

174. INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO, ABSOLUTO E RELATIVO

Inadimplimento da obrigação é a falta da prestação devida. Conadstrito à entrega de uma coisa, certo ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu *cumprimento*, tal como constitui seu objeto, o que envolve o *poder do credor*, a que o devedor se submete, pela própria força do *iuris vinculum*. Quando se impossibilita a prestação, duas hipóteses podem ocorrer: ou a impossibilidade é inimputável ao sujeito passivo, e resulta pura e simplesmente a extinção da obrigação sem outras consequências; ou o devedor é responsável pelo não cumprimento, e então cabe ao credor *exercer* sobre o patrimônio do devedor o poder de suprir a ausência da prestação, direta ou indiretamente. Dentro de um plano de exposição sistemática, diz-se que a *impossibilidade* pode ser *subjetiva*, se se refere às circunstâncias pessoais ligadas ao devedor ou ao credor; ou *objetiva*, se atinge a prestação em si mesma, e se subdivide, à sua vez, em impossibilidade objetiva natural, quando afeta a prestação um acontecimento de ordem física, e impossibilidade objetiva *jurídica*, quando se antepõe à prestação um obstáculo originário do próprio ordenamento.¹ É claro que, neste passo, excogitamos da impossibilidade *superveniente* ou *subsequente*. É esta, e somente ela, que se conta no ângulo de visada, quando se doutrina do não cumprimento do obrigado. A outra, a impossibilidade originária, diz respeito à própria formação do vínculo, conduz à ineficácia do negócio jurídico por falta de objeto, e já mereceu a nossa atenção no nº 109, *supra*, vol. I. Embora as duas ideias se aproximem, devem distinguir-se, dentro de puro rigor técnico, o inadimplimento e a impossibilidade da prestação, ligando-se o primeiro à noção de uma falta cometida pelo devedor, e a segunda à ausência de participação sua na inexecução do obrigado (nº 128).

O inadimplimento diz-se *absoluto* ou *relativo*. Será *absoluto* se tiver faltado completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo a que o devedor se obrigou, seja a coisa, ou o fato, ou a abstenção, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação. Será *relativo*, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação, se o devedor não se apenas parte da *res debita* deixou de ser prestada, ou se o devedor não cumpriu *oportunamente* a obrigação, havendo possibilidade de que ainda

1 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 131, pág. 78, nota I.

venha a fazê-lo,² o que constitui matéria enfeixada sob a epígrafe genérica da “mora” objeto do Capítulo XXXIV. Em qualquer dos casos há inadimplemento, porque o credor tem direito à prestação devida, na forma do título e no tempo certo. Cumprir em parte pode ser o mesmo que não cumprir, porque o credor tem direito a todo o devido, e pode se não considerar satisfeito se algo falta na prestação do devedor, da mesma forma que um cumprimento por modo diferente do devido ou uma execução retardada não libera o sujeito passivo do poder que sobre ele criou o vínculo obrigatório. Assim, à impossibilidade equivale às vezes a execução parcial; à ausência de prestação pode corresponder a que se der em termos diferentes do expresso no título; à falta de pagamento pode comparar-se a prestação inoportuna (mora do devedor). A doutrina mais recente vem apontando outra hipótese em que não se verifica propriamente a inexecução da obrigação, e sim seu cumprimento defeituoso. Denomina-se violação positiva do contrato em que o devedor cumpre a obrigação, realizando-a de maneira defeituosa, ao violar deveres instrumentais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. A hipótese também engloba o inadimplemento antecipado do contrato, caso em que, por força de declarações do devedor em condutas dele contrárias ao pactuado, o inadimplemento torna-se invencível. Nesses casos, além da indenização dos prejuízos sofridos, poderá o prejudicado se socorrer da exceção do contrato não cumprido ou do direito à resolução do contrato por inadimplemento.³

E como em qualquer das hipóteses o devedor que falta ao devido descumpra a obrigação, responderá por perdas e danos, seja por não a ter cumprido *in totum*, seja por não a ter cumprido no modo e no tempo devidos (Código Civil de 2002, art. 389).⁴ Noutros termos, o inadimplemento da obrigação, absoluto ou relativo, cria para o sujeito passivo o dever de prestar ou indenizar, e para o credor a faculdade de exigir. Não se extingue a obrigação, nem nasce outra cujo objeto sejam as perdas e danos. É a mesma obrigação que sofre mutação objetiva. A prestação é que difere, em razão de ter o devedor ficado em falta. E, como o seu inadimplemento impõe ao credor um dano e lhe traz uma perda, o devedor é obrigado a cobrir os prejuízos causados pela sua conduta, de forma que o equilíbrio se restabeleça.

2 Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações*, nº 32.

3 Sérgio Savi, ob. cit., págs. 475-477.

4 Direito Anterior: art. 1.056 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 173 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 387 do Projeto de Código Civil de 1975.

Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – *a res debita* que a *sub rogatio* é satisfação *subsidiária* do credor. A prestação principal, direta, específica é a obtenção do objeto mesmo da obrigação. E se o devedor faltou ao prometido, cabe, antes de mais nada, perquirir se é possível obter, compulsória ou coercitivamente, aquilo que não veio com caráter espontâneo. Frequentemente é. Mas nem sempre. Nas obrigações de dar não é difícil obter uma sentença compelindo o devedor a entregar, em espécie, a própria coisa devida. Somente quando não seja possível lográ-lo, quando o título prevê a transformação automática, é que esta ocorre. Nas obrigações de fazer, se a prestação é fungível, isto é, se não foi ajustada *intuitu personae debitoris*, o credor consegue executar por outrem, a expensas do sujeito passivo, o fato recusado; ou através da cominação intimidatória da multa diária; no caso contrário, e já que *nemo ad factum praecise cogi potest*, não sendo lícito forçar alguém a uma ação sem quebra do respeito à sua liberdade, o remédio é substituir a prestação devida pelo seu equivalente pecuniário. Nas obrigações negativas, o credor pode obter um *iudicium*, compelindo o devedor a desfazer o que lhe era vedado, ou realizar o credor o desfazimento a expensas daquele, com a cominação de pena para a hipótese de nova infração, e, se o desfazimento é impossível ou já inútil ao credor, dá-se a conversão.⁵ Em princípio, a execução direta ou *ad rem ipsam* é o modo normal de execução das obrigações. Mas, quando ela não é mais possível, ou simplesmente não é possível, procura-se a execução pelo equivalente, através de um elemento compensatório, que vem suprir a ausência de execução direta.⁶

Os credores têm, no patrimônio do devedor, garantia para seus créditos, o que lhes permite promoverem a expropriação judicial (penhora) de um bem,⁷ para satisfazer o direito do credor, obtendo, pela sua venda em praça ou leilão, a quantia que liquida o débito. Com todos os bens, presentes e futuros, salvo as restrições legais, o devedor responde pelo cumprimento das obrigações (Código Civil de 2002, art.

5 Cf., a respeito da execução compulsória do obrigado: Von Tuhr, *Obligaciones*, II, pág. 78.

6 De Page, *Traité*, III, nº 93.

7 Código de Processo Civil, art. 646.

391).⁸ Neste mesmo sentido, já rezava o Projeto de Código de Obrigações de 1965, art. 91. Em todo tempo, o credor encontra no patrimônio do devedor o princípio da garantia, que lhe assegura receber o seu crédito pelos bens, sejam presentes, sejam futuros, do devedor.

O patrimônio é a garantia genérica do adimplemento das obrigações do devedor. Se este procede irregularmente, alienando bens e com isto desfalcando aquela garantia, realiza negócio jurídico inquinado de defeito (fraude contra credores), cuja consequência é a anulação, para trazer de novo o bem desviado, e retorná-lo à condição de garantia.

Pode o devedor separar de seu patrimônio um bem determinado e transformá-lo em garantia específica de um certo delito, mediante penhor, hipoteca, anticrese, alienação fiduciária. Neste caso, o respectivo credor tem, em caráter privilegiado, o seu crédito assegurado por aquele bem, por cujo valor satisfaz preferencialmente a outros credores. Pode, também, uma pessoa destacar um bem de seu patrimônio, e dá-lo em garantia real a obrigações de outra pessoa.

A todo tempo, os valores economicamente apreciáveis de uma pessoa, integrantes de seu patrimônio, respondem pelas dívidas. No caso de serem estas em valor excedente dos elementos patrimoniais ativos, instaura-se um concurso de preferências, pagando em primeiro plano os créditos privilegiados, e rateando-se entre os demais o líquido apurado.

Nos termos do artigo 391 do Código Civil de 2002, a responsabilidade pela solução da obrigação nasce no momento em que esta é constituída. Todo o acervo patrimonial do devedor constitui a garantia do credor, e responde pelo adimplemento. Não se restringe, entretanto, o princípio da responsabilidade aos bens contemporâneos à constituição da obrigação. Aqueles que de futuro vierem a integrar o patrimônio aderem à garantia genérica.

Excluem-se, obviamente, os bens que não têm expressão econômica, como os de família puros, os da personalidade, inerentes à pessoa em vida e *post mortem*. Excluem-se, igualmente, aqueles bens que em razão de sua natureza são absolutamente impenhoráveis.⁹ Nestes deve-se, ainda, considerar os bens relacionados a determinado patrimônio de afetação como o bem de família da Lei nº 8.009/90.

8 Direito Anterior: art. 1.556 do Código Civil de 1916. Projetos: art. 91 do Projeto de Código de Obrigações de 1965; art. 389 do Projeto de Código Civil de 1975. Direito Atual: art. 591 do Código de Processo Civil.

9 Código de Processo Civil, art. 649. Acrescentem-se os bens relacionados a determinado patrimônio de afetação, como o bem de família da Lei nº 8.009/90.

