

MANUAL PRÁTICO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

JOÃO PAULO LORDELO

1ª EDIÇÃO

2015

JOÃO PAULO LORDELO

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2009), com período sanduíche na Universidade de Santiago de Compostela (ES). Especialista em Direito do Estado (2009). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2013). Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor em diversas instituições de ensino superior, pós-graduação e cursos preparatórios para carreiras públicas. Aprovado em concurso para Procurador do Estado (PE), Defensor Público Federal (DPU), Juiz de Direito (BA) e Procurador da República (Ministério Público Federal - 1ª colocação no concurso).

Ex-Defensor Público Federal (2010-2014), é Procurador da República (MPF) na Bahia.

Editor do site <http://www.joaolordelo.com>.

MANUAL PRÁTICO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ATUALIZADO EM 11/06/2015

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Sumário:

1. Noções Introdutórias

- 1.1. Obrigação *propter rem*, *ob rem* ou mista
- 1.2. Obrigação com ou de eficácia real
- 1.3. Obrigação Natural
- 1.4. *Schuld X Haftung*
- 1.5. Diferenças conceituais importantes

2. Fonte da Obrigação

3. Estrutura da Relação Obrigacional

- 3.1. Eticidade → *Duty to mitigate*

4. Classificação das Obrigações

- 4.1. Classificação básica das Obrigações
 - 4.1.1. Obrigação de Não Fazer
 - 4.1.2. Obrigação de Fazer
 - 4.1.3. Obrigação de Dar
- 4.2. Classificação quanto à presença de elementos obrigacionais
 - 4.2.1. Obrigações Compostas Objetivas → Cumulativas ou Alternativas
 - 4.2.2. Obrigação Facultativa (simples)
 - 4.2.3. Obrigações Compostas Subjetivas → Obrigações Solidárias
- 4.3. Classificação quanto à divisibilidade do objeto obrigacional
 - 4.3.1. Solidariedade X Indivisibilidade
- 4.4. Classificação quanto ao conteúdo (Obrigações de Meio e de Resultado)
- 4.5. Outras classificações menos importantes

5. Teoria do Pagamento

- 5.1. Adimplemento substancial
- 5.2. Condições do pagamento
 - 5.2.1. Condições Subjetivas
 - 5.2.2. Condições Objetivas do Pagamento
- 5.3. Formas especiais de pagamento
 - 5.3.1. PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO
 - 5.3.2. NOVAÇÃO
 - 5.3.3. DAÇÃO EM PAGAMENTO
 - 5.3.4. COMPENSAÇÃO
 - 5.3.5. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO
 - 5.3.6. REMISSÃO
 - 5.3.7. CONFUSÃO
 - 5.3.8. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
 - 5.3.9. TRANSAÇÃO E COMPROMISSO (arbitragem)

6. Transmissão das Obrigações

- 6.1. Cessão de Crédito
- 6.2. Cessão de Débito ou Assunção de Dívida
- 6.3. Cessão de Contrato ou Cessão de Posição Contratual

7. Extinção da obrigação sem pagamento

8. Teoria do inadimplemento

- 8.1. Inadimplemento relativo, parcial, atraso ou MORA
 - 8.1.1. Mora do devedor
 - 8.1.2. Mora do credor
- 8.2. Inadimplemento absoluto
- 8.3. Violação positiva do contrato
- 8.4. Cláusula penal ou pena convencional
 - 8.4.1. Questões
- 8.5. Dos juros remuneratórios e moratórios

1. Noções Introdutórias

Direito das obrigações, ramo do Direito Civil, é o conjunto de normas e princípios que disciplina a relação jurídico-patrimonial pessoal entre um credor e um devedor, em virtude da qual este último compromete-se a satisfazer uma prestação de dar, fazer ou não fazer.

O direito das obrigações não pode ser confundido com o direito das coisas/direitos reais.

Objeto Científico	
Direito das Obrigações	Direitos Reais
Disciplina uma relação jurídica horizontal pessoal entre dois sujeitos (credor e devedor).	Disciplina uma relação jurídica vertical real entre sujeito e coisa.

A palavra obrigação pode assumir dois sentidos:

- Sentido estrito – significa o dever de prestar imposto ao devedor. Traduz a própria relação obrigacional vinculativa do credor ao devedor.
- Sentido amplo – significa a própria relação obrigacional. É o próprio débito assumido.

1.1. Obrigação *propter rem*, *ob rem* ou mista

A obrigação *propter rem*, *ob rem*, mista, híbrida ou obrigação real ou de ônus real.

Essa é uma obrigação de natureza mista ou híbrida (real e pessoal), pois está entre a relação obrigacional típica (que vincula pessoas) e uma relação jurídica real (que vincula pessoa a coisa), assumindo características de uma e de outra. A obrigação vincula-se a uma coisa, e a acompanha independentemente de quem seja o devedor.

Tem caráter pessoal ao vincular a pessoa e tem caráter real ao vincular a coisa. Há quem a chame de obrigação reipersecutória, porque acompanha a coisa.

Quem for proprietário da coisa deve cumprir com a coisa.

Exemplos: obrigação de pagar taxa de condomínio; a obrigação de pagar IPTU (mas essa, do IPTU, alguns doutrinadores negam, uma vez que decorre de obrigação tributária) e; o dever do proprietário de não prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos.

O art. 1.345 do CC, que trata das obrigações do proprietário do imóvel pagar as despesas de condomínio, juntamente com a natureza *propter rem* da obrigação relativizam parcialmente a regra pela qual o vendedor responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição (art. 502 do CC).

Art. 1.345. O **adquirente** de unidade **responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio**, inclusive multas e juros moratórios.

Art. 502. O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição.

AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL, PROMISSÁRIO COMPRADOR OU POSSUIDOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. **As cotas condominiais, porque decorrentes da conservação da coisa, situam-se como obrigações *propter rem***, ou seja, obrigações reais, **que passam a pesar sobre quem é o titular da coisa**; se o direito real que a origina é transmitido, as obrigações o seguem, de modo que nada obsta que se volte a ação de cobrança dos encargos condominiais contra os proprietários.
2. Em virtude das despesas condominiais incidentes sobre o imóvel, pode vir ele a ser penhorado, ainda que gravado como bem de família.
3. O dissídio jurisprudencial não restou demonstrado, ante a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.
4. Recurso especial não conhecido. Resp 846187/SP

O STJ, em 2009 (AgRg no Resp 1.039117/SP), afirmou a preferência do crédito condominial, por ser *propter rem*, em face da hipoteca que gravava o imóvel. Os ministros entenderam que a taxa integra a manutenção do condomínio como um todo.

Em 2012, tal entendimento foi consolidado na **Súmula 478 do STJ**, que aborda a questão da preferência dos créditos condominiais sobre o hipotecário. Diz o enunciado: **“Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”**.

1.2. Obrigação com ou de eficácia real

A obrigação com eficácia real não tem nada a ver com a obrigação *propter rem*.

Numa relação obrigacional normal, a eficácia é *inter partes* (entre credor e devedor). A obrigação com eficácia real é uma exceção a isso, pois determina uma eficácia *erga omnes*.

A obrigação com eficácia real é aquela em que, mediante registro, passa a ter eficácia *erga omnes*. É o caso da anotação da obrigação locatícia levada ao registro de imóveis (art. 8º da lei do inquilinato 8245/91).

Art. 8º Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

§ 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

§ 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo - se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.

Quando a pessoa vende um apartamento alugado, em regra, a alocação não segue, com eficácia real contra o comprador. Mas quando o contrato de locação for registrado na forma do art. 8º da lei 8245, o comprador deverá respeitar a locação.

1.3. Obrigação Natural

Em sua estrutura, a obrigação natural é parecida com a obrigação civil comum, da qual se distingue por ser **desprovida de exigibilidade jurídica, coercibilidade**. Por isso, tem quem a chame de obrigação imperfeita ou OBRIGAÇÃO MORAL.

EXEMPLOS: dívida de jogo ou aposta, dívida prescrita.

Embora as obrigações naturais sejam juridicamente inexigíveis (não podendo o credor cobrá-la), o sistema brasileiro lhes reconhece o **efeito jurídico da *soluti retentio*** (retenção do pagamento).

Soluti Retentio: Não se pode exigir de volta aquilo que foi pago por elas. Ou seja, não se poderá repetir aquilo que se pagou por obrigação natural. Assim, a dívida prescrita não pode ser cobrada, mas, quando paga, não pode ser repetida (devolvida).

O efeito jurídico da *soluti retentio* está prevista nos arts. 814 e 882 do CC:

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

1.4. *Schuld X Haftung*

Em direito das obrigações, qual a diferença entre *schuld* e *haftung*?

- *Schuld*, em alemão, significa débito/dívida (ou culpa).
- *Haftung* significa responsabilidade.

Geralmente, o devedor, titular do *schuld*, assume o *haftung*. Mas é possível que uma pessoa seja devedora e outra pessoa assuma a responsabilidade patrimonial. É o caso do fiador, que tem a responsabilidade patrimonial do débito do devedor fiado.

1.5. Diferenças conceituais importantes

- **Dever jurídico** → Contrapõe-se ao direito subjetivo. É uma situação passiva que se caracteriza pela necessidade do devedor observar um certo comportamento, compatível com o interesse do titular do direito subjetivo, sob pena de sanção.

O dever jurídico engloba não só as relações pessoais, como também as de natureza real, de direito da personalidade, de família ou de empresa. Ex: Enquanto a obrigação é sempre transitória, o dever jurídico pode ser eterno. **A obrigação é o dever jurídico oriundo da relação jurídica creditória (pessoal ou obrigacional), qual seja, o dever de prestar.**

- **Ônus jurídico** → É a necessidade de agir de certo modo para conseguir certo resultado favorável ao onerado que a lei não impõe, mas faculta. O desrespeito ao ônus gera conseqüências somente para aquele que o detém. Ex: ônus de provar.

Dever jurídico	Ônus Jurídico
O comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do outro (do titular do direito subjetivo).	O comportamento do agente é necessário para atender interesse do próprio agente.
O comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito subjetivo.	O comportamento é livre, embora necessário para a realização do interesse do agente.
O descumprimento é uma atitude ilícita.	O descumprimento é uma atitude lícita.

- **Estado de sujeição** → É o poder jurídico do titular do direito potestativo (poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem sem que essa possa fazer algo para se esquivar). **O direito potestativo não origina relação obrigacional**, porque não gera um dever jurídico correspondente (o sujeito nada tem que prestar, mas apenas se sujeitar).
- **Autonomia privada** → O direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses, que decorre dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

2. Fonte da Obrigação

Embora a LEI seja a fonte primária e imediata de todas as obrigações, como entre a lei e a relação obrigacional é necessário que haja um fato que concretize o preceito da norma, sobre o qual incida a norma legal, deve-se entender por **fonte das obrigações o FATO JURÍDICO que concretiza a lei e cria a relação obrigacional**.

Esse fato jurídico, embora não integre a estrutura da relação, é chamado pela doutrina de fonte da obrigação. A relação obrigacional nasce de um fato jurídico, que pode ser *lícito* ou *ilícito*.

Existem, fundamentalmente, duas classificações das fontes:

- **Classificação Clássica** – Todo autor cita essa classificação (ela não é mais aceita, mas pode cair em concurso). Foi uma classificação desenvolvida pelo jurista romano Gaio, que subdividia as fontes das obrigações em:
 - a) **Contrato**: É um acordo bilateral de vontades.
 - b) **Quase-contrato**: Seriam os atos negociais que não têm natureza de contratos. Ex: a promessa de recompensa não é um contrato, mas se alguém achar o objeto perdido, gerará a obrigação.
 - c) **Delito**: o ilícito doloso.
 - d) **Quase-delito**: o ilícito culposos.
- **Classificação Moderna** – Há divergência nessa classificação. Eis a classificação de Orlando Gomes:
 - a) **Atos negociais**: É mais abrangente. Engloba as declarações bilaterais (contrato) e unilaterais (promessa de recompensa) de vontade.
 - b) **Atos não-negociais**: Determinados comportamentos humanos que, apesar de não serem negociais, geram obrigações. Ex: o fato de vizinhança (respeito ao sossego, saúde, segurança).

 QUESTÃO: Atos não-negociais também podem ser fonte das obrigações.
 VERDADE.
 - c) **Atos Ilícitos e abuso de direito**: Falaremos deles em responsabilidade civil.

Ensina Tartuce um rol diferente de fontes das obrigações:

1. Lei → Para Maria Helena Diniz, “é a fonte primária ou imediata de obrigações, como constitui fonte principal de nosso Direito”.

Para Orlando Gomes, a lei sozinha não pode ser tida como fonte da obrigação, uma vez que somente cria uma obrigação se acompanhada do

fato jurídico. A fonte seria: Lei + fato jurídico. Fernando Noronha entende que a fonte é a Lei + autonomia privada.

Flávio Tartuce ressalva que existem obrigações que decorrem apenas da lei, como a obrigação de prestar alimentos, embora reconheça que **a lei, em regra, tem que estar acompanhada de algo mais para constituir fonte de obrigação (para a doutrina tradicional: o fato jurídico / para a doutrina moderna: autonomia privada).**

2. Contratos → São tidos como fonte principal do direito obrigacional: negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação e extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

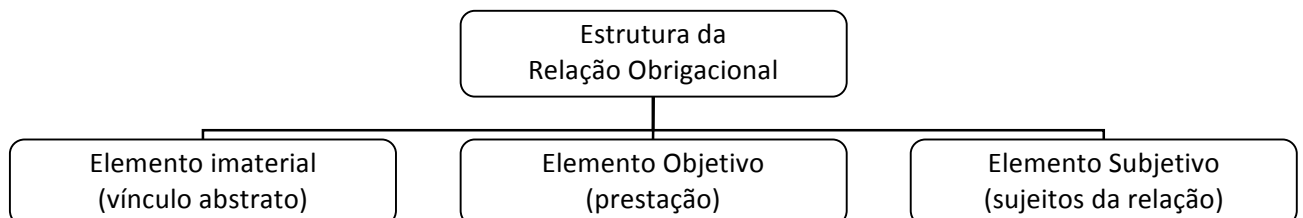
3. Atos ilícitos e abuso de direito → São fontes importantíssimas, gerando o dever de indenizar.

4. Atos unilaterais → São as declarações unilaterais de vontade, fontes do direito obrigacional que estão previstas no CC: *promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido, enriquecimento sem causa.*

5. Títulos de crédito → São os documentos que trazem em seu bojo, com caráter autônomo, a existência de uma relação obrigacional de natureza privada.

3. Estrutura da Relação Obrigacional

A relação obrigacional é uma relação pessoal composta por três elementos: o elemento imaterial (que alguns autores chamam de espiritual), o elemento objetivo e o elemento subjetivo.



- i. **ELEMENTO IDEAL/IMATERIAL/ESPIRITUAL** → É o vínculo jurídico (abstrato e invisível) que une credor ao devedor. A melhor expressão desse vínculo está no art. 391 do CC:

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor. → **Princípio da responsabilidade patrimonial.**

Na realidade, esse artigo deve ser interpretado de modo a excluir do âmbito da sujeição às obrigações do devedor seus bens INALIENÁVEIS, assim definidos pelo art. 649 do CPC¹ e demais restrições previstas em lei (como o bem de família, por exemplo).

¹ Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

OBS: Está superada a antiga teoria monista ou unitária da obrigação, segundo a qual essa teria um único elemento: o vínculo jurídico. Segundo Flávio Tartuce, prevalece a **teoria dualista** ou **binária**, pela qual a obrigação é composta pela **relação débito/crédito**. Uma expressão da adoção dessa teoria são os conceitos de *Schuld* (dever) e *Haftung* (responsabilidade).

- ii. **ELEMENTO SUBJETIVO** → São os sujeitos da relação obrigacional, que devem ser determinados ou, ao menos, determináveis. São sujeitos as pessoas jurídicas, naturais e entes despersonalizados.

Em regra, a **relação jurídica obrigacional é complexa**, por ser **sinalagmática** (já que as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras). Ex: relação de compra e venda.

A indeterminabilidade, ativa ou passiva, é SEMPRE relativa ou temporária/passageira.

EXEMPLOS no pólo ativo: Título ao portador (cheque não-nominal). O credor é um sujeito potencialmente inominado (pois o sujeito ativo terá que preencher o cheque para receber). Outro caso é o da promessa de recompensa.

EXEMPLOS de pólo passivo: na obrigação *propter rem*, não importa quem seja o devedor declarado, mas sim que é o proprietário da coisa. Se a coisa for vendida, o devedor muda. Por isso há uma margem de indeterminabilidade do sujeito passivo.

Esse tipo de obrigação, que aceita uma margem de indeterminabilidade ativa ou passiva, é chamada de OBRIGAÇÃO AMBULATÓRIA.

- iii. **ELEMENTO OBJETIVO** → O elemento objetivo da relação obrigacional é a prestação, seu objeto imediato. É o elemento mais importante
- **Objeto direto ou imediato da obrigação:** é a PRESTAÇÃO de dar, de fazer ou de não-fazer.
 - **Objeto indireto ou mediato da obrigação:** é o bem jurídico tutelado, ou seja, a coisa ou a tarefa a ser desempenhada. Ex: a casa, no contrato de

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - o seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. (Incluído pela Lei nº 11.694, de 2008)

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

compra e venda. OBS: o objeto indireto ou mediato da obrigação é o objeto imediato e direito da prestação.

A prestação (objeto imediato da relação obrigacional) consubstancia a atividade do devedor voltada à satisfação do direito do credor. Ela pode ser de dar, fazer ou não-fazer.

A prestação, para ser perfeita, deve ser *lícita, possível, determinada* ou *determinável*.

Em regra, a relação obrigacional é bifronte, mista ou sinalagmática, pois cada parte será devedora e credora de alguma obrigação (o comprador de um imóvel é credor da coisa e devedor do preço, por exemplo).

Todavia, quando o professor ou a banca de concurso vai cobrar a matéria, ele faz um recorte, colocando de um lado o devedor e do outro lado o credor.

Toda prestação de relação obrigacional deverá ter natureza patrimonial?

A doutrina tradicional considera que toda prestação tem que ter cunho patrimonial ou econômico, até porque é difícil encontrar exemplos de obrigação não patrimonial.

Todavia, autores como Pontes de Miranda, Paulo Lobo e Silvo Venosa reconhecem algumas obrigações não patrimoniais, a exemplo da obrigação que o testador impôs de ser enterrado de determinada maneira.

3.1. Eticidade → *Duty to mitigate*

Não há como discorrer sobre a estrutura ontológica da relação obrigacional apenas na perspectiva da técnica formal, sem realizar uma contextualização com a doutrina constitucional: **a prestação deve respeitar os valores de eticidade, de forma a respeitar a boa-fé objetiva**.

É preciso observar, numa perspectiva de respeito à eticidade, para minimizar a “crise de cooperação” entre credor e devedor (decorrente da tensão existente entre eles, já que buscam interesses antagônicos, com uma acentuação da *vocação opressiva da autonomia privada*) tendo em vista a necessidade imperiosa de que as partes atuem em equilíbrio e harmonia (incidência da boa-fé objetiva).

Nesse contexto, atua o princípio da boa-fé objetiva para determinar um comportamento leal e harmônico entre as partes, a exemplo do que se dá por meio de instituto jurídico do *duty to mitigate*.

Duty to mitigate: Por meio dessa figura jurídica, impõe-se, ao próprio credor, o dever de não agravar/mitigar a situação do devedor. É expressão da eticidade, confiança e boa-fé na relação jurídica obrigacional.

Trata-se do dever de mitigar (o dano) imposto ao próprio credor, para não amplificar a zona de dano do devedor. É a tradução da cooperatividade. O juiz deve aplicar o *duty to mitigate* para somente obrigar o réu (devedor) no exato dano que houver causado.

Exemplo prático: O instituto anglo-saxônico do ***duty to mitigate***. Ele acentua a necessidade de cooperação entre as partes.

EXEMPLO: A bate no carro de B e do carro de B começa a sair fumaça. Se o carro pegar fogo e A provar que B poderia ter evitado se houvesse usado o

extintor, A só terá que arcar com o dano referente à batida, e não à perda total decorrente do incêndio.

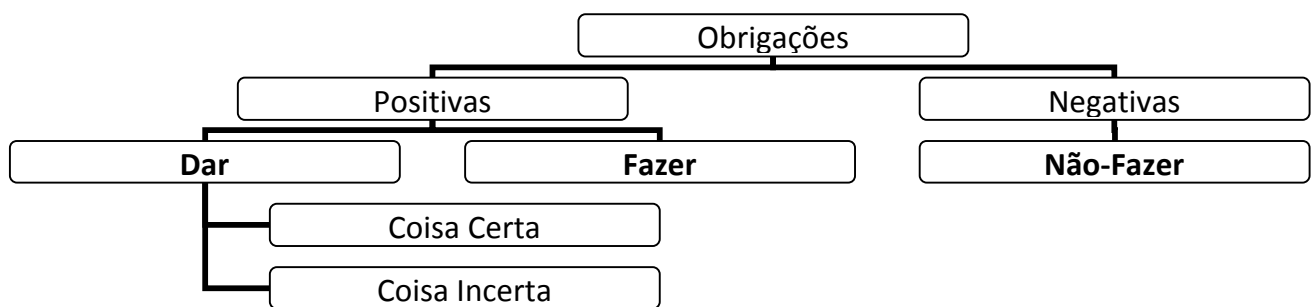
4. Classificação das Obrigações

4.1. Classificação básica das Obrigações

A classificação básica das obrigações, que toma por referência a prestação, comporta o seguinte quadro esquemático:

As obrigações poderão ser:

- **Positivas** – obrigações de FAZER e de DAR (coisa certa ou coisa incerta).
- **Negativas** – obrigações de NÃO FAZER.



4.1.1. Obrigação de Não Fazer (*obligatio ad non faciendum*)

Tem por objeto uma prestação negativa, um comportamento omissivo do devedor. Pode-se dizer que, nesse caso, há a prestação de um fato negativo.

A obrigação de não fazer é quase sempre infungível (*intuitu personae*) e indivisível. Ela pode ser origem legal ou convencional.

EXEMPLOS: obrigação de não-construção acima de determinada altura; obrigação de não-concorrência.

O professor Guilherme da Gama lembra que a obrigação de não fazer pode ser **temporária** (ex: não explorar determinada atividade por 5 anos) ou **permanente**.

Se o devedor, por imperativo superior, tiver que praticar o ato, a obrigação de não fazer é extinta. Exemplos de imperativos superiores: força maior, fato do príncipe.

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

Se o devedor, culposamente (fora a hipótese da força maior ou do fato do príncipe), praticar o ato, descumprindo a obrigação de não fazer, o credor pode exigir o desfazimento do ato, sob pena de desfazer o ato à sua custa, sem prejuízo da tutela específica.

O desfazimento do ato pelo credor, independentemente do acionamento do devedor, como uma forma de autotutela, **pode ser realizado com autorização judicial**.

Mas se for caso de urgência, poderá o credor, de cara, desfazer o ato, em autotutela.

Art. 251 do CC. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o **culpado perdas e danos**.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

Obs.: nas perdas e danos se incluem os danos emergentes ou positivos (aquilo que a pessoa efetivamente perdeu) e os lucros cessantes ou danos negativos (aquilo que a pessoa razoavelmente deixou de ganhar). Embora o art. 186 (que prevê expressamente o dano moral) só seja aplicado à responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, pode-se incluir entre as perdas e danos o dano moral, com base no art. 5º, V e X da CF.

4.1.2. Obrigação de Fazer ou Prestação de Fato (*obligatio in faciendum*)

As obrigações de fazer, reguladas a partir do art. 247 do CC, são aquelas em cujo objeto é a atividade positiva do devedor, a prestação de um FATO.

QUESTÃO: As obrigações de fazer têm por objeto a prestação de um fato.

VERDADE.

Existem prestação de fazer fungíveis e infungíveis (personalíssima). Se a obrigação de fazer for infungível ou personalíssima (pela vontade das partes ou pela natureza da prestação), significa que só interessa ao credor a prestação da atividade pelo devedor específico.

Art. 247 do CC. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Se a obrigação de fazer for fungível, poderá ser cumprida por outras pessoas às custas do devedor originário:

Art. 633 do CPC. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, **requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização**.

Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

Art. 634 do CPC. Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exequente, decidir que aquele o realize à custa do executado.

Assim, caso a prestação de fazer seja descumprida por culpa do devedor, é cabível sua resolução civil com perdas e danos, sem prejuízo de o credor optar pela tutela jurídica específica (por meio de cominação de multa ou astreintes) ou pelo cumprimento pelo terceiro.

Art. 249. Se o **fato** puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o **fato**, sendo depois ressarcido².

² Art. 637 do CPC. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.

Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da apresentação da proposta pelo terceiro (art. 634, parágrafo único). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 638 do CPC. Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la.

O art. 249 define uma forma de **autotutela civil**. Em regra, o fato pode ser executado pelo credor somente após autorização judicial. **Se, contudo, houver urgência, o credor pode, sem autorização judicial, executar ou mandar executar a obrigação de fazer.**

Essa hipótese é mais aplicável para as obrigações de fazer fungíveis, mas como está prevista norma semelhante para a obrigação de não fazer (que é infungível), no art. 251 do CC, no futuro poderá surgir posicionamento apontando a aplicação da autotutela de urgência em obrigações de fazer infungíveis.

Mesmo que cumprida a obrigação por terceiro, o credor ainda poderá pleitear perdas e danos, desde que comprovados os prejuízos efetivamente sofridos (já que não é possível a indenização de dano eventual).

O art. 248 do CC trata da resolução da prestação e aplica a regra geral da imputação de perdas e danos se houver culpa do devedor (claro, se não for possível a tutela jurídica específica). Caso a obrigação de fazer seja descumprida sem culpa do devedor, a relação obrigacional é extinta sem perdas e danos. Lógico que há devolução do dinheiro (pela vedação do enriquecimento ilícito), mas não há obrigação de indenizar.

Art. 248. Se a **prestação do fato** tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

O art. 248 é aplicável, *v.g.*, em situações de força maior e caso fortuito. Nesses casos, deve-se ressaltar que o devedor em mora responderá por perdas e danos, a menos que comprove ausência total de culpa ou que o evento ocorreria ainda que não estivesse em atraso com a obrigação.

Art. 399 do CC. 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.

Casos em que o devedor responderá pelo caso fortuito e força maior:

- a) devedor em mora, nos termos do art. 399 do CC
- b) havendo previsão no contrato quanto à responsabilização em tais eventos (art. 393 do CC):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

- c) havendo previsão em contrato quanto à responsabilização em tais exemplos, em casos específicos.

4.1.3. Obrigação de Dar (*obligatio ad dandum*)

Obrigação de dar é aquela que tem por objeto a entrega de coisa certa ou incerta.

O vocábulo “dar” apresenta, basicamente, três sentidos:

- i. Transferir a propriedade da coisa;

Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633.

- ii. Entregar a posse ou a detenção da coisa (ex: a obrigação decorrente do contrato de locação);
- iii. Restituir a coisa (ex: a obrigação decorrente do contrato de depósito).

I. Obrigação de Dar Coisa Certa ou Obrigação Específica

A obrigação de dar coisa certa, também chamada de obrigação específica, regulada a partir do art. 233 do CC, é aquela que diz respeito à coisa específica ou individualizada.

EXEMPLO: Obrigação pecuniária que tem por objeto o pagamento de quantia certa.

Nas obrigações de DAR, especialmente nas de dar COISA CERTA, ganham relevo dois princípios do direito das obrigações:

- **Princípio da especialidade** – O credor não está obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

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

- **Princípio da indivisibilidade do pagamento** – A regra é de que as obrigações devem ser cumpridas por inteiro. Isso se aplica às obrigações em geral, mas principalmente em relação às obrigações de dar coisa certa.

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

Regras especiais

Aplica-se o princípio da gravitação jurídica, às obrigações de dar coisa certa. Ex: na obrigação decorrente de um contrato de compra e venda, os acessórios

Princípio da gravitação jurídica: o acessório segue o principal.

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

O art. 234 trata da resolução da obrigação e de seus efeitos. Se a coisa se perder sem culpa, a obrigação se resolve sem direito à indenização. Se a perda resultar de culpa do devedor, ele deverá responder pelo preço mais perdas e danos.

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da **tradição**³, ou **pendente a condição** suspensiva, **fica resolvida** a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

DICA: Em geral, na teoria das obrigações, o legislador estabeleceu a fórmula segundo a qual, impossibilitada a obrigação sem culpa do devedor, ela será extinta, sem perdas e danos. Impossibilitada a obrigação por culpa do devedor, este poderá ser compelido a devolver o preço equivalente + perdas e danos (exceto quando ocorre a tutela específica).

Se a coisa não se perder, mas apenas se estragar/deteriorar, aplica-se o art. 235. Se o devedor não for culpado, o credor poderá resolver a obrigação ou abater o preço da parte estragada. Esse dispositivo é desdobramento lógico do art. 234.

³ A tradição dá-nos a idéia de transferência voluntária da propriedade.

Art. 235. **Deteriorada a coisa**, não sendo o devedor culpado, poderá o credor **resolver** a obrigação, ou aceitar a coisa, **abatido** de seu preço o valor que perdeu.

Se, porém, o devedor for culpado, o credor poderá: resolver (exigindo o equivalente) ou aceitar no estado em que se encontra (com abatimento do preço). Em qualquer caso, como há culpa do devedor, o credor terá direito de ser indenizado em perdas e danos. Esse dispositivo também é desdobramento do art. 234.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

Até a tradição, a coisa pertence ao devedor. Assim, sobrevindo melhoramentos (chamados de **cômodos obrigacionais**) a necessidade de manutenção do sinalagma obrigacional e a vedação do enriquecimento sem causa impõem o aumento do preço ou a resolução do negócio (sem perdas e danos, já que não terá havido culpa do credor):

Art. 237. **Até a tradição pertence ao devedor a coisa**, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.

Parágrafo único. **Os frutos percebidos são do devedor, cabendo ao credor os pendentes.**

A obrigação de restituir coisa certa está prevista nos art. 238 a 242 do CC.

No caso de perda da coisa sem culpa do devedor e antes da tradição, aplica-se a regra segundo a qual **a coisa perece para o dono** (*res perit domino*), suportando o credor o prejuízo (art. 238). São desdobramentos dessa norma os arts. 240 e 241:

Art. 238. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, **sofrerá o credor a perda**, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.

Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

Art. 241. Se, no caso do art. 238, sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, lucrará o credor, desobrigado de indenização.

Por outro lado, se a coisa se perder por culpa do devedor, segue a regra geral:

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé (*são as regras dos arts. 1214 a 1216 do CC*)⁴.

II. Obrigação de Dar Coisa Incerta

É um tipo de obrigação genérica porque, nos termos no art. 243 do CC, é indicada apenas pelo **GÊNERO** e pela **QUANTIDADE**. Falta a especificação da qualidade, pelo devedor.

⁴ Nesse caso, sendo o devedor possuidor de boa-fé – regra geral, pela presunção do justo título – terá direito aos frutos referidos no dispositivo em análise. Porém, se o possuidor tiver agindo de má-fé, não haverá qualquer direito, além de responder por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como por aqueles que, por culpa sua, deixou de perceber.

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

EXEMPLOS: Obrigação de entregar cinco cabeças de gado (é indicada pela quantidade: 5 e gênero: gado bovino); obrigação de dar 10 sacas de feijão (sem especificar o tipo de feijão).

OBS: A doutrina brasileira, capitaneada pelo Prof. Álvaro Vilaça Azevedo critica a dicção legal, afirmando que mais correto seria dizer que a obrigação de dar coisa incerta é aquela indicada **pela espécie e quantidade** (e não pelo gênero), com fundamento no fato de que a palavra gênero é muito ampla, muito aberta (pois, no caso de obrigação de dar 10 sacas de feijão, o gênero não é feijão, mas cereal – por isso, *a priori*, seria possível pagar esse tipo de obrigação com 10 sacas de arroz). Mas, pela letra da lei, a obrigação de dar coisa incerta é definida pelo gênero e qualidade.

A indeterminabilidade da obrigação de dar coisa incerta é temporária. No dia do pagamento, deverá ser realizada a escolha da coisa (deve ser indicada a qualidade da coisa).

Em regra, ao DEVEDOR incumbe fazer a escolha da qualidade da obrigação. A escolha deve ser feita pela **média** (o devedor não deverá escolher a pior nem a melhor coisa), por expressão do princípio da equivalência das prestações.

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

DICA: Em geral, em direito das obrigações, quem faz a escolha é o devedor.

Os efeitos da escolha são:

- **Concentração de Débito ou da Prestação Devida** – A escolha/alteração da obrigação é chamada de concentração do débito ou concentração da prestação devida. A concentração do débito faz com que a obrigação passe a ser de **dar coisa certa**, devendo-lhe ser aplicada as regras referentes à coisa certa.

Art. 245. Cientificado da escolha o credor, vigorará o disposto na Seção antecedente. → **Princípio da concentração.**

- **Fixa a possibilidade de deterioração da coisa** – Como o gênero nunca perece, enquanto não feita a escolha, o devedor não pode alegar que a coisa se perdeu para se desobrigar, ainda que a perda tenha ocorrido por força maior ou caso fortuito (salvo se tratar de dívida genérica limitada e se extinguir toda a espécie dentro da qual a prestação está compreendida).

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

EXEMPLO: Se a pessoa se obriga a entregar 10 cabeças de gado e uma enchente mata todo seu rebanho antes da escolha feita pelo devedor, como o gênero não perece jamais, o devedor continua obrigado.

- **Fixa a possibilidade do adimplemento ou inadimplemento** – antes da transformação da obrigação genérica em específica, não há que se falar em inadimplemento.

Cereja do bolo

Se o gênero a que se refere o caso é mais limitado na natureza (como um mineral) e ficar provado que o devedor não tem como cumprir a obrigação, o devedor pode alegar caso fortuito ou força maior. O projeto de reforma do Código Civil adverte que se o gênero for limitado na natureza, poderá o devedor eximir-se da sua obrigação.

Se o projeto de reforma passar, a redação do art. 246 ficará assim: “Antes de cientificado da escolha o credor, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que força maior ou caso fortuito, salvo se tratar de dívida genérica limitada, e se extinguir toda a espécie dentro da qual a prestação está compreendida” (por isso é importante alterar “gênero” para “espécie”).

4.2. Classificação quanto à presença de elementos obrigacionais

Simple	Composta	
Há apenas um sujeito passivo, um sujeito ativo e uma prestação. É também chamada de obrigação <i>mínima</i> .	Pela multiplicidade de objetos:	Pela multiplicidade de sujeitos:
	Cumulativas ou conjuntiva	Solidárias (ativa, passiva e mista)
	Alternativa ou disjuntiva	

4.2.1. Obrigações compostas objetivas → Cumulativas ou Alternativas

As obrigações compostas objetivas apresentam mais de uma prestação (elemento objetivo da obrigação). Elas podem ser cumulativas/conjuntivas (caracterizada pelo “e”) ou alternativa/disjuntiva (caracterizada pelo “ou”).

I. Obrigações Cumulativas ou conjuntivas (“e”)

Trata-se de obrigação pela qual o sujeito passivo deve cumprir **todas** as prestações previstas sob pena de inadimplemento total ou parcial.

Ela não tem previsão no Código Civil, sendo comum na doutrina e jurisprudência.

II. Obrigações Alternativas ou disjuntas (“ou”)

A obrigação alternativa é aquela que tem objeto múltiplo ou composto (trata-se de obrigação composta objetiva), ou seja, tem por objeto duas ou mais prestações, **excludentes entre si**, de maneira que o devedor se exonera cumprindo apenas uma delas.

Ex: O devedor se desonera pagando um barco ou pagando uma casa.

Em regra, a **escolha cabe ao devedor**. Cuidado com os parágrafos, que caem em prova:

Art. 252. Nas obrigações alternativas, a **escolha cabe ao devedor**, se outra coisa não se estipulou.

§ 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra. → **Princípio da indivisibilidade das obrigações**

§ 2º Quando a obrigação for de **prestações periódicas**, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período. → **É a obrigação de execução continuada ou de trato sucessivo.**

§ 3º No caso de pluralidade de optantes (*devedores*), não havendo acordo **UNÂNIME** entre eles, **decidirá o juiz**, findo o prazo por este assinado para a deliberação. → é muito cobrado em concurso! **NÃO PREVALECE A MAIORIA – O ACORDO TEM QUE SER UNÂNIME.**

§ 4º Se o título deferir a opção a **terceiro**, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes.

Conforme previsto nos §§3º e 4º do art. 252 do CC, não havendo acordo unânime quanto à concentração na obrigação alternativa, em relação às partes ou a terceiros, a escolha caberá ao juiz. **ATENÇÃO:** Deve haver UNANIMIDADE na escolha de qual obrigação alternativa prestar, se houver devedores múltiplos.

Obrigação alternativa X obrigação de dar coisa incerta

A obrigação alternativa, assim como a de dar coisa incerta, é determinável, dependendo de concentração (escolha que, no caso de silêncio, cabe ao devedor).

Orlando Gomes, diferenciando as obrigações alternativas das obrigações de dar coisa incerta, define que, nas obrigações alternativas, a prestação nasce com multiplicidade de objeto, enquanto a obrigação de dar coisa incerta é uma obrigação simples, com apenas uma prestação (de objeto determinável).

OBS: Impossibilidade do cumprimento:

- **Sem culpa** do devedor:
 - a) **Inadimplemento parcial** (impossibilidade do cumprimento de uma das prestações) → **CONCENTRAÇÃO** do débito na prestação subsistente.
 - b) **Inadimplemento total** (se todas as prestações se tornarem impossíveis) → **EXTINÇÃO** da obrigação.

Art. 253. Se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se tornada inexecutável, **subsistirá o débito quanto à outra.**

Art. 256. Se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

- **Com culpa** do devedor – havendo inadimplemento parcial ou total, a solução dependerá de a quem cabia a escolha da prestação:
 - a) **Se a escolha cabia ao devedor** → o devedor deve arcar com a prestação remanescente (ou com o valor da que por último se impossibilitou) + perdas e danos.
 - b) **Se a escolha cabia ao credor** → ele poderá exigir qualquer das duas prestações (a prestação subsistente ou o valor da prestação que se perdeu) + perdas e danos.

Art. 254. 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.

Art. 255. 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**; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexecutáveis, **poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos.**

Contrato estimatório (venda em consignação) – para aprofundamentos, ver vol. III de Tartuce.

A questão é controvertida. Flávio Tartuce entende que a obrigação assumida pelo consignatário é alternativa, já que haveria duas prestações a serem cumpridas disjuntivamente: o pagamento do preço de estima ou a devolução dos bens findo o prazo previsto no instrumento obrigacional. (OBS: para o autor, não se aplica ao contrato estimatório o art. 252, § 1º (“Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra”), pois é da própria natureza desse negócio a possibilidade de cumprimento em partes da obrigação – ou seja, o consignatário pagar parte do preço de estima e devolver parte das coisas consignadas.

Maria Helena Diniz e Silvio de Salvo Venosa entendem que se trata de obrigação facultativa.

4.2.2. Obrigação Facultativa

Ela não está na lei brasileira, sendo reconhecida pela doutrina.

A obrigação é facultativa quando, a despeito de ter objeto principal único, é reconhecida ao devedor a possibilidade de substituir sua obrigação por uma prestação subsidiária.

Ex: O devedor se onera a entregar um carro e, se quiser, no dia do pagamento substitui o carro pela entrega de dinheiro.

A obrigação facultativa é simples, e não composta. Ela não nasce com o objeto principal múltiplo (como acontece com a alternativa). Ela somente admite um objeto único e principal, mas é facultado ao devedor, no dia do pagamento, entregar uma prestação diversa.

Orlando Gomes observa que, como na obrigação facultativa somente há um objeto, **se ele perece, a relação se resolve, não cabendo ao credor exigir a prestação facultativa** (diversamente do que ocorrer com a obrigação alternativa). Em havendo impossibilidade da prestação devida, a facultativa não remanesce.

Veja que **se houver caso fortuito ou força maior que venha a implicar na inexistência da prestação originária, não haverá conversão em perdas e danos e nem subsiste a obrigação facultativa**.

Na obrigação facultativa, se o objeto da prestação principal se destrói, o credor não pode cobrar a prestação facultativa.

Orlando Gomes aponta as seguintes características da obrigação facultativa:

- i. O credor não pode exigir a prestação facultativa;
- ii. A impossibilidade da prestação devida extingue a obrigação;
- iii. Somente a existência de defeito na prestação devida pode invalidar a obrigação.

Diferença	
Obrigação alternativa	Obrigação facultativa
A obrigação tem objeto múltiplo e composto . Estabelece, em favor do devedor, a possibilidade de escolha . A multiplicidade nasce com a obrigação. Se o objeto perece, o credor pode exigir a	A obrigação facultativa tem objeto único e simples . Estabelece, em favor do devedor, a faculdade de substituição da prestação devida. A multiplicidade surge no momento do

prestação remanescente.	pagamento. Se o objeto perece, o credor não pode exigir a prestação subsidiária. A relação resolve.
-------------------------	--

4.2.3. Obrigações compostas subjetivas → Obrigações Solidárias

Diversamente das obrigações indivisíveis, que tratam do objeto, a solidariedade refere-se ao SUJEITO da obrigação.

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

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

Art. 266. A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro.

O art. 266 prevê a obrigação solidária pura/simplex (não contém condição, termo ou encargo), a obrigação solidária condicional e a obrigação solidária a termo. Embora a lei não preveja a obrigação solidária modal (submetida a encargo), Flávio Tartuce afirma não haver incompatibilidade entre os institutos, sendo o art. 266 apenas exemplificativo (*numerus apertus*).

Enunciado 347 do CJF. A solidariedade admite outras disposições de conteúdo particular além do rol previsto no art. 266 do Código Civil.

O que caracteriza a solidariedade é que as pessoas que estão vinculadas dessa forma atuam como se estivessem sozinhas. Por exemplo: se existir solidariedade ativa, significa que todos os credores podem, conjuntamente, cobrar toda a dívida, ou um deles sozinho; se existir solidariedade passiva, significa que todos os devedores podem ser cobrados sozinhos pela dívida toda.

A solidariedade NUNCA se presume. Ela deve estar *expressamente* prevista em lei ou em contrato (regra que visa à proteção do devedor).

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

Atenção: A solidariedade enquanto exceção (que jamais se presume) é a prevista no Código Civil para a responsabilidade civil contratual. No âmbito das relações de consumo a solidariedade é a regra:

Art. 7º, parágrafo único do CDC. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação de danos previstos nas normas de consumo.

Em relação às relações extracontratuais (aquilianas), a solidariedade é prevista no art. 942, parágrafo único do CC:

Art. 942, parágrafo único. São solidariamente responsáveis os autores, os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Fiador e devedor não são, em regra, devedores solidários (havendo benefício de ordem).

Obrigações Solidárias X Obrigações *in solidum*

A denominada obrigação *in solidum* é aquela em que embora **os devedores vinculem-se pelo mesmo fato, não mantêm solidariedade** entre si (Silvio Venosa e Guillermo Borda).

EXEMPLO: A vítima pode acionar o terceiro que ocasionou o incêndio ou a seguradora. Mas embora eles estejam ligados pelo incêndio (fato), não há solidariedade entre suas obrigações.

A solidariedade pode ser ativa, passiva ou mista:

- **SOLIDARIEDADE ATIVA** → É a solidariedade que se estabelece no pólo dos credores. Qualquer dos credores poderá exigir do devedor a prestação por inteiro do crédito, repassando a quota dos demais (João de Matos Antunes Varela – citar!).

Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro.

Exemplos de solidariedade ativa decorrente de **lei**:

- Art. 12 da lei 209/48 (débitos de pecuaristas)
- Art. 2º da lei 8245/91 (lei do inquilinato)

Art. 2º Havendo mais de um locador ou mais de um locatário, entende-se que são solidários se o contrário não se estipulou.

Parágrafo único. Os ocupantes de habitações coletivas multifamiliares presumem-se locatários ou sublocatários.

Exemplo de solidariedade ativa decorrente de **contrato**:

- Contrato bancário de abertura de conta corrente conjunta – geralmente, vem previsão de solidariedade entre credores nesse contrato. Mas se não vier no contrato, a solidariedade não existirá. Julgado: Resp 708612/RD

STJ, REsp 1184584 / MG, T4, DJe 15/08/2014 - 1. A conta bancária coletiva ou conjunta pode ser indivisível ou solidária. É classificada como indivisível quando movimentada por intermédio de todos os seus titulares simultaneamente, sendo exigida a assinatura de todos, ressalvada a outorga de mandato a um ou alguns para fazê-lo. É denominada solidária quando os correntistas podem movimentar a totalidade dos fundos disponíveis isoladamente.

2. Na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco – em virtude do contrato de abertura de conta-corrente - de modo que o ato praticado por um dos titulares não afeta os demais nas relações jurídicas e obrigacionais com terceiros, haja vista que a solidariedade não se presume, devendo resultar da vontade da lei ou da manifestação de vontade inequívoca das partes (art. 265 do CC).

Do julgado extrai-se que qualquer dos correntistas pode movimentar todo o crédito (porque há solidariedade ativa). Contudo, **somente responde pela emissão de cheque sem fundo o correntista co-titular que houver efetivamente emitido o cheque.**

O devedor pode pagar todo o crédito a qualquer um dos credores, recebendo quitação completa:

Art. 268. Enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar.

Segundo Maria Helena Diniz, um desdobramento do art. 268 é que uma vez proposta a demanda, ocorrerá a prevenção judicial. Vale dizer, a partir da demanda, a satisfação da obrigação somente ocorrerá se o adimplemento for realizado em relação ao credor que promoveu a ação.

Art. 269. **O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago.**

O art. 279 do CC fixou a regra da **refração do crédito**, aplicável em caso de falecimento de uma dos credores solidários. Assim, se um dos credores falecer, a obrigação se transmite a seus herdeiros, cessando a solidariedade em relação aos sucessores, pois cada um só poderá exigir a quota do crédito relacionado com o seu quinhão de herança.[]

Art. 270. Se um dos credores solidários falecer deixando **herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário**, salvo se a obrigação for indivisível.

Atenção: a regra da extinção da solidariedade em relação aos herdeiros não poderá ser aplicada se a obrigação for indivisível, por impossibilidade prática.

Uma das principais diferenças entre a solidariedade e a indivisibilidade está prevista no art. 271 do CC, quanto à conversão da obrigação em perdas e danos. No caso da indivisibilidade, se a obrigação se converter em perdas e danos, ela se torna divisível. Em relação à solidariedade isso não ocorre, subsistindo para todos os efeitos.

Art. 271. **Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste, para todos os efeitos, a solidariedade.** → diferente do que acontece com as obrigações indivisíveis

A solidariedade implica em que qualquer dos credores possa, também, **perdoar** toda a dívida (devendo se resolver depois com os outros credores).

Art. 272. O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento **responderá aos outros pela parte que lhes caiba.**

Em razão disso percebe-se que **a obrigação solidária ativa não é fracionável em sua relação externa (em relação ao devedor), mas é fracionável em sua relação interna (entre os credores)**. Assim, embora qualquer um possa perdoar/demandar toda a dívida, na relação interna deverá responder perante os demais credores em relação aos seus respectivos quinhões da obrigação.

O art. 273 prevê uma novidade: na obrigação solidária ativa, o devedor não poderá opor as defesas pessoais (ex: coação) que possui contra um credor contra os demais, em razão da natureza personalíssima desse tipo de exceção.

Art. 273. A um dos credores solidários **não pode o devedor opor as exceções pessoais** oponíveis aos outros.

Se um dos credores solidários demandar contra o devedor e perder, esse julgamento não atingirá os demais, que permanecem com seus direitos incólumes. Existe grande controvérsia em relação ao disposto na segunda parte do art. 274 do CC:

Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; **o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.**

1ª corrente: interpreta o artigo no sentido de que se um dos credores vencer a ação, essa decisão atinge os demais credores, salvo se o devedor tiver em seu favor alguma exceção pessoal passível de ser invocada contra outro credor que não participa do processo. O art. estaria prevendo uma coisa julgada *secundum eventum litis*. Expoentes: Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin.

2ª corrente: Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona entendem que haveria duas situações:

- a) Se, no julgamento favorável ao credor, a defesa do devedor não houver sido de natureza pessoal, a decisão se estenderá aos demais credores.
- b) Se, no julgamento favorável ao credor, a defesa do devedor houver sido de natureza pessoal, a decisão não interferirá no direito dos demais credores.

3ª corrente: Fredie Didier e Flávio Tartuce entendem que a segunda parte do art. 274 não tem sentido, já que não há julgamento favorável fundado em exceção pessoal (que é matéria de defesa do devedor, e não de alegação do autor-credor), pois quando se acolhe a defesa, julga-se desfavoravelmente o pedido. Diante disso, duas situações podem ocorrer:

- a) Se um dos credores vai a juízo e perde, qualquer que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores
- b) Se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores, salvo se o devedor tiver exceção pessoal que possa ser oposta contra outro credor (não participante do processo, pois, em relação àquele que promoveu a demanda, o devedor não poderá mais opor nada).

Vale lembrar as regras da **prescrição: (i)** uma vez suspensa a prescrição em favor de uma dos credores solidários, esse efeito só aproveitará aos demais se a obrigação for indivisível. Ademais, **(ii)** embora em regra a interrupção efetivada por um credor não aproveite aos outros, se esse credor for solidário, aproveita.

Art. 201. **Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.**

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º **A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.**

- **SOLIDARIEDADE PASSIVA** → É a solidariedade que se estabelece no pólo dos devedores. Há pluralidade de devedores e cada um deles pode ser demandado por toda a dívida (e não apenas por sua quota-ideal). Óbvio, o devedor que for chamado a pagar toda a dívida terá direito de regresso sobre os demais.

Exemplos de solidariedade passiva **legal**:

- Art. 932 do Código Civil – Como veremos em responsabilidade civil, em alguns casos, essas hipóteses de solidariedade legal se convertem em subsidiariedade.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Exemplo de solidariedade passiva **contratual/convencional**:

- **Contratos de locação residencial aparelhados em fiança** – Quando o fiador é demandado, tem benefício de ordem, em tese. Mas na prática, geralmente vem uma cláusula no contrato de locação no sentido de que o fiador vincula-se solidariamente com o inquilino no pagamento dos legais, fazendo com que o fiador renuncie ao benefício de ordem⁵.

O principal efeito da obrigação solidária é a **opção de demanda**: o credor poderá cobrar de cada devedor sua quota-parte ou toda a dívida de um só.

Define o art. 275 que, se o credor demandar um dos devedores solidários por sua quota-parte, dando-lhe quitação plena e irrevogável, esse devedor sai da relação obrigacional, restando os demais devedores solidariamente responsáveis pelo restante da obrigação.

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os **demais** devedores continuam obrigados solidariamente **pelo resto**.

Parágrafo único. **Não importará renúncia** da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

Enunciado 348 do CJF. O pagamento parcial não implica, por si só, renúncia à solidariedade, a qual deve derivar dos termos expressos da quitação ou, **inequivocadamente**, das circunstâncias do recebimento da prestação pelo credor.

Atenção: se um dos devedores pagar apenas parcialmente sua quota-parte, permanecerá sujeito à cobrança integral do remanescente pelo credor. A solidariedade só é extinta se o devedor paga sua quota-parte integralmente e essa circunstância estiver expressamente prevista na quitação.

Pela natureza da obrigação solidária passiva, se a ação for proposta somente contra um ou alguns devedores, não haverá renúncia à solidariedade.

No que se refere às defesas na obrigação solidária, se o credor demandar um dos devedores, este pode apresentar defesa comum (ex: pagamento, prescrição da dívida, etc.) ou pessoal (ex: alegar ter sido vítima de coação no momento da assinatura do contrato).

O devedor não poderá, porém, manejar exceção (defesa) pessoal de outro devedor.

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

A mesma idéia aplicável à obrigação indivisível relacionada às perdas e danos aplica-se às obrigações solidárias: somente o culpado arcará com as perdas e danos:

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

⁵ A fiança está em crise porque o fiador é apenas um garantidor fidejussório, com benefício de ordem. Ele não poderia, ao menos em tese, ser cobrado em solidariedade (mas em subsidiariedade).

No caso de falecimento de um dos devedores solidários, cessa a solidariedade em relação aos sucessores do de cujus, eis que os herdeiros somente serão responsáveis até os limites da herança e de seus quinhões correspondentes. Essa regra não se aplica à obrigação indivisível.

Art. 276. Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores.

O que for pactuado entre o credor e um dos devedores solidários não poderá agravar a situação dos demais.

Art. 278. Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes.

Em relação ao art. 280, deve-se prestar a atenção que, quanto à obrigação acrescida, como é o caso dos juros decorrentes do ilícito extracontratual (responsabilidade aquiliana), responde apenas aquele que agiu com culpa genérica (dolo ou culpa).

Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.

Por meio do art. 283, o CC possibilita a ação de regresso por parte do devedor solidário que paga a dívida dos demais. Assim, percebe-se que **o pagamento da dívida faz como que esta perca o caráter de não fracionamento existente na relação externa** (entre devedores e credor ou credores).

Ainda em relação a esse artigo, Flávio Tartuce entende que é aplicável, também, à satisfação parcial da dívida.

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

Se houver devedor insolvente, sua quota deverá ser dividida proporcionalmente entre os devedores restantes. A presunção de igualdade é relativa, admitindo prova em contrário. Nesse caso, deverão contribuir para o rateio da parte que caberia ao insolvente todos os devedores originários, inclusive aqueles que cuja solidariedade houver sido renunciada.

Art. 284. **No caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor**, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente.

Atenção: Segundo Flávio Tartuce, esse dispositivo não se aplica para a remissão (perdão da dívida), de modo que os devedores originários que haviam saído da obrigação por perdão não serão chamados a ratear o valor devido pelo devedor insolvente.

Por fim, segundo o art. 285, o interessado direto pela dívida responde integralmente por ela.

Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar.

Exemplo: caso um fiador pague a dívida de um locatário, devedor principal, poderá cobrar dele todo o montante da obrigação, pela aplicação do comando legal em questão. Já se o fiador paga a dívida de outro fiador, poderá aquele exigir somente a metade da mesma, eis que são devedores da mesma classe.

Quanto à **prescrição**: embora em regra a interrupção não prejudique os demais devedores e seus herdeiros, haverá extensão da prescrição em relação aos devedores solidários. Mas

cuidado, pois a interrupção da prescrição operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, a não ser no caso de obrigação indivisível:

Art. 204, § 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

Questões especiais envolvendo solidariedade passiva:

1) A obrigação de pagar alimentos e a solidariedade passiva.

A obrigação de pagar alimentos, segundo o STJ, no REsp 775565-SP, **é conjunta, e não solidária**, ressalvada a situação do estatuto do idoso.

O que fundamenta a ação alimentos é o parentesco, casamento, união estável.

Em regra, o credor não pode escolher um parente, a fim de exigir deste toda a dívida. Há, aqui, uma relação de complementaridade, observada uma ordem. O dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.

2) Ação de alimentos e solidariedade passiva prevista no Estatuto do Idoso.

O STJ entende que o Estatuto do Idoso definiu uma solidariedade passiva na obrigação de prestar alimentos, quando o Idoso for credor.

Assim, para protegê-lo, o Estatuto define que **o idoso credor de alimentos poderá cobrar de qualquer dos parentes legitimados, que estarão em solidariedade passiva**. Ou seja, se o avô idoso precisar de alimentos, não precisa cobrar do pai, podendo cobrar logo do neto. O avô escolhe o parente que deverá prestar alimentos (se haverá direito de regresso entre o pai e o neto, é questão a ser discutida). Julgado: Resp 775565/SP.

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELOS PAIS IDOSOS EM FACE DE UM DOS FILHOS. CHAMAMENTO DA OUTRA FILHA PARA INTEGRAR A LIDE. DEFINIÇÃO DA NATUREZA SOLIDÁRIA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.

- **A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos**, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil.

- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, **impedindo intervenção de outros eventuais devedores** de alimentos.

- **A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores** (art. 12). Recurso especial não conhecido.

3) Acidente de trânsito e solidariedade passiva entre proprietário e condutor de veículo (habilitado).

O STJ no Resp 577902/DF, seguindo a linha de outros julgados, admite solidariedade entre o proprietário e o condutor do veículo. Se a solidariedade não se presume, resulta da lei ou do contrato, de onde o STJ retirou essa solidariedade? Eis a crítica. Confira:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA.

- Em matéria de acidente automobilístico, o **proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente**, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

- **Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco** para os seus semelhantes.

REsp 343649 / MG - T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 25/02/2004 p. 168

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SOLIDARIEDADE - PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO.

- Quem permite que terceiro conduza seu veículo é responsável solidário pelos danos causados culposamente pelo permissionário.

- Recurso provido.

4) Diferença entre remissão da dívida e renúncia à solidariedade passiva.

Uma coisa é o credor perdoar a dívida, outra coisa é o credor renunciar à solidariedade.

Remissão da dívida	Renúncia da solidariedade passiva
A remissão em favor de um dos devedores libera-o completamente da dívida, permanecendo os demais devedores solidariamente vinculados pelo resto.	Já a mera renúncia à solidariedade, em favor de um dos devedores, não o exonera da dívida, impedindo, apenas que o credor possa cobrar-lhe mais do que a sua quota.
A remissão depende de aceitação.	A renúncia é um ato jurídico <i>strictu sensu</i> , que não depende de aceitação.
O art. 284 (rateio da parte do insolvente) não é aplicável em relação ao devedor remido.	O art. 284 é aplicado em relação ao devedor cuja solidariedade houver sido renunciado (obrigando-o a participar do rateio da parte do insolvente).

Pela regra do art. 277, tanto o pagamento parcial realizado por um dos devedores como o **perdão** da dívida (remissão) por ele obtido não têm o efeito de atingir os demais devedores.

O perdão atua de forma diversa da renúncia à solidariedade:

Quando perdoa um dos 3 devedores solidários, o credor, que tinha um crédito de R\$300,00, passa a ter um crédito de R\$200,00 em relação somente aos outros dois devedores. O devedor remitido sairá da obrigação, não devendo pagar nada.

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

Já quando o credor **renuncia** à solidariedade em relação a um dos devedores (mais técnica seria falar em “exoneração de solidariedade”), significa que este só poderá ser compelido a pagar R\$100,00, mas não quer dizer que ele não estará mais obrigado a pagar.

Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores.

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, **subsistirá a dos demais.**

Questão controvertida: E o que acontece com os demais devedores quando ocorre a renúncia à solidariedade?

Há divergência na doutrina.

1ª corrente: Mário Luiz Delgado entende que, mesmo exonerando da solidariedade um dos devedores, poderá o credor acionar os demais devedores pela integralidade da dívida, sem a necessidade de abatimento da quota-parte do devedor que foi “renunciado”.

2ª corrente: Maria Helena Diniz e Flávio Tartuce, em posicionamento em sintonia com a vedação do enriquecimento ilícito, entendem que o credor, para demandar os co-devedores solidários remanescentes, deverá abater do débito o *quantum* alusivo à parte devida pelo que foi liberado da solidariedade.

Nesse sentido, o enunciado 349 da IV Jornada de Direito Civil diz que se o credor renuncia a solidariedade em relação a um dos três devedores, este fica obrigado a pagar R\$ 100,00 e os demais devedores ficam obrigados a pagar R\$ 200,00, solidariamente. Ou seja, a solidariedade permanece em relação aos demais devedores, mas não em relação à toda a dívida. É como se a dívida fosse fracionada.

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

Enunciado 350 do CJF – Art. 284. A renúncia à solidariedade diferencia-se da remissão, em que o devedor fica inteiramente liberado do vínculo obrigacional, inclusive no que tange ao rateio da quota do eventual co-devedor insolvente, nos termos do art. 284.

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

Claro, se o credor renunciar a solidariedade de todos os devedores, todos ficam obrigados somente a R\$100,00, cada.

- **OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA MISTA, RECÍPROCA ou COMPLEXA** – ocorre quando há solidariedade passiva e ativa ao mesmo tempo.

4.3. Classificação quanto à divisibilidade do objeto obrigacional

Esse é um critério relacionado com o objeto da obrigação, sua unicidade. Essa classificação só ocorre se houver pluralidade de credores ou de devedores (obrigações compostas subjetivas):

- **Obrigação Divisível** – Seu cumprimento pode ser **fracionado**. O art. 257 define uma presunção relativa de divisão da obrigação de forma igualitária entre as partes.

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

- **Obrigação Indivisível** – A obrigação não pode ser fracionada, devendo ser cumprida em sua totalidade. Nessa hipótese ocorre a sub-rogação legal (automática ou *pleno iure*) do que pagou sobre os demais devedores.

Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

Parágrafo único. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados.

Obs: As obrigações de dar e fazer podem ser divisíveis ou indivisíveis. As obrigações de não fazer, por seu caráter personalíssimo, geralmente são indivisíveis

I. Tipos de indivisibilidade

A indivisibilidade pode ser legal, natural ou convencional:

Art. 258. A obrigação é indivisível 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**.

- a) **Legal** – decorre da lei, na maioria das vezes por razões econômica. Ex: módulo rural.
- b) **Natural** – decorre da natureza do objeto da obrigação. Ex: obrigação de dar um animal.
- c) **Convencional** – decorre da convenção das partes. Ex: devedores de obrigação de dar dinheiro, em que haja a convenção contratual de que o pagamento deve ser realizado por inteiro (ou seja, a obrigação era divisível, por natureza, mas a convenção das partes a tornou indivisível).

II. Análise do art. 260

Na obrigação indivisível, havendo pluralidade de credores, a quem o devedor deverá pagar, para não incorrer no adágio “quem paga mal paga duas vezes”? O devedor se exonera pagando a apenas um, ou somente se pagar a todos conjuntamente?

Nos termos do art. 260 do CC, na obrigação indivisível, havendo pluralidade de credores, o devedor se exonera de duas formas:

- a) Pagando a todos os credores conjuntamente ou
- b) Pagando a só um dos credores desde que este lhe apresente uma “caução de ratificação” (documento que comprova que todos os outros credores ratificam o pagamento realizado a um credor) ou garantia pela qual o credor que recebe a prestação confirma que repassará o correspondente a que os demais credores têm direito. Flávio Tartuce entende que essa garantia real deve ser celebrada por escrito.

Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

OBS: Caso convencionada a solidariedade *ativa*⁶, a caução de ratificação é desnecessária, logicamente.

III. Demais regras referentes à indivisibilidade da obrigação

É óbvio que, numa obrigação indivisível, se o devedor paga a um dos credores, ele deverá, depois, se acertar com os demais credores.

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

O art. 262 trata da remissão (forma de pagamento indireto que importa no perdão feito pelo credor e aceito pelo devedor, consubstanciando um negócio jurídico personalíssimo) afirmando que se um dos credores perdoar a dívida numa obrigação indivisível, as frações dos demais permanecerão exigíveis, não sendo atingidas pelo perdão. Assim, se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para os outros, mas estes só poderão a exigir reembolsando o devedor pela quota do credor remitente.

O parágrafo único do art. 262 estende esse critério para outros casos de pagamento indireto da obrigação: transação, novação, compensação e confusão.

Art. 262. Se um dos credores remitir a dívida, **a obrigação não ficará extinta para com os outros**; mas estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente.

Parágrafo único. O mesmo critério se observará no caso de **transação, novação, compensação** ou **confusão**.

O art. 263 consagra a regra segundo a qual perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos. Assim, a obrigação passa a ser fracionada na medida da culpa de cada devedor. Essa norma cai muito em concurso por ser a principal diferença entre a indivisibilidade e a solidariedade, já que esta, ainda que convertida em perdas e danos, não perde seu caráter.

Art. 263. **Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos.**

§ 1º Se, para efeito do disposto neste artigo, houver culpa de todos os devedores, responderão todos por partes iguais.

Há controvérsia quanto ao §2º, que trata da extinção da obrigação por culpa de um dos devedores:

§ 2º **Se for de um só a culpa**, ficarão exonerados os outros, **respondendo só esse pelas perdas e danos.**

1ª corrente: Pablo Stolze e Alvaro Villaça entendem que os devedores que não foram culpados continuam a responder pelo valor da obrigação, mas somente o culpado arca com a indenização referente às perdas e danos.

2ª corrente: Flávio Tartuce e Maria Helena Diniz entendem que o devedor culpado deve responder sozinho pelas perdas e danos, bem como pelo valor da obrigação (ao fundamento de que dentro do conceito de “perdas e danos” inclui-se o valor da coisa percebida).

4.3.1. Solidariedade X Indivisibilidade

⁶ Pois a indivisibilidade e a solidariedade podem ser concomitantes.

Se uma obrigação é indivisível, só pode ser cumprida por inteiro. Isso não quer dizer que essa obrigação seja, necessariamente, solidária (embora os institutos sejam compatíveis).

Caio Mário explica as diferenças existentes entre obrigações indivisíveis e solidárias:

Solidariedade	Indivisibilidade
A causa da solidariedade é o título (contrato ou lei).	A causa, normalmente, é a natureza da obrigação.
É um critério relacionado ao SUJEITO da obrigação.	Decorre da natureza do OBJETO da prestação;
Cada devedor paga por inteiro porque deve integralmente.	Cada devedor solve a totalidade, em razão da impossibilidade de se repartir a coisa devida em <i>quotas</i> .
É relação subjéctiva, facilitando a satisfação do crédito.	É relação objectiva, assegurando a unidade da prestação.
Cessa com a morte dos devedores.	Subsiste enquanto a prestação existir (ainda que haja sucessão).
Não se descaracteriza quando a obrigação se converte em perdas e danos . Nessa hipótese, todos os devedores continuam responsáveis pela dívida, somente respondendo pelas perdas e danos o culpado.	Fraciona-se quando a obrigação se converte em perdas e danos. Nessa hipótese, há controvérsia. Flávio Tartuce entende que todos os devedores não culpados ficam totalmente exonerados, respondendo o culpado sozinho pelas perdas e danos e pelo valor da obrigação.

4.4. Classificação quanto ao conteúdo → Obrigações de Meio e de Resultado

- **OBRIGAÇÃO DE GARANTIA** – Tais obrigações têm por conteúdo **eliminar riscos que pesam sobre o credor**, de modo a reparar suas conseqüências. Flávio Tartuce afirma que seu objetivo é uma garantia pessoal, oferecida por força de um instituto contratual, como ocorre com a fiança (contrato por meio do qual se garante a dívida de terceiro perante o credor). Ex.: obrigação do fiador e a do segurador; a do contratante, no tocante aos vícios redibitórios, nos contratos comutativos etc.
- **OBRIGAÇÃO DE MEIO/DE DILIGÊNCIA** – É aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir o resultado final. Só haverá responsabilidade civil **subjéctiva** (baseada na culpa genérica). Ex: prestação de serviços advocatícios, médicos.

Art. 14, § 4º do CDC. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Aprofundamento: O devedor não deve empreender sua atividade apenas da forma mais técnica possível, mas também da forma mais ética possível. Assim, deve fazer de tudo para alcançar o resultado esperado.

- **OBRIGAÇÃO DE RESULTADO** – É aquela em que o devedor se obriga não apenas a empreender sua atividade, mas, principalmente, produzir o resultado esperado pelo credor. O devedor vincula-se ao resultado proposto, que deve garantir. Haverá responsabilidade civil **subjéctiva e objectiva**. Ex: obra de engenharia, empreitada.

Para a jurisprudência, a **obrigação de transporte coletivo de passageiros é de resultado**, respondendo o transportador objetivamente, inclusive em face da cláusula de incolumidade ínsita ao contrato de transporte.

Responsabilidade civil e medicina

O cirurgião plástico, embora seja médico, assume obrigação de **resultado** quando realizar intervenção **estética**. Julgado: AgRg no Ag 1132743/RS

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE.

I - A jurisprudência desta Corte orienta que a **obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos**.

II - Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que não ocorreu no presente caso.

III - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido Agravo Regimental improvido.

ATENÇÃO: quando a cirurgia plástica é reparadora (e não meramente estética embelezadora), não pode ser considerada de resultado, mas sim de meio.

4.5. Outras classificações menos importantes

- **OBRIGAÇÕES FRACIONÁRIAS** → Nestes casos, concorre pluralidade de credores ou devedores, de modo que **cada um deles responde apenas por parte da dívida ou tem direito apenas a uma proporcionalidade do crédito**. Ex.: obrigação de dar dinheiro (a princípio é).
- **OBRIGAÇÕES CONJUNTAS (unitárias ou em mão comum)** → Neste caso, concorre uma pluralidade de credores ou devedores, impondo-se a todos o pagamento conjunto de toda a dívida, não se autorizando a um dos credores exigi-la individualmente.
- **Quanto à liquidez da obrigação:**
 - **LÍQUIDA** → É a obrigação **certa quanto à existência e determinada quanto ao seu objeto** (a prestação é certa e individualizada). O inadimplemento gera mora *ex re*.
 - **ILÍQUIDA** → É a obrigação incerta quanto à existência e indeterminada quanto ao conteúdo e valor. Carece de especificação do seu *quantum*, por meio de liquidação (por cálculo aritmético, arbitramento ou artigos).
- **Quanto ao momento de cumprimento:**
 - **INSTANTÂNEA ou DE CUMPRIMENTO IMEDIATO** → é cumprida imediatamente após sua constituição. É o pagamento à vista. Em regra, não se pode rever judicialmente, por fato superveniente, contrato relacionado com a obrigação instantânea.
 - **DE EXECUÇÃO DIFERIDA** → Seu cumprimento deve ocorrer uma só vez, no futuro. Nesse caso, pode ser aplicada a revisão do contrato por fato superveniente (aplicando o CC e o CDC).

- **DE EXECUÇÃO CONTINUADA, TRATO SUCESSIVO, EXECUÇÃO PERIÓDICA** → Seu cumprimento se dá por subvenções periódicas. Também há possibilidade de revisão do contrato (aplicando o CC e o CDC).

5. Teoria do Pagamento

Pagamento traduz o cumprimento voluntário de uma obrigação. Respeitável parcela da doutrina (Caio Mário, Roberto de Ruggiero) sustentam a NATUREZA NEGOCIAL do pagamento. **O pagamento seria uma manifestação negocial de vontade imbuída de *animus solvendi*.**

Obs: Pagamento não significa somente dar dinheiro. Pagamento é o cumprimento da obrigação, cuja expressão deve variar de acordo com a natureza da obrigação (ex: as obrigações de fazer e de não-fazer comportam outras formas de pagamentos, por exemplo).

5.1. Adimplemento substancial

Desenvolvida no direito anglo-saxônico, esta doutrina sustenta que não se deve considerar resolvida a obrigação quando a atividade do devedor, embora não haja sido perfeita ou atingido plenamente o fim proposto, aproximar-se consideravelmente do seu resultado final.

O STJ tem sofrido influência desta teoria, especialmente no contrato de Seguro e até mesmo de Alienação Fiduciária.

CIVIL. ART. 1450 DO CÓDIGO CIVIL. INADIMPLENTO DE CONTRATO DE SEGURO. FALTA DE PAGAMENTO DE MAIS DA METADE DO VALOR DO PRÊMIO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA PELO SINISTRO OCORRIDO DURANTE O PRAZO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO, MOTIVADA PELA INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO.

- A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado.

- **Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ**, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora.

STJ - REsp 415.971/SP

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO LIMINAR. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

STJ - REsp 469.577/SC

Pela letra da lei, em se atrasando o pagamento de uma parcela do prêmio/seguro, a seguradora não indenizaria em nada. A teoria do adimplemento substancial leva o STJ a decidir que se o segurado não houver cumprido de forma integral a obrigação, mas aproximou-se substancialmente do resultado final, deve receber a indenização abatida proporcionalmente em relação à parcela não paga. O direito deve ser proporcional ao quanto cumprido.

A doutrina do adimplemento substancial sustenta que **não** se deve considerar resolvida a obrigação quando a atividade do devedor, embora não tenha sido perfeita, aproxima-se consideravelmente do seu resultado final.

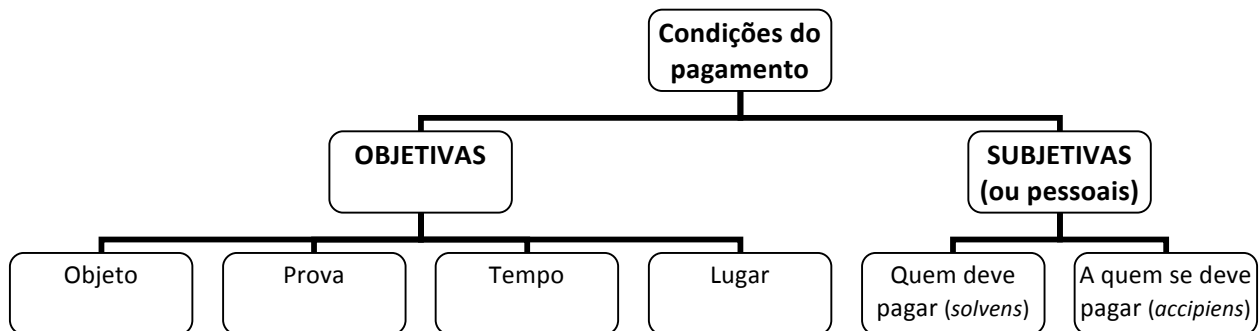
Essa doutrina **funda-se na função social dos contratos e na boa-fé objetiva contratual**.

Enunciado 361 do CJF. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 .

Nas palavras de Tartuce, “em hipóteses em que a obrigação tiver sido quase toda cumprida, não caberá a extinção do contrato, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença”, em aplicação do “princípio da conservação nos negócios jurídicos, buscando ao máximo preservar a autonomia privada”.

5.2. Condições do pagamento

O pagamento deve observar condições subjetivas e objetivas para ser perfeito:



5.2.1. Condições Subjetivas → Tratam de quem deve pagar e a quem se deve pagar.

I. Solvens – Quem deve pagar: o devedor ou o terceiro (e, claro, seus representantes). Por isso o Código diferencia o terceiro interessado do terceiro não interessado.

- **Terceiro interessado** – é aquele que tem interesse jurídico patrimonial no cumprimento da obrigação, porque pode sofrer repercussão com isso. Ex: o fiador, avalista, herdeiro.

OBS: Interesse patrimonial não se confunde com interesse afetivo. Por isso, um pai que paga a dívida de seu filho por intuito afetivo não pode ser considerado terceiro interessado.

Quando o terceiro interessado paga a dívida pelo devedor ocorre a chamada sub-rogação legal ou automática. Conseqüências:

- O terceiro passa a ter direito de reembolso em relação ao devedor e;
 - O terceiro se sub-roga na própria posição de credor satisfeito, especialmente em relação às suas garantias e privilégios.
- **Terceiro não interessado** – é o que não tem interesse jurídico. Duas situações:
 - Se o terceiro não interessado paga **em nome do devedor**, **não tem direito ao reembolso**, pois é como se fizesse uma doação, por ato de liberalidade (art. 304, parágrafo único).

Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Parágrafo único. **Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.**

- b) Quando um terceiro não interessado paga **em nome próprio tem direito ao reembolso** (mas não se sub-roga em nada – pois só há sub-rogação legal em relação ao terceiro interessado). OBS: Se o terceiro pagar a dívida antes de vencida, terá reembolso somente após o vencimento.

Art. 305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

Parágrafo único. Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento.

Atenção: Se o pagamento por terceiro não-interessado em seu próprio nome houver sido feito sem o conhecimento do devedor ou havendo sua oposição, não haverá obrigação de reembolso do devedor em relação a esse terceiro, se o primeiro provar que tinha meios para ilidir a ação, ou seja, para solver a obrigação.

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

O devedor pode ser opor ao pagamento feito por terceiro, se o fizer fundamentadamente. O devedor pode, inclusive, notificar o terceiro para que ele não pague, bem como invocar o Poder Judiciário para que ele não permita esse pagamento, invocando direito da personalidade (ex: direito de imagem – se o terceiro era adversário e pretendia, com isso, enxovalhar a imagem do devedor). Claro, ele só pode fazer isso se tiver meios de arcar com o pagamento.

Terceiro interessado	Terceiro não interessado
Se paga, sub-roga-se em todos os direitos, ações, garantias e privilégios do credor originário.	Se paga em seu nome → tem direito a reembolso. Se paga em nome do devedor → não tem direito a nada.

Art. 307. Só terá **EFICÁCIA** o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

Parágrafo único. Se se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor que, de boa-fé, a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de aliená-la.

II. *Accipiens* – A quem se deve pagar: ao credor (ideal) ou ao terceiro.

O pagamento feito a terceiro só é **EFICAZ** se o credor o ratificar ou, caso não o faça, o devedor demonstre haver revertido em proveito do credor. Por isso, cuidado com o pagamento feito a terceiro, pois quem paga mal paga duas vezes.

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

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

A incapacidade prevista no art. 310 deve ser entendida em sentido genérico, compreendendo a falta de autorização, bem como a incapacidade civil relativa ou absoluta daquele que receber. A regra segundo a qual quem paga mal paga duas vezes não impede a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*) contra aquele que recebeu indevidamente, à luz do princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

Pagamento feito ao credor ou seu representante legal	Feito a terceiro
Plenamente possível	É possível, desde que: <ul style="list-style-type: none"> a) O credor ratifique o pagamento; b) O devedor prove que o pagamento se reverteu a proveito do credor ou; c) O pagamento tenha sido feito, de boa fé, a credor putativo.

- **Credor putativo** – trata-se de uma aplicação da teoria da aparência, no sentido de considerar válido o pagamento feito pelo devedor de boa-fé a quem aparentava ser credor.

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

Alguns autores, a exemplo de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com propriedade, afirmam que o pagamento feito de boa-fé ao mandatário ou representante putativo, com base na teoria da aparência, também é válido e eficaz.

Art. 311. Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante.

O art. 312 define que o terceiro poderá constranger o devedor que já pagou ao credor que pague novamente a si se o pagamento houver ocorrido após a intimação da penhora ou da impugnação por ele (terceiro) oposta. Nesse caso, claro, permanece ressalvado o direito de regresso do devedor em face do credor.

Art. 312. Se o devedor pagar ao credor, apesar de **intimado da penhora** feita sobre o crédito, ou da **impugnação a ele oposta por terceiros**, **o pagamento não valerá contra estes**, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor.

5.2.2. Condições Objetivas do Pagamento → São condições quanto ao tempo, lugar, objeto e prova do pagamento. A doutrina não diverge muito quanto a isso.

I. Tempo do Pagamento

Em regra, o tempo do pagamento é o vencimento da obrigação (por isso, em regra, a obrigação deve ser reputada “instantânea” ou de “cumprimento imediato”). No entanto, caso a obrigação não tenha vencimento certo, poderá o credor exigi-la de imediato (isso é pegadinha). Art. 331 e 332.

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

As obrigações condicionais não se confundem com as obrigações de execução diferida ou de execução continuada, pois estas não estão relacionadas com condição (evento futuro e incerto), mas com termo (evento futuro e certo).

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

As regras de disciplinam o pagamento antecipado estão previstas no art. 333 (que muito se parece com o art. 1.425, que trata do vencimento antecipado da dívida garantida por hipoteca):

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida **antes** de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de **falência** do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem **penhorados** em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as **garantias** do débito, fidejussórias, ou reais, e o **devedor, intimado, se negar a reforçá-las**.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, **se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes**.

OBS: No caso do empréstimo de dinheiro, não havendo vencimento convencionado, nos termos do art. 592, II do CC, o mutuário tem 30 dias para pagar.

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;

II - **de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro**;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

II. Lugar do Pagamento

À luz do art. 327, a regra geral do direito brasileiro é no sentido de que a dívida deve ser paga no domicílio do devedor. A dívida cujo pagamento é feito no domicílio do devedor é chamada de **QUESÍVEL** ou **QUERABLE**.

Art. 327. **Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor**, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Todavia, se tiver que ser paga, por exceção, no domicílio do credor ou de terceiro, a dívida será **PORTÁVEL** ou **PORTABLE** (é portátil justamente porque diverge da regra geral).

ATENÇÃO: Nesse caso, o CC definiu que cabe ao credor escolher entre as opções, se houver (pegadinha).

Art. 327, Parágrafo único. **Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher** entre eles.

Se o pagamento consistir na tradição de imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem. Se consistir em prestação decorrente de serviços realizados no imóvel, no local do serviço (salvo convenção das partes em contrário, claro).

Art. 328. Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações relativas a imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem. → **Segue a regra de processo civil**.

O art. 329 mantém relação direta com o princípio da socialidade e da função social dos contratos, em sua eficácia interna, pois mitiga a força obrigatória da convenção, do *pacta sunt servanda*. Ademais, está em sintonia com o princípio da operabilidade (no sentido da efetividade), pois traz a cláusula geral “motivo grave”, que deve ser preenchida pelo juiz.

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

O art. 330 está na moda, referindo-se à *supressio* e *surrectio* (conceitos relacionados à integração do contrato). Esse artigo relaciona-se com a regra proibitiva do *venire contra factum proprium* (regra que proíbe comportamento contraditório).

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

- **Supressio (Verwirkung):** Significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício com o passar dos tempos.
- **Surrectio (Erwirkung):** Significa a surreição (surgimento), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. É o direito que surge para a outra parte em razão do *supressio*.

III. Prova do Pagamento

O ato jurídico por meio do qual se comprova o pagamento é chamado de QUITAÇÃO. É a quitação do meio de efetivação da prova do pagamento, sendo o documento pelo qual o credor reconhece que recebeu o pagamento, exonerando o devedor da relação obrigacional. O recibo é tão somente um documento de quitação, isto é, ele apenas documenta a quitação:

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

Enunciado 18 da CJF. A “quitação regular” referida no art. 319 do novo CC, engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer outros

O devedor que paga tem direito à quitação regular, de modo que se o credor se recusa a emitir a quitação, o devedor pode recorrer à consignação em pagamento. O art. 320 relaciona os elementos que devem constar da quitação:

Art. 320. A quitação, que **sempre poderá ser dada por instrumento particular**, designará o **valor** e a **espécie** da dívida quitada, o **nome** do devedor, ou **quem** por este pagou, o **tempo** e o **lugar** do pagamento, com a **assinatura** do credor, ou do seu representante.

Parágrafo único. **Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.**

De se notar que o credor não está obrigado a dar quitação por instrumento público, sendo-lhe facultativo dar quitação por instrumento particular, conforme teor do artigo supra, independentemente do valor do negócio e do seu objeto. Na realidade, em razão do disposto no parágrafo único do dispositivo, vigora o princípio da liberdade de formas.

O parágrafo único desse artigo consigna o princípio da boa fé, tendo em vista a possibilidade de que nem todos saibam elaborar um recibo de quitação com todos os elementos previstos no *caput*.

O art. 321 foi positivado para a proteção do devedor nos débitos em que a quitação consista na devolução do título.

Art. 321. Nos débitos, cuja quitação consista na devolução do título, perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, declaração do credor que inutilize o título desaparecido.

Art. 326. Se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução.

Presunções de pagamento

Há situações previstas em lei, em que mesmo que não tenha havido pagamento, se presume que houve. Essas presunções, previstas entre os art. 322 e 325 do CC, são RELATIVAS.

O art. 322 determina se for paga a última parcela, presumem-se pagas as anteriores.

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

Os juros são acessórios em relação ao capital. Assim, se o credor dá quitação da parte principal, presume-se que também houve pagamento dos acessórios:

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

Por regra, presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação.

Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.

A entrega do título de promissória (um cheque, por exemplo) faz presumir o pagamento. Mas como existe a possibilidade de que o devedor tenha furtado esse título, se ele não tiver o recibo, o credor pode, no prazo decadencial de 60 dias, provar contrariamente.

Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

Parágrafo único. Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.

OBS: Segundo Flávio Tartuce, esse dispositivo não se confunde com o disposto no art. 386 do CC, que trata da remissão da dívida:

Art. 386. A **devolução voluntária do título da obrigação**, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus co-obrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir.

Art. 324 – Quitação por pagamento direto	Art. 386 – Remissão da dívida
Há a entrega de título de crédito (duplicata, cheque, nota promissória etc.)	Entrega de documento que consubstancia a dívida, mas que não seja título de crédito (escrito particular – instrumento particular de confissão de dívida, por exemplo).

III. Objeto do Pagamento

O objeto do pagamento é a prestação, podendo o credor se negar a receber o que não foi pactuado, mesmo sendo a coisa mais valiosa:

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

O art. 314 consagra a **indivisibilidade** do pagamento como regra. Segundo Tartuce, essa é a consagração do PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DA PRESTAÇÃO (tutela específica).

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

De acordo com o art. 315 do CC, as obrigações pecuniárias devem ser pagas em **moeda nacional corrente** e pelo **valor nominal**.

Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, **em moeda corrente e pelo valor nominal**, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

O Decreto-lei 857/69 prevê a nulidade absoluta das convenções que não estejam expressas em moeda nacional corrente, definindo que, no Brasil, a regra geral é de **curso forçado da moeda real**. No art. 2º do mesmo diploma há a previsão das situações em que não se aplicam essas disposições proibitivas:

Art. 1º - São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, **exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira**, ou, por alguma forma, **restringam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro [real]**.

Art. 2º - **Não se aplicam** as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a **importação** ou **exportação** de mercadorias;

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, **vendidos a crédito para o exterior**;

III - aos contratos de **compra e venda de câmbio em geral**;

IV - aos **empréstimos** e quaisquer **outras obrigações** cujo credor ou devedor seja pessoa **residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional**;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das **obrigações referidas no item anterior**, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Parágrafo único: Os **contratos de locação** de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, **para sua validade, a registro prévio no Banco Central do Brasil**.

- **PRINCIPIO DO NOMINALISMO** → Está previsto no art. 315 do CC. Ele define que **o devedor se libera pagando o valor nominal da moeda**, ou seja, a mesma quantidade de moeda prevista no título da obrigação.

Assim, é proibido o pagamento em moeda estrangeira, salvo nos contratos que tenham como objeto o comércio internacional (contratos internacionais).

Por isso, se uma empresa disser que só aceita pagamento a vista ou em cheque, ela está em seu direito, pois somente a moeda nacional tem curso forçado (o pagamento em cartão de crédito é somente mais uma forma de pagamento em real).

O art. 317 consagra uma *exceção* à regra rígida do nominalismo, prevendo a revisão contratual por fato superveniente, diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva. Veremos a teoria da imprevisão melhor quando estudarmos teoria geral dos contratos.

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

Teoria da imprevisão – Revisão contratual por fato superveniente, diante de uma imprevisibilidade somada à onerosidade excessiva (por Flávio Tartuce)

A doutrina majoritária entende que a revisão contratual está prevista no art. 317, juntamente com o art. 478 do CC, que trata da resolução por onerosidade excessiva.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar **excessivamente onerosa**, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e **imprevisíveis**, poderá o devedor pedir a **resolução** do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à **data da citação**.

Flávio Tartuce não concorda com essa doutrina por entender que somente o art. 317 prevê a revisão contratual do contrato civil por fatos posteriores à celebração, já que o art. 478 trataria da extinção do contrato e não da revisão. Diante dessa discórdia, a doutrina majoritária propôs o enunciado:

Enunciado 176 do CJF. Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos, e não à resolução contratual.

Em geral, os requisitos da revisão contratual são os seguintes:

- a) O contrato deve ser bilateral (sinalagmático) e oneroso (presente a remuneração)
- b) O contrato deve ser comutativo (aquele em que as partes já sabem quais são as prestações), não sendo possível rever o contrato aleatório, pois o risco é da essência do negócio.
- c) O contrato deve ser de execução diferida ou continuada (trato sucessivo), não sendo possível, em regra, rever o contrato instantâneo de execução imediata.
- d) Presença de uma desproporção negocial, onerosidade excessiva ou quebra do ponto de equilíbrio do sinalagma obrigacional.
- e) Presença de um motivo imprevisível – a imprevisibilidade não deve ser analisada apenas sob o prisma do mercado, mas também diante das conseqüências para a parte obrigacional:

Enunciado 17 do CJF. A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

Nas relações de consumo, a revisão contratual está prevista no art. 6º, V do CDC, que dispensa a prova do fato imprevisível (diferentemente do que ocorre nas relações civis comuns, reguladas pelo CC), bastando um motivo novo, um fato superveniente que gerou o desequilíbrio negocial (quebra da base objetiva do negócio).

Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua **revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas**;

O art. 318 prevê mais uma mitigação do princípio do nominalismo. Ele define serem nulas as convenções de pagamento em ouro (cláusula-ouro) ou em moeda estrangeira (obrigação voluntária). Nesse sentido prevê a lei 10.192/2001 (art. 1º):

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2o e 3o do Decreto-Lei no 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6o da Lei no 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza;

A última mitigação ao princípio do nominalismo está previsto no art. 316, para parte da doutrina, que o analisa quanto à correção monetária:

Princípio do nominalismo e correção monetária

Em razão do princípio do nominalismo, só em situações excepcionais a moeda estrangeira é admitida como índice de correção do valor da obrigação (ver art. 6º da Lei 8.880/94).

A regra do *princípio do nominalismo* é flexibilizada pelos índices de correção monetária. A correção monetária não aumenta a base de cálculo da obrigação, não significa um *plus* (como são os juros), mas apenas uma forma de atualização do poder aquisitivo da moeda, para manutenção de seu valor econômico, que termina flexibilizando o princípio do nominalismo em razão da inflação.

A lei 6.899/81, inovadora, estabeleceu a incidência da correção monetária nos **débitos decorrentes de decisão judicial**. A partir daí, diversos índices oficiais seriam adotados para correção monetária das obrigações no Brasil (ex: INPC, IGPM, etc).

Sobre correção monetária: Resp 494377/SP (trata de patrimônio mínimo incidindo na dimensão existencial do devedor).

STJ, Resp 494377/SP - BANCOS. Juros. Juros de inadimplência. Um bilhão e duzentos milhões de reais pelo financiamento de 90.000 dólares. - Não ofende a lei, antes lhe dá adequada interpretação, o acórdão que manda aplicar, para depois de lançado o débito em “créditos em liquidação”, as taxas constantes da tabela do Tribunal para a liquidação judicial, e assim reduzir para R\$ 355.209,00 a dívida do financiamento de US\$ 90.000.00, pelo qual o Banespa estava cobrando, em 1998, a quantia de R\$ 1.282.973.258,00 (um bilhão, duzentos e oitenta e dois milhões, novecentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e oito reais). - Honorários em favor do advogado dos embargantes fixados com equidade. Primeiro recurso do Banco, não conhecido; conhecido e provido em parte o segundo.

O art. 316, defendido por alguns autores e criticado por muitos, é apontado como o dispositivo do código consagrador da correção monetária da obrigação.

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

Segundo Tartuce, a norma do art. 316, que consagra a **cláusula de escala móvel ou cláusula de escalosamento**, não importou em revogação da lei da usura, continuando a ser proibida a cobrança de juros abusivos (superiores ao dobro da taxa legal) bem como o anatocismo (juros sobre juros: capitalização de juros).

Venosa diz que essa norma é perigosa, ainda, porque é utilizada por aqueles que defendem a tabela Price para fundamentá-la.

OBS: Tabela Price

Também chamada de Sistema Francês de Amortização, foi criada pelo teólogo, filósofo e matemático Richard Price. A tabela Price, por meio de um complexo cálculo de matemática financeira, incorpora juros à obrigação decorrente de um financiamento, embora mantenha a homogeneidade do valor das prestações devidas. Por esse sistema, em contratos de empréstimo ou financiamento, utiliza-se um cálculo de matemática financeira por meio do qual, posto incidam juros, as prestações são homogêneas⁷.

⁷ Luiz Scavone e Pedro Gomes entendem que a tabela Price é abusiva por mascarar a capitalização de juros, no texto do Jus navigandi “A tabela Price é legal?”.

Muitas entidades de defesa do consumidor consideram a tabela abusiva, sob o argumento de que mascara anatocismo (capitalização de juros compostos; juros sob juros).

O STJ, em reiteradas decisões (julgados: AgRg no Resp 1021962/SP⁸), tem entendido que a ilegalidade ou não da tabela Price é questão que depende de cálculo de matemática financeira, que deve ser analisada caso a caso, por meio de perícia contábil, não cabendo à jurisprudência brasileira fazer uma análise apriorística.

a) Sobre correção monetária e dólar: A variação cambial pode ser utilizada como índice de correção monetária?

Em regra, **não**. Excepcionalmente, todavia, é admitida sua aplicação em contratos internacionais comerciais, nos termos do art. 6º da lei 8880/94 (ver Julgado – Obs: no leasing há exceção prevista em lei.)

Art. 6º da Lei 8.880/94- É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, **exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil** celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em **captação de recursos provenientes do exterior**.

CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. O reajuste das prestações do arrendamento mercantil segundo a variação cambial constitui exceção expressamente prevista em lei (L. 8.880/94, art. 6º); não se estende ao contrato de compra e venda com reserva de domínio. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 845.988/SP

b) O salário mínimo pode ser utilizado como índice de correção monetária?

Em regra, à luz do art. 7º, IV da CF, o salário mínimo não deve ser utilizado como índice de correção (na mesma linha, ver súmula vinculante nº 4º).

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

Súmula Vinculante 4 – Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Embora a Constituição defina que é vedada a vinculação do salário para qualquer fim, há exceções, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação aos credores de alimentos.

Nesse sentido, é adequado e socialmente justo o entendimento de autores (como Maria Berenice Dias e Pablo Stolze) no sentido da **possibilidade de utilização do salário mínimo como critério de atualização de débito alimentar** (seria uma exceção admitida pelo sistema em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana).

⁸ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. MATÉRIA QUE EXIGE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO E INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NS. 5 E 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Quanto à violação dos arts. 6º, "c", da Lei n. 4.380/64, 185 e 104 do Código Civil, relativa ao pedido de aplicação da tabela Price, com o respectivo critério de amortização, a jurisprudência desta Corte **consolidou entendimento de que a análise de eventual sistemática de cálculo da respectiva tabela e a existência ou não de capitalização de juros demanda detida análise da prova dos autos** e de cláusulas do contrato de mútuo hipotecário avençado entre os litigantes, questão que refoge da estreita via do recurso especial e impede o conhecimento do pleito, por vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Agravo regimental não provido.

Ademais, o próprio STF tem admitido (RE 274897) e o art. 475-Q, §4º do CPC, inclusive, determina a aplicação do salário mínimo como critério para fixação dos alimentos oriundos de indenização por ato ilícito.

Art. 475-Q do CPC. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 4o Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo.

5.3. Formas especiais de pagamento

5.3.1. PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO – cai em concurso de juiz, MPF.

Sub-rogação traduz a idéia de **substituição**, e tanto pode se referir a coisas como a pessoas. No direito das obrigações, pