos porém economicamente inviáveis.

Um dos primeiros temas a revelar a insuficiência do princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa* no tratamento dos acidentes da era contemporânea foi o dos danos derivados de um tipo de transporte, o ferroviário. A partir de sua larga difusão em várias partes do mundo, no fim do século XIX, em relativamente pouco tempo, surgiram legislações disciplinando a responsabilidade das estradas de ferro de modo particular. Valendo-se de uma das formulações de transição, estabeleceu a lei a presunção absoluta de culpa delas pelos acidentes associados ao transporte ferroviário. O Brasil acompanhou a tendência editando, em 1912, o Decreto n. 2.681. Nele se estabelece a responsabilidade objetiva (viu-se que a presunção absoluta de culpa equivale à desqualificação do pressuposto subjetivo) das estradas de ferro por todos os acidentes ligados à atividade empresarial que exploram. Desse modo, elas respondem pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias transportadas (art. 1º), pelo atraso no transporte (art. 7º, 2ª alínea), por danos pessoais (art. 17) e materiais (art. 23) em caso de desastre, ainda que causado por culpa de terceiros (art. 18) e também pelos prejuízos que provocarem aos proprietários marginais (art. 26).

A responsabilidade objetiva das estradas de ferro foi estendida, pela jurisprudência, aos empresários de outros ramos de transporte. De início, o Decreto n. 2.681 foi aplicado analogicamente aos danos no transporte urbano por

bondes elétricos; em seguida, associados ao transporte por ônibus (*RT*, *792*/272). Em 1952, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a responsabilidade do transportador, independente do veículo utilizado, é sempre objetiva (Rodrigues, 2002:99/101).

A responsabilidade objetiva das estradas de ferro, estabelecida no direito brasileiro em 1912, foi estendida pela jurisprudência para todos os transportadores em meados do século passado. Hoje, a matéria é disciplinada pelo CDC e pelo CC.

Avançado para sua época, o Decreto n. 2.681/12 adotou princípios de responsabilização que, no direito brasileiro de hoje, são aplicáveis a todos os empresários, e não somente aos de transporte: quanto aos prejuízos sofridos pelos consumidores, desde 1991, com a entrada em vigor do CDC; em relação aos infligidos a não consumidores, desde 2003, com a vigência do CC. Atualmente, portanto, o transportador responde objetivamente por indenizar os danos causados ao remetente de mercadorias e ao passageiro, nos termos do art. 14 do CDC, e aos proprietários marginais e qualquer outro prejudicado, em razão dos arts. 927, parágrafo único, *in fine*, e 931 do CC.

4.6. Empresários do ramo de albergaria

A responsabilização objetiva dos empresários do ramo de hospedagem encontra-se nos dispositivos do Código Civil específicos da responsabilidade por atos de outrem (CC, arts. 932, IV, e 933). Deve-se isso apenas ao descuido na sistematização da matéria. Hotéis, hospedarias, albergues e quaisquer outros estabelecimentos do ramo de hospedagem respondem pelos danos sofridos por seus consumidores, tal como qualquer outro empresário. Respondem, inclusive quando provenientes de conduta de outros hóspedes. Se alguém hospedado num hotel é furtado pelo ocupante do quarto contíguo, terá direito de reclamar a indenização contra o fornecedor dos serviços de hospedagem.

Os empresários do ramo de hotelaria, bem assim os de estabelecimentos de educação ou saúde que prestam serviços em regime de internação, respondem objetivamente pelos danos provenientes de atos dos seus consumidores neles albergados.

Idêntica regra deve ser observada na responsabilização de empresários que, mesmo não operando diretamente no ramo de hospedagem, albergam seus consumidores. É o caso dos estabelecimentos de educação que prestam serviços em regime de internato. Se, num colégio interno, dois estudantes se envolvem numa briga, pelos danos que mutuamente um infligir ao outro responde o estabelecimento educacional. Se os educandos causam danos a terceiros, também responde o educandário. Este é o caso igualmente dos hospitais e hospícios. Quem é neles internado para tratamento tem direito à indenização, caso venha a sofrer danos pela ação de outro paciente. Assim como deve ser indenizada qualquer pessoa prejudicada por atos dos doentes internados nessas instituições. Se o louco que fugiu do hospício agride o pedestre, o estabelecimento de saúde responde objetivamente pelos danos.

5. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A Constituição Imperial (1824-1891) prescrevia: “a Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (art. 99). Esse dispositivo, que parece aos nossos olhos uma anacrônica curiosidade histórica, na verdade, expressava secular princípio jurídico nascido nas monarquias absolutistas. Na origem, o princípio da infalibilidade real do direito inglês (*the king can do no wrong*) preservava não só a pessoa do rei, mas também o Estado de responsabilidade. Quando se expressou na Constituição Imperial brasileira, porém, já tinha sentido restrito e punha a salvo de qualquer responsabilização civil ou penal apenas o monarca e membros da família real. Pelo dano causado por culpa de seus funcionários ou servidores sempre respondeu o Estado no Brasil (Mello, 1981:159).

Nosso primeiro Código Civil continha dispositivo imputando às pessoas jurídicas de direito público responsabilidade subjetiva. Para obter indenização pelos prejuízos sofridos em razão da atuação estatal, cabiam ao demandante as mesmas provas exigidas nas hipóteses gerais de responsabilização civil, incluindo a do pressuposto subjetivo. Se o prejudicado não provasse a conduta culposa do agente público, não tinha direito ao ressarcimento. A responsabilidade subjetiva do Estado foi prevista também nas Cartas de 1934 e 1937.

A Constituição de 1946 mudou a regra. A responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva e tem sido desta espécie desde então. A transição de um para outro regime, contudo, não foi imediata. Esbarrou na distinção que doutrina

e jurisprudência faziam entre atos de império e de gestão, procurando circunscrever a estes últimos a responsabilidade do Estado (Meirelles, 1964:616). Na ordem jurídica vigente, a objetivação é afirmada no plano constitucional (CF, 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") e legal (CC, art. 43: "as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo").

A objetivação da responsabilidade do Estado viabiliza a socialização dos custos da atividade estatal. Ela se destina, necessariamente, à realização do interesse público e deve ser suportada por toda a sociedade. Como os custos da atividade estatal são pagos com recursos provenientes, mediata ou imediatamente, dos tributos recolhidos dos contribuintes, a indenização dos danos causados pelos agentes do Estado é, em última análise, paga pela sociedade. Não é relevante a questão da licitude ou ilicitude do ato causador do dano; a indenização será devida em qualquer hipótese pelo Estado. Note-se que, se houver ato ilícito (dolo ou culpa) por parte de seu agente, terá o Estado direito de regresso contra ele. Paga, então, ao prejudicado e recupera com o agente culpado o valor da indenização. Sempre que eficaz o exercício do direito de regresso, não se verifica a socialização dos custos da atividade estatal.

A responsabilidade objetiva do Estado imputa-se às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e autarquias como INSS, INPI, OAB, CRM etc.) e às de direito privado que prestam serviços públicos (empresas de transporte aéreo, concessionárias de rodovias ou de alguns serviços de telecomunicações etc.).

A responsabilidade do Estado é objetiva em qualquer hipótese, independentemente da natureza do ato que deu ensejo ao prejuízo. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, contudo, ela tem lugar apenas se os danos decorrem de atos comissivos. Pelas omissões, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público seria ainda subjetiva (1974:487). No mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:822/823; 1981:149). Essa distinção, note-se, não tem sido aceita pelos tribunais, que responsabilizam o Estado independentemente de culpa do agente tanto no caso de ação como de omissão danosa na prestação do serviço público (Gonçalves, 2003:290). E ela,

realmente, não tem sentido. A rigor, como já assentado, ação e omissão são apenas modos diferentes de descrever a mesma conduta. Se o motorista do carro oficial não detém o veículo a tempo de evitar o choque, sua conduta pode ser descrita como ato omissivo (deixou negligentemente de frear) ou comissivo (continuou acelerando imprudentemente). Não há, desse modo, fundamento na proposição tecnológica referida.

Para que o Estado se responsabilize objetivamente pelo dano, não se exige que o causador seja funcionário público efetivo ou comissionado. O preceito normativo menciona a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados por seus *agentes*, conceito amplo que alcança toda e qualquer pessoa a serviço do Estado. Por outro lado, se o dano é provocado por quem não cumpre essa condição, o Estado não é responsabilizável. Se integrantes de movimentos ecológicos radicais destroem a plantação de produtos transgênicos, não haverá responsabilidade civil do Estado porque os causadores do dano não são seus agentes. A responsabilidade objetiva do Poder Público não equivale a um seguro social de indenidade (Meirelles, 1964:615/616). Para que o Estado seja responsabilizável por atos causados por quem não é seu agente, torna-se imprescindível lei específica. É o caso, por exemplo, dos danos advindos de atentados terroristas contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas nacionais de transporte aéreo público. Por eles responde a União, até o limite de um bilhão de dólares, por força do expressamente estabelecido pela Lei n. 10.744/03. Sua origem remota é a Medida Provisória n. 2 (posteriormente convertida na Lei n. 10.309/01), editada alguns dias após os atentados às torres gêmeas do World Trade Center em Nova York, em 11 de setembro de 2001. Ao estabelecer a responsabilidade do Estado por atos de terceiros que não são seus agentes, a lei muda o universo de pessoas que arcarão com as repercussões dos danos. Em vista da lei mencionada, se avião brasileiro for derrubado por terroristas, caberá à sociedade brasileira como um todo — e não aos consumidores dos serviços de transporte aéreo da empresa atingida no atentado — arcar, em última instância, com os danos.

A responsabilidade do Estado pelos danos causados por atos ou omissões de seus agentes, nesta qualidade, é objetiva. Desse modo, toda a sociedade arca com o custo da realização do interesse público.

Para encerrar, algumas observações sobre a responsabilização do Estado por

atos jurisdicionais. O juiz é, sem dúvida, agente público. E pode errar. Não existem, portanto, motivos para afastar-se a responsabilidade objetiva do Estado por erro dos membros do Poder Judiciário, como pensavam no passado os que temiam pela autonomia do magistrado (cf. Gonçalves, 2002:206). A condenação de inocente implica relevantes danos ao réu; não reconhecer a eficácia de título executivo prejudica o credor, assim como reconhecê-la quando não há traz danos ao devedor; imputar responsabilidade objetiva a quem responde por culpa, ou vice-versa, acarreta danos ao demandante ou ao demandado, conforme o caso; obrigar sócio por dívida da sociedade em hipótese não autorizada por lei prejudica-o, assim como resta prejudicado o credor na hipótese inversa se o Judiciário não imputar ao sócio a obrigação social. Nesses casos todos, não há razões morais, lógicas, econômicas ou jurídicas para afastar-se a responsabilidade objetiva do Estado. A Constituição, aliás, prevê sua responsabilidade por indevida condenação ou excesso no cumprimento da pena: "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (CF, art. 5º, LXXV).

Note-se que a jurisprudência não hesita em responsabilizar o Estado por atos judiciais não jurisdicionais — isto é, os que o juiz pratica quando não está *dizendo o direito*: administração de pessoal lotado no cartório judicial, expedição de alvará em inventários, aprovação de honorários periciais, levantamento de dinheiro depositado em juízo etc. —, se evidente dolo ou fraude do magistrado. Há julgados condenando o Estado a indenizar, por exemplo, a apropriação pelo juiz de dinheiro do espólio, por meio da expedição de alvará ilegal. Mas a jurisprudência parece resistir na imputação de responsabilidade à pessoa jurídica de direito público por erro em ato jurisdicional, mesmo em casos de rescisão de sentença ou acórdão (Araújo, 1981:144/179). A resistência, aqui, não deriva unicamente da dificuldade de distinguir *erro* de *interpretação divergente* no enfrentamento de matérias jurídicas — ventilada no exame da responsabilidade civil dos advogados (Cap. 22, item 3.3) —, mas também do temor de afrontar a autonomia do juiz. As dificuldades, porém, devem ser enfrentadas e o temor dissipado, quando não houver fundados motivos para ele. A objetivação da responsabilidade, lembre-se, implica a abstração de qualquer juízo de valor sobre a conduta ensejadora do dano. Trata-se apenas de distribuir riscos, alocando os recursos econômicos de forma racional. Erros nos atos jurisdicionais acontecem, porque os juízes são humanos e falíveis. A responsabilidade objetiva permite que as repercussões econômicas desses erros sejam distribuídas entre os beneficiários em geral da atuação do Poder Judiciário (identificados na figura

dos contribuintes) e não apenas pelos jurisdicionados vitimados.

6. RESPONSABILIDADE PURAMENTE FORMAL

A responsabilidade objetiva puramente formal é a prevista num dispositivo específico de lei, mas não referente a devedor em condições de socializar os custos da atividade geradora do dano. Sua fundamentação não se encontra na racional alocação dos recursos, mas no privilegiamento do interesse da vítima de ser indenizada. Por vezes, quando os interesses do causador do dano também são merecedores de tutela especial pelo direito, como é o caso dos incapazes, a imputação de responsabilidade objetiva puramente formal procura temperá-los com a indenidade do prejudicado.

A responsabilidade objetiva puramente formal alcança: *a*) os pais pelos atos dos filhos menores (subitem 6.1.1); *b*) tutores e curadores pelos atos dos tutelados e curatelados (subitem 6.1.1); *c*) empregadores pelos atos dos empregados (subitem 6.1.2); *d*) o habitante de prédio ou parte dele pelos danos causados por queda ou arremesso de coisa (subitem 6.2.a); *e*) os que agem para remover perigo iminente, se o prejudicado não foi o culpado (subitem 6.2.b); e *f*) o dono ou detentor do animal, pelos danos que este causar (subitem 6.2.c).

Não são hipóteses de responsabilidade puramente formal as albergadas nos incisos IV e V do art. 932 do CC, que se referem respectivamente aos “donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos” e “os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”. Os primeiros porque são empresários e, como tais, submetem-se também à responsabilização objetiva material (item 4.6). Os últimos porque sua obrigação de restituir funda-se na repressão ao enriquecimento sem causa e não decorre propriamente de responsabilidade civil (Dias, 1954, 2:202).

6.1. Responsabilidade por ato de outrem

Em princípio, cada sujeito de direito responde pelas consequências de seus próprios atos. Quando a sociedade empresária é obrigada a indenizar dano ambiental causado por seu empregado no desempenho das funções laborais, ela, na verdade, está sendo responsabilizada por ato próprio. Sendo pessoa jurídica, age sempre por intermédio de pessoa ou pessoas físicas, ou seja, pelos representantes legais, empregados e administradores que trabalham na sua

organização empresarial. Há, contudo, certas situações em que a lei responsabiliza um sujeito de direito por ato de outrem. É chamada de *complexa* a responsabilidade civil referente a dano ou acidente causado por ato de terceiro. Para facilitar a exposição da matéria, chamo o sujeito de direito a quem é imputada a responsabilidade por ato alheio de *responsável*, e aquele cuja conduta deu causa ao dano de *causador*.

A responsabilidade complexa é objetiva, no sentido de que independe de culpa do sujeito passivo (CC, art. 933). O prejudicado deve provar a culpa do causador, mas não a do responsável. Se o menor de 18 anos, ao dirigir o automóvel do pai, sob a autoridade deste e na sua companhia, causou acidente de trânsito, o prejudicado deve demandar a indenização contra o genitor. Para tanto, tem o ônus de provar a culpa do filho (causador) pelo acidente de trânsito, mas não precisa provar a do pai (responsável). Se não houve culpa do filho pelo dano que sofreu, a vítima não terá direito ao crédito pela indenização em face do pai. Somente a responsabilidade civil deste último é objetiva.

Note-se que, em termos estritos, pode ser questionável a possibilidade de qualificar a conduta do incapaz como culposa. A incapacidade conduz à inimputabilidade: não podem ser ilícitos os atos dos incapazes. O argumento, contudo, não deve impressionar. Qualquer conduta pode ser examinada com abstração de seu agente e reputada culposa ou não em função da lesão a direitos alheios. Se criança de 4 anos aciona o gatilho de arma de fogo e mata um adulto, é possível abstrair-se sua inimputabilidade e vislumbrar a ação como imprudência (culpa simples) *caso tivesse sido* praticada por agente capaz.

Em consequência da objetivação da responsabilidade complexa, perdem importância as discussões que permeavam a tecnologia civilista do passado sobre a culpa *in vigilando* e *in eligendo* — aquela diz respeito à falha dos pais no cumprimento de seus deveres de bem educar e fiscalizar os filhos menores ou do dono do animal no de guardá-lo adequadamente, enquanto esta liga-se à má escolha dos empregados e prepostos. Com a entrada em vigor do Código Reale, essas categorias só se operacionalizam se não tiverem sido preenchidas todas as condições legais da imputação objetiva, mas houver fundamento para obrigar o responsável a indenizar os danos sob o regime da responsabilidade subjetiva.

Em casos especiais, a lei atribui a um sujeito de direito (responsável) o dever de indenizar os danos devidos à ação culposa de outro (causador). Chama-se, nestes casos, a responsabilidade de complexa.

No estudo da imputação a um sujeito de direito da obrigação de indenizar por danos causados por outrem, convém distinguir, de um lado, a responsabilidade por ato de terceiro incapaz, como os menores e interditos (subitem 6.1.1), e, de outro, por ato de terceiro capaz, que são os empregados domésticos, serviçais e prepostos (subitem 6.1.2).

6.1.1. Ato de incapaz

São três as hipóteses de responsabilidade complexa por ato de terceiro incapaz: a dos pais pelos filhos menores, a do tutor pelos pupilos e a do curador pelos curatelados. São postos em tutela os menores quando falecidos ou julgados ausentes os pais, ou se decaídos do poder familiar. Nestes casos, nomeia-se tutor, ao qual compete dirigir a educação do menor, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, cumprindo os deveres que normalmente são dos pais. A seu turno, estão sujeitos à curatela os incapazes interditos (deficientes mentais, viciados em tóxicos etc.). O curador os representa ou assiste, segundo o grau de incapacidade do interdito. As condições para a constituição da obrigação de indenizar são iguais nas três situações: o causador deve estar *sob a autoridade* do responsável e na *companhia* dele (CC, art. 932, I e II).

Essa última condição não é difícil de caracterizar: se o responsável não estiver fisicamente próximo ao causador no momento em que a conduta culposa deste desencadeia o evento danoso, não se pode considerar que estejam um na companhia do outro. A pressuposição é a de que os pais, tutor ou curador têm o dever de evitar a ação danosa do filho, tutelado ou curatelado, detendo-o com eficiência e prontidão. A proximidade física do responsável e do causador é, assim, essencial para demonstrar que este se encontrava na companhia daquele. Dispensar a proximidade física do responsável por ato de incapaz, na constituição de sua obrigação de indenizar, significa ignorar condição expressa estabelecida pela lei para a responsabilidade objetiva dele; significa ignorar, em suma, a lei. Não há, assim, responsabilidade complexa por ato de incapaz se o responsável não estava presente no local do evento danoso. No caso de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, basta a companhia de um só deles (o pai ou a mãe) para cumprir-se a condição legal.

Por sua vez, a condição da autoridade na relação entre responsável e causador envolve maior complexidade. Estar *sob a autoridade* do responsável é uma situação especial, em que não se encontram todos os causadores incapazes. Não

tem, por exemplo, na relação de filiação, o mesmo significado de *poder familiar*. Como todos os filhos menores estão sempre sob o poder familiar (CC, art. 1.630), disso decorre que apenas em situações especiais eles se encontram sob a autoridade dos pais. A lei não tem expressões inúteis, e o legislador ter-se-ia valido do termo técnico "poder familiar" se quisesse a ele se referir. Pois bem, se estar sob a autoridade dos pais é mais restrito que submeter-se ao poder familiar, é necessário divisarem-se as situações em que isso se verifica.

Há autoridade paterna e materna quando as ordens do pai e da mãe são normalmente acatadas e respeitadas pelos filhos. Atualmente, os jovens são estimulados pela educação e pela mídia a cultivar opiniões próprias, a ter atitudes independentes. Este aparentemente salutar processo de autoafirmação é, porém, acompanhado da erosão da autoridade dos pais, principalmente na adolescência. Cada vez mais, é difícil aos pais exercer sua autoridade. Por isso, se restar demonstrado pelo demandado que, embora estivesse em sua companhia, o causador não mais se submetia à autoridade dele, não se preenche uma das condições legais da responsabilização objetiva.

Os pais respondem objetivamente pelos atos dos filhos menores que estiverem em sua companhia e sob sua autoridade. Nas mesmas condições, respondem os tutores e curadores pelos atos dos respectivos pupilos e curatelados.

Em suma, os pais, tutores e curadores respondem por atos dos filhos, pupilos e curatelados se estavam presentes ao evento danoso (requisito legal da companhia) e se os causadores não tinham o hábito de desobedecer-lhes as ordens (requisito legal da autoridade). Apenas quando presentes essas duas condições, é possível cogitar de imputação ao responsável da obrigação de indenizar. Veja que elas não reintroduzem o pressuposto subjetivo na imputação da responsabilidade civil. Continua irrelevante se o responsável colaborou ou não culposamente para o dano, se negligenciou especificamente no momento em que deveria ter detido o causador.

Quando não estiverem presentes esses requisitos, os pais, tutores e curadores não têm a obrigação de indenizar os atos dos filhos, pupilos e curatelados. Nesta situação, a vítima não ficará ao desamparo, porque preserva o direito de ser indenizada pelo incapaz causador do dano (CC, art. 928, primeira parte). Igual direito terá a vítima caso os responsáveis não disponham de meios suficientes para o pagamento da indenização (CC, art. 928, segunda parte). Nessas

hipóteses, contudo, além de reger-se a obrigação pelo regime da responsabilidade subjetiva, o valor da indenização será apurado de forma equitativa e nunca poderá privar do necessário o incapaz ou seus dependentes (CC, art. 928, parágrafo único).

Para encerrar, cabe ligeira observação sobre a responsabilidade no caso de acidente causado por pessoa desprovida de discernimento. Houve tempo em que se equiparavam ao caso fortuito os danos derivados de conduta de amental, por não ter o agente a inteira compreensão das consequências de seus atos. A agressão de um louco era vista, no enquadramento jurídico do fato, como algo semelhante à do ataque de animal selvagem sem dono. O princípio da indenidade e a imputação de responsabilidade objetiva aos curadores, hoje, fornecem a base para a indenização da vítima pelos danos causados por amental (cf. Gonçalves, 2003:391/396).

6.1.2. Ato de capaz

Responde o empregador objetivamente pelos danos causados por seu empregado, no exercício do trabalho ou em razão dele (CC, arts. 932, III, e 933). A hipótese diz respeito, basicamente, ao empregado doméstico. É claro que pelos danos causados por empregado de empresa responde também o empregador objetivamente, mas este fato está englobado nos que geram responsabilidade para os empresários, matéria já examinada (item 4).

Desse modo, se o motorista particular causa acidente de trânsito, o prejudicado tem direito à indenização a ser paga pelo empregador. Deve provar a culpa do empregado doméstico causador do acidente, mas está dispensado de provar a do empregador responsável.

É irrelevante para a responsabilização do empregador se o causador estava regularmente registrado como seu empregado ou não. Basta a existência entre eles da relação de subordinação característica do vínculo de emprego (CLT, art. 3º), para que surja a obrigação de indenizar. Havendo a subordinação hierárquica, presume-se que o subordinado cumpria ordens do superior ou que, se não, pelo menos trabalhava em benefício deste. É presunção absoluta, na medida em que prevê a lei a responsabilização objetiva do empregador. Quer dizer, a demonstração de que o empregado, ao causar o dano, havia desobedecido específica orientação ou ordem do empregador não o exonera de responsabilidade. Dá ensejo apenas ao direito de regresso do responsável contra o causador.

O empregador responde pelos danos causados pelo empregado na execução do trabalho ou em razão deste. A responsabilidade é objetiva tanto na hipótese de ser o empregador empresário como na de empregado doméstico.

Igual à responsabilidade objetiva do empregador é a do comitente pelos atos dos serviçais e prepostos. São hipóteses tratadas na lei, mas de rara ocorrência. Sempre que houver entre dois sujeitos relação de subordinação hierárquica, ainda que ausentes os demais elementos característicos do vínculo de emprego (remuneração assalariada e habitualidade), o superior é responsável objetivamente pelos danos derivados de conduta do subordinado, na execução de tarefa de interesse do primeiro.

6.2. Outras hipóteses

Além da responsabilidade complexa, em três outras hipóteses o direito brasileiro imputa a obrigação de indenizar a sujeitos que não se encontram em posição econômica que lhes permita socializar os custos da atividade. São elas:

a) *queda ou arremesso de coisas*. O sujeito atingido por coisas caídas ou lançadas de um prédio tem o direito à indenização pelos danos que sofrer. Devedor da obrigação de indenizar é, em princípio, o habitante do prédio, aquele que nele reside ou exerce atividade econômica ou profissional. O habitante pode ser o proprietário, possuidor, usufrutuário, locatário ou comodatário do imóvel. Sua responsabilidade decorre do fato de usar o bem. Estando desabitado o imóvel, a responsabilidade é imputada ao proprietário.

A responsabilidade é objetiva e, portanto, independe de culpa: tanto faz se a coisa caiu por descuido ou foi propositadamente lançada, responde pelos danos o habitante. Nos termos da lei, "aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido" (CC, art. 938).

O dispositivo refere-se à queda ou lançamento de coisas sólidas (*dejectis*) ou líquidas (*effusis*), e, para constituir-se a obrigação, deve ser inapropriado o local em que se projetam. O atingido deve ter a expectativa da indenidade, por encontrar-se em lugar onde não se devem arremessar coisas. Havendo, por exemplo, demarcação ostensiva e clara de ser a área destinada a recolha de entulho nas proximidades de uma demolição, não incide esta específica norma

de responsabilidade objetiva (Gonçalves, 2002:242/243).

Em alguns casos, pode ser impossível à vítima identificar de que parte do prédio a coisa caiu ou foi arremessada. Num condomínio de edifício, cada apartamento ou escritório é uma unidade autônoma. Se o pedestre na calçada é atingido por coisa lançada dum prédio de apartamentos, nem sempre se consegue identificar com precisão a unidade do responsável. Ela pode ter sido arremessada, por exemplo, de qualquer dos apartamentos com janelas para a rua, situados entre o quinto e o décimo pavimento, mas não se consegue individuar com maior exatidão a unidade de que partiu o arremesso. Em casos tais, a responsabilidade será solidária entre todos os habitantes de cujas unidades a coisa poderia ter sido lançada. Note-se que, nesta hipótese, o condomínio não é o sujeito passivo da relação obrigacional; são-nos os habitantes de todas as unidades de que poderia ter partido a coisa (Rodrigues, 2002:131/132; Pereira, 1989:114/115).

O habitante do prédio, ou de parte dele, responde objetivamente pelos danos ocasionados pela queda ou arremesso de coisas sólidas ou líquidas em lugares indevidos.

Caindo a coisa acidentalmente, o fato tem repercussões exclusivas na órbita civil, criando a obrigação de o habitante indenizar os danos eventualmente causados. Quando dolosamente arremessada, porém, caracteriza-se também ilícito penal. Lembra Maria Helena Diniz, no tratamento do tema, a contravenção penal tipificada como "arremessar ou derramar, em via pública, ou em lugar de uso comum, ou de uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém" (Dec.-lei n. 3.688/41, art. 37) (2003:492).

b) *Estado de necessidade e legítima defesa de terceiro*. A remoção de perigo iminente não constitui ato ilícito, por expressa determinação legal (CC, art. 188, II). Aquele que sacrifica direito alheio para salvar o seu de perigo iminente não pratica ato ilícito. Mas os danos derivados da remoção de perigo iminente devem ser indenizados. Por se tratar de indenização por ato lícito, é ela objetiva, independente de culpa. Se alguém, para fugir de assalto, acelera o carro e, na fuga empreendida, danifica outro veículo ou atropela pedestre, seu ato é plenamente lícito porque destinado a remover perigo iminente. Deverá, contudo, indenizar os prejuízos provocados (CC, art. 929).

A obrigação de indenizar danos causados pela remoção de perigo iminente

não existe se o prejudicado teve culpa pelo risco. Só é devida a indenização pelo autor de danos na remoção de perigo, quando criado este por terceiro (*RT*, *509*/69). São, então, três os personagens envolvidos: o culpado pelo risco, o autor do dano e o prejudicado. Embora lícito o comportamento do autor do dano, deve ele indenizar o prejudicado. Terá, contudo, direito de regresso contra o culpado (CC, art. 930, *caput*). Por exemplo: *Antonio*, para não ser atropelado por *Benedito* — que trafegava com seu veículo em alta velocidade numa rua exclusiva de pedestres —, joga-se para o lado e acaba caindo sobre *Carlos*, machucando-o seriamente. *Antonio*, autor dos danos, é obrigado a indenizar *Carlos*, o prejudicado, e, depois, pode cobrar o valor pago de *Benedito*, o culpado pelo perigo. Note-se que, sendo o risco causado por fortuito, como na hipótese de desgoverno do veículo, não haverá obrigação de indenizar, porque descaracterizada a relação de causalidade. Neste caso, cada um arca com os prejuízos que sofreu (Cap. 11, item 3.c).

Igual ação tem o autor dos danos contra o beneficiado por ato de legítima defesa de terceiro (CC, art. 930, parágrafo único). Aqui a situação é semelhante à do estado de necessidade, mas envolve quatro personagens: o agressor, o defendido, o defensor e a vítima. Se o defensor, para impedir que o agressor lese o defendido, acaba causando danos à vítima, ele é obrigado a indenizá-los (*RT*, *795*/156), malgrado sua ação de legítima defesa tenha sido lícita (CC, art. 188, I). Por exemplo: *Darcy* aponta arma de fogo contra *Evaristo*, ameaçando-o de morte. Nesse momento, chega *Fabrício*, irmão de *Evaristo*. Ele também está armado e dispara contra *Darcy*, que consegue fugir ileso. O projétil disparado por *Fabrício*, porém, mata *Germano*, que transitava pelo lugar. O ato de *Fabrício* (defensor) é lícito, porque praticado em legítima defesa da vida do irmão *Evaristo* (defendido), mas ele tem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos dependentes de *Germano* (vítima). Deve pagar a indenização e, depois, cobrá-la em regresso de *Darcy* (agressor).

Os danos causados na remoção de perigo iminente (estado de necessidade) ou legítima defesa devem ser indenizados se o prejudicado não tiver sido o culpado. Trata-se de responsabilidade objetiva porque o ato causador dos danos é lícito.

c) *Danos causados por animal.* O dono ou o detentor do animal responde objetivamente pelos danos por ele causados (CC, art. 936). Hipóteses ilustrativas encontram-se nos lamentáveis casos de lesão física ou mesmo morte causadas

por cães de guarda (em especial, de raças de maior agressividade, como *doberman*, fila, *rotweiller*, *pitbull* etc.). Como é objetiva a responsabilidade, não interessa se o dono teve ou não culpa, se mantinha ou não o bicho sob devida vigilância e guarda, se o educara convenientemente ou não. Basta, para sua responsabilização, que o animal tenha causado dano a outrem. A responsabilidade do detentor também é objetiva. Se o animal não pertencia a quem se encontrava na posse dele no momento do evento danoso, o prejudicado pode pleitear a indenização contra o dono ou o possuidor. Se o cavalo morde criança quando montado por amigo do seu proprietário, respondem ambos (dono e detentor) pelos danos.

O dono ou detentor do animal só não responde pelos danos se provarem a culpa da vítima ou força maior. Assim, se o cão mordeu alguém que o atiçava ou o gado danificou o veículo que trafegava pelo pasto, não há responsabilidade do dono por ser da vítima a culpa. Por outro lado, se o dono trazia o cão de guarda à coleira, de forma regular, mas sofreu fulminante ataque cardíaco e não pôde mais segurar o animal, verifica-se o fortuito excludente de responsabilização.

A responsabilidade por fato do animal é objetiva, qualquer que seja a natureza deste. Não há dúvidas de que danos provocados por animal domesticado (cães, gatos, cavalos etc.) geram a obrigação de indenizar. Também não há quanto à responsabilidade dos donos ou detentores de animais selvagens sobre os quais exerçam a guarda (leões de circo, tigres do jardim zoológico etc.). Mas, os fatos de animais silvestres ou selvagens que vivem soltos no *habitat* natural correspondem a casos fortuitos. Por eles não responde, por exemplo, o proprietário do imóvel onde se verificou o dano. Outro aspecto da questão a considerar é a irrelevância do caráter da ação do animal. É indiferente se o bicho agiu conforme a expectativa normalmente nutrida em relação à sua espécie ou raça (*secundum naturam*) ou de modo inesperado (*contra naturam sui generis*); nas duas hipóteses, o dono ou detentor terá responsabilidade objetiva (Pereira, 1989:107). Não se exonera, portanto, da obrigação de indenizar o proprietário do cão de raça tida como dócil que, frustrando a expectativa nutrida em relação ao seu comportamento, morde violenta e repentinamente alguém.

O dono ou detentor responde objetivamente pelos danos causados pelo animal, mesmo que seu comportamento tenha sido inesperado em razão da espécie ou raça. Libera-se da obrigação apenas se provar culpa da vítima ou força maior.

Se o dano provocado pelo animal verifica-se numa rodovia, a titular ou concessionária desta também tem responsabilidade objetiva pela indenização (CDC, art. 14; CTB, art. 1º, § 3º) (*RT*, *803*/243), malgrado entendimento jurisprudencial em sentido contrário (*RT*, *815*/187). O prejudicado, neste caso, pode optar por responsabilizá-la ou ao dono ou detentor do animal. Tenderá a demandar a titular ou concessionária da rodovia, até mesmo porque, de ordinário, faltar-lhe-ão meios para identificar o dono ou detentor.

7. RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

Até meados do século passado, os impactos trazidos pelas atividades econômicas ao meio ambiente eram considerados ônus da sociedade. Suportá-las era necessário para que pudéssemos ter acesso aos produtos industrializados, a transportes mais rápidos, à comodidade da vida urbana. Toda atividade humana representa uma interação com o meio ambiente; mas, a partir de certa medida, essa interação o degrada. Em meados do século passado, percebeu-se a urgência na adoção, no mundo todo, de medidas de sustentabilidade do meio ambiente. As atividades produtivas deveriam reduzir a degradação a limites controláveis, que não pusessem em risco a natural sobrevivência do planeta e dos seres que nele habitam. Formulou-se, então, o princípio jurídico do *poluidor-pagador*, que transferiu o ônus da degradação do meio ambiente de toda a sociedade para o exercente da atividade poluidora.

No Brasil, a lei imputa ao *poluidor* a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente por sua atividade (Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º), expressando, assim, o princípio do poluidor-pagador. Há os que consideram a objetivação da responsabilidade por danos ao meio ambiente fundada em norma constitucional (Venosa, 2001, 4:149/153). Apontam o art. 225, § 3º, da CF como disposição atributiva de responsabilidade civil objetiva. Não concordo. O preceito constitucional em foco cuida das atividades consideradas lesivas ao meio ambiente passíveis de sanção penal e administrativa, e, portanto, de atos ilícitos. Trata-se de norma sobre responsabilidade aquiliana. No Brasil, assim, a responsabilidade do poluidor é objetiva por força de lei ordinária em vigor desde 1981.

Qualquer sujeito de direito — pessoa física ou jurídica, pública ou privada — é poluidor quando desenvolve atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV). Os empresários e o Estado, assim, são objetivamente responsáveis pelos danos ao meio ambiente que as respectivas atividades causarem. Veja que qualquer pessoa pode contribuir para a degradação do meio ambiente. O

consumidor, ao jogar pilhas usadas no lixo comum, o dono de automóvel de passeio, ao expelir o motor de seu veículo gás carbônico, e o proprietário de terreno em cidade praiana, ao remover árvores para construir a casa de veraneio, estão sendo poluidores do meio ambiente. A imputação da responsabilidade objetiva pelos danos, porém, não consegue alcançar todas as hipóteses de degradação ambiental, até mesmo porque a lei menciona a exploração de uma *atividade* como sua causa.

Em razão do princípio poluidor-pagador, a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ao explorar atividade que importe degradação do meio ambiente, torna-se objetivamente responsável pela indenização dos danos.

Além da regra geral atributiva de responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente, a ordem jurídica cuida de hipóteses específicas, sempre responsabilizando o poluidor independentemente de culpa. Por exemplo, nos casos de acidentes nucleares (CF, art. 21, XXIII, *c*; Lei n. 6.453/73, art. 4º), rejeitos radioativos (Lei n. 10.308/01, arts. 19 e 20) e resíduos de agrotóxicos (Lei n. 7.802/89).

A complexidade da matéria relacionada à indenização dos danos causados ao meio ambiente justifica seu estudo aprofundado em disciplina própria, o direito ambiental. Num compêndio de direito civil, cabe apenas mencioná-la brevemente na lista das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Capítulo 24

EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

1. ELEMENTOS E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Recordando: os elementos da responsabilidade civil variam segundo a espécie. Quando subjetiva, são três: *a*) culpa do devedor; *b*) dano patrimonial ou extrapatrimonial do credor; *c*) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. Já no caso da objetiva, dois: *a*) dano patrimonial ou extrapatrimonial do devedor; *b*) relação de causalidade entre ato ou atividade do devedor e o dano do credor.

O ônus de provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil é, em princípio, da vítima (demandante). Assim é independentemente da espécie de responsabilidade, subjetiva ou objetiva. Em alguns casos particulares, com o objetivo de prestigiar o princípio da indenidade, essa regra geral é excepcionada. Assim, quando o dano decorre de ruína de prédio em construção ou pronto, a lei presume a culpa do proprietário (Cap. 22, item 6). Outro exemplo: nos acidentes de consumo, quando verossímil a alegação do consumidor lesado, a lei autoriza a inversão do ônus probatório. Neste caso, ao fornecedor demandado caberá provar a inexistência dos elementos de sua responsabilidade. Se responde subjetivamente, como os profissionais liberais, poderá exonerar-se provando inclusive a inexistência de culpa; mas, se a responsabilidade é objetiva, só será liberado da obrigação de indenizar provando a inexistência do dano ou da relação de causalidade.

Mesmo quando o ônus de prova dos elementos da responsabilidade civil cabe à vítima, o demandado pode resistir à pretensão aduzida suscitando uma *excludente de responsabilidade*. Se o fizer, é dele o ônus de prová-la. Note-se, ao réu duma ação de indenização civil abrem-se duas alternativas estratégicas: aguardar o autor se desincumbir do ônus de provar os elementos da responsabilidade, apostando no seu insucesso, ou arguir e provar uma ou mais excludentes. Os riscos e vantagens de cada estratégia serão sopesados pelo

advogado que patrocina a defesa dos interesses do demandado.

São três as excludentes de responsabilidade: inexistência de dano ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.

Verificada a excludente, a responsabilidade civil não se constitui.

São três as razões de exclusão da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva: a inexistência de danos ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.

À vítima, em princípio, cabe provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil, enquanto ao demandado incumbe a prova da excludente que tiver suscitado.

As excludentes são comuns a ambas as espécies de responsabilidade civil, tendo em vista que, abstraído o pressuposto subjetivo (conduta culposa do devedor), equivalem-se seus elementos constitutivos da obrigação de indenizar: dano e relação de causalidade. A inexistência de dano (item 2) ou da relação de causalidade (item 3), bem como a cláusula de irresponsabilidade (item 4) excluem tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva.

2. INEXISTÊNCIA DE DANO

O dano do credor é indispensável à constituição da obrigação de indenizar. Pode ser pequeno ou grande, individual ou coletivo, patrimonial ou não — sua ocorrência é condição inafastável da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. Mesmo que o ato do demandado tenha sido ilícito ou sua atividade tenha exposto direitos do demandante a consideráveis riscos, se não houve danos, não se cria qualquer vínculo obrigacional.

A prova do dano compete à vítima. Ela deve apresentar documentos, produzir perícia ou trazer testemunhas que comprovem, em juízo, o prejuízo sofrido. É de sua responsabilidade, também, a prova da extensão dos danos (*RT, 803*/391). Em homenagem ao princípio da indenidade, assentaram-se certos padrões que facilitam a prova. Assim, admite-se que o proprietário de veículo abalroado em acidente de trânsito orce o conserto em duas ou três oficinas idôneas, contrate o serviço da mais barata delas, pague por eles e, na sequência, ajuíze a ação reparatória pleiteando a indenização. Este procedimento, embora não previsto em lei, é tradicionalmente adotado, com vistas a abreviar o tempo de não uso do veículo danificado e reduzir, no interesse também do devedor, o montante dos prejuízos.

Todos os danos devem ser provados, porque não se presumem. Quando se trata de prejuízos ao patrimônio do credor, a prova costuma ser mais fácil. Fotografia do bem danificado e documentos como recibos de despesas, notas fiscais e orçamentos muitas vezes são suficientes para a demonstração do dano e sua extensão. Em casos mais complexos, assim os de acidente de consumo, danos ambientais ou ao patrimônio histórico, uma perícia técnica pode ser necessária. Já em relação aos danos morais, por ser inacessível a intimidade emocional da vítima, a prova é mais difícil. Há a tendência de se presumir a dor em casos específicos, como a morte de filho (*RT*, *802*/176, *794*/308). Ela, porém, não representa a melhor forma de tratar a matéria. A demonstração do sofrimento moral digno de compensação pecuniária deve ser feita pela vítima (*RT*, *797*/277), ainda que por elementos indiciários, variáveis segundo as circunstâncias do caso. A presunção do dano estimula a autovitimização e a simulação da dor, e não tem base no direito positivo.

Caso a vítima não prove a verificação do dano e sua extensão, não terá direito à indenização, mesmo que o demandado não tenha suscitado qualquer excludente de responsabilidade.

Se o demandado alegar que não existiu dano, é dele o ônus de prova deste fato desconstitutivo do direito à indenização (*RT*, *803*/391). A regra é igual para os danos patrimoniais e morais. Se o réu afirma que a vítima não experimentou nenhuma dor merecedora de reparação pecuniária, deve demonstrá-lo. Também é dele o ônus de provar a presença de qualquer fator de redução do valor da indenização, como o baixo grau de sua culpa, a culpa concorrente da vítima ou, no caso de danos morais, a pouca sensibilidade dela para eventos como o danoso (Cap. 25, subitens 1.1 e 3.4).

O dano e sua extensão devem ser provados pela vítima, tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como na objetiva. A regra também se aplica aos danos morais, que não devem ser presumidos em nenhum caso. Se o demandado alegar a inexistência do dano ou questionar a extensão pretendida pela vítima, é dele o ônus de provar os fatos correspondentes.

Do cotejo das provas produzidas (ou não) pelas partes do processo, o juiz, norteado pelas regras de distribuição do ônus probatório, *decidirá* se ocorreu o dano e, em caso positivo, qual a extensão.

3. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Para que se constitua a responsabilidade civil, em qualquer caso, é necessário que exista um liame entre credor e devedor. A responsabilidade civil existe quando não há vínculo negocial entre os sujeitos obrigados ou ele é circunstancial, quer dizer, irrelevante para a constituição da obrigação de indenizar. A relação creditória deriva, então, necessariamente de vínculo diverso da manifestação de vontade dos sujeitos obrigados (ou de um deles apenas). Praticado o ato ilícito ou verificado o fato descrito na norma jurídica (provocar culposamente acidente de trânsito, oferecer bens ou serviços ao mercado de consumo, ter filho menor causador de prejuízo, cometer crime etc.), constitui-se o vínculo obrigacional.

A norma descritiva dos fatos ensejadores da responsabilidade civil toma como *causa* do dano algum ato ou atividade do devedor. Somente se constitui o vínculo obrigacional se cumprido este requisito, portanto. Quer dizer, quando o dano sofrido pelo demandante não foi causado pelo demandado, não há direito à indenização. O atropelado deve ser indenizado pelo motorista do veículo apenas quando a causa do acidente for imputável a este último. Se o atropelamento ocorreu por culpa da própria vítima (desatenta ao atravessar a rua fora da faixa), de terceiro (que deu um tiro no pneu do carro, desgovernando-o) ou por fortuito (motorista jovem e saudável sofreu fulminante ataque cardíaco enquanto dirigia), não há relação de causalidade entre o dano do demandante e a conduta do demandado.

A relação de causalidade é condição da obrigação de indenizar tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como objetiva — é dispensada apenas na subespécie objetiva pura, de cujo estudo se ocupam ramos do direito público (Cap. 21, subitem 5.2). A exclusão deste elemento de responsabilização verifica-se em três hipóteses: caso fortuito ou de força maior (subitem 3.1), culpa de terceiro (subitem 3.2) e culpa exclusiva da vítima (subitem 3.3). Desse modo, ao demandante compete a prova da relação de causalidade entre o dano que sofreu e ato ou atividade do demandado (cf. Noronha, 2003a:748/450). A este último, caso tenha alegado a excludente de inexistência da relação, cabe provar o fortuito, a culpa de terceiro ou exclusiva da vítima.

3.1. Caso fortuito ou de força maior

Fortuito — caso *fortuito* e *de força maior* são sinônimos (Fonseca,

1932:85/103), por isso uso apenas a primeira expressão — é todo evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. Caracteriza-se por sua imprevisibilidade ou inevitabilidade. No dizer da lei argentina, corresponde a todo fato "imprevisível ou, se previsível, inevitável" (cf. Iturraspe, 1982, 3:39). Assim, nem todo fortuito é imprevisível, mas sempre será inevitável. A inevitabilidade do dano pode originar-se da impossibilidade de antecipar-se a ocorrência do evento desencadeador ou da de obstar seus efeitos. A queda de um cometa na Terra pode ser evento previsível, mas, por enquanto, é totalmente inevitável. Em ocorrendo, os danos que provocar não serão indenizáveis.

A inevitabilidade pode ter razões diversas. Em primeiro lugar, como visto, explica-se pelo desconhecimento de sua ocorrência. Se o dano é imprevisível, não há como evitá-lo, claro. Raios "caem" no solo a todo momento, mas não é possível antecipar o seu local exato. Está-se aqui diante de inevitabilidade *cognoscitiva*. Em segundo lugar, pode decorrer da insuficiência dos conhecimentos científicos e tecnológicos amealhados pela humanidade. A queda do cometa ilustra a hipótese. Neste caso, a inevitabilidade é *material*, porque em nenhuma circunstância o fato previsível poderia ter seus efeitos bloqueados. Em terceiro lugar, o inevitável pode derivar da falta de economicidade nas medidas destinadas a obstar os efeitos do evento. Num carro popular, não há condições de se instalar *airbag*. De fato, o custo dessa instalação aumentaria o preço do veículo de tal modo, que ele deixaria de ser popular; não mais atenderia ao consumidor de baixa renda. Os danos pessoais que poderiam ser evitados por aquele dispositivo de segurança tornam-se inevitáveis não pela imprevisibilidade ou materialidade do evento, mas apenas por razões de racionalidade econômica. Trata-se, aqui, de inevitabilidade *econômica*.

Em todos os casos de inevitabilidade, verifica-se o fortuito e não haverá relação de causalidade entre o dano do credor e ato ou atividade do devedor. Na hipótese de inevitabilidade econômica, é necessário distinguir a inexistência de recursos da sua utilização mais racional. Explico com dois exemplos. Em São Paulo, em dois ou três dias por ano, devido às fortes chuvas do verão, a passagem de nível do vale do Anhangabaú enche de água, causando danos aos motoristas surpreendidos com a enchente. Trata-se de evento totalmente previsível, mas o custo das obras capazes de evitar seus efeitos é enorme, muito maior que os danos causados. A Prefeitura até dispõe dos recursos para realizá-las, mas decididamente há outras demandas muito mais relevantes a serem atendidas, não só no melhoramento da malha viária como no campo da saúde, educação, moradia e transportes públicos. Destinar os recursos existentes para

evitar a enchente no local naqueles poucos dias do verão não parece ser o emprego mais racional deles, em face de outras demandas que poderiam atender. Aqui, não há fortuito, e as vítimas devem ser indenizadas pelos danos daquelas enchentes anuais. Pense, agora, num município pobre, em que os recursos econômicos são inquestionavelmente insuficientes para a manutenção dum hospital ou de ambulância aérea. Os doentes devem, sempre que precisam de internação hospitalar, viajar centenas de quilômetros, por estradas de terra ou asfalto precário, até a capital. É *previsível* que a falta do hospital e o tempo da viagem causem a morte de algumas pessoas. Como não há recursos para obstar os efeitos desses fatos, porém, verifica-se a inevitabilidade do fortuito. Não há direito à indenização, neste caso.

Dois são os tipos de fortuito. De um lado, os fatos da natureza, como a queda do cometa, de raio, inundação, furacão, terremoto, desmoronamento etc. Vou chamá-lo *fortuito natural*. De outro, atos humanos não culposos, como a produção em massa, prestação de serviços empresariais, atendimento ao interesse público etc. Designo-o *fortuito humano*.

Não basta para caracterizar o fortuito natural, note-se, que o evento desencadeador dos danos seja fato da natureza (Dias, 1954, 2:364). É necessário que também se verifique a inevitabilidade (cognoscitiva, material ou econômica). Se, num ano, fortes chuvas de verão, em nível pluviométrico recorde, causa inundações diversas pela cidade, em pontos que nunca antes se tinham verificado, há fortuito. Se danos de igual intensidade se repetem mais uma ou duas vezes, ainda é possível falar em imprevisto. A partir da terceira repetição, porém, não há mais imprevisibilidade (inevitabilidade cognoscitiva). Se houver meios de prevenir os efeitos danosos (evitabilidade material) e recursos para custeá-los (evitabilidade econômica), deixa de existir o fortuito. Considera-se, então, que a falta de obras de prevenção é a causa dos danos (*RT*, *787*/425).

O fortuito humano caracteriza-se também pela inevitabilidade dos danos. Como já assentado, por mais diligente e cuidadoso que seja o empresário a respeito do controle de qualidade de seus produtos e serviços, por maior que seja sua preocupação quanto à segurança de trabalhadores e consumidores, dentro duma margem estatística, erros acontecem inevitavelmente. Deve-se isto à falibilidade inerente à condição humana, fator desencadeador de danos que nenhum empresário tem meios de neutralizar de forma absoluta. A inevitabilidade é material. Não se pode falar em culpa, porque o empresário e seus empregados e colaboradores não são negligentes, imprudentes, imperitos,

nem têm a intenção deliberada de provocar prejuízos. Ao contrário, são diligentes, prudentes, competentes e bem intencionados. Como são humanos, porém, falham, e de suas falhas decorrem danos. Causam um típico acidente inevitável da era contemporânea.

Os autores que consideram qualquer hipótese de responsabilização como decorrência de ato com algum traço de desconformidade relativamente ao Direito e que, portanto, rejeitam a ideia da responsabilidade objetiva como consequência de prática lícita, por coerência questionam a noção de fortuito humano. Para Jorge Mosset Iturraspe, por exemplo, o fortuito é tipicamente um fato da natureza (1982, 3:39/46).

O fortuito é todo evento desencadeador de danos não originado pela culpa de alguém. Pode referir-se a fatos da natureza (enchentes, queda de raio, terremoto) ou humanos (produção em massa, prestação de serviços empresariais).

A característica fundamental do fortuito é a inevitabilidade. O evento é inevitável em razão da imprevisibilidade (inevitabilidade cognoscitiva), da incapacidade humana de obstar seus efeitos danosos (inevitabilidade material) ou da falta de racionalidade econômica em obstá-los (inevitabilidade econômica).

O fortuito natural ou humano é sempre excludente da responsabilidade civil subjetiva, porque descaracteriza a relação de causalidade entre o dano do credor e a conduta culposa do devedor. Quando objetiva a responsabilidade, porém, apenas o fortuito natural descaracteriza a relação de causalidade.

O fortuito, natural ou humano, exclui a responsabilidade *subjetiva* em qualquer hipótese. Se o prédio ruiu em razão de fato natural imprevisível, o dono não é obrigado pelos danos. Da mesma forma, se o empresário emprega os mais modernos instrumentos de segurança do trabalho e treina adequadamente seus empregados, o acidente de trabalho certamente não decorreu de culpa sua e pode ter derivado de fortuito humano. Por isso, o empresário não será responsável pela indenização do empregado acidentado. No tocante à responsabilidade *objetiva*, contudo, apenas o fortuito natural é excludente. A objetivação da responsabilidade visa transferir as consequências do fortuito humano — da vítima para o agente que detém as condições econômicas de socializar custos. Para alcançar tal objetivo, este tipo de fortuito não pode evidentemente servir de excludente. Desse modo, se o jovem que assistia a *show* de *rock* no gramado dum estádio é atingido por um raio (não atraído pelos para-raios do local), o fortuito natural exclui a responsabilidade do empresário promotor do espetáculo. Ao contrário, se aquele jovem é pisoteado por outros espectadores, que procuravam atabalhoadamente abandonar o local quando o palco incendiou-se, o

defeito no serviço causador de acidente de consumo não é excludente de responsabilidade do empresário, mesmo caracterizando-se como fortuito humano por não ter havido culpa de ninguém pelo incêndio.

3.2. Culpa de terceiro

A culpa de terceiro desfaz o liame de causalidade entre a conduta do devedor (culposa ou não) e os danos cuja indenização se pleiteia. O exemplo típico é o do acidente de trânsito entre três veículos que trafegam no mesmo sentido por via de dupla mão de direção. O motorista do veículo A, que vai à frente, para para convergir à esquerda em manobra não permitida naquele local. Logo atrás, para também o veículo B. O motorista do veículo C, que vinha por último, porém, não freia e provoca a colisão (Azevedo, 1994:52). O proprietário do veículo A não tem direito de pleitear a indenização contra o motorista do veículo B, embora seu carro tenha sido danificado por este. Não há relação de causalidade entre a conduta do motorista do veículo B e os danos em A, porque a culpa do acidente de trânsito é de terceiro, isto é, do condutor de C. A infração de trânsito cometida por quem dirigia A, embora represente conduta reprovável e culposa, não poderia ter sido, por ela apenas, causa do evento danoso. Por esta razão, o único responsável pela indenização é o condutor de C, que não brecou o veículo a tempo de evitar o choque (*RT*, *607*/117).

A exemplo do fortuito, o ato culposo de terceiro, para descaracterizar a relação de causa e efeito e excluir a responsabilidade do demandado, deve ser inevitável (Rodrigues, 2002:173). A inevitabilidade pode originar-se de sua imprevisibilidade ou de obstáculos materiais. O buraco na rodovia sem a devida sinalização deve-se à culpa da concessionária. A imprevisibilidade deriva da legítima presunção do motorista de que não seria surpreendido por um defeito dessa ordem na pista. A inevitabilidade material encontra-se no exemplo acima da colisão envolvendo três veículos. O motorista do veículo B podia, pelo espelho retrovisor, antever a colisão, mas nada poderia fazer para impedi-la.

Quando a culpa pelo evento danoso é de terceiro, desconstitui-se a relação de causa e efeito entre o prejuízo da vítima e o ato ou atividade do demandado. Neste caso de excludente, a vítima terá direito de promover a responsabilização do terceiro culpado.

Quando a culpa é do terceiro, exclui-se a responsabilidade do demandado cuja

conduta ou atividade não causou o dano. Não se exclui, por evidente, a do terceiro responsável, contra quem a vítima deve voltar-se. Note-se que são independentes as situações do primeiro e do segundo demandado. Aquele pode ter responsabilidade subjetiva e este, objetiva, ou vice-versa. Cada qual responderá segundo o direito aplicável. Se o motorista bate seu carro em outro, em razão da manobra que fez para contornar o imprevisível buraco na rodovia, o primeiro demandado teria em tese responsabilidade subjetiva. A alegação e prova da excludente de culpa de terceiro (no caso, a concessionária rodoviária) exonera-o de qualquer obrigação. Quando a vítima demandar a concessionária, imputará àquele segundo demandado responsabilidade objetiva.

A excludente relacionada a culpa de terceiro, no contexto da responsabilidade objetiva, envolve uma especificidade. Deve-se distinguir entre atos de terceiros *internos* e *externos* (cf. Dias, 1954, 2:360). Note-se que alguns autores preferem falar em *fortuito* interno ou externo (Rodrigues, 2002:178/179), ao tratar do mesmo assunto. De qualquer modo, apenas os externos são excludentes de responsabilidade.

A classificação do ato culposo de terceiro como interno ou externo depende do exame da atividade do demandado e das expectativas legítimas que ela desperta nas pessoas expostas aos seus riscos. Se o demandado explora atividade de que se espera certa garantia, será interno o ato culposo de terceiro que a frustre. Haverá, neste caso, responsabilização pelos danos decorrentes. De outro lado, se da atividade explorada pelo demandado não se espera determinada garantia, a frustração desta por culpa de terceiro configura ato externo. Aqui, opera-se a excludente da responsabilidade objetiva, e a vítima só pode demandar o causador culpado do dano.

Para compreender o critério de classificação cogite-se de duas atividades empresariais: banco e transporte urbano por ônibus. Em relação à primeira, nutre-se legítima expectativa de segurança relativamente aos crimes contra o patrimônio. O banco organiza-se fortemente para proteger seu patrimônio. Espera-se, pois, que a segurança organizada pelo empresário no interesse de seu próprio negócio também ampare os clientes enquanto se encontram no interior da agência bancária. Em havendo roubo, furto, estelionato, latrocínio ou outros crimes que vitimem alguém que se encontrava numa agência de banco, verifica-se ato de terceiro interno. O banco, assim, é responsável por indenizar o cliente na hipótese de furto de talonário de cheques e cartão emitido em seu nome praticado na agência por quem não era seu empregado ou preposto (*RT*, *784*/186; *806*/193).

Ao seu turno, o empresário do transporte coletivo por ônibus explora atividade de que se esperam legitimamente determinadas garantias associadas ao meio empregado. Se ocorrer acidente de trânsito, o passageiro deve ser indenizado pela empresa de transporte, ainda que o evento danoso tenha sido causado por clara culpa do motorista do outro veículo envolvido. Neste caso, o ato do terceiro é interno à atividade do devedor, porque diretamente ligado ao serviço de transporte pelas ruas da cidade, onde a possibilidade de acidente de trânsito está sempre presente. Observa-se, então, a Súmula 187 do STF, pertinente a qualquer meio de transporte: "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra a qual tenha ação regressiva".

Quando, porém, o dano decorre de frustração a garantia que não se espera especificamente da atividade em questão, o ato culposo de terceiro que o causa é classificado como externo. Se motorista tresloucado lança seu veículo sobre o caixa eletrônico e causa danos ao cliente que se encontrava em seu interior, não há responsabilidade do banco. Da mesma forma, a empresa de transporte de pessoas não responde por assalto a seus passageiros (*RT*, *785*/396), assim como a de carga não pode ser responsabilizada pelo seu roubo à mão armada (*RT*, *816*/232).

A exclusão de responsabilidade objetiva por ato de terceiro é, contudo, ainda controvertida. Não é pacífico que a excludente tem cabimento só quando a conduta culposa do terceiro é externa à atividade do demandado. Há decisões judiciais, de um lado, isentando empresas de transporte coletivo urbano da obrigação de indenizar quando o acidente de trânsito tenha sido provocado por terceiros (*RT*, *799*/246) e, de outro, imputando-lhes responsabilidade por danos decorrentes de um crime de estupro, porque a vítima começou a ser perseguida pelos estupradores dentro do ônibus (Couto, 2001, julgado 050), ou de ferimento à bala de passageiro que se encontrava na plataforma de embarque (*RT*, *795*/228).

3.3. Culpa exclusiva da vítima

Quando o dano decorre de culpa exclusiva da vítima, também não se estabelece a relação de causalidade entre ele e o ato ou atividade do demandado. Na verdade, neste caso, é a vítima que causou o dano e não há razões para imputar-se a quem quer que seja a responsabilidade pela indenização dos prejuízos. A vítima deve suportá-los inteiramente porque foi apenas dela a culpa pelo evento danoso. Não basta que o demandado tenha-se envolvido direta ou

indiretamente com o dano para que surja sua responsabilidade. É necessário que seus atos ou atividades tenham sido a *causa* do prejuízo. A culpa exclusiva da vítima afasta esta possibilidade.

Mesmo se objetiva a responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima é excludente. Assim, se foi seriamente lesada por mordidas de ferozes cães de guarda ao adentrar sem autorização em imóvel alheio, não terá direito à indenização porque foi exclusivamente dela a culpa (*RT*, *787*/229). Da mesma forma, se as informações prestadas pelo empresário acerca dos riscos oferecidos por seus produtos ou serviços são adequadas e suficientes, e o consumidor sofre danos por ignorar as recomendações de segurança, não haverá acidente de consumo por periculosidade. Descaracteriza-se a relação de causalidade entre os danos e a atividade empresarial do fornecedor porque a culpa pelo acidente é exclusiva da vítima (CDC, art. 12, § 3º, III). Se o semáforo não estava funcionando, mas o acidente de trânsito ocorreu por comprovada imprudência do motorista, não responde o Poder Público, porque não se estabelece relação de causalidade entre o evento danoso e a falha na prestação do serviço público. Em outros termos, mesmo que o semáforo estivesse em perfeitas condições de funcionamento, o acidente teria ocorrido caso o demandante não tivesse sido prudente. A culpa pelo dano, assim, é da própria vítima e exclui a responsabilidade objetiva do Estado (*RT*, *804*/251).

A culpa exclusiva da vítima também é excludente na hipótese de danos extrapatrimoniais. Se exame laboratorial de tipagem sanguínea indica incompatibilidade do fator RH entre o filho e seus pais, mas estes só se interessam em fazer novo exame um ano depois, pela dor experimentada nesse período não responde o laboratório. O sofrimento deveu-se a culpa exclusiva das vítimas (*RT*, *783*/395).

Se provado que o dano decorreu de culpa exclusiva da vítima, descaracteriza-se a relação de causalidade entre ele e a conduta ou atividade do demandado. Exclui-se, em decorrência, a responsabilidade deste.

Para excluir a responsabilidade civil, a culpa da vítima deve ser exclusiva. Quando há concorrência de culpa, ou seja, quando tanto demandante como demandado agiram culposamente e causaram o dano, verifica-se fato que, no direito brasileiro, repercute unicamente no valor da indenização (CC, art. 945). Se a vítima, portanto, teve qualquer participação culposa no evento, fará jus à

indenização, mas o valor desta deve ser reduzido proporcionalmente ao grau de sua culpa (Cap. 25, subitem 1.1.2).

4. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Credor e devedor da obrigação de indenizar em razão de responsabilidade civil podem, circunstancialmente, estar ligados por um negócio jurídico. Isto ocorre nas hipóteses que a doutrina tradicionalmente chama de *responsabilidade civil contratual*: imperícia do profissional liberal (erro médico, falha culposa do advogado ou do engenheiro civil etc.), acidente durante o transporte (por qualquer meio), acidentes de consumo quando o causador do defeito no produto ou serviço é o fornecedor direto (varejista) etc.

Viu-se já que o negócio jurídico não é o fundamento da responsabilidade civil, porque o devedor responde não em razão do acordo feito com o credor, mas sim por ter incorrido em ato ilícito (responsabilidade civil subjetiva) ou por ter-se caracterizado o fato jurídico imputador da obrigação (responsabilidade civil objetiva). Mesmo que o negócio jurídico seja nulo — por incapacidade da parte, ilicitude do objeto ou inadequação da forma —, a obrigação de indenizar continua existindo, porque sua fonte é diversa.

Pois bem, o negócio jurídico, se, de um lado, não é o fundamento da responsabilidade civil, de outro, pode conter dispositivo que a exclua. As partes podem, por acordo de vontades, estabelecer que determinados danos não serão indenizados, ou o serão dentro de um limite. É a cláusula de não indenizar ou de irresponsabilidade (Pereira, 1989:305/306). Trata-se de excludente que pressupõe necessariamente vínculo negocial de contrato entre os sujeitos envolvidos (cf. Dias, 1947:241/246). Por meio dela, as partes concordam em repartir as repercussões de eventos danosos.

Em termos gerais, por força do princípio da autonomia da vontade, qualquer dano pode ser excluído por cláusula contratual. O sujeito pondera seus interesses e manifesta a concordância em arcar sozinho com os danos que eventualmente vier a sofrer na execução do contrato, renunciando ao direito de pleitear indenização contra o outro contratante, mesmo que seja da culpa deste. Numa situação, porém, a lei a considera nula: nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa física (CDC, art. 51, I). Nesta hipótese, ainda que tenha sido pactuada entre as partes, a obrigação de indenizar por responsabilidade civil existe. Nos contratos civis ou empresariais, ou mesmo nos de consumo em que o consumidor é pessoa jurídica (associação, fundação, sociedade microempresária

destinatária final do produto etc.), é plenamente válida a exclusão ou limitação de responsabilidade por vontade das partes.

Quando os sujeitos da obrigação de indenizar por responsabilidade civil estão vinculados também a negócio jurídico, a vontade das partes não é o fundamento da indenização, mas pode excluí-la ou limitá-la. A cláusula de não indenizar ou de irresponsabilidade é válida, salvo nas relações de consumo em que o consumidor é pessoa física (CDC, art. 51, I).

A cláusula de não indenizar deve ser expressa. Não cabe concluir sua existência do conjunto de disposições de vontade albergadas no instrumento contratual, se não existir expressa menção à exclusão ou limitação da responsabilidade civil de um ou de ambos os contratantes. Não existe cláusula de não indenizar implícita. Isso porque veicula renúncia a direito, e a presunção é de que ninguém concorda com a restrição aos seus direitos senão de forma inequívoca. A cláusula de irresponsabilidade não é excludente de indenização nos casos de culpa grave ou dolo. Normalmente, a ressalva é escrita no instrumento contratual. Mas, ainda que não venha, o contratante que tiver agido com culpa grave ou dolo deve a indenização dos danos que provocar, a menos que haja circunstâncias especialíssimas a marcar o caso. A cláusula deve ser expressa, mas a ressalva quanto à culpa grave ou dolo pode ser implícita. Afinal, a cláusula de irresponsabilidade não é uma autorização para o contratante descuidar-se na execução do contrato ou, pior, para intencionalmente prejudicar a outra parte.

Capítulo 25

INDENIZAÇÃO

1. O VALOR DA INDENIZAÇÃO

A obrigação de indenizar oriunda da responsabilidade civil é, na quase totalidade das vezes, pecuniária: o devedor a paga mediante entrega de dinheiro ao credor. Excepcionalmente pode ser não pecuniária, quando o devedor cumpre sua obrigação repondo as coisas à situação em que se encontravam antes do evento danoso. Em tese, assim, os danos sofridos pelo proprietário do automóvel abalroado no acidente de trânsito poderiam ser compensados de duas maneiras pelo devedor: consertando o veículo ou entregando ao prejudicado o dinheiro suficiente para isso. Adotada a primeira maneira, ter-se-ia a responsabilidade civil como obrigação não pecuniária (ou, como se costuma mencionar, *reparação natural* ou *in natura*); a segunda, pecuniária. Nada impede, com efeito, que o devedor seja condenado a reparar diretamente os danos do acidente em vez de pagar ao credor o valor correspondente ao prejuízo (sobre a execução específica da obrigação de indenizar, ver Yarshell, 1996). No direito positivo brasileiro, porém, há uma só hipótese de indenização que *compreende* a reposição da coisa objeto de lesão: é a derivada de usurpação ou esbulho (CC, art. 951).

Há quem considere a reparação natural melhor que a pecuniária, principalmente na composição de danos extrapatrimoniais (cf. Cianci, 2003:59/62). Na Argentina, a lei a privilegia no atendimento aos danos morais, reservando à indenização em dinheiro função subsidiária (cf. Iturraspe, 1982, 4:179/180). Não há, porém, esta primazia. Ao contrário, a indenização pecuniária é sempre preferível à reparação natural. Impor ao devedor a obrigação de desfazer o dano nunca é melhor que solucionar o conflito mediante entrega de dinheiro. Claro que a alternativa tem lugar apenas naquelas situações em que é materialmente possível o desfazimento do dano, o retorno da coisa à situação anterior ao evento danoso. No caso de danos morais, essa possibilidade simplesmente não existe. Não há como *apagar* a dor vivenciada pelos pais em razão da morte do filho causada por erro médico, do jovem vítima de dano estético num acidente de trânsito, da mulher estuprada, da pessoa honrada cujo

nome foi indevidamente lançado em cadastro de inadimplentes, do trabalhador exposto a vexame ao ser acusado de roubo num supermercado, da irrecuperável perda de coisa com *valor de afeição,* e assim por diante.

A reparação natural, a rigor, é mais inconveniente que a solução pecuniária. Em primeiro lugar, porque o devedor costuma não ter o mesmo empenho que o credor teria no refazimento do estado anterior ao dano. Normalmente, o prejudicado está muito mais interessado na recuperação da coisa do que o condenado a fazê-la. Em razão do menor interesse, é provável que o devedor procure economizar nos custos, negligencie no controle de qualidade, não se incomode com a ausência de caprichos. O resultado da reparação natural costuma ser inferior ao que adviria de refazimento encomendado e gerenciado pelo credor da indenização. Em segundo, tende a eternizar o conflito, porque é consideravelmente maior a complexidade envolvida na outorga de quitação. Se o cumprimento da obrigação consiste em entregar quantia certa de dinheiro, não há nenhuma dificuldade em confirmá-lo ou desconfirmá-lo. Já, se consiste num fazer, o cumprimento desperta questões atinentes a prazo, especificações e qualidade, cuja solução reclama muitas vezes custosas perícias técnicas. Pense num dano ambiental ou ao patrimônio histórico e as dificuldades que envolvem os trabalhos de restauro. Em terceiro lugar, a solução pecuniária é mais eficiente sob o ponto de vista econômico para ambas as partes. De um lado, para o devedor, a entrega da soma correspondente à completa recuperação do dano importa a transferência do gerenciamento da restauração e de seus riscos. De outro, o credor da indenização, porque não está obrigado a gastar o dinheiro correspondente à prestação no refazimento da coisa danificada, pode dar-lhe emprego diverso que atenda melhor ao seu interesse do momento. Diante da enormidade dos gastos, incorridos pelo causador de grave acidente ambiental no Alasca, no salvamento de alguns poucos animais, ambientalistas lúcidos questionaram se não seria melhor usar o mesmo dinheiro na solução de problemas ecológicos de maior urgência e envergadura. Em suma, por força das inconveniências apresentadas pela reparação natural, é normalmente pecuniária a responsabilidade civil.

Embora a obrigação de indenizar possa ser cumprida mediante a reposição pelo devedor da coisa à condição anterior ao evento danoso (reparação natural ou in natura*), o mais comum é que tenha a natureza pecuniária e cumpra-se pela entrega ao credor do dinheiro compensador do prejuízo patrimonial e extrapatrimonial sofrido.*

O valor da indenização dos danos pode ser fixado por acordo de vontades entre credor e devedor. São questões relativamente autônomas as da existência e extensão da obrigação. As partes podem estar de acordo quanto a uma, mas divergirem no tocante à outra. Se o motorista causador do acidente de trânsito é pessoa leal e honesta, tende a assumir a responsabilidade pela indenização dos danos de pronto. Neste caso, não haverá conflito de interesses acerca da constituição da obrigação de indenizar. Caso concorde com o valor proposto pelo motorista do veículo danificado, o encontro de vontades alcançará também a extensão da obrigação. Se discordarem acerca do montante dos danos, provavelmente este será objeto de discussão judicial. De igual modo, haverá disputa em juízo se inexistir consenso sobre a culpa pelo acidente, mesmo concordando as partes acerca do valor dos danos. Produzida a prova da culpa, e assentada forte propensão à responsabilização, podem chegar a acordo judicial com mais facilidade. De qualquer modo, quando o valor da indenização é objeto de acordo entre prejudicado e responsável, a obrigação passa a ser negocial, sujeita às regras próprias dos negócios jurídicos bilaterais.

Quando não há acordo sobre a obrigação de indenizar por responsabilidade civil, a existência e extensão dessas são estabelecidas pelo juiz a partir dos parâmetros do direito positivo. As normas que norteiam a decisão sobre a existência dessa obrigação não negocial foram já examinadas nos capítulos antecedentes: constitui-se a responsabilidade civil com o atendimento dos pressupostos próprios de cada espécie — na subjetiva, a culpa do devedor, o dano do credor e a relação de causalidade; na objetiva, o dano e a relação de causalidade —, caso não se verifique excludente. Resta examinar as normas referentes à extensão da obrigação.

Sempre que a lei cria uma obrigação não negocial ela deve fixar, e em geral fixa, os critérios para a mensuração da prestação. Ao imputar a determinados sujeitos a obrigação de prestar alimentos, ela preceitua que o valor da prestação atenderá às necessidades do alimentado e às possibilidades do alimentador (CC, art. 1.694, § 1º). Ao atribuir ao acionista o direito essencial ao recesso, na hipótese de dissidência relativamente a certas deliberações da assembleia geral, enuncia que o devido pela sociedade anônima a título de reembolso será calculado com base no valor patrimonial ou econômico da ação (LSA, art. 45). Para a quantificação da obrigação de indenizar por responsabilidade civil, as balizas são estabelecidas por algumas normas legais e, em relação aos danos extrapatrimoniais, por vastíssima contribuição da jurisprudência. O objeto deste

capítulo final da parte dedicada à responsabilidade civil é o estudo dessas balizas.

1.1. A culpa e o valor da indenização

A culpa pode influir no valor da indenização. Quando referente ao sujeito passivo da obrigação de indenizar, sua desproporção em face do valor dos danos possibilita a redução equitativa pelo juiz, nos termos do art. 944, parágrafo único, do CC (subitem 1.1.1); quando referente ao ativo, sua contribuição para o evento danoso reduz a indenização, por força do art. 945 do CC (subitem 1.1.2).

1.1.1. Grau de culpa do devedor

A influência do grau de culpa do devedor no valor da indenização é recente no direito brasileiro. Sob a vigência do Código Beviláqua, o grau de culpa era irrelevante para quaisquer efeitos de responsabilidade civil. A existência e extensão da obrigação de indenizar independiam de ter sido a culpa do autor dos danos levíssima ou de extrema gravidade. Se pequeno erro médico causava danos de monta ao paciente, isso não diminuía a quantia devida pelo profissional. A entrada em vigor do Código Reale alterou significativamente a disciplina da matéria. Sempre que tiver sido pouca a culpa do devedor, em confronto com a dimensão dos danos, abre-se ao juiz a possibilidade de fixar indenização menor.

Claro que a redução equitativa da indenização em razão do grau de culpa do devedor impõe à vítima responsabilidade por parte dos danos sofridos. Ela arca diretamente com a parcela correspondente à redução proporcionada. Opera-se, então, distribuição equitativa do valor dos danos entre responsável e prejudicado. Quanto menor o grau de culpa do devedor, mais a hipótese aproxima-se do fortuito, em termos jurídicos, justificando-se assim a solução por equidade. O juiz não deve, nos casos de culpa leve ou levíssima, tratar o devedor da mesma forma que os culpados em maior grau; não deve, por outro lado, deixar a vítima desprotegida. Na ponderação que fizer, deve buscar o equilíbrio entre os dois polos de interesses.

Cabe a redução equitativa em qualquer hipótese de responsabilização em que tenha havido baixo grau de culpa do devedor. Nas de responsabilidade subjetiva, sempre será cabível avaliar a intensidade da conduta culposa do devedor, tendo em vista que sem culpa não há a obrigação desta espécie. Mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, cabe avaliar o grau de diligência e zelo do devedor

nas questões afetas à segurança de sua atividade. A presença ou ausência de culpa, e o grau desta, como assentado, é sempre irrelevante para a questão da *existência* da obrigação. Para definir-se sua *extensão*, porém, é relevante. Se o dono do animal provar que o guardava cercado de todos os cuidados possíveis, ele *não* se exonera da obrigação porque é esta objetiva, independe de culpa; mas pode o juiz, reconhecendo a leveza da culpa, reduzir equitativamente o valor da indenização. Do mesmo modo, o empresário responde por acidente de consumo de forma objetiva, quer dizer, ainda que tenha empregado diligentemente na produção os mais avançados processos disponíveis e o melhor controle de qualidade. Mas não é justo tratar igualmente o empresário relapso e o preocupado com a questão da segurança. Obrigado ele está, a despeito de sua diligência, mas o valor da indenização pode ser menor em função dela.

Na hipótese de ter sido baixo o grau de culpa do devedor e elevado o montante dos danos, a lei faculta ao juiz que reduza equitativamente o valor da indenização. Neste caso, distribuem-se, por equidade, os danos entre a vítima e o responsável.

De outro lado, cabe a redução equitativa qualquer que seja a natureza dos danos a indenizar. A indenização compensatória tanto dos patrimoniais como dos extrapatrimoniais pode ter o valor influenciado pelo grau de culpa do devedor. Especialmente na fixação do valor dos danos morais, deve o juiz fazer a ponderação equitativa, quando tiver sido de menor gravidade a culpa do devedor; com efeito, neste caso o impacto da distribuição equitativa no patrimônio do credor será menor ou, por vezes, neutro. Se, numa determinada hipótese, têm os tribunais fixado o dano moral em torno de 500 salários mínimos, o juiz pode, diante da pouca gravidade da culpa do devedor, reduzir a indenização correspondente a 400 ou 300 salários mínimos, por exemplo.

1.1.2. Culpa concorrente do credor

É possível, e não raro, que o dano tenha decorrido de culpa concorrente das partes. Pode-se verificar a concorrência da culpa do credor para o prejuízo tanto nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva como pela objetiva. Se os motoristas dos dois veículos colidentes trafegavam em velocidade excessiva, não se pode atribuir a culpa pelo acidente a nenhum deles isoladamente (*RT*, *791*/367). Se o consumidor comprovadamente sabia do *recall* e, mesmo assim,

não levou o veículo ao conserto, é dele também em parte a culpa pelos danos do acidente de consumo que vier a ocorrer. Se o empregado concordou em executar tarefa perigosa para a qual não estava habilitado e o empregador não se opôs, há concorrência de culpas (*RT*, *797*/306).

São duas as formas de o direito da responsabilidade civil tratar a concorrência de culpa da vítima: considerá-la excludente de responsabilidade ou fator de redução da indenização. Nos Estados Unidos, em que a responsabilidade civil é matéria de competência estadual e não da Federação, varia de estado para estado a disciplina legal aplicável. Alguns estados norte-americanos adotam o princípio da *contributory negligence*, em que a vítima que concorreu culposamente para o evento danoso perde o direito à indenização. Outros consagram princípio diverso, da *comparative negligence*, em que a vítima, malgrado o concurso de culpa, tem direito à indenização, mas em valor reduzido proporcionalmente à sua participação no evento danoso. Richard Posner registra, a propósito, que o único estudo empírico disponível concluiu ser menor o cuidado tomado pelos motoristas nos estados em que vigora o *comparative negligence* (1992:171/175). A confirmar-se tal conclusão em outros estudos, seria o caso de se considerar *a concorrência de culpa como excludente de responsabilidade* uma alternativa melhor, no contexto da política de prevenção de acidentes.

No direito brasileiro vigente, de qualquer modo, a concorrência de culpa do credor não influi na questão da existência da obrigação de indenizar. Esta se constitui, mesmo que tenha havido culpa grave do prejudicado no evento danoso. Tem ela importância apenas na questão concernente à extensão da obrigação. Quando o credor contribuiu, com sua conduta culposa, para o dano, sua indenização não pode ser integral; deve ser reduzida proporcionalmente ao grau das culpas dos sujeitos envolvidos. Diz a lei que a concorrência de culpa do credor dá lugar à redução proporcional da indenização: “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” (CC, art. 945).

A redução proporcional por concorrência de culpa cabe, também, em qualquer hipótese de responsabilização. Não há, na lei, nenhuma discriminação que autorize o intérprete a considerá-la inaplicável, por exemplo, à responsabilidade objetiva. Se para o acidente, além dos buracos na pista da rodovia, foi decisivo também o excesso de velocidade do motorista, há culpa concorrente e o valor da indenização deve ser proporcional, a despeito de ser objetiva a responsabilidade da concessionária (*RT*, *785*/255). Ademais, a regra da redução por concorrência

de culpa deve ser prestigiada até mesmo para evitar-se o enriquecimento sem causa daquele que conscientemente busca envolver-se num evento danoso (claro, de repercussões que não o incomodam em demasia) com o objetivo único de pleitear a indenização. É o caso, por exemplo, daqueles que, tendo o cheque devolvido pelo banco indevidamente, não se preocupam em esclarecer logo o assunto. Aguardam a comunicação da ocorrência ao cadastro de emitentes de cheques sem fundos (CCF), para que tenha fundamento o seu futuro pleito judicial de responsabilização. Se é certo que ao demandante, na maioria das vezes, não interessa suportar os danos, não se deve ser ingênuo a ponto de desconhecer a figura da "vítima profissional". De qualquer modo, mesmo que não tenha havido a intenção de ser envolvida pelo dano, a culpa concorrente da vítima é ato ilícito; corresponde a conduta reprovável pela sociedade. O credor que contribuiu para a ocorrência do prejuízo e o simplesmente alcançado pelo dano não podem ser tratados da mesma forma. Em suma, tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva, se o credor concorreu culposamente para a ocorrência do prejuízo, só terá direito à indenização parcial, e deve suportar a parte do valor dos danos correspondente à proporção de sua culpa.

É obrigatória a redução proporcional da indenização independentemente da natureza do dano. A culpa concorrente da vítima reduz o crédito tanto da indenização dos danos patrimoniais como dos extrapatrimoniais. Se o prejuízo no patrimônio e a dor experimentada pelo sujeito ativo deveram-se, em parte, à sua própria negligência, imprudência, imperícia ou ato intencional, o valor da indenização deve ser fixado de modo a refletir esse fato.

Sempre que a vítima tiver concorrido, com sua conduta culposa, para a ocorrência do evento danoso, determina a lei que o valor da indenização reflita a proporção de sua participação. A redução proporcional é devida, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva e de compensação de danos extrapatrimoniais.

Diferentemente da redução equitativa em função do leve grau de culpa do devedor — que é uma faculdade aberta pela lei ao juiz —, a relacionada à concorrência da culpa do credor é impositiva. Quer dizer, tendo o credor contribuído culposamente para o dano, o juiz não pode deixar de reduzir o valor do seu crédito pela indenização.

Por fim, havendo concorrência de culpa, é provável que as partes da relação

obrigacional sejam reciprocamente credora e devedora. No acidente de trânsito em que os dois motoristas foram culpados, cada um deles deve ao outro a indenização pelos danos que causou. Dá-se, então, a compensação total ou parcial. Compensam-se totalmente as obrigações recíprocas quando os danos sofridos por cada parte se equivalem. Aqui, ninguém deve nada a ninguém. A compensação parcial ocorre, por sua vez, quando são diversos os montantes dos danos experimentados por cada sujeito obrigado. Se apenas um dos veículos capota ou se choca a um poste em razão do acidente causado por culpa concorrente, é provável que o crédito por indenização titularizado pelo seu proprietário supere o do outro. Também é relevante, para que se verifique a compensação, o ajuizamento das ações pelos dois sujeitos, que serão julgadas simultaneamente (conexão de causas), ou a apresentação de reconvenção pelo primeiro a ser demandado (ação do réu contra o autor dentro do mesmo processo). Se apenas um dos envolvidos no acidente ingressa em juízo atrás da indenização, e o réu limita-se a contestar a demanda, em sendo acolhida a ação, não haverá créditos a compensar, mas apenas a obrigação de o condenado indenizar o demandante.

1.2. Indenização tarifada

A indenização é tarifada quando a lei estabelece limite para sua fixação pelo juiz. Por razões diversas, pode a lei considerar que determinado dano deva ser suportado em parte pela vítima por não atender ao interesse público a imputação ao sujeito passivo de responsabilidade por seu valor integral.

Em razão do princípio da indenidade, a tarifação da indenização tem sido desprestigiada. A jurisprudência não tem aplicado, por exemplo, os limites estabelecidos na Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica — CBA) para a responsabilização civil do transportador aéreo, construtor aeronáutico e empresa de administração de aeroporto. As tarifas são, por exemplo: 3.500 OTNs por passageiro ou tripulante, para a responsabilidade por danos pessoais (art. 257); 150 OTNs em caso de atraso do transporte (art. 257) ou dano, perda ou avaria de bagagem (art. 260); 3 OTNs por quilo, para atraso, dano, perda ou avaria de carga, salvo declaração especial de valor (art. 262) etc. Em função da indexação das tarifas em Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs), que já não mais circulam, é necessário proceder-se à atualização dos limites legais, mediante a substituição do indexador (*RT*, *799*/243). Atualizada, a tarifa estabelece o valor máximo da indenização devida. No plano internacional, convenções também limitam a responsabilidade civil das empresas de aviação

(*RT*, *785*/256). O CBA afasta a limitação da responsabilidade civil nas hipóteses de dolo ou culpa grave da empresa devedora, embora a definição dada a esta última corresponda, tecnicamente, à de dolo indireto (art. 248, § 1º). A vítima de acidente aéreo, segundo a lei, só tem direito à indenização completa de seus prejuízos quando provar a intenção da empresa demandada, ou de seus prepostos, no sentido de provocar o resultado danoso ou a de correr o risco de causá-lo (*RT*, *790*/335).

Carlos Roberto Gonçalves, um dos mais profundos doutrinadores brasileiros da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, apoiando-se em precedente do STJ, sustenta que nenhum dos dispositivos de tarifação da indenização por danos morais foi recepcionado pela ordem constitucional inaugurada em 1988 (2002:40/41). De fato, como a Carta em vigor assegura a "indenização por dano material, moral ou à imagem" no dispositivo referente ao direito de resposta (art. 5º, V), sem estabelecer qualquer limitação, tem a doutrina concluído que a lei ordinária não poderia tarifá-la.

A limitação da responsabilidade pelos danos associados ao transporte aéreo, contudo, justifica-se como medida necessária à viabilização econômica da atividade. Os *riscos do ar* devem ser repartidos entre a empresa transportadora e os passageiros, para possibilitarem preços relativamente acessíveis a estes e capacidade de investimento para aquela (cf. Rodrigues, 2002:239/246). Como os acidentes aéreos costumam implicar enormes danos materiais e pessoais, e, dentro duma margem estatística, não são evitáveis, a repartição dos riscos entre fornecedor e consumidor do serviço é necessária.

Ainda em relação à tarifação dos danos associados ao transporte aéreo, têm doutrina e jurisprudência considerado que ela não mais subsiste desde a vigência da Constituição de 1988. O argumento aponta para a mudança operada na extensão da responsabilidade objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (CF, art. 37, § 6º). Antes da Carta em vigor, a norma constitucional estabelecia a objetivação da responsabilidade, no preceito equivalente, apenas às pessoas jurídicas de direito público. As empresas de transporte aéreo e de infraestrutura aeronáutica encaixam-se, sem dúvida, nesse conceito: são de direito privado e exploram serviço público. Em seguida, o argumento contrário à recepção da norma tarifadora conclui da responsabilidade objetiva constitucional a impossibilidade de limitação. Não havendo limite para a responsabilidade civil do Estado, entende Carlos Roberto Gonçalves, em suas atualizadas lições sobre o tema, que também não poderia haver para as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, por terem o mesmo

fundamento constitucional (2002:294). Há, também, os que reputam as normas de tarifação do CBA revogadas pelo CDC (*RT*, *815*/366).

Indenização tarifada é a limitada pela lei para compatibilizar o interesse privado da vítima voltado à indenização dos danos e um interesse público. O Código Brasileiro de Aeronáutica também tarifa a responsabilidade das transportadoras aéreas, construtoras aeronáuticas e empresas de infraestrutura aeroportuária, para viabilizar a acessibilidade dos preços dos serviços de transportes aéreos e a preservação da capacidade de investimentos delas.

Considero, contudo, ainda vigentes e constitucionais os preceitos do CBA que tarifam a responsabilidade civil. Deve-se, com efeito, distinguir entre os pressupostos de constituição da obrigação de indenizar e os critérios de fixação do valor da indenização — aqueles são pertinentes à existência da obrigação, estes à extensão. Não há nenhuma incompatibilidade entre a objetividade e a tarifação da responsabilidade civil, porque dizem respeito a aspectos diversos da matéria. Alguém pode ser responsabilizado independentemente de culpa dentro de limites, se o interesse público — expresso em lei — assim o recomendar. A imputação de responsabilidade objetiva às pessoas de direito privado prestadoras de serviço público diz respeito à existência da obrigação, mas não à sua extensão. Trata-se, a meu ver, de salto lógico concluir das normas constitucionais invocadas a proibição da indenização tarifada pela lei ordinária.

Quanto à alegada revogação do CBA pelo CDC, deve-se rejeitar o argumento em vista da especificidade das normas de tarifação nas indenizações devidas aos consumidores de serviços ligados aos transportes aéreos, que subsistem à entrada em vigor dos preceitos gerais do código consumerista. A lei geral, lembre-se, não revoga a lei especial.

Antes de encerrar, para registro histórico, lembro a discussão sobre a tarifação de danos extrapatrimoniais relacionados ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento. A inconstitucionalidade desta tarifação foi afirmada pela jurisprudência, na fixação da indenização por ofensa à honra por informação injuriosa, caluniosa ou difamatória veiculada pela imprensa. A Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) tarifava a responsabilidade civil dos jornalistas (art. 51) e das empresas de comunicação (art. 52): aqueles respondiam, conforme o caso, até limites máximos que variavam de 2 a 20 salários mínimos, enquanto estas tinham a responsabilidade limitada a 200 salários mínimos.

O STF, em 2009, considerou não ter sido a Lei de Imprensa recepcionada pela

Constituição Federal, razão pela qual deixou de vigorar, desde 1988, a tarifação nela prevista. Ela era, contudo, justificável, tendo em vista a necessidade de se compatibilizarem dois valores extremamente importantes para a sociedade: de um lado, o interesse privado à própria honra, expressão de um direito da personalidade, e, de outro, o público na liberdade de imprensa e manifestação do pensamento. A tarifação da indenização visava, em suma, impedir que indenizações elevadas pudessem pôr em risco a liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. Como a indenização é custo da atividade jornalística, quem as suporta, no final, são os consumidores de jornais. Tarifar a responsabilidade civil de jornalistas e empresas de comunicações atende ao interesse público de qualquer sociedade democrática no tocante à ampla difusão das informações.

Em cidades de menor porte, uma só condenação por responsabilidade civil pode levar à falência seu único jornal, com prejuízo indiscutível à população da região. Mas os dispositivos estabelecendo os limites tarifários da lei não têm tido ampla eficácia. Algumas doutrinas e jurisprudências consideravam inconstitucional a tarifação das indenizações morais estabelecida na Lei de Imprensa.

2. DANOS PATRIMONIAIS

A indenização mede-se pela extensão do dano. É este o critério geral para a fixação do valor devido a título de ressarcimento dos danos patrimoniais (CC, art. 944, *caput*). Quantifica-se, em decorrência, o valor da redução experimentada pelo patrimônio do credor, em todos os seus aspectos, e fixa-se, então, o principal da prestação do devedor. Sobre ele incidem juros, correção monetária e honorários de advogado, nas condições examinadas para as obrigações em geral (Cap. 18).

Para ser completa, a indenização dos danos patrimoniais deve abranger também os lucros cessantes, e não apenas as perdas ocorridas. Isto é, na avaliação da redução experimentada pelo patrimônio do credor, não se pode ignorar o custo de oportunidade, quer dizer, o potencial de geração de riquezas representado pelos bens dele suprimidos pelo evento danoso. Se o veículo acidentado era usado pelo proprietário numa atividade econômica qualquer, a indenização não estará completa se restrita aos reparos. O bem danificado criava oportunidades de ganhos para o seu titular, que, por isso, deve receber também o valor do lucro perdido em razão dos dias parados. A norma do art. 402 do CC, portanto, aplica-se integralmente à liquidação dos danos cobertos pela

responsabilidade civil: “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Ao fixar como critério geral da indenização dos danos patrimoniais a extensão do dano, a lei afasta qualquer forma de enriquecimento do credor. O valor da indenização deve limitar-se a repor, da forma mais completa possível, o patrimônio da vítima ao estado anterior ao evento danoso. Apenas na indenização por danos extrapatrimoniais verifica-se necessariamente o enriquecimento do credor, que, por ter causa jurídica legítima, é objeto de proteção do direito (Cap. 20, item 5). A vítima de danos exclusivamente patrimoniais, portanto, não pode enriquecer com o recebimento da indenização.

Ao lado do parâmetro geral de mensuração da indenização dos danos patrimoniais segundo a extensão do dano, a lei estabelece também alguns critérios especiais. Destinam-se a nortear a liquidação do dano em casos específicos. São eles:

a) *homicídio*. A lei apresenta elenco exemplificativo de reparações necessariamente incluídas na indenização devida pelo homicida: *a.i*) “pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” (CC, art. 948, I); e *a.ii*) “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima” (inciso II). Em relação às reparações mencionadas em *a.i*, nunca se discutiu sua pertinência quem quer que tivesse morrido. As discussões giravam em torno do padrão do funeral, da indenizabilidade das despesas com a construção de jazigo e com a realização das cerimônias fúnebres da religião professada pelo defunto ou seus familiares. Não há dúvidas de que a indenização deve ser a mais completa possível, abrangendo todas as despesas que não teriam sido feitas, *pelo menos não naquele momento*, se não fosse o homicídio.

Em relação, porém, às reparações referidas em *a.ii*, nota-se a evolução da jurisprudência no tratamento do tema em função da pessoa falecida. Quando morto o homem, presumia-se ser ele o responsável pelo sustento da família. Os filhos têm, neste caso, direito à indenização que lhes garanta sustento e educação. Devem receber do homicida o que receberiam do pai, caso ele não tivesse falecido. Os limites temporais para essa indenização são dois, prevalecendo o que primeiro se verificar: de um lado, a expectativa de vida do provedor, mensurada em função da dos brasileiros em geral — 65,5 anos para os homens e 72 para as mulheres, segundo a OMS (*RT*, *802*/194; *799*/288); de outro, a idade em que normalmente as pessoas com oportunidade de estudo concluem a formação superior e podem prover o próprio sustento — 25 anos (cf.

RT, *806*/137). Observa-se, que se tinha a vítima mais de 65 anos, o homicida vem sendo condenado a indenizar seu ato pelo prazo correspondente à sobrevida estimável de 5 anos (*RT*, *785*/363).

Quando morta a mulher administradora do lar (isto é, sem trabalho fora de casa) ou o filho menor, a jurisprudência evoluiu da negativa à aceitação da indenizabilidade. No caso da administradora do lar, de início considerava-se que o marido deixava de ter despesas com a sua morte, não havendo o que se indenizar portanto. Hoje, reconhecendo-se a importância e valor do seu trabalho na organização da casa, imputa-se ao homicida também a obrigação de indenizar os danos patrimoniais correspondentes infligidos aos que dele se beneficiavam (marido, filhos, ascendentes etc.). De modo similar, quando morto filho menor sem atividade remunerada, também evoluiu no mesmo sentido a jurisprudência. No início, quando o incapaz não tinha ainda atividade remunerada, concluía-se pela inexistência de danos patrimoniais, já que não contribuía para as despesas da casa. Hoje, entende-se que é devida a indenização pelos danos patrimoniais correspondentes caso as condições econômicas da família indiquem que o menor, se tivesse sobrevivido, começaria a trabalhar assim que possível e contribuiria para as despesas do lar enquanto morasse com os pais (isto é, até os 25 ou 30 anos). Indeniza-se, nesse caso, a frustração da legítima expectativa de futuro amparo na velhice que os pais nutrem em relação aos filhos (*RT*, *790*/288; *786*/301).

O valor da reparação *a.ii* tem correspondido a dois terços da remuneração aferida pelo falecido, na presunção mais que razoável de que pelo menos um terço de seus ganhos era despendido com seu próprio sustento (*RT*, *791*/367). O devedor é condenado a pagá-la em prestações mensais, corrigidas pela variação do salário mínimo. Dependendo da condição econômica do devedor, o juiz tem-no obrigado a constituir um capital (p. ex., investimento em títulos públicos, por meio de fundo administrado por instituição financeira) que garanta o pagamento das indenizações mensais (*RT*, *799*/289).

O critério geral para quantificação do valor da indenização pelos danos patrimoniais é o da extensão do prejuízo. Compreende as perdas efetivamente sofridas e os lucros razoáveis não ganhos.

Além desse critério geral, são previstas normas específicas para as hipóteses de homicídio, lesão à saúde, lesão à capacidade de trabalho, danos por perícia de profissionais da saúde e usurpação ou esbulho de coisa.

b) *Lesão à saúde*. O critério da lei para a indenização das lesões à saúde é o do ressarcimento "das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido" (CC, art. 949). Na verdade, embora abrigado num preceito específico, o critério reproduz o parâmetro geral das perdas efetivamente sofridas e dos razoáveis lucros não ganhos. Desse modo, se a vítima de atropelamento submeteu-se a cirurgia e só pôde retornar à sua atividade produtiva após meses de recuperação, sua indenização abrange o valor das despesas médico-hospitalares e o dos ganhos não aferidos no período.

O dano estético que pode acarretar a lesão à saúde é sempre extrapatrimonial (subitem 3.3.e) e esporadicamente patrimonial. Verifica-se a última hipótese se a vítima vivia da imagem, como os artistas ou modelos (Cap. 7, subitem 4.4.3), e esta restou prejudicada pelo dano estético. Aqui, o causador da lesão indeniza também danos patrimoniais, representados pelo comprometimento da expectativa de razoáveis ganhos.

c) *Lesão à capacidade de trabalho.* Se a vítima teve sua capacidade de trabalho inteiramente comprometida ou diminuída, a indenização deve compreender, "além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença (...), pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu" (CC, art. 950, *caput*). O devedor da indenização, assim, é condenado a pagar mensalmente à vítima a remuneração equivalente à que recebia em caso de inabilitação ou parte proporcional, se ocorreu apenas redução da capacidade de trabalho. Na apreciação do caso em julgamento, deve o juiz compatibilizar os interesses da vítima em ser indenizada da forma mais completa possível com os da integração dos portadores de deficiência à sociedade. A indenização, em suma, não deve ser discriminatória no sentido de imputar à vítima a pecha da inutilidade. Se o acidentado fica tetraplégico, é provável que sua inabilitação para atividades laborativas seja plena. Mas, se perdeu um membro, não deve ser desestimulado a continuar produtivo. No exemplo de Silvio Rodrigues, o violonista que perde o braço num acidente não pode mais desempenhar seu trabalho de músico, mas não está excluído de outros mercados de trabalho (2002:233).

O limite temporal da indenização, neste caso, é o da duração da vida da vítima. Em outros termos, o devedor responsabiliza-se pelo pagamento de uma pensão vitalícia ao credor (*RT*, *791*/297). Aqui, não tem sentido levar em conta a expectativa de vida, já que o lesado sobreviveu ao evento danoso. Se o prejudicado era menor e ainda não exercia nenhuma atividade lucrativa, tem

decidido a jurisprudência que o valor da pensão seja liquidado quando o menor alcance a idade em que provavelmente começaria a trabalhar (entre 14 e 25 anos, dependendo da situação econômica da família), para que haja elementos mais confiáveis ao cálculo da redução ou do comprometimento da capacidade laborativa.

Admite a lei que, por escolha do credor, a indenização arbitrada pelo juiz em razão da diminuição ou perda da capacidade laborativa seja-lhe paga não em prestações mensais, mas de uma só vez (CC, art. 950, parágrafo único). Esta alternativa, embora mencionada na lei apenas para o caso de lesão à capacidade de trabalho, estende-se a qualquer hipótese de crédito por indenização paga em prestações (Rodrigues, 2002:217).

d) *Profissionais da saúde*. Os profissionais da saúde — médicos, enfermeiros, dentistas, nutricionistas etc. — respondem subjetivamente pelos danos que sua imperícia ocasionar à vida ou integridade física dos pacientes por eles atendidos (Cap. 22, subitem 3.2). A lei determina que se observem, neste caso, os mesmos critérios de mensuração da indenização fixados para as hipóteses de homicídio, lesão à saúde e à capacidade de trabalho aqui examinados (CC, art. 951).

e) *Usurpação ou esbulho*. Na fixação do critério de mensuração da indenização por usurpação ou esbulho, prevê o direito positivo brasileiro a sua única hipótese de reparação *in natura*. Consiste na restituição da coisa, se ainda existir ao tempo do cumprimento da obrigação. Esclarece a lei que a devolução do bem usurpado ou objeto de esbulho não exonera o devedor do pagamento de valor a título de reparação pela deterioração e lucros cessantes (CC, art. 952, primeira parte). Se alguém subtrai o táxi pertencente ao vizinho e se vale do veículo para ganhar dinheiro transportando passageiros recolhidos na rua, fica obrigado a restituí-lo ao proprietário, pagar o correspondente ao desgaste do bem durante o período do desapossamento e os ganhos que tiver auferido.

Se a coisa não existe mais ao tempo da restituição, a indenização deve compreender o seu valor, estimado pelo preço de mercado (art. 952, parágrafo único, primeira parte). Continua, de qualquer modo, o devedor obrigado ao pagamento da reparação pela deterioração (desvalorização do veículo) e dos lucros cessantes. Com isso, são compensados os danos patrimoniais. Se a coisa usurpada ou objeto de esbulho tinha especial valor para seu dono (*valor de afeição*), é devida ainda a indenização extrapatrimonial (subitem 3.3.f).

3. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS OU MORAIS

A trajetória da indenização por danos morais no direito brasileiro pode ser dividida em duas fases nítidas: antes e depois de 1988. A fase anterior é marcada pela discussão sobre seu cabimento; vou chamá-la *fase do questionamento*. A segunda, pela superação de qualquer dúvida, na doutrina e jurisprudência, acerca de sua pertinência; chamo-a *fase do consenso*.

Na fase do questionamento, dividiam-se os estudiosos e julgadores em duas grandes posições. De um lado, punham-se os que rejeitavam a indenização por danos morais. Seus frágeis argumentos iam desde a afirmação da imoralidade do ato de compensar a dor com dinheiro até a impossibilidade de calcular o valor exato da compensação (cf. suma das teses de rejeição em Diniz, 2003, 7:87/98). Não é o caso de aprofundá-los e discuti-los neste compêndio, tendo em vista serem hoje meras curiosidades históricas, inoperantes na interpretação e aplicação do direito. A rejeição da indenização por danos morais predominou na doutrina e jurisprudência até os anos 1960.

Na admissão da indenizabilidade dos danos morais, na fase de questionamento, predominavam os entendimentos de *aceitação relativa*. E, curiosamente, opunham-se, de um lado, os que só aceitavam os danos morais se houvesse *também* condenação em danos patrimoniais aos que, de outro, só os admitiam quando *não* houvesse nenhum dano patrimonial. Aqueles argumentavam que a indenização não poderia limitar-se aos danos morais (por qualquer razão próxima às teses de rejeição), mas que, em havendo danos patrimoniais, a compensação pela dor deveria integrar o ressarcimento do credor, para que fosse completo (*RT, 496*/172). Se não tivesse havido dano patrimonial, porém, não caberia compensar exclusivamente a dor. Os últimos consideravam, por sua vez, que o instituto se destinava apenas àquelas situações em que o ilícito não gerava prejuízos pessoais ou materiais, mas só ofensa à honra do credor, como no protesto indevido de títulos. Neste caso, para não ficar a vítima sem qualquer indenização, caberia compensar-lhe os danos extrapatrimoniais. De outro lado, se os danos patrimoniais já estavam adequadamente compostos, não caberia acrescer-se nada a título de compensação pelos morais (*RT, 503*/237; *501*/192) (cf. Rodrigues, 2002:189/200; Dias, 1954, 2:393/458; Gomes, 1961:271). A divergência foi superada em favor da possibilidade de cumulação, já na fase do consenso, pela Súmula 37 do STJ (*"são cumuláveis as indenizações por danos material e moral oriundos do mesmo fato"*).

No plano legislativo, o Código Beviláqua trazia já algumas figuras que sugeriam a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais — como o direito ao dote titularizado pela mulher virgem e solteira que havia sido deflorada por

quem se recusava a casar com ela, o cálculo da indenização do ofendido na honra que não tivesse sofrido dano patrimonial etc. Além disso, a indenização por danos morais começou a ser especificamente mencionada em alguns diplomas esparsos, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (1962), a Lei de Imprensa (1967), o Código Eleitoral (1965) e a Lei dos Direitos Autorais (1973) (Carmignani, 1996:41 e 44).

Mas, o que assinala a transição da fase do questionamento para a do consenso é a Constituição Federal de 1988 (Zuliani, 2002:202). Em dois dispositivos o constituinte fez menção ao instituto; a partir de então, todos, repentinamente, puseram-se de pleno acordo, sem maiores elaborações, no sentido de que essas normas constitucionais resolviam em definitivo a questão (cf. Pereira, 1989:58). Os danos morais ganham, então, autonomia em face dos patrimoniais, e seu cabimento passa a ser admitido sem reservas pela doutrina e jurisprudência.

Os dois dispositivos da Constituição referentes aos danos extrapatrimoniais inserem-se no art. 5º, sobre direitos e garantias fundamentais. São os incisos V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem") e X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"). Embaladas na vaga modernizante da nova Carta, doutrina e jurisprudência não deram atenção ao fato de o texto constitucional limitar-se às hipóteses de lesão a certos direitos da personalidade, e convergiram para a conclusão da indenizabilidade dos danos morais em toda e qualquer situação de prejuízo. Há julgado, por exemplo, em que o dispositivo constitucional é invocado como fundamento da indenização moral estabelecida em favor da vítima de coação na assinatura de documentos (*RT*, *804*/226). Penso que a Constituição de 1988 marca a aceitação absoluta dos danos morais não propriamente em razão do conteúdo daqueles dispositivos, mas de sua hierarquia. Ninguém mais precisava sustentar desconfortáveis argumentos do passado, porque estava sendo inaugurada uma nova ordem jurídica.

No direito brasileiro, considera-se, desde a Constituição Federal de 1988, que a indenização pelos danos morais é admissível em qualquer hipótese. O Código Reale estipula seu cabimento na responsabilidade civil subjetiva. Normas esparsas preveem a indenização pelos danos morais no contexto da responsabilidade civil objetiva, mas não existe, em relação a esta, nenhum preceito de âmbito geral.

A rigor, contudo, mesmo após a entrada em vigor do Código Reale, a única norma na ordem jurídica brasileira que prevê, como regra de âmbito geral, a indenização pelos danos morais insere-se na disciplina da responsabilidade civil subjetiva. É a resultante dos arts. 186 e 927 do CC: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “aquele que, por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Em relação à responsabilidade civil objetiva, há normas de âmbito específico, como, por exemplo, as pertinentes aos acidentes de consumo (CDC, art. 6º, VI: é direito básico “do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”). Não existe, contudo, norma geral de indenizabilidade dos danos morais na disciplina da responsabilidade civil objetiva.

3.1. Função dos danos morais

Todo evento danoso importa, para quem o sofre, no mínimo algum desconforto ou dissabor. Se alguém bate no meu carro, ainda que pague todas as despesas de conserto e o táxi durante sua realização, sofrerei algum desgosto com a perda de tempo, chateação com o dano, adiamento de alguns compromissos etc. São aborrecimentos plenamente absorvíveis pela generalidade das pessoas (*RT*, *789*/193; *789*/256). Também o causador do acidente experimentará dissabores, mas destes — grandes ou pequenos — a lei não cuida.

Por mais variado que seja o seu grau, não há evento danoso sem sofrimentos para a vítima; sofrimentos de ordem não patrimonial. A grande maioria deles *não é* e *não deve ser* objeto de preocupação pelo direito. Cada um cuida de seus humores (*RT*, *802*/309). A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela *tormentosa dor* experimentada pela vítima em alguns eventos danosos. Imagine o que sente a mulher estuprada, o pai que assiste ao bárbaro espancamento do filho, o paciente vítima de erro médico numa cirurgia plástica, o trabalhador honrado contra quem foi tirado indevido protesto de título. Não são sofrimentos irrelevantes, desprezíveis, facilmente absorvíveis, mesmo pelas pessoas mais amadurecidas e experimentadas. Agride os valores de justiça cultivados pela civilização do nosso tempo deixar de atender a esses doídos desdobramentos dos eventos danosos.

A dor não pode ser desfeita. Mesmo sensações posteriores de vingança ou de alívio financeiro não a desfazem. O único instrumento, na sociedade democrática dos nossos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro. O devedor da obrigação de indenizar paga ao credor certa quantia com o objetivo específico de *compensar* a dor. O pagamento da indenização não repõe os danos morais, apenas os compensam (Reis, 1991:103). Não há ressarcimento, mas enriquecimento patrimonial. O aumento do patrimônio da vítima é a única forma, atualmente desenvolvida pelo Direito, para que sua indenização seja a mais justa possível.

Os danos morais podem ocorrer acompanhados ou desacompanhados dos patrimoniais. A rigor, quem fala em *danos* está-se referindo aos *efeitos* do evento, que podem projetar-se no patrimônio da vítima ou além dele. Têm-se eventos de efeitos exclusivamente patrimoniais, como o acidente de trânsito sem danos pessoais; de efeitos exclusivamente extrapatrimoniais, como o protesto indevido de título sem perda de crédito; e de efeitos patrimoniais e morais, como o acidente de trabalho (Lotufo, 1996). Há quem distinga entre danos extrapatrimoniais e morais, propondo que aqueles correspondem aos sofrimentos compensáveis que acompanham os prejuízos patrimoniais e estes os manifestados isoladamente (Gomes, 1961:271). Aqui, não se faz a distinção: danos extrapatrimoniais e morais são expressões sinônimas.

A função dos danos morais é exclusivamente compensar a dor extremada da vítima, quando ela se verifica. Quer dizer, só cabe obrigar o devedor a compensar os danos morais do credor quando este tiver experimentado um sofrimento atroz, de envergadura. Os juízes devem ser muito prudentes ao decidir pelo cabimento da indenização, para que não se deixem enganar pela simulação da dor. Quanto menos doloroso tiver sido o evento danoso para a vítima, mas fácil será fingir o sofrimento. Não cabem presunções. Afirmar, por exemplo, que a dor da mãe ou do pai pela perda do filho independe de prova, por ser evidente, é uma ingenuidade imperdoável num magistrado.

A única função dos danos morais é compensar a pungente dor que algumas vítimas sofrem. É importante repisar o conceito para desvestir por completo a indenização dos danos morais de qualquer caráter sancionatório (cf. Iturraspe, 1982, 4:175/179). Apesar de várias decisões que os instrumentalizam como medida dissuasória e preventiva (*RT*, *803/*233; *785*/347), objetivam os danos morais tão somente compensar a dor; não se destinam a sancionar o devedor ou prevenir novos eventos danosos. Eles não se confundem com a indenização

punitiva (*punitive damages*), cujo objetivo, sim, é a penalização do descaso absoluto pelos direitos alheios (item 4).

Na tecnologia jurídica brasileira, há uma enorme confusão sobre o tema. A lição de Carlos Alberto Bittar enfatiza a ligação entre a indenização dos danos morais e o corretivo à conduta do devedor. Na quantificação dos danos, ensina, o montante deveria servir de advertência ao lesante quanto à repulsa do ato lesivo. Deveria ser significativo, em vista da condição econômica do devedor, de modo a desestimulá-lo (1993:220/222; 1994). Também Maria Helena Diniz, ao apontar a natureza jurídica da reparação moral, prioriza o aspecto que chama de *penal*. Aliás, mesmo ao mencionar seu outro aspecto, chamado *compensatório* ou *satisfatório*, a ilustre doutrinadora reforça a ideia dos danos morais como medida de repressão, justificando-os como resposta ao menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais da parte do lesante (2003,7:98). A confusão entre danos morais e indenização punitiva também a fazem Aguiar Dias e Pontes de Miranda (cf. Dias, 1954, 2:439/440).

Os danos morais têm a função específica de compensar a dor. Evidentemente, como ingrediente temático da responsabilidade civil, são relacionáveis *em tese* às funções gerais da disciplina (Cap. 21, item 4). Desse modo, no contexto da responsabilidade civil subjetiva, podem *até* ser entendidos como sanção, já que o pressuposto desta é a prática de ato *ilícito*. Fora deste contexto, porém, afirmar a função sancionatória dos danos morais é inconsistente. Na responsabilidade objetiva, os danos morais decididamente não têm, não podem ter, o sentido de pena. Neste caso, o devedor está respondendo por danos provenientes de ato *lícito* e obriga-se a indenizar não porque tenha feito algo que não deveria, mas simplesmente porque está em condições econômicas de socializar os custos de sua atividade. Quando o sujeito de direito é responsabilizado objetivamente pelos danos sofridos por alguém, a indenização não significa reprovação social, moral ou jurídica aos atos praticados. Pelo contrário, abstrai-se por completo a questão da licitude ou ilicitude deles.

De qualquer modo, não se podem confundir as funções gerais da responsabilidade civil, que variam conforme a espécie, com a específica dos danos morais. Ou seja, se o credor não tiver sofrido dor extremada, ainda que tenha sido o dano proveniente de ato ilícito altamente reprovável, não são cabíveis danos morais. De outro lado, se a sofreu, terá direito à compensação, mesmo que vitimada em acidente inevitável originada de atos lícitos. Imagine que pessoa drogada e embriagada cause dolosamente danos de monta ao estabelecimento comercial pertencente a supermercado de rede multinacional,

lançando por diversas vezes o seu veículo contra as vitrinas. Causa o delinquente graves danos, mas exclusivamente materiais, malgrado o enorme risco a que muitas pessoas (consumidores, transeuntes e empregados) se expuseram em razão de suas condenáveis atitudes. Não é o caso, aqui, de danos morais, porque ninguém sofreu nenhuma tormentosa dor. Veja, agora, outra hipótese. Apesar das muitas providências que a empresa transportadora aérea efetivamente adota quanto à segurança dos seus voos, ocorre acidente com diversas mortes. É devida indenização moral pela grande dor da perda de entes queridos, embora nenhum ato ilícito tenha sido praticado.

Naquelas hipóteses em que a conduta do devedor foi particularmente repulsiva, é devida indenização punitiva, que não se confunde com os danos morais. São funções diversas que cada verba indenizatória cumpre. Desse modo, o motorista drogado e embriagado do exemplo acima deve ser obrigado a pagar indenização punitiva, como forma de sancioná-lo pelos atos praticados, enquanto a transportadora aérea não. Já num caso em que, de um lado, o credor sofre dor extremada e, de outro, é particularmente reprovável a conduta do devedor, são cabíveis cumulativamente os danos morais e a indenização punitiva.

Não é correto, em suma, relacionar especificamente a indenização dos danos morais a qualquer medida corretiva da conduta do devedor, porque seu pressuposto reside na gravidade dos efeitos extrapatrimoniais do evento danoso. Apenas a grande intensidade da dor da vítima deve ser levada em conta na condenação do sujeito passivo no pagamento de danos morais.

A única *função dos danos morais é compensar a dor da vítima, quando esta é particularmente tormentosa, pungente. Não têm natureza de sanção, por ser irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta do devedor ou mesmo a especial repulsa que causa. Não se confundem, assim, com a indenização punitiva.*

Para encerrar, deve-se distinguir a indenização pela dor da devida em função de distúrbios psíquicos ocasionados pelo evento danoso. A vítima pode ter sofrido, em razão do acidente inevitável ou do ato ilícito que a alcançou, perturbação psíquica capaz de dificultar-lhe o rendimento no trabalho ou os relacionamentos familiares e afetivos. A mulher estuprada, o atropelado ou o sobrevivente de desastre aéreo podem, depois do evento danoso, retrair-se social e emocionalmente. O medo de passar de novo por evento de igual dor intimida-os. São esses efeitos lesões à saúde mental da vítima. A indenização devida em

razão delas tem natureza patrimonial (itens 2.b e 2.c), não se confundem com os danos morais.

3.2. Titulares do crédito

Uma das questões discutidas em relação aos danos morais diz respeito aos titulares do direito ao crédito. Quando o credor da indenização é a própria vítima, e trata-se de pessoa física com pleno discernimento, não há dúvida de ser ela credora da indenização. Em alguns casos específicos, porém, as características do sujeito ativo da relação obrigacional suscitam questionamentos. São os casos seguintes:

a) *grau de parentesco com o falecido*. A perda prematura de filho ou dos pais, num acidente inevitável ou por força de ato ilícito imputável a terceiro, costuma causar dor respectivamente no ascendente ou descendente. Costuma ser também doloroso para irmãos, tios, sobrinhos, avós, netos, genro, nora, sogra etc. É necessário fixar um limite, um determinado grau de parentesco além do qual não será mais indenizável o dano moral. Caso contrário, teriam direito à indenização aqueles que, por remotas relações de parentesco, ligam-se de algum modo ao falecido. Entende-se que a legitimidade para pleitear os danos morais cabe aos ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau apenas. A partir daí, a lei considera não existir relação afetiva suficiente para justificar, por exemplo, a vocação hereditária (CC, art. 1.839). O mesmo critério deve ser adotado para fins de responsabilidade civil. Se mais de um parente aduz em juízo a pretensão à indenização moral, devem-se reunir os processos para que o demandado não seja condenado a valores excessivos. De qualquer forma, os vínculos afetivos de cada demandante com a pessoa falecida e a intensidade da dor por eles experimentada serão examinados de forma autônoma (*RT*, *788*/265).

Em nenhum caso se deve, como afirmado, presumir a dor. Mas as circunstâncias a partir das quais se considera ter sido especialmente dolorosa a experiência da perda prematura devem variar segundo o grau de parentesco entre credor e vítima direta. Entre pais e filhos, deve ser reconhecida a dor extremada merecedora da indenização moral *a menos* que alguma circunstância particular indique que ela não ocorreu. Se não se falavam há anos, um não frequentava a casa do outro, o filho deixara a casa paterna abruptamente — são indícios de que talvez a relação entre eles não fosse afetiva o suficiente para justificar o pagamento dos danos morais. Já no caso de falecer o tio num acidente, o sobrinho só deve ter direito à indenização por danos morais se as circunstâncias específicas do caso revelarem uma especial relação afetiva entre eles que fugisse

do padrão. Em suma, quanto mais distante o grau de parentesco entre o prematuramente morto e o demandante dos danos morais, maior deve ser a relação de afeto, para que a dor experimentada seja juridicamente apta a gerar a obrigação. Não basta, assim, a existência da relação de parentesco; é necessário demonstrar (por menos ou mais circunstâncias de fato, dependendo do grau) que a morte prematura imprimiu pungente dor no espírito do demandante.

Apenas se deve reconhecer o direito à indenização por danos morais em caso de morte prematura de familiar aos que mantinham com o falecido relação como ascendente, descendente ou colateral até quarto grau. Além do grau de parentesco, é necessário demonstrar o sofrimento digno de compensação pecuniária.

Tem-se reconhecido, por fim, o direito da noiva do morto aos danos morais, se provada a seriedade do compromisso pré-nupcial (*RT*, *790*/438).

b) *Dano indireto.* Os danos pessoais normalmente geram sofrimentos não apenas na pessoa diretamente vitimada pelo acidente inevitável ou ato ilícito, mas em seus familiares mais próximos e, eventualmente, em amigos íntimos. Em geral, se o filho sofre lesão corporal grave, que lhe acarreta sofrimento atroz, não só ele, mas também os pais passam pela experiência dolorosa; quando um dos cônjuges fica paralítico, o outro, se há amor entre eles, sofre também dor de mesma intensidade; quem nutre amor fraternal sofre tanto quanto o irmão atropelado, e assim por diante. Podem-se divisar, portanto, danos morais diretos e indiretos — estes últimos também chamados *em ricochete*. Pois bem, os que sofrem dor extremada em função de ato lícito ou ilícito que vitima pessoa querida têm direito à indenização?

O tema ainda é controvertido na doutrina e jurisprudência. De um lado, resiste-se à ideia da indenizabilidade dos danos morais indiretos, sob o argumento de que o recebimento da indenização pelo acidentado exclui a possibilidade de familiares receberem a compensação, mesmo tendo sofrido dor moral. De outro, mantém-se o mesmo valor total da condenação, para que se divida em tantos quantos forem os familiares atingidos (Cianci, 2003:77/81).

A indenizabilidade dos danos morais indiretos deve ser fixada com as mesmas cautelas recomendadas para a identificação dos familiares de pessoa falecida merecedores da compensação. Não se deve, em primeiro lugar, reconhecer o direito a quem mantinha com a vítima relação de parentesco colateral de mais de quatro graus. Ademais, cabe sempre examinar as circunstâncias do

relacionamento afetivo que o unia à vítima, para conferir se era provável ter o evento danoso causado dor extrema. Em suma, os danos morais em ricochete não devem ser negados tão somente pelo fato de já os ter recebido a vítima direta do evento.

Os danos morais indiretos ou "em ricochete" também são indenizáveis, desde que observadas as mesmas cautelas na aferição do sofrimento no caso de morte prematura de familiar.

c) Pessoa jurídica. A pessoa jurídica, evidentemente, não sente dor; isto é atributo exclusivo da pessoa natural. Mas, como a lei estende a ela determinados direitos da personalidade (Cap. 8, item 9), a jurisprudência não pode deixar de considerá-la também credora por danos morais. A matéria está pacificada na Súmula n. 227 do STJ: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Para saber se uma determinada pessoa jurídica é credora de danos morais, o critério é simples. Abstrai-se sua condição de sujeito de direito não humano e a substitui por um homem ou mulher. Se desta simulação resultar que pessoa física, posta na mesma situação da jurídica, experimentaria dor suscetível de compensação, então não há razões para negá-la. Caso contrário, a pessoa jurídica não é credora dos danos morais.

Pessoas jurídicas, em especial as sociedades empresárias, têm demandado, até agora, indenização por danos morais basicamente em duas hipóteses: descumprimento de obrigação contratual e abalo de crédito por protesto indevido de título. No primeiro caso, não obtêm sucesso. O descumprimento de contrato não é causa de padecimento do contratante. Por mais dissabores que causa, o inadimplemento contratual não deve ser considerado fundamento para esta indenização. Qualquer pessoa física, posta na mesma situação, não estaria sofrendo o suficiente para ter direito aos danos morais. Já na hipótese de protesto indevido de título, cabe a compensação, porque igual injustiça levaria qualquer pessoa física (honesta) a experimentar intenso sofrimento (*RT*, *797*/222).

Vez por outra, justifica-se o pagamento de danos morais em favor da pessoa jurídica pela lesão à sua honra objetiva, isto é, a reputação que goza. Lembra-se, então, que o protesto indevido de títulos costuma abalar o crédito e dificultar novos negócios (cf. Motta, 1999). Isso é verdade, mas repercussões dessa ordem do protesto indevido compõem os danos patrimoniais e não os morais.

A pessoa jurídica tem direito à indenização por danos morais se estiver numa situação em que pessoa física normalmente sofreria dor digna de compensação pecuniária.

Assim como se tem reconhecido o direito à indenização pelos danos morais às pessoas jurídicas, deve-se reconhecê-lo também aos entes despersonalizados (espólio, massa falida, condomínio de edificação etc.), quando pessoa física posta na mesma situação experimentasse sofrimento digno de compensação pecuniária.

d) *Deficientes mentais*. Questionou-se, de início, se as pessoas portadoras de deficiência mental poderiam ser credoras por danos morais. Afirmava-se que elas, em razão da deficiência, pela má compreensão dos fatos, seriam incapazes de sofrer. Puro preconceito. Se deficiente mental é discriminado à porta de um restaurante, cujos funcionários lhe barram a entrada, seu dano é exclusivamente extrapatrimonial e é claro que terá direito de ser indenizado. Mesmo sem ter completa compreensão da realidade, sente angústia, medo, humilhação, principalmente pela reação das pessoas amigas que o acompanham. Atualmente se consideram inexistentes quaisquer motivos para negar aos deficientes mentais a indenização por dano moral.

Os deficientes mentais têm direito à indenização por danos morais, porque, apesar da incompleta compreensão da realidade, são capazes de manifestar sentimentos dignos de compensação pecuniária.

e) Sucessores por morte. Questiona-se a transmissibilidade dos danos morais. Se a pessoa que havia experimentado a dor extrema merecedora de compensação pecuniária falece, seus sucessores podem demandar o pagamento? Veja que não está em questão aqui a indenização por danos extrapatrimoniais ligados à morte prematura de familiar. Se Antonio morre num acidente de trabalho, seu único filho e herdeiro Benedito pode ter direito à indenização por danos morais. Neste caso, contudo, não está sucedendo o pai em nenhum direito, mas pleiteando compensação por dano direto, pela dor que o acidente lhe infligiu. Imagine, no entanto, que Antonio teve um cheque devolvido indevidamente. Trabalhador

honesto e reiterado cumpridor de suas obrigações, sofre com a injustiça; amargurado, nem conta o episódio ao filho. Como tem direito à indenização pelos danos morais correspondentes, procura um advogado para promover a ação judicial. Antes do ajuizamento do processo, Antonio morre num acidente de trânsito. Neste caso, Benedito, que nada sofreu com a devolução indevida do cheque, é sucessor do pai no direito?

Apegada à ideia de que o sentimento psíquico da dor não integra o patrimônio do *de cujus*, e desaparece por completo com o falecimento, a resposta mais usual da doutrina tem sido a negativa (cf. Silva, 1955:469; Cahali, 2000:698; Cianci, 2003:23/29). O direito à indenização por danos morais é personalíssimo, sustentam os que advogam a tese de sua intransmissibilidade. A jurisprudência, a seu turno, tende a admitir a transmissão do direito à indenização moral (*RT*, *799*/207; *802*/203; *792*/295).

Os danos morais são transmissíveis. Em primeiro lugar porque, na lei, a regra da transmissão do direito à indenização não exclui os danos extrapatrimoniais (CC, art. 943). Além disso, o direito de ser compensado pecuniariamente surge com o evento danoso e, desde logo, incorpora-se ao patrimônio da vítima. Não é a condenação judicial que faz surgir o direito à compensação dos danos morais, mas o ato lícito (na responsabilidade objetiva) ou ilícito (na subjetiva) danoso. Apenas a liquidação dos danos morais depende de decisão judicial. Incorpora-se, como tantos outros direitos, ainda ilíquido ao patrimônio da vítima. E, dessa forma, transmite-se aos herdeiros. Não é a dor, claro, que está sendo transmitida; esta, de fato, é personalíssima e desapareceu com a morte de quem a sentia. O que se transmite é o direito à compensação pecuniária pelo dano extrapatrimonial.

O crédito pela compensação da dor surge, ainda ilíquido, no momento do acidente inevitável ou do ato ilícito. Incorpora-se, desde então, ao patrimônio da vítima. Os efeitos do dano são extrapatrimoniais, mas sua compensação será sempre uma forma de enriquecimento patrimonial da vítima. Transmite-se, assim, aos herdeiros e sucessores o direito de exigir reparação moral.

Em outros termos, como não há meio diverso de compensar a dor extremada a não ser mediante a obrigação pecuniária de indenizar, o efeito extrapatrimonial do dano implica sempre enriquecimento patrimonial. O *de cujus*, portanto, transmite a seus herdeiros um patrimônio enriquecido pelo crédito nascido da

lesão extrapatrimonial (cf. Gonçalves, 2003:517).

3.3. Hipóteses de danos morais

Em qualquer hipótese de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, o credor terá direito à indenização pelos danos morais se tiver experimentado uma dor excepcional, considerável, significativa, tormentosa, pungente, grande. Desse modo, a lista de hipóteses de danos morais que segue é meramente exemplificativa e contempla apenas as mais comuns.

a) *Morte prematura*. A morte de pessoa querida é sempre muito dolorosa. A sensação de perda irremediável que desperta é única. Relembra a pequeneza de nossa vida, sua inacreditável falta de sentido. A religião pode dar algum conforto aos crentes, mas por vezes camufla a dor em vez de diminuí-la. Costuma provocar sofrimento, maior ou menor, a morte de alguém próximo ou conhecido em qualquer circunstância. A dor despertada pelo passamento de pessoa querida é maior, contudo, quando prematura. A certeza de que todos vamos morrer um dia não atenua a sensação de injusto abreviamento nos casos de acidentes (de trânsito, de consumo, do trabalho, aéreo etc.), erros (imperícia médica) ou crimes (homicídio, latrocínio). É quase insuportável a ideia de que a vida se perdeu por pouco. Quando morre o ente querido por velhice ou doença, a dor é grande, mas parece que a morte foi "natural"; quando morre por outras razões, ela parece "prematura" e a dor é imensa. Quanto maior o desenvolvimento da ciência médica, e as possibilidades de cura, maior a sensação de fim irreversível e prematuro. Se falece o recém-nascido por não haver, na localidade, UTI neonatal vaga para recebê-lo, pode-se calcular o enorme sentimento de injustiça que toma conta do coração dos pais: por que o *meu* filho? Não há, contudo, ninguém a responsabilizar apenas pela falta do equipamento. Se tivesse nascido anos antes, ele não teria sobrevivido da mesma maneira, por não existir lá *nenhuma* UTI neonatal. Para que a dor da morte seja indenizável, é necessário tenha sido causada por evento danoso imputável, por regra de responsabilidade subjetiva ou objetiva, ao devedor.

b) *Ofensa à honra*. Na hipótese de calúnia (CP, art. 138: imputar falsamente a alguém fato definido como crime), difamação (CP, art. 139: imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação) ou injúria (CP, art. 140: ofender a dignidade ou o decoro de alguém), cabe a indenização dos danos patrimoniais e morais decorrentes (CC, art. 953). Se a ofensa à honra dá-se num órgão de imprensa, a lei reconhece o direito à indenização, mas procura compatibilizá-lo com a tutela do interesse público representado pela liberdade de manifestação de pensamento,

mediante a tarifação da indenização (subitem 1.2) e brevidade do prazo decadencial para propositura da ação (Lei n. 5.250/67).

c) *Ofensa à liberdade pessoal*. Na hipótese de ofensa à liberdade pessoal, tem o prejudicado direito à indenização pelos danos patrimoniais e morais sofridos. Caracteriza-se a ofensa pelo cárcere privado, dolosa apresentação de queixa ou denúncia falsa e prisão ilegal (CC, art. 954). O autor direto da ofensa é o sujeito passivo da relação obrigacional nas hipóteses de cárcere privado e dolosa apresentação de queixa falsa (*RT*, *798*/339); o Estado responde nas de dolosa denúncia falsa e prisão ilegal, já que estes atos só podem ser praticados por seus agentes.

d) *Inscrição indevida em cadastros de inadimplentes*. O inadimplemento de obrigações é registrado, na sociedade urbana contemporânea, em imensos cadastros (bancos de dados). Os mais conhecidos são os dos serviços de proteção ao crédito prestados pelas associações comerciais (SPC) ou por empresas privadas (SERASA), os dos cartórios de protestos de títulos (embora sua função jurídica primordial seja diversa) e o cadastro de emitentes de cheques sem fundos (CCF) mantido pelo Banco Central. Em vista da grande complexidade que os cerca e da quantidade de registros que realizam, os bancos de dados podem incorrer, por ato próprio ou de terceiros, em erros. Pessoas cumpridoras de suas obrigações, que nunca emitiram cheques sem fundos podem, por força deles, ver seus nomes inscritos nesses bancos de dados. É injusto e causa considerável dor moral. Cabe a indenização compensatória dela, sem prejuízo da dos danos patrimoniais que venham eventualmente a ocorrer (*RT*, *806*/274; *803*/407).

A jurisprudência considera que a pessoa já regularmente inscrita em cadastro de inadimplentes não tem direito à indenização por danos morais pela sobrevinda de inscrição irregular (STJ, Súm. 385). Não é crível que alguém justamente inscrito como inadimplente em cadastro de consumidores possa sofrer qualquer dor passível de indenização pela nova inscrição, já que sua situação psicológica em nada se altera com esta.

e) *Dano estético*. Por dano estético considera-se qualquer enfeamento na aparência física da pessoa, segundo os padrões de beleza nutridos pela sociedade (Silva, 1961; Magalhães, 1980:18). No passado, dissertava-se sobre o tema como se limitado às mulheres jovens e solteiras, para as quais o dano estético podia significar obstáculo intransponível ao casamento e infelicidade eterna. Hoje, desvestido dos preconceitos de antanho, o tema é relacionado a qualquer pessoa, homem ou mulher, jovem ou não, independente do seu estado civil. A beleza da

aparência física é sumamente importante para a autoestima, principalmente num país tropical. Se a feiúra foi causada por acidente inevitável ou ato ilícito, o enfeado tem direito à indenização moral (*RT, 795*/369). Note-se bem: ocorrendo dano estético, a indenização a ele relacionada compensa já o prejuízo extrapatrimonial da vítima pela dor vivenciada. Não há que falar, portanto, em indenização em separado do dano estético e da dor (*RT, 789*/361).

Claro que, sendo o lesado profissional da imagem (artista, apresentador de televisão, modelo etc.), a indenização deverá ser também patrimonial.

f) *Valor de afeição*. Na hipótese de usurpação ou esbulho de coisa alheia, se não for possível a restituição do próprio bem usurpado ou esbulhado, o devedor é obrigado a pagar ao credor da indenização o seu valor de mercado (a lei fala em "preço ordinário"). Em se tratando, porém, de coisa pela qual o credor nutria especial afeição, como joias de família, antiguidades raras, edição esgotada de um livro etc., determina a lei o pagamento do dano moral, referido pela noção de *valor de afeição* (CC, art. 952, parágrafo único, *in fine*). Trata-se da única hipótese em que a lei estabeleceu critério de quantificação da indenização moral; limitou-a ao preço ordinário. Desse modo, na melhor das hipóteses para o credor, na perda de coisa com valor de afeição, ele tem direito ao dobro do valor de mercado dela.

g) *Assédio sexual*. O elemento característico do assédio sexual é a insistência do assediador. Na cultura brasileira, flertes com algum tempero malicioso não representam necessariamente desconforto insuportável para o destinatário ou danos à sua reputação. O assédio surge quando o assediado já fez ver ao assediador não ser bem-vinda a sugestão de intimidade sexual entre eles, mas a mensagem não é respeitada. A insistência desautorizada do assediador, principalmente em ambiente de trabalho, dá ensejo à responsabilização por danos morais. A prova do assédio normalmente é indiciária, tendo especial relevo a palavra da vítima, se é pessoa equilibrada (*RT*, *806*/319). Para que se verifique a responsabilidade, não é necessário que o assediador seja superior hierárquico ou tenha qualquer outra ascendência sobre o assediado. É irrelevante também o sexo de um ou de outro, se iguais ou diferentes.

h) *Dissolução do casamento*. A dissolução do casamento costuma representar perdas patrimoniais para os que se separam. Eduardo de Oliveira Leite lembra a estimativa feita pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da USP, que aponta aumento nos gastos na ordem de 25% quando o marido sai de casa e vai morar sozinho, índice que sobe para 35%, se ele passa a sustentar outra mulher, e para 50%, se tem outros filhos (2002:133). Essas perdas não são indenizáveis,

devendo cada um dos antigos cônjuges reorganizar sua vida com os bens a que tem direito e eventual alimentos. De outro lado, quando a dissolução do casamento é *acompanhada de dor expressiva para o cônjuge inocente*, cabe indenização dos danos morais (cf. Bittar, 2003). É necessário, como em qualquer outra hipótese, que tenha o credor da indenização sofrido uma dor tormentosa, mais grave que o simples aborrecimento e *stress* que toda separação provoca. Se, por exemplo, nas vezes anteriores em que o cônjuge havia sido infiel, houve interesse na continuidade do casamento, nova infidelidade pode ser causa do rompimento do vínculo matrimonial, mas não é provável que inflija ao inocente dor extrema digna de compensação pecuniária; por isso, não deve ser paga indenização por danos morais nesse caso.

Sempre que o evento danoso implicar excepcional dor à pessoa vitimada ou a familiar, será devida indenização por danos morais. Os casos mais comuns dizem respeito a: morte prematura de parente, ofensa à honra ou à liberdade, inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, danos estéticos, perda de coisa com valor de afeição, assédio sexual e dissolução do casamento ou noivado.

Nas mesmas condições, a dissolução da relação concubinária e mesmo do noivado também dá ensejo à indenização dos danos morais.

3.4. Quantificação do dano moral

A quantificação dos danos morais é a questão mais difícil das que suscita a matéria. Como fixar, em reais, o valor que compense a dor extremada que o credor sentiu? De início, convém assentar que não há critério de mensuração objetivo. A dor não se mede por variáveis controladas quantitativamente. Desse modo, embora fosse desejável eliminar as diferenças entre os valores das condenações em casos semelhantes, estas têm sido significativas (cf. Zuliani, 2002:212/215). Do exame da jurisprudência, de qualquer modo, pode-se concluir um *padrão geral* e alguns *fatores de redução*, aquele e estes sempre subjetivos, isto é, atentos às peculiaridades dos sujeitos envolvidos.

O padrão geral é o da intensidade da dor. Quanto maior o pesar experimentado pelo sujeito ativo, maior o valor da indenização. Não há e é provável que nunca haja instrumentos de medição da dor. Assim, em termos objetivos, não se consegue estabelecer relações quantitativas entre o sofrimento das pessoas. Mas o julgador pode extremar ou hierarquizar duas ou mais

situações dolorosas, pela sua própria experiência de vida. Se o filho é barbaramente espancado até a morte por policiais, a dor experimentada pelos pais será grande de qualquer forma; se eles presenciaram os fatos, porém, é ainda maior. Qualquer um pode intuí-lo.

Para fixar o valor da indenização em função do padrão geral, o juiz deve informar-se sobre os precedentes jurisprudenciais. Considero, inclusive, oportuno que os tribunais criem bancos de dados das decisões proferidas em primeiro e segundo grau sobre danos morais, alimentados segundo metodologia que permita comparar valores atualizados, e dos quais possa valer-se quem queira conhecer a média em reais das condenações, classificadas por tipo de lesão.

Alcançado o valor dos danos morais pelo padrão geral, cabe ao juiz verificar o cabimento de algum *fator de redução*. Do exame geral da doutrina e jurisprudência, conclui-se a pertinência dos seguintes: *a*) *reduzido grau de culpa do devedor*: como examinado, a lei brasileira autoriza o juiz a reduzir o valor da indenização na hipótese de desproporção entre os danos e o grau de culpa do devedor (subitem 1.1.1); *b*) *concorrência da culpa da vítima*: se para o evento danoso concorreu culposamente a vítima, o valor da indenização deve ser reduzido proporcionalmente à participação dela (subitem 1.1.2); *c*) *demora no ajuizamento da ação*: como a dor com o tempo se esvaece, a circunstância de o demandante não ajuizar a ação de indenização tão logo pudesse fazê-lo indica que, mesmo tendo sido ela significativa no momento do dano, não é mais ao tempo da demanda (*RT*, *803*/193); *d*) *pouca sensibilidade da vítima*: é indispensável levar em consideração o caráter do demandante; se, por exemplo, ele tinha já diversos títulos protestados, sua dor diante de um protesto indevido é consideravelmente menor que a sentida pelo trabalhador honesto que nunca inadimpliu suas obrigações; *e*) *atuação do devedor*: se a pronta e leal atuação do responsável pelo evento danoso diminuiu o constrangimento ou sofrimento da vítima, dentro dos limites do humanamente factível, o valor da indenização deve ser também reduzido (*RT*, *802*/266); *f*) *ser devedor o Estado*: reduz-se a indenização moral imposta às pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista ser a sociedade como um todo que realmente arca com seu pagamento neste caso (Cianci, 2003:62/84; Couto, 2001, julgados com remissão *preço da dor*; Gonçalves, 2002:569/578, 2003:366/367; Diniz, 2002, 7:96; Alpa, 1999:656/657; Martins-Costa, 2001; Assis, 1999:759).

O padrão geral de quantificação do dano moral é o da intensidade da dor. Estabelecido o valor, em reais, que a compense, deve o juiz verificar se não há, no caso, a incidência de algum fator de redução, como o reduzido grau de culpa do devedor, a culpa concorrente da vítima, a demora no ajuizamento da ação de indenização, a conduta do devedor ou a imposição da obrigação ao Estado.

Tanto na aplicação do padrão geral como na dos fatores de redução, deve o juiz julgar por equidade (Casilo, 1987:98) e convém não dar importância acentuada às condições econômicas dos sujeitos. Apesar de alguns pronunciamentos judiciais recomendando considerar a condição socioeconômica das partes na fixação dos danos morais (*RT*, *795*/198), repugna os valores cultivados pela moderna sociedade democrática discriminar a pessoa em função desses fatores. Quer dizer, 500 salários mínimos como compensação da dor da morte prematura do filho podem representar, para um operário, a oportunidade de adquirir sua casa própria. O mesmo dinheiro não muda nada a vida de próspero banqueiro. Não poderia o juiz, contudo, para que a indenização realmente tivesse significado para este último, decuplicar-lhe o valor apenas em função da sua condição econômica. A dor do pobre não pode valer menos que a do rico, nem vice-versa. Não deve impressionar o julgador se a indenização por danos morais, assim, vai enriquecer muito ou pouco o sujeito ativo. Enriquecimento, como visto, sempre haverá. Proporcionalizá-lo em vista da condição econômica do lesado importa discriminação não tolerada pelo princípio constitucional da igualdade.

3.5. Um mundo de *não me toques*

A indenização dos danos morais está exposta a dois tipos de desvirtuamentos: de um lado, a banalização da dor; de outro, o exagero na fixação do valor devido. Não estou aqui considerando situações de abuso de autoridade ou corrupção no Judiciário, que, embora representem também objeto de grande preocupação, possuem causas e desdobramentos gerais, não específicos da matéria da responsabilidade civil por dano moral (cf. Passos, 2002). Cuido de decisões proferidas por magistrados honestos e bem-intencionados, que, no afã de garantir à vítima a completa indenização e pensando aplicar o corretivo ao demandado que imaginam eficiente, consideram passíveis de indenização simples desconfortos ou fixam elevadas somas na condenação.

O primeiro cuidado do juiz, no julgamento de ações em que é pleiteada indenização por danos morais, deve ser o de não banalizar a dor. Destina-se o instituto a atender àquelas pessoas atingidas por acidentes ou atos ilícitos que lhe

causaram *profundo sofrimento*. Se os sentimentos experimentados não se caracterizam como uma dor tormentosa, excepcional, significativa, não é o caso de fixar indenização por danos morais. Desde sempre, a doutrina tem recomendado moderação no trato da matéria, para que não se tome por referência nem as pessoas frias e insensíveis, nem as de sensibilidade extremada e doentia, mas as médias (Silva, 1955:513).

Também deve ficar atento o magistrado para não cair ingenuamente nas artimanhas da indústria da vitimização. Há os que, diante da chance de se envolverem em situações embaraçosas, propositadamente não reagem a tempo de desfazer o mal-entendido, com o objetivo de enriquecer com os danos morais. A hipótese de *simulação da dor* nunca pode ser descartada, principalmente quando o evento não importou danos à vida ou integridade física do prejudicado. Em todos os casos, porém, o juiz não pode contentar-se com a simples alegação do demandante. Se os fatos e circunstâncias constantes dos autos não sugerirem o experimento de profunda dor, não deve impor ao demandado a indenização moral.

Quanto ao segundo desvirtuamento, deve o valor da indenização moral destinar-se unicamente à compensação da dor experimentada. A liquidação dos danos morais não presta à sanção dos devedores da obrigação de indenizar. Se a conduta do demandado for particularmente reprovável, pode o juiz até mesmo fixar indenização punitiva, mas convém deixar claro, na decisão, que o valor correspondente à sanção não integra os danos morais. A responsabilidade civil não tem caráter sancionatório quando objetiva, porque os danos objeto de indenização (inclusive os morais) decorrem de atos lícitos. Os acidentes inevitáveis da era contemporânea não deixarão de acontecer pelo aumento no valor das indenizações. Eles continuarão ocorrendo enquanto homens e mulheres forem falíveis. Indenizações elevadas apenas importarão, na maioria das vezes, carestia e inflação, porque serão, sempre que possível, socializadas.

Dois desvirtuamentos podem comprometer o instituto dos danos morais: a banalização da dor e a elevação dos valores da indenização. Se dissabores forem considerados indenizáveis e o valor dos danos morais for utilizado como medida de desestímulo quando o acidente é inevitável, estaremos criando um mundo de não me toques *que não interessa à sociedade e à economia.*

Em suma, a indenização por danos morais será instituto tanto mais prestigiado

e justo quanto menos for desvirtuado. Não interessa à sociedade ou à economia que dissabores, desconfortos, aborrecimentos ou apoquentação gerem custos socializáveis. Definitivamente, não interessa criarmos um mundo de *não me toques*.

4. INDENIZAÇÃO PUNITIVA (*PUNITIVE DAMAGES*)

A indenização punitiva é criação do direito anglo-saxão. O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas especialmente reprováveis. Como o próprio nome indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos. Não se confundem a indenização punitiva (*punitive damages*) e a compensação pelos danos morais (*pain and suffering damages*): a primeira é devida quando o demandado agiu no evento danoso com dolo, malícia ou imprudência, revelando *indiferença* quanto aos direitos dos outros; a última, se houver danos pessoais graves (cf. Sustein-Hastie-Payne-Schkade-Viscusi, 2002:10/12). A pertinência e eficiência da indenização punitiva são questionáveis. As elevadas condenações são apontadas como um dos motivos do *litigation boom* iniciado nos anos 1990 nos Estados Unidos, e, na Inglaterra, há quem proponha sua abolição (Alpa, 1999:610/611; Tunc, 1989:171).

Pois bem, a indenização punitiva cabe no direito brasileiro?

Os autores que enfrentaram a questão de forma correta (isto é, tendo clara a distinção entre ela e os danos morais) concluem pela sua inadmissibilidade sem lei que a estabeleça. Carlos Roberto Gonçalves, entre eles, destaca que a função punitiva da indenização é meramente reflexa ou indireta, que sua finalidade precípua é recompor o patrimônio do lesado. Diverge, então, dos que recomendam um *plus* na indenização por danos morais, a título de pena civil. Sustenta seu argumento não somente nas diferenças econômicas, históricas e dos costumes verificáveis entre o Brasil e os Estados Unidos, mas também nos conteúdos e limites dos poderes dos juízes e nos sistemas de seguros dos dois países. Por fim, valendo-se de lição de José Ignácio Botelho de Mesquita, conclui que o princípio constitucional da reserva legal em matéria de penas (CF, art. 5º, XXXIX) impede, na ordem jurídica brasileira, a imposição da indenização punitiva, sem que lei a preveja e fixe os valores mínimo e máximo (2003:363/366).

De fato, a lei contempla, no Brasil, algumas hipóteses de indenização

punitiva. Cabe, por exemplo, na cobrança indevida (CC, arts. 939 e 940; CDC, art. 42, parágrafo único — Cap. 22, subitem 7.2), na construção que invade solo alheio se houver má-fé (CC, arts. 1.258, parágrafo único, e 1.259) e nas relações internas do condomínio edilício (CC, art. 1.337). Não há, portanto, incompatibilidade entre o direito brasileiro e o instituto. A questão, em essência, reside na definição do alcance do princípio da reserva legal. Diz o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". A sanção civil, a exemplo da penal, não pode existir sem prévia lei que a estabeleça?

Em vista da autonomia das esferas de responsabilização jurídica (civil, penal e administrativa), segue cada tipo de sanção seu regime próprio. O princípio da reserva legal aplica-se às sanções de natureza pecuniária cujo resultado reverte para o Estado. É esse o caso das multas de direito penal e administrativas. E, com certeza, para impor ao responsável por danos qualquer sanção pecuniária a ser satisfeita mediante pagamento ao Estado, é necessário prévia lei que a comine. Mas a indenização que se reverte em favor do próprio prejudicado (sanção civil) não se submete àquele princípio constitucional. Aliás, se fosse aplicável à liquidação dos danos o art. 5º, XXXIX, da CF, a indenização moral não caberia nas hipóteses de responsabilidade objetiva (estranhas às relações de consumo) em que inexistisse específica previsão legal, já que a norma de âmbito geral do art. 186 do CC aplica-se apenas à responsabilidade subjetiva.

Entendo, portanto, ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva *nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável*. Se restar provado que o cirurgião foi totalmente displicente, sem a mínima consideração para com o paciente, indiferente aos efeitos de sua desatenta conduta, a indenização não deve limitar-se à compensação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais da vítima. Cabe acrescer-lhe uma verba a título de sanção civil, que integrará o crédito da indenização. Este profissional não pode ser tratado de modo igual ao colega que, embora incorrendo em erro médico, havia agido com total apreço pelos direitos do paciente.

O objetivo da indenização punitiva é sancionar a desconsideração aos direitos alheios manifestada pelo responsável pelo acidente inevitável ou ato ilícito. Não se confunde com os danos morais, que visam compensar a vítima pela dor extremada que vivenciou.

A indenização punitiva só pode ser imposta ao devedor da obrigação de indenizar quando exacerbada a reprovabilidade de sua conduta. Desse modo, sendo subjetiva a responsabilidade, à prova da culpa deve acrescer-se a da desconsideração aos direitos alheios, para ter cabimento a imposição. Sendo objetiva a responsabilidade, também caberá à vítima fazer as mesmas provas. Note-se que a objetivação da responsabilidade desqualifica a discussão da culpa para fins de indenização compensatória (dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais). Em postulando a vítima também a indenização punitiva, chama para si o ônus de provar não só a culpa como a desconsideração dos direitos alheios na conduta do demandado. Se não forem exigidas essas provas do demandante, a natureza punitiva da indenização conduziria ao absurdo da sanção imposta a condutas lícitas. Claro que, se a vítima não produzir de modo satisfatório a prova da culpa do demandado e do seu desprezo pelos direitos dos outros, não fará jus à indenização punitiva, mas continuará titularizando o direito à indenização compensatória (dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais), quando objetiva a responsabilidade do demandado.

5. SOLIDARIEDADE E DIREITO DE REGRESSO

Podem ser dois ou mais os sujeitos causadores do dano. Neste caso, haverá solidariedade entre eles (CC, art. 942, *in fine*). Isso significa, de um lado, que o credor pode acionar qualquer um dos autores do prejuízo pelo valor integral da indenização, e, de outro, que o valor dos danos é dividido entre eles em regresso. Assim, se um grupo de desordeiros vandaliza obra de arte exposta em praça pública, qualquer um é responsável pela totalidade dos danos e pode, em ação regressiva, cobrar a quota-parte dos demais. Há também solidariedade entre responsável e causador nas hipóteses de responsabilidade complexa. Assim, se a vítima preferir, pode demandar o aluno causador dos danos em vez do estabelecimento escolar em que está matriculado em regime de internato, por exemplo.

Em tema de responsabilidade civil, o direito de regresso entre devedores solidários deve observar a proporcionalidade da culpa. Diz a lei que “aquele que ressarcir dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou” (CC, art. 934, primeira parte). Isso significa que cada um responde pela sua participação culposa no evento danoso, a menos que seja impossível estabelecê-la. No exemplo dos vândalos, para a Prefeitura credora da

indenização é indiferente a participação de cada um no prejuízo. Ela tem direito de cobrar a totalidade dos danos de qualquer um deles. Na ação regressiva, porém, o que pagou a indenização pode provar a maior culpa de um ou outro do grupo, perante a qual sua contribuição para o prejuízo mostra-se relativamente pequena; assim fazendo, poderá cobrar em regresso dos demais desordeiros valor correspondente à participação de cada um. Em outros termos, no regresso regido pelo direito da responsabilidade civil, a quota-parte dos devedores solidários não é simplesmente aritmética (total dos danos dividido pelo número de autores) se for provada a diferente participação culposa de cada um para o resultado danoso.

Essa forma peculiar de distribuir a obrigação entre os solidários na ação regressiva tem implicações de relevo. Se um devedor não contribuiu para o prejuízo com qualquer ação culposa, ele não deve arcar, no final, com nenhuma quota da indenização. Se tiver sido cobrado em juízo pelo lesado e não conseguiu provar a ausência de culpa, deve, evidentemente, pagar-lhe em razão da solidariedade. Mas, em regresso, provando ter sido da culpa exclusiva dos demais causadores o evento danoso, pode cobrar a integralidade do que pagou.

Se são dois ou mais os autores do dano, respondem solidariamente pela indenização. Há solidariedade, também, entre o responsável e o causador nos casos de responsabilidade complexa. Em regresso, a indenização é repartida entre os devedores solidários proporcionalmente à culpa de cada um para o evento danoso.

Também tem implicações relevantes a regra da proporcionalidade da culpa na composição regressiva entre os devedores solidários quando se trata de responsabilidade objetiva. Se o tutor é responsabilizado por danos causados pelo pupilo, mas não concorreu de nenhuma maneira para o dano, ele pode, em regresso, cobrar do tutelado a totalidade do que pagou ao prejudicado. Se o empregado foi o único culpado pelo dano, o empregador pode reaver dele, na ação regressiva, o valor total pago ao terceiro prejudicado. Quando há culpa ou dolo do agente público, o Estado pode, em regresso, recuperar o valor completo da indenização paga (cf. Azevedo, 1993).

A regra da proporcionalidade na quotização regressiva entre os devedores solidários da indenização tem importância, por fim, quando eles respondem objetivamente, mas apenas um deles foi o culpado pelo dano. Se o animal, ao atravessar a rodovia, chocou-se com um veículo, tanto o seu dono como a

concessionária são objetivamente responsáveis pela indenização. O proprietário do veículo pode escolher qualquer um deles para demandar e, como assinalado, tenderá a escolher a concessionária. Pois bem, se ela indenizar o prejudicado, poderá promover ação regressiva contra o dono do animal. Se não provar a culpa do dono, a concessionária poderá cobrar apenas a metade do valor desembolsado na indenização do terceiro, já que a responsabilidade dos dois é objetiva. Mas, se ela provar que o dono não era diligente na guarda de seus animais, a culpa pelo acidente é inteira dele e não da concessionária. Neste caso, então, ela poderá exigir do dono do animal tudo o que tiver pago ao terceiro prejudicado.

O regime específico da solidariedade entre devedores da obrigação de indenizar oriunda de responsabilidade civil veda, por fim, o direito de regresso numa hipótese: se o causador do dano é descendente menor do responsável (CC, art. 934, *in fine*). O pai ou a mãe que indeniza danos causados pelo filho menor (absoluta ou relativamente incapaz) não tem o direito de reaver deste o que pagou. Trata-se de norma de constitucionalidade duvidosa, em face do princípio constitucional da igualdade. Em situações especiais, inclusive para a proteção dos interesses de outros filhos do mesmo responsável, em que a injustiça da vedação do regresso mostrar-se mais intensa, ela simplesmente não deve ser aplicada pelo juiz.

Bibliografia

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de

1995 Responsabilidade civil do médico. *RT*, São Paulo: RT, v. 718, 1995.

ALPA, Guido

1993 L'assurance de responsabilité civile du professionnel en droit italien. *Revue Internationale de Droit Comparée*, Paris: SLC, v. 45(1), 1993.

1989 L'attuazione della direttiva nei paesi della Cee. In: La responsabilità del produttore. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Coord. Francesco Galgano. Pádova: CEDAM, 1989. v. 13.

1999 *Trattato di diritto civile*. Milão: Giuffrè, 1999.

ALPA, Guido & BESSONE, Mario

1976 *La responsabilità del produttore*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1987.

2001 *La responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira

1965 *Direito romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM, Agostinho

1972 *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, sem data da 1ª ed.

ARAÚJO, Edmir Netto de

1981 *Responsabilidade do estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981.

ASCENSÃO, José de Oliveira

2005 *A desconstrução do abuso de direito.* Em *Novo Código Civil — questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos.* Coordenado por Mário Luiz Delgado e Jones Figuerêdo Alves. São Paulo: Método, 2005, p. 33/54.

ASSIS, Araken de

1999 Liquidação do dano. *RT*, São Paulo: RT, v. 759, 1999.

ATALIBA, Geraldo

1977 *Hipótese de incidência tributária*. 2ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: RT, 1977, sem data da 1ª ed.

AZEVEDO, Álvaro Villaça

1973 *Curso de direito civil*; teoria geral das obrigações. 7ª ed. São Paulo: RT, 1997.

1993 Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *RT*, São Paulo: RT, v. 698, 1993.

AZEVEDO, Luiz Carlos de

1994 Apontamentos sobre temas controvertidos a respeito da responsabilidade civil em acidentes de trânsito. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 44, 1994.

BARBI, Celso Agrícola

1975 *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BAUERREIS, Jochen

2002 Le nouveau droit des conditions générales d'affaires et le nouveau droit de la prescription no contexto du nouveau droit allemand des obligations. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris: SLC, v. 54(4), 1013/1032, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis

1895 *Direito das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

1934 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1934. Sem data da 1ª ed.

BITTAR, Carlos Alberto

1993 *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993.

1994 Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 44, 1994.

2003 Danos morais e materiais decorrentes da ruptura do casamento. In: *O direito no século XXI*. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said

2000 *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CALABRESI, Guido

1970 *The costs of accidents. A legal and economic analysis*. Nova Haven e Londres: Yale University Press, 1970.

CANIVET, Guy

2003 La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris: SLC, v. 55(1), p. 7/22, 2003.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva

1996 A evolução histórica do dano moral. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 49, p. 32/46, dez. 1996.

CASILO, João

1987 *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: RT, 1987.

CIANCI, Mirna

2003 *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa

1992 *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

1994 *O empresário e os direitos do consumidor. O cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

1995 *Código Comercial e legislação complementar anotados*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

1998 *Curso de direito comercial*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder

1964 *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

1978 *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COUTO, Sérgio (Coord.)

2001 Da indenização decorrente da violência urbana sob a ótica dos tribunais. *Seleções Jurídicas*, São Paulo: ADV/COAD, fev./mar. 2001.

COVELLO, Sérgio Carlos

1996 *A obrigação natural*. São Paulo: LEUD, 1996.

DIAS, José de Aguiar

1947 *Cláusula de não indenizar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

1954 *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, sem data das duas primeiras edições.

DINIZ, Maria Helena

1998 *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

2003 *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, sem data da 1ª ed.

FERNANDES, Luís A. Carvalho

2001 *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, sem data da 1ª ed.

FIGUEIRA Jr., Joel Dias

2002 *Novo Código Civil comentado*. 2ª tir. Obra coletiva coordenada por Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da

1932 *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GALLO, Paolo

2000 *Istituzioni di diritto privato*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2000. Sem data da 1ª ed.

GIL, Antonio Hernandez

1983 *Derecho de obligaciones*. Nova edição. Madri: CEURA, 1983, sem data da 1ª ed.

GOMES, Orlando

1957 *Introdução ao direito civil*. 15ª ed., com atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

1959 *Contratos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

1961 *Obrigações*. 15ª ed., revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

1967 *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto

2002 *Responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, sem data da 1ª ed.

2003 *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

2004 *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

HANS, Valerie P.

2000 *Business on trial*. Nova Haven e Londres: Yale University Press, 2000.

HESELER, Frank

2002 Le nouveau droit du contrat d'entreprise *no contexto do* nouveau droit allemand des obligations. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: SLC, v. 54(4), p. 1005/1012, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes

2003 Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: *O direito civil no século XXI*. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUBERT, Georges & VERMELLE, Georges

1947 *Droit civil*. 16ª ed. Paris: Dalloz, 1998.

ITARRUSPE, Jorge Mosset

1982 *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1982.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros

1987 *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira

2002 Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Alvino

1960 *Culpa e risco*. 2ª ed. atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LISBOA, Roberto Senise

2003 Novos aspectos da responsabilidade civil nas relações de consumo. In: *O direito civil no século XXI*. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima

1992 *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992.

LOPES, Serpa

2000 *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, sem data da 1ª ed.

2001 *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações. Responsabilidade civil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, sem data da 1ª ed.

LOPES, Teresa Ancona

1980 *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980.

LOTUFO, Renan

1996 Indenização por acidente do trabalho fundada no direito comum. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 49, p. 15/23, dez. 1996.

2003 *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de

1980 *O dano estético (responsabilidade civil)*. São Paulo: RT, 1980.

MARINS, James

1993 *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: RT, 1993.

MARTIN, Gilles

1992 La responsabilité du fait des déchets en droit français et allemand. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: SLC, v. 44(1), 1992.

MARTINS, Pedro Baptista

1935 *O abuso de direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith

2000 *A boa-fé no direito privado*. 2ª tir. São Paulo: RT, 2000.

2001 Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *RT*, São Paulo: RT, v. 789, 2001.

2003 *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

MARTOR, Boris & PILKINGTON, Nanette & SELLERS, David S. & THOUVENOT, Sébastien

2002 *Business law in Africa. OHADA and the harmonization process.* London: Kogan Page, 2002.

MAZEAUD, Henri & MAZEAUD, Léon & MAZEAUD, Jean & CHABAS, François

1998 *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*. Paris: Montchrestien, 1998, sem data da 1ª ed.

MEIRELLES, Hely Lopes

1964 *Direito administrativo brasileiro*. 26ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de

1980 *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

1981 *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de

1974 *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

MIRANDA, Pontes de

1965 *Tratado de direito privado*. V. 24: número incorreto de edição. Campinas: Bookseller, 2003; v. 25: 3ª ed. São Paulo: RT, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros

2001 *Curso de direito civil*. v. 1: 38ª ed.; v. 4: 31ª ed.; v. 5: 33ª ed., atualizadas por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001, sem data da 1ª ed.

MOTTA, Carlos Dias

1999 Dano moral por abalo indevido de crédito. *RT*, São Paulo: RT, v. 760, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore

2003 *Enriquecimento sem causa*. Tese de doutorado aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

NONATO, Orosimbo

1959 *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando

1999 Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *RT*, São Paulo: RT, v. 761, 1999.

2003 *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

2003a O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *RT*, São Paulo: RT, v. 816, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de

2002 O imoral nas indenizações por dano moral. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva

1962 *Instituições de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

1989 *Responsabilidade civil*. 9ª ed., 4ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PHILIPPS, Jerry J.

1974 *Products liability*. 3ª ed. St. Paul (Mn): West Pub., 1988.

PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges

1952 *Traité pratique de droit civil français*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 6 e 7.

PODESTÁ, Fábio Henrique

1997 *Direito das obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

POSNER, Richard A.

1992 *Economic analysis of law*. 4ª ed. Boston, Toronto e Londres: Little, Brown and Co., 1992. Sem data da 1ª ed.

RANIERI, Filippo

2002 La nouvelle partie générale du droit des obligations *no contexto do* nouveau droit allemand des obligations. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: SLC, v. 54(4), p. 941/958, 2002.

REIS, Clayton

1991 *Dano moral*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIPERT, Georges

1925 *La règle morale dans les obligations civiles*. 2ª ed. brasileira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo

1999 *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Silvio

2002 *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2: 30ª ed. v. 4: 19ª ed. Sem data da 1ª ed.

2003 *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 5: 28ª ed. Sem data da 1ª ed.

RUSSOMANO, Mozart Victor

1979 *Curso de previdência social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de

1973 *Abuso do direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, João Calvão da

1990 *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Wilson Melo da

1961 O dano estético. *Revista Forense*, vol. 194. Rio de Janeiro: RF, 1961.

1955 *O dano moral e sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui

1995 Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor. *RT*, São Paulo: RT, v. 712, 1995.

STREET, Thomas Atkins

1906 *The theory and principles of tort law*. Reimpressão. Washington: Beard Books, 1999.

SUSTEIN, Cass R. & HASTIE, Reid & PAYNE, John W. & SCHKADE, David A. & VISCUSI, W. Kip

2002 *Punitive damages. How juries decide*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2002.

TUNC, André

1989 *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989, sem data da 1ª ed.

TZIRULNIK, Ernesto

2000 O futuro do seguro de responsabilidade civil. *RT*, São Paulo: RT, v. 782, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo

2001 *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2 e 4.

VOIRIN, Pierre & GOUBEAUX, Gilles

1999 *Droit civil*. 27ª ed. Paris: LGDJ, 1999. t. 1. Sem data da 1ª ed.

WITZ, Claude

2002 Porquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France et Remarques conclusives sobre le nouveau droit allemand des obligations. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: SLC, v. 54(4), p. 935/940 e 1033/1034, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz

1996 Dano moral: tutela preventiva (ou inibitória), sancionatória e específica. *Revista dos Advogados*, São Paulo: AASP, n. 49, p. 61/66, dez. 1996.

ZULIANI, Ênio Santarelli

2002 A era da jurisprudência. In: *Grandes temas da atualidade*: dano moral. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

2003 Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico. *RT*, São Paulo: RT, v. 811, 2003.