176-A. PERDAS E DANOS

No Direito das Obrigações, o dano corresponde a um prejuízo sofrido por uma das partes em razão de inadimplemento total, parcial ou de mora⁵⁶ pela outra parte (credora ou devedora), cabendo a esta, enquanto agente do dano, suportar o ônus respectivo, uma vez que descumpriu um prévio dever específico da relação, o qual pode ser não só aquele relacionado à prestação principal, como também um anexo, decorrente da boa-fé objetiva, conforme já assinalado ao se tratar da concepção da obrigação como um processo. No texto codificado, o art. 402 emprega a terminologia “perdas e danos”, a qual denota redundância, eis que, embora a intenção do dispositivo seja referir-se tanto ao dano emergente quanto ao lucro cessante, como se depreende de sua parte final, tal expressão acaba apenas por fazer alusão ao dano emergente.⁵⁷

Insta frisar que a indenização do dano será mensurada por sua extensão, conforme expressam os arts. 403 e 944 do Código, não se atendo, na sua quantificação, ao grau de culpa do agente, mas somente ao vulto efetivo dos prejuízos. O princípio da extensão do dano, que destaca a necessidade de se reparar a totalidade⁵⁸ do dano como regra, demonstra a função eminentemente compensatória da responsabilidade civil, eis que o aspecto punitivo já é considerado, quando for o caso, na seara criminal, em que é indispensável aferir a culpabilidade para se determinar a pena. Assim, não é possível majorar o valor de um dano com o fito de demonstrar a reprovação intensa à conduta do agente, por mais intencional que esta tenha sido, eis que isso contrariaria não só o *caput* do art. 944, CC,

56 Carlos Alberto Bittar, ob. cit., pág. 167. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ob. cit., pág. 395. “Para que surja o dever de indenizar decorrente do descumprimento de uma obrigação, a lei exige a presença de três requisitos: i) o inadimplemento (absoluto ou relativo); ii) que este inadimplemento tenha sido culposo; e iii) que tenha causado prejuízo a outra parte” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., pág. 725).

57 Como ressalva Carlos Roberto Gonçalves, a expressão *dommages et intérêts* (“danos e interesses”), empregada pelo Código francês, seria mais bem apropriada para distinguir as duas categorias de dano antes referidas (ob. cit., pág. 374).

58 Isso significa, como lembra Orlando Gomes, considerar o valor objetivo da coisa a ser entregue ou restituída, mas, em alguns casos, é cabível considerar o interesse subjetivo do credor, apreciando-se o valor estimativo do objeto quando aquele constitua base de um interesse patrimonial (*Obrigações*, 16ª ed. rev., atual. aum. de acordo com o CC/2002 por Edvaldo Brito, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 184).

mas o próprio direito fundamental à propriedade privada (art. 5º, XXII, CF/88), já que se estaria privando o responsável civilmente de uma parcela maior de seus bens, ensejando, inclusive, o enriquecimento indevido do prejudicado.⁵⁹ Pelo derradeiro e mesmo motivo, mas seguindo o raciocínio inverso, favorável ao prejudicado, a regra do parágrafo único do referido art. 944, CC, segundo a qual se admite a redução equitativa da indenização no caso de desproporção entre o dano e o grau de culpa do agente, tem gerado intensa discussão em sede doutrinária, quando mesmo sobre um possível retrocesso à noção de culpa psicológica em responsabilidade civil,⁶⁰ em detrimento à atual tendência de objetivação desta, com sérias indagações sobre a validade constitucional desse dispositivo. Contudo, a culpa *lato sensu* e a sua gradação continuam a exercer um papel importante em responsabilidade contratual, como se depreende do art. 392, CC, de acordo com a natureza onerosa ou gratuita do contrato. As perdas e danos não podem ser arbitrárias. Somente cabe ao credor, com fundamento na reparação, receber aquilo de que o descumprimento da obrigação o privou. Por último, cabe registrar que, em matéria de dano moral, o princípio da reparação integral envolve sérias dificuldades práticas, uma vez que não se trata de um dano cujas dimensões possam ser matematicamente determinadas, o que leva muitos a desconfiarem de uma função simplesmente compensatória de uma reparação nesse campo, vislumbrando, em decorrência, uma finalidade punitiva na mesma.⁶¹

59 Karl Larenz, ob. cit., pág. 197

60 Enquanto alguns defendem sua aplicabilidade com base no princípio da equidade e como forma de evitar a “ruína” do autor em razão de pequena culpa sua (Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, ob. cit., pág. 396), outros ressaltam que não haveria um retorno à concepção subjetiva de culpa, nem sequer ao seu padrão normativo, mas somente uma atenuação do rigorismo técnico abstrato em favor da situação fática concreta, que pode ter circunstâncias peculiares (Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, São Paulo: Atlas, 2007, págs. 43 e 44). De fato, a própria e distinta possibilidade de redução da indenização quando houver concorrência de culpa da vítima (art. 945, CC) também é limitação ao dogma extensão do dano, confirmando o papel que a culpa pode ter na aferição do caso concreto.

61 Favorável ao caráter punitivo, v., por todos, Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no Direito Civil* (trad. de Antônio de Arruda Ferrer Correia), São Paulo: Saraiva, 1938, págs. 234 a 237. Contrária à tese através de fortes argumentos, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, in “Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”, in *RTDC*, Rio de Janeiro, vol. 18, pág. 53, abr.-jun. 2004, págs. 70 e segs.

Ademais do dano, exigem-se, como pressupostos para a responsabilização civil e a subsequente reparação, a ação e o nexo de causalidade,⁶² e especialmente em sede jurisprudencial, a começar pela incerteza, da. Como outrora afirmado, o art. 403, único dispositivo codificado a cuidar desse tema, parece ter acatado, em sua literalidade, a teoria da causalidade direta e imediata ou da interrupção do nexo causal, o que implicaria a rejeição à indenização do dano indireto e remoto e, para alguns, excluiria, de pronto, a aplicação da teoria da equivalência das causas ou da *conditio sine qua non*, aclamada no direito penal, no âmbito da responsabilidade civil, visto que aquela alarga, demasiadamente, o nexo causal.⁶³ Portanto, a simples interpretação gramatical desse artigo afastaria a indenização do próprio dano em ricochete,⁶⁴ que é admitido pelos tribunais pacificamente. Inclusive, é devido a esse excessivo rigorismo técnico de cada uma das teorias mencionadas que os pretórios têm ora se referido à teoria da causalidade adequada, ora à da causalidade direta e imediata e ora à da equivalência das condições, sem uma posição assentada em definitivo. Por isso, visando a conciliar o preceito do dispositivo citado com a possibilidade do dano indireto indenizável, Gustavo Tepedino fala na subteoria da necessidade da causa como verdadeira motivação do nexo causal, buscando-se o dano indenizável sempre na consequência necessária da inexecução.⁶⁵

62 Carlos Alberto Bittar, ob. cit., pág. 167.

63 Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, ob. cit., págs. 397 e 398. Para os referidos autores, as teorias da interrupção do nexo causal e da equivalência das condições são extremadas, embora opostas, sendo preferível o emprego de uma teoria intermediária, da causalidade adequada, que permitiria ao magistrado seguir a lógica do razoável, partindo-se do senso comum da reiteração de certas práticas humanas para determinar o que seria ou não considerável como causa adequada (ob. cit., págs. 398 e 399). Não obstante, um possível problema da causalidade adequada estaria, justamente, na margem de arbítrio concedida ao juiz para definir a idoneidade ou não de uma causa para gerar o dano, e a única solução viável para tanto parece ser uma maior preocupação com a fundamentação das decisões judiciais.

64 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., págs. 730 e 731.

65 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., pág. 731. Antônio Lindbergh C. Montenegro chega a conclusões semelhantes em suas ponderações: "Desde que determinado prejuízo possa ser inserido na relação de causalidade, de acordo com a ordem natural das coisas, deve ser indenizado, ainda que ligado a uma causa remota ou mediata. O que importa é afastar da cadeia causal os fatos anormais ou que fiquem na dependência de elementos meramente hipotéticos."

Quanto à prova do dano, esta incumbirá a quem o alegar, que deverá comprová-lo em toda sua extensão, seja com relação ao dano emergente ou ao lucro cessante, no tocante ao dano material. Entretanto, a mesma prova não é exigida, como aponta a doutrina mais tradicional, com respeito ao dano moral, o qual se diz ser dano *in re ipsa*, sendo desnecessária a prova do prejuízo, salvo quanto a reflexos, já que, no caso de revestir-se apenas dessa condição, considera-se o prejuízo decorrente do simples fato da violação. Desse modo, o *onus probandi* imprescindível ao dever de indenizar só será dispensado nas hipóteses expressamente previstas em lei, como apregoa o art. 402, CC, podendo-se enunciar, entre essas exceções, a cláusula penal (art. 416, CC), os juros de mora (art. 407, CC) e as arras penitenciais (art. 420, CC), além das situações específicas definidas para certas figuras contratuais.⁶⁶

Conquanto empregadas como sinônimos, as expressões “dano patrimonial” e “dano material” possuem significações um pouco distintas, eis que a primeira corresponde a toda lesão a um interesse econômico estimável em pecúnia, seja aquela resultante de dano à coisa (material) ou à pessoa, enquanto a segunda, menos ampla e contraposta à noção de dano pessoal, se associa somente à lesão a uma coisa, sendo todo dano material, portanto, essencialmente patrimonial, mas não o inverso.⁶⁷ Considerando essa diferença, o dano patrimonial compreende tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, de modo a que se proporcione o ressarcimento integral do lesado, consoante o art. 402, CC. O dano emergente ou positivo se refere à efetiva e imediata redução patrimonial sofrida em razão do evento lesivo, podendo consistir na diminuição do ativo ou no aumento do passivo,⁶⁸ o que torna sua avaliação mais simples, em regra.

Já o lucro cessante, de mais difícil estimativa, corresponde a tudo aquilo que a vítima deixou “razoavelmente” de ganhar em virtude da inexecução da obrigação, consoante a própria locução do art. 402 do texto

Isso, afinal de contas, se constitui em uma questão de lógica e bom senso, reservada ao livre arbítrio do juiz.” (ob. cit., pág. 24).

66 Carlos Alberto Bittar exemplifica com os contratos de seguro e de edição (ob. cit., loc. cit.).

67 Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, ob. cit., pág. 400.

68 “Assim, se o objeto do dano é um interesse atual ou relativo a um bem pertencente a uma pessoa já no momento em que ele ocorre, teremos o dano emergente” (Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit., pág. 27).

codificado. Este dispositivo adota, na quantificação do lucro cessante, o princípio da razoabilidade, repetindo a regra do art. 1.059 do vetusto Código de 1916, conferindo ao julgador a tarefa de precisar essa parcela indenizatória de acordo com o bom senso. Essa orientação exclui a possibilidade de se confundir o lucro cessante com o lucro imaginário ou simplesmente hipotético,⁶⁹ exigindo-se um juízo de probabilidade objetiva, e não de mera possibilidade, entendimento este que segue a interpretação feita do § 252 do Código tedesco.⁷⁰ Justamente por não ser possível a apreciação do lucro cessante com embasamento em certeza absoluta, a doutrina germanica tem utilizado, com fulcro no inciso 2º do referido parágrafo, o que se convencionou denominar curso ou processo causal hipotético, que seria o desenvolvimento dos acontecimentos como se tivessem provavelmente ocorrido caso não se tivesse produzido o evento lesivo,⁷¹ de acordo com o curso normal daqueles ou com as circunstâncias especiais do caso concreto.⁷² Contudo, mesmo com a aplicação do processo causal hipotético,

69 Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., pág. 727. O lucro cessante também não se confunde, necessariamente, com a figura do dano futuro, pois, conquanto todo aquele último corresponda a lucro cessante, o contrário não é verdadeiro (Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit., loc. cit.).

70 Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit., pág. 13. Acerca do emprego da expressão "razoavelmente" pelo Código, o referido civilista acredita que a mesma seja uma fonte permanente de equívocos e de dúvidas, uma vez que, numa leitura superficial, poder-se-ia pensar que tal termo representa a ideia quantitativa de valor razoável, enquanto, em verdade, expressaria a vontade legislativa em incluir tudo quanto seja admissível na indenização por lucro cessante, considerado este em sua existência (efetividade), e não quantidade. Desse modo, citando Agostinho Alvim, diz-se que a indenização por lucro cessante se guiará pelo provado, não pelo razoável (ob. cit., págs. 13 e 14).

71 Karl Larenz, ob. cit., págs. 208 a 211. No mesmo trecho, o autor salienta, após discorrer sobre as dificuldades da teoria em questão, como a definição do momento em que se deveria entender um dano como provável (momento da causação do dano ou da avaliação pelo julgador), que não se pode reclamar a indenização por um ganho que o titular da reparação só teria obtido caso tivesse infringido a lei ou mediante uma conduta contrária ao pactuado ou à moral.

72 Costuma-se dar o exemplo do taxista que tem seu veículo de labor abalroado e, em consequência, fica alguns dias sem poder trabalhar. Segundo o curso causal normal dos eventos, tal vítima teria direito somente à renda normal que conseguiria durante esse período, não se devendo esperar um lucro extraordinário, mas, se esse período fosse de grande afluência de turistas, por exemplo, há especiais circunstâncias que possibilitam o estabelecimento de uma indenização maior (Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit., págs. 14 e 15).

torna-se tormentosa a aferição quantitativa do lucro cessante quando, após o fato gerador do dano, ocorre um outro acontecimento que o teria causado igualmente, caso o primeiro não tivesse sucedido.⁷³ Segundo Antônio Lindbergh C. Monteiro, tal questão envolve problema de causalidade jurídica que, no ordenamento brasileiro, se resolve de modo diferente conforme seja a relação contratual ou extracontratual, visto que, na primeira, em razão do disposto no art. 399 (*in fine*) do Código, o caso fortuito e a força maior supervenientes são causas exonerativas de responsabilidade (art. 393, CC), enquanto, na segunda, o fato posterior que poderia causar o dano já consumado não rompe onexo causal.⁷⁴

É importante ressaltar que dano emergente e lucro cessante são, pelo princípio da unidade do dano, verso e averso de uma mesma moeda, podendo tanto aparecer juntos como separadamente.⁷⁵ De fato, é plenamente razoável cogitar de hipóteses em que, não obstante não se tenha provocado dano emergente, haja lucro cessante, como na hipótese do furto de uma máquina industrial, restituída sem qualquer danificação a seu proprietário após alguns dias, mas cuja privação do uso priva aquele derradeiro do ingresso de valores em seu patrimônio.⁷⁶

Ademais das duas categorias citadas, com o objetivo da reparação do dano, é cada vez mais frequente o uso da teoria franco-italiana da perda de uma chance pela jurisprudência pátria, intentando-se considerar como indenizáveis, através da mesma, hipóteses que se situam entre aquelas de dano futuro alicerçado em probabilidade objetiva (lucro cessante) e de dano eventual ou hipotético, que não é indenizável. Sem previsão legal expressa, essa tese se aplica, conforme ao direito francês, em casos em que alguém possuía uma chance efetiva de adquirir uma vantagem ou de evitar um prejuízo e teve tal chance frustrada em razão da conduta danosa. Diz-se, com relação à perda de uma chance, que esta se funda numa probabilidade de que haveria um ganho ou de que se

73 Larenz retrata, para tanto, um caso engenhoso, aqui sinteticamente exposto: A quebra o vidro da janela de B, propondo-se a consertá-la; porém, antes que isso aconteça, sobrevém uma explosão que estilhaça todos os vidros de janelas da região; então, A passa a alegar que não responde mais pelo dano, afirmando que o mesmo sucederia de qualquer modo (ob. cit., pág. 211).

74 Ob. cit., pág. 18.

75 Antônio Lindbergh C. Montenegro, ob. cit., pág. 17.

76 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ob. cit., pág. 401.

evitaria um prejuízo e na certeza de que, da vantagem perdida, resultou um prejuízo.⁷⁷

Por se diferenciar do lucro cessante, uma vez que está fundamentada em uma expectativa aleatória, com apenas um certo grau de probabilidade de obtenção de uma vantagem e sendo impossível afirmar que o resultado ocorreria caso o fato antijurídico não tivesse ocorrido, a perda de uma chance será indenizada não de acordo com o valor do benefício esperado, mas com fulcro em percentuais maiores ou menores de probabilidade, que seguem regras de estatística aplicáveis ao evento danoso.

Ainda quanto à indenização da chance perdida, existem aqueles que defendem, com base na necessidade de limitar a reparabilidade a chances mais consistentes para evitar que qualquer oportunidade dissipada ou projeto desfeito possa ensejar ressarcimento, que só seria possível reparar a chance perdida quando o lesado demonstrasse que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento), sob pena de improcedência do pedido autoral.⁷⁸ Por esse raciocínio, hipóteses como aquela acima narrada não gerariam indenização, portanto.

Amenizando o rigor do princípio segundo o qual as obrigações ilíquidas não sujeitam o devedor aos juros moratórios – *in illiquidis non fit mora* – o art. 405 do Código Civil prevê que eles sejam contados desde a citação. Nas obrigações provenientes de atos ilícitos, o devedor está em mora desde que os praticou (art. 398, CC).

176-B. JUROS LEGAIS

Os juros legais são aqueles impostos por lei, como no caso do ressarcimento das perdas e danos e de outras situações de fato que se verifiquem na prática, podendo consistir em juros moratórios ou compensatórios, como no exemplo, quanto a estes últimos, do caso de juros compensatórios de imissão provisória na posse, deferida judicialmente, nas ações de

77 “Se a chance de fato existia, foi considerada séria e a conduta culposa do agente impediu que ela se verificasse, é certo que a vantagem esperada está perdida e disso resulta, segundo a doutrina mais recente, um dano emergente, passível de indenização.” (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., loc. cit.).

78 Sérgio Savi, “Inadimplemento das obrigações”, in: Gustavo Tepedino, (coord.) *Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 483.

Código Civil não poderia regular os juros moratórios com base na SELIC, exatamente porque não poderia ser considerada composição híbrida na cobrança dos juros do art. 406, ou seja, a taxa de juros propriamente dita além da correção monetária.⁸² Por sua vez, Fábio Barbalho Leite se orienta no sentido da adoção da taxa SELIC no sentido da revogação do art. 161, § 1º, do CTN, além de não haver atentado à segurança jurídica como se observa nos créditos tributários da Fazenda Pública.⁸³

A despeito de tais controvérsias, o certo é que a jurisprudência tem adotado, no âmbito das relações obrigacionais de Direito Privado, a orientação no sentido da observância do art. 161, § 1º, do CTN, não o considerando revogado. Desse modo, com base no Enunciado nº 20, da I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, entendeu-se que “a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês”.⁸⁴ A despeito de algumas objeções à encampação de tal orientação – como a própria sustentação de que o art. 161, § 1º, do CTN, não está mais em vigor devido à alegada revogação feita pela Lei nº 8.981/95 –, deve-se considerar que a orientação adotada no Enunciado nº 20, da I Jornada de Direito Civil, é que a melhor se adequa aos valores de segurança jurídica e justiça negocial no campo das relações obrigacionais.

177. INIMPUTABILIDADE: CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.

ELIMINAÇÃO DO RISCO

Como já vimos, é pressuposto essencial da reparação, em regra, a *imputabilidade* da falta, contratual ou extracontratual, ao agente. *A contrario sensu*, faltando a imputabilidade, descabe indenização. Se, então, a

82 Judith Martins Costa, “Os juros (moratórios legais): para uma interpretação do art. 406 do Código Civil”, in: www.migalhas.com.br, pág. 3.

83 *Apud* José Eduardo Coelho Branco Junqueira Ferraz, ob. cit., págs. 503 e 504.

84 No próprio enunciado, ainda ficou expresso o seguinte: “A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano”.

prestação se impossibilita, não pelo fato do devedor, mas por imposição de acontecimento estranho ao seu poder, extingue-se a obrigação, sem que caiba ao credor ressarcimento. O Direito romano, na sua lógica impecável, já figurava a liberação do devedor, admitindo a exoneração quando o descumprimento provinha do *fortuito* ou do acaso, exprimindo-o sucintamente, em termos que até hoje se repetem: *casus a nullo praestantur*.

Os romanistas, contudo, travam-se de razões que vêm até os civilistas, divididos em dois planos, no tocante à sua caracterização jurídica. De um lado, os que compõem a corrente *subjetivista*, encabeçada por Goldschmidt, justificam a exoneração do devedor à vista dos extremos de sua diligência, confundindo a força maior com a *ausência de culpa*. Esta escola peca do defeito de conspícua extremação: é demasiado rigorosa ao determinar que somente começa a *vis maior* onde acaba a culpa; e é excessivamente perigosa, porque admite a oscilação do critério judicante em função das aptidões individuais do devedor. De outro lado, planta-se a escola *objetivista*, liderada por Exner, assentando a imputabilidade como regra e concedendo a liberação do devedor somente na hipótese de surgir um evento cuja fatalidade se evidencie ao primeiro surto ocular, obstando a execução e afastando a ideia de responsabilidade. Esta corrente é forte para sobrepor-se à primeira, pecando entretanto da falha de abandonar as circunstâncias pessoais, inequivocamente ponderáveis na apuração da responsabilidade do agente.⁸⁵

Consagrando o nosso Direito o princípio da exoneração pela inimputabilidade,⁸⁶ enuncia-se em tese a irresponsabilidade do devedor pelos prejuízos, quando resultam de *caso fortuito* ou de *força maior*. Não distingue a lei a *vis maior* do *casus*, e assim procede avisadamente, pois que nem a doutrina moderna nem as fontes clássicas têm operado uma diversificação bastante nítida de uma e outra figura. Costuma-se dizer que o *caso fortuito* é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força

85 Cf., sobre a caracterização da força maior: Agostinho Alvim, nº 207; André Tunc, "Force Majeure et Absence de Faute en Matière Contractuelle", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, pág. 235; Esmein, "Le Fondement de la Responsabilité", in *Revue Trimestrielle*, 1933, pág. 627; Mazeaud et Mazeaud, *Responsabilité Civile*, II, nºs 1.552 e segs.; Alfredo Colmo, *Obligaciones*, nºs 116 e segs.; Lalou, *Responsabilité Civile*, nºs 270 e segs.; Sourdat, *Traité Général de la Responsabilité*, I, nº 645; M. I. Carvalho de Mendonça, *Obrigações*, II, nºs 460 e segs.; Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, nºs 89 e segs.; René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, nºs 182 e segs.

86 Código Civil de 2002, art. 393.

da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto. E, mais particularmente, conceitua-se a *força maior* como o *damnum* que é originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto etc.⁸⁷ Outras distinções, e não poucas, apontam-se ainda, sem contudo oferecerem gabarito determinante e hábil a efetuar a diferenciação.⁸⁸ Preferível será mesmo, ainda com a ressalva de que pode haver um critério distintivo abstrato, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só conceito (Colmo), unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade.⁸⁹

Sem descer a uma distinção que destaque os extremos do caso fortuito e da força maior, o legislador de 2002 os reuniu como uma causa idêntica de exoneração do devedor e resolução absoluta da obrigação, o que para o Direito suíço já foi igualmente notado.⁹⁰ Conceituou-os em conjunto como o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir,⁹¹ conceito que bem se ajusta à noção doutrinária, abrangente de todo evento não imputável, que obsta ao cumprimento da obrigação sem culpa do devedor.⁹² Aprofundando na dissecção do princípio, a doutrina sustenta que o legislador pátrio filiou-se ao conceito objetivista.⁹³ Basta, pois, apurar os requisitos genéricos: *a) Necessariedade*. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante para liberar o devedor, porém, aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação. *b) Inevitabilidade*. Mas não basta que à sua vontade ou à sua

87 Ruggiero e Maroi, loc. cit.

88 Serpa Lopes, *Curso*, nº 342.

89 Trabucchi, *Istituzioni*, nº 236.

90 Hudelot e Metmann, *Obligations*, nº 240.

91 Código Civil de 2002, art. 393, parágrafo único.

92 Aurelio Candian, in *Nuovo Digesto Italiano*, vb. "Caso Fortuito".

93 Clóvis Beviláqua, Comentário ao art. 1.058, in vol. IV, pág. 216; Arnaldo Medeiros da Fonseca, ob. cit., nº 98.

diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado. Muito frequente é, ainda, encontrar-se, entre os doutrinadores, referência à *imprevisibilidade* do acontecimento, como termo de sua extremação. Não nos parece cabível a exigência, porque, mesmo previsível o evento, se surgiu como força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo. Às vezes a imprevisibilidade determina a *inevitabilidade*, e, então, compõe a etiologia desta. O que não há é mister de ser destacado como elemento de sua constituição.⁹⁴

Na elaboração do Anteprojeto, alinhamos entre as escusativas da responsabilidade a força maior e o fortuito, abstendo-nos de defini-los, e ressaltando que deixam de eximir o agente nos casos previstos em lei, salvo passada a inevitabilidade. Assim é que o devedor em mora responde pelo fortuito, salvo provando que o dano ocorreria ainda que cumprisse em tempo.

Como se vê, da formulação de seus contornos e da análise de seus extremos não se pode munir o julgador de um padrão abstrato a que ajustar o fato, para decretar a exoneração do devedor. Ao contrário, cada hipótese terá de ser ponderada segundo as circunstâncias que lhe são peculiares, e em cada uma ter-se-á de examinar a ocorrência do obstáculo necessário e inevitável à execução do devido. Pode até acontecer que o mesmo evento, que facultou a um devedor o cumprimento, para outro já se erija com aquelas características de impedir a prestação. Não vemos aí a instituição de um novo requisito na etiologia da *vis maior*, senão a determinação de que os seus elementos sejam apurados sem subordinação a um critério inflexível. Ao revés, elástico deve ser. Se a inevitabilidade fosse absoluta, então o fortuito não precisaria de apuração. Por ser relativa, e por admitir que o que um devedor tem força para vencer outro não domina, é que o critério de apuração dos requisitos obedece a um confronto com as circunstâncias especiais de cada caso. Daí admitir-se, mais modernamente, a necessidade de aliar à concepção objetivista um certo tempero subjetivo, resultando a concepção mista de fortuito, sustentado com galhardia por boa sorte de juristas.⁹⁵

Efeitos. De regra exime-se o devedor de cumprir a obrigação ou de responder pelos prejuízos, uma vez demonstrado que a inexecução se de-

94 Arnoldo Medeiros da Fonseca, nº 104.

95 Arnoldo da Fonseca, nº 105; Serpa Lopes, nº 341; Orlando Gomes, *Introdução*, nº 179, e *Obrigações*, nº 85; Alfredo Colmo, nº 121; Arnaldo, neste passo invocado, mostra que os nossos Tribunais se têm inclinado nesse sentido.

veu à verificação do caso fortuito ou força maior – *casus vel damnum fatale*. Apurada a ocorrência do acontecimento necessário e inevitável, à vista das circunstâncias particulares à espécie, desaparece, para o credor, o direito a qualquer indenização. Esta ausência de direito, que os romanos apelidaram de *periculum* e os modernos denominam *riscos e perigos*, envolve os casos em que a prestação não pode ser cumprida, objetiva ou subjetivamente.⁹⁶

Mas nem sempre a *vis divina* escusa a falta de prestação. Em algumas hipóteses vigora a responsabilidade, não obstante a interferência do evento estranho, ainda que revestido dos seus extremos conceituais. *a) Convenção*. As partes podem ajustar que o devedor responde pelo cumprimento, ainda no caso de força maior ou caso fortuito o que prevalecerá em face da declaração *expressa*, já que não é de se presumir um agravamento da responsabilidade. *b) Mora*. Estando o devedor em mora, cujo efeito é perpetuar a obrigação e sujeitar o devedor às consequências do inadimplemento, ocorre a responsabilidade pelo *casus* ou *vis maior*, salvo se demonstrar que não teve culpa no atraso ou que o dano sobreviria, mesmo se a obrigação fosse oportunamente desempenhada (v. nº 172, *supra*). *c)* No caso de ter o mandatário, contra a proibição formal do mandante, substabelecido os poderes em um terceiro, responde pelo dano causado sob a gerência deste, mesmo decorrente do fortuito, salvo provando que o dano teria sobrevivido ainda que não tivesse realizado a substituição do representante.⁹⁷ *d)* Na gestão de negócios, quando o gestor fizer operações arriscadas, ainda que o dano costumasse fazê-las, ou quando preterir interesses deste por amor aos seus. *e)* Na tradição de coisas que se vendem contando, marcando ou assinalando, quando já postas à disposição do comprador.⁹⁸ *f)* No caso dos riscos profissionais previstos em lei.⁹⁹

Se o acontecimento extraordinário não trazer a impossibilidade total da prestação, eximir-se-á o devedor da parte atingida ou se forrá da mora, se apenas tiver como consequência o atraso na sua execução. Mas não poderá invocar o fortuito para exoneração absoluta, beneficiando-se fora das marcas.

Adotado, no Anteprojeto, o princípio da responsabilidade pelo risco criado, admitiu a consequente escusativa, desde que seja provada a adoção

96 M. I. Carvalho de Mendonça, nº 464.

97 Código Civil de 2002, art. 667, § 1º.

98 Código Civil de 2002, art. 492, § 1º.

99 M. I. Carvalho de Mendonça, nº 462.

de todas as medidas idôneas a evitá-lo, e, desta forma, o excesso que se critica na doutrina desaparece no preceito. Deve ser destacado que, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, a noção de caso fortuito é desdobrada para distinguir quando há (ou não) exclusão de responsabilidade. Divide-se em fortuito interno e fortuito externo e, assim, somente este é causa de exclusão. O fortuito interno é o fato imprevisível e inevitável, mas que se relaciona à organização da empresa, com os riscos de sua atividade (como no exemplo do estouro dos pneus em relação ao transportador), ao passo que o fortuito externo é fato estranho à organização da empresa cujos efeitos não são por ela suportados.¹⁰⁰

178. EXONERAÇÃO CONVENCIONAL: CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Acabamos de ver que a inimputabilidade do dano ao agente, em razão do fortuito, gera a consequência negativa: o lesado não pode endereçar-lhe o pedido de reparação. Agora vemos um outro aspecto da irresponsabilidade que não tem com a força maior e o fortuito parentesco ontológico, mas que se lhes aproxima no efeito não indenizatório. Referimo-nos à *convenção* pela qual se exime o responsável do dever de reparação, ou seja, à *cláusula de não indenizar*. Vai prender-se, originariamente, à vontade declarada. Da mesma forma que a cláusula penal implica a prévia limitação do ressarcimento ante o inadimplemento do devedor; ou que o seguro de responsabilidade o exonera transferindo ao segurador o encargo, ideias que são pelos especialistas aproximadas à cláusula de não indenizar¹⁰¹ — o Direito moderno, que presencia o pleno desenvolvimento do princípio da responsabilidade civil, coordena e aprova um sistema de contrapesos à obrigatoriedade de reparação, mediante a aceitação do afastamento convencional daquele dever. Antecipadamente, aquele que tem razões de prevenir, na sua atividade ou nos negócios jurídicos que realiza, o surgimento eventual do dever de reparação, estatui a limitação ou a eliminação de sua responsabilidade, por via de um ajuste que é pactuado com as pessoas com quem trata, e por estas aceito. Uma vez convencionado, equipara-se à

100 Sérgio Savi, ob. cit., pág. 464.

101 Aguiar Dias, *Cláusula de Não Indenizar*, nos 4 e segs.; Henri Lalou, *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, nº 507.