

Contudo, o princípio fundamental da responsabilidade civil, como vimos, se baseia no princípio da responsabilidade subjetiva, que também é relacionado à *teoria da culpa*. Por essa corrente, o dever de indenizar só se verifica quando existir culpa da pessoa pelo evento danoso, ou seja, se for demonstrado que esta agiu com culpa. Com a teoria da responsabilidade sem culpa ou *doutrina do risco*, também denominada *teoria objetiva*, não se propõe o problema da culpa, ou seja, elimina-se a indagação da culpa subjetiva do causador dos danos ou das lesões para o dever de indenizar. O elemento culpa é substituído pela ideia de *risco-pro-veito*; assim, quem cria o risco deve reparar os danos de seu empreendimento.

Apesar dessas transformações, que fizeram o problema da responsabilidade se tornar o centro do direito contemporâneo, na frase feliz de Josserand, o certo é que o princípio ainda dominante no campo da responsabilidade civil se fundamenta na indagação da existência da culpa do acusado, do dano como regra geral. Somente em casos expressos em lei, tem aplicação a *teoria objetiva* ou a *doutrina do risco*.

36.5 ATOS CONTRÁRIOS AO DIREITO QUE NÃO SÃO ILÍCITOS

A lei prevê alguns casos excepcionais que não constituem atos ilícitos, embora causem prejuízos a outrem. Tal ocorre nos casos de *legítima defesa*, de *estado de necessidade* e de *exercício regular do direito*.

1. *Legítima defesa* – “Ocorre *legítima defesa* quando alguém, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual e iminente, a direito seu ou de outrem.” (CP, art. 25). Pelo que se percebe, os requisitos da autodefesa são a reação imediata contra quem o moleste e o emprego moderado dos meios necessários à sua defesa.
2. *Estado de necessidade* – O estado de necessidade visa à remoção de perigo iminente que leva a coisa alheia à deterioração ou destruição. São requisitos desta situação:
 - a) que as circunstâncias o tornem absolutamente necessário;
 - b) que não exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo.
3. *Exercício regular de um direito reconhecido* – Também não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido. Só haverá ato ilícito se houver abuso do direito. Por exemplo, se o proprietário ou inquilino produz ruído que excede à normalidade, ter-se-á abuso do direito, ou seja, excesso no exercício regular do direito.

37

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

37.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A palavra *obrigação* originou-se da expressão latina *obligatio*, que traduz a ideia de vínculo, o qual sujeita o devedor ao credor.

O Direito das Obrigações tem por finalidade primordial ligar pessoas entre si, ficando uma delas sujeita ao dever de prestar uma obrigação em favor de outra. Isto acontece porque os homens, vivendo em sociedade, estabelecem relações de várias ordens entre si, vinculando-se, principalmente, pelas declarações de vontade, de tal modo que uma ou mais pessoas acabem-se obrigando umas para com as outras a uma ação pessoal de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Essas relações obrigacionais são disciplinadas pelo Direito das Obrigações.

37.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No início da civilização, imperavam a lei do mais forte e a justiça selvagem; os homens antigos procediam à execução das obrigações não cumpridas de maneira drástica e cruel, alcançando a pessoa do devedor.

Em Roma, de início, se uma pessoa empenhasse a palavra, assumindo um dever, e não o cumprisse no prazo estipulado, respondia com o próprio corpo, ou seja, a execução exercia-se sobre a pessoa do devedor. Este estava preso ao credor. O vínculo gerava, então, verdadeiro poder para o credor, que podia apoderar-se da própria pessoa do devedor e reduzi-lo à escravidão ou até matá-lo. Era uma espécie de punição, dirigida sobre o próprio corpo do devedor, que permitia ao credor vendê-lo como escravo ou levá-lo além do rio Tibre para

tirar-lhe a vida. Veja, a propósito, como narra a situação daquela época o prof. Alcides de Mendonça Lima:

Depois de 30 dias da condenação por sentença, o devedor (*judicatur*) podia ser levado pelo credor a juízo, até violentamente. Nessa ocasião, o credor, depois de uma exortação clássica, colocava sua mão em qualquer das partes do corpo do devedor, exteriorizando sua apreensão. Ou o devedor pagava a dívida ou conseguia terceiro (*vindex*) que a solvesse. Em caso negativo, o credor conduzia o devedor para a prisão domiciliar, acorrentando-o (*addictus*); apregoava o valor do débito em três feiras seguidas, ensejando a liquidação por parentes ou por amigos do devedor. Não aparecendo ninguém, o credor podia matar o devedor ou vendê-lo como escravo, além do Tibre (*trans Tiberium*), em terra dos etruscos, pois nenhum romano podia deixar de ser livre dentro dos limites de sua cidade. É que o cidadão romano não podia ser escravizado em sua terra natal e era por isso levado para outro território e lá vendido e transformado em servo do adquirente.

Se, porém, houvesse muitos credores, estes tinham o direito de esquartejar o corpo do devedor, repartindo entre eles os pedaços.¹

Somente no século IV a.C., quando apareceu a *Lex Poetalia Papiria*, a execução deixou de ser pessoal. No caso de o devedor não cumprir a obrigação, o meio de satisfação do crédito não era mais pessoal, mas sobre os bens de sua propriedade. O devedor dava, então, seu patrimônio como garantia.

Desde aquele tempo até nossos dias, não houve profundas mudanças; o princípio continuou praticamente o mesmo.

A obrigação, normalmente, deve ter um conteúdo patrimonial e, em caso de não cumprimento da obrigação, importa a aplicação de sanção jurídica ao sujeito inadimplente, facultando ao credor executar o patrimônio do devedor, a fim de obter os recursos necessários do seu crédito. Por essa razão, a obrigação deve ter valor e caráter patrimonial, ou seja, o objeto da prestação deve ter conteúdo econômico ou ser suscetível de uma avaliação patrimonial.

37.3 RELAÇÃO JURÍDICA

Os homens, vivendo em sociedade, estabelecem as mais variadas relações entre si. São relações sociais as estabelecidas entre pessoas e que podem ou não

¹ LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VI, t. 1. p. 139

produzir consequências jurídicas. Quando o direito confere certos efeitos a determinada relação, será ela denominada *relação jurídica*.

A relação jurídica, portanto, é sempre uma relação entre pessoas, que tanto podem ser pessoas naturais como pessoas jurídicas. Pelos fatos jurídicos (acontecimentos considerados relevantes pela ordem jurídica), estabelece-se um vínculo entre duas ou mais pessoas, sendo que uma delas passa a ter o dever de fazer uma prestação de contas à outra, tendo esta segunda a faculdade de exigi-la da primeira. Quem quer que contrate com outrem, por exemplo, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da obrigação, porque a vontade cria vínculos pelos quais uma pessoa (devedor) fica obrigada a uma determinada prestação para com outra (credor), que tem o direito de a exigir, obrigando a primeira a satisfazê-la.

37.4 CONCEITO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA

Os direitos podem ser exercidos sobre a própria pessoa do titular: são os chamados *direitos da personalidade*, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, ao nome, à disposição do próprio corpo; ou sobre um bem exterior de valor econômico, chamado *direito patrimonial*.

Os direitos patrimoniais, por sua vez, dividem-se em *reais* e *obrigacionais*. Quando o sujeito ativo exerce poder de sujeição sobre uma coisa, exigindo o respeito de todos os membros da sociedade, isso se chama *direito real*; incide sobre a coisa, e o titular desse direito a submete a seu domínio. Quando o sujeito ativo tem o direito de exigir de determinada pessoa ou de certo grupo de pessoas a prática de um ato ou uma abstenção, estamos em frente a um *direito obrigacional*. Há um sujeito ativo (titular do direito) e um sujeito passivo (devedor).

A natureza relativa do direito e o caráter patrimonial da prestação são elementos inerentes ao Direito das Obrigações. Por essa razão, costuma-se conceituar a obrigação como uma relação jurídica por meio da qual uma ou mais pessoas se obrigam a fornecer uma prestação econômica em favor de outra ou outras pessoas.

Aparece, então, um vínculo prestigiado pela lei, com o qual uma pessoa, denominada sujeito passivo ou devedor, se dispõe a uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa, chamada credor, que, por sua vez, tem a faculdade de exigir do devedor o cumprimento da obrigação assumida.

37.5 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Na relação jurídica obrigacional, distinguem-se como seus elementos integrantes: os sujeitos, o objeto e o vínculo.

37.5.1 Os sujeitos da relação jurídica

Durante a vida em sociedade, os homens estabelecem relações de várias ordens e, quando a norma jurídica confere certos efeitos à determinada relação social, será ela qualificada como *relação jurídica*.

A relação jurídica é sempre uma relação entre pessoas, quer naturais, quer jurídicas. Ocorrendo um fato considerado juridicamente relevante pela ordem jurídica (fato jurídico), aparece um vínculo entre elas: o sujeito ativo com o poder de exigir o cumprimento de uma prestação do sujeito passivo. Portanto, somente pessoas físicas ou jurídicas podem de ser sujeitos da obrigação.

Os sujeitos da relação são, pois, aqueles que se vinculam pelo seu estabelecimento. Quem quer que contrate com outrem, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da obrigação. O seu não cumprimento constitui um ato ilícito, importando a aplicação de uma sanção jurídica.

Os sujeitos precisam determinar-se, para que fique evidente de quem o credor tem de receber, assim como a quem o devedor deve prestar conta. Isto, porém, não quer dizer que, no instante de se constituir a obrigação, se exija a individualização do sujeito passivo, ou do sujeito ativo. Basta ser determinada posteriormente, sob pena de não se formar o vínculo. Um sujeito passivo certo pode obrigar-se para com um sujeito ativo indeterminado e vice-versa. É mister que se individualize um dos sujeitos no momento da solução ou do cumprimento da prestação. Por exemplo, na declaração unilateral, pelo jornal, de uma oferta qualquer, em que o devedor se obriga a uma prestação em favor de quem apresentar certas condições, o credor é indeterminado no momento da constituição da obrigação; entretanto, é determinável posteriormente e, assim, no momento da individualização do credor, a obrigação torna-se perfeita e exigível.

37.5.2 Objeto das obrigações

A obrigação nasce da relação entre pessoas: uma delas fica sujeita ao cumprimento de uma prestação; a outra com o direito de exigir o cumprimento da

obrigação. O objeto da obrigação é a prestação do devedor, que pode consistir num dar, num fazer ou não-fazer alguma coisa.

37.5.3 Vínculo jurídico

Vínculo é tudo o que serve para ligar, para unir (do latim *vinculum*, que significa “liame”, “laço”). Mesmo no conceito jurídico, vínculo exprime união, elo, aliança, ligação.

A obrigação representa qualquer espécie de vínculo ou de sujeição de pessoa. Ela faz surgir um vínculo entre duas pessoas: uma com o dever de fazer uma prestação, e a outra, com a faculdade de a exigir da primeira.

O vínculo tem por objeto uma prestação que pode consistir em dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

37.6 FONTES DAS OBRIGAÇÕES SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL

O Código Civil considera, expressamente, três fontes geradoras das obrigações: o contrato, a declaração unilateral da vontade e o ato ilícito.

37.6.1 O contrato

Contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Enfim, é um acordo de vontade destinado a criar obrigações. *Ipsa facto*, é ele fonte das obrigações, tanto que a parte que não obtém a execução do pactuado por vias normais, tem o direito à proteção do Poder Judiciário para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação.

37.6.2 A declaração unilateral da vontade

A declaração unilateral da vontade constitui ato de vontade de uma só pessoa, estabelecendo uma obrigação em favor de uma pessoa indeterminada. Por exemplo, desaparece um cachorro de estimação e o dono oferece uma gratificação a quem o devolver.

37.6.3. O ato ilícito

O ato ilícito constitui fonte de obrigação nas ocasiões em que provém de uma ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, causando dano ou prejuízo à vítima.

37.7. ALGUMAS ESPÉCIES DE CONTRATO

37.7.1. Contrato de compra e venda

O contrato de compra e venda é um só, apesar de se denominar compra e venda. Uma compra sempre pressupõe uma venda e vice-versa. É o contrato segundo o qual o vendedor se obriga a transferir o domínio de uma coisa ao comprador, mediante o pagamento por este de certo valor em dinheiro.

Para o aperfeiçoamento do contrato basta o acordo de vontade do comprador e do vendedor sobre um objeto (a coisa negociada) e a existência do preço.

Mas o contrato não significa a transferência da propriedade da coisa, isto porque o contrato de compra e venda, por si só, não transfere a propriedade, criando apenas uma obrigação (promessa) de transferi-la. Veja o que diz o art. 1.267 do CC: “*A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.*”

Tradição significa entrega. Para a transferência da propriedade da coisa é preciso, após ou concomitantemente à realização do contrato, a efetiva entrega dela. O pagamento do preço e a entrega da coisa já são efeitos desse consentimento, pelo qual ficam obrigados vendedor e comprador e, não havendo o cumprimento da obrigação, resolve-se em perdas e danos.

37.7.2. Mandato

Não se devem confundir as palavras *mandato* e *mandado*. O juiz, ao desejar dar uma ordem, expede um *mandado*. É, portanto, o mando do juiz. *Mandato*, por sua vez, é o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga a praticar atos ou administrar interesses em nome e por conta de outrem.

O traço característico do mandato é a representação, isto é, alguém, não podendo ou não querendo realizar determinado negócio jurídico, outorga poderes a outra pessoa para o representar. Quem confere os poderes para a prática dos

atos tem o nome de mandante; aquele a quem os poderes são conferidos se chama mandatário ou procurador, isto é, aquele que se utiliza da procuração, instrumento representativo do mandato, que confere poderes a uma pessoa para que ela possa agir segundo a vontade do mandante.

De posse da procuração, o mandatário (procurador) passa a ter o poder de agir em nome do mandante, praticando todos os atos como se este último estivesse atuando pessoalmente. A consequência maior desse ato é o procurador obrigar o próprio mandante a proceder conforme o determinado em relação a terceiro. Nessas condições, o mandatário pratica o ato, mas é o próprio mandante quem se obriga, respondendo por todos os atos daquele.

37.7.3. Fiança

A fiança é um contrato pelo qual uma pessoa se obriga a satisfazer uma obrigação, caso o devedor não a cumpra. A pessoa que assume a fiança tem o nome de fiador; aquele a quem o *fiador* garante é o *afiançado*. O contrato de fiança desenrola-se entre o fiador e o credor do *afiançado*. Como a fiança visa a dar maior garantia ao credor, ela é um contrato de garantia, mas uma garantia pessoal, porque o que assegura a obrigação *afiançada* é o patrimônio do fiador, e não determinado bem imóvel ou móvel, como acontece na hipoteca.

37.7.4. Sociedade oriunda de um contrato

A sociedade oriunda de um contrato caracteriza-se pela comunhão de interesses dos sócios, que, com recursos ou atividades, visam a alcançar um fim comum. Tal fim pode ter caráter ideal ou econômico, ou seja, os sócios podem visar a lucros ou a interesses de natureza esportiva, religiosa, científica, artística, literária etc. Quando não almejam o lucro, são *associações*.

O ato que dá origem a uma sociedade que visa ao lucro recebe o nome específico de *contrato social*. Veja, a propósito, como Caio Mário da Silva Pereira define essa espécie de sociedade: “É o contrato por via do qual duas ou mais pessoas se obrigam a combinar seus esforços ou recursos e a conjugar suas aptidões, com a finalidade de lograr fins comuns.”² Aqui, as vontades dos

² PEREIRA, Caio M. da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. III. p. 288.

sócios são paralelas ou se encaminham no mesmo sentido, para a obtenção dos objetivos comuns.

A sociedade tratada aqui é diferente da comunhão que existe entre cônjuge ou entre condôminos de um prédio de apartamentos.

A comunhão é o gênero, e a sociedade oriunda de um contrato é uma espécie. A sociedade é sempre voluntária e pressupõe a comunhão de interesses, a *affectios societatis*³, visando a um fim idêntico.

³ *Affectios societatis*: vontade de cooperar.

38

DIREITO DAS COISAS

38.1 APRESENTAÇÃO

Chama-se *Direito das Coisas* a parte do Direito Civil que trata das relações jurídicas entre as pessoas e as coisas suscetíveis de apropriação pelo homem.

O Direito das Coisas pode ser classificado em duas categorias: direito real sobre *coisas próprias* e o direito real sobre *coisas alheias*.

Na primeira categoria, está incluída a propriedade, que é o direito real por excelência. A posse, que é a exteriorização da propriedade, se inclui nessa categoria. O Código, contudo, regulamenta a posse antes da propriedade.

Na segunda categoria, encontram-se duas espécies de direitos reais:

1. os direitos reais de gozo ou fruição (servidão, usufruto etc.);
2. os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese).

Dividiremos o estudo em três partes: a posse, a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias.

38.2 CONCEITO DE POSSE E SUA CLASSIFICAÇÃO

O Código Civil, art. 1.228, define a propriedade da seguinte maneira: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” Enfim, é um direito sobre a coisa, abrangendo vários poderes especiais: de usar, de gozar, de dispor e de reaver. Esses poderes, chamados direitos elementares de propriedade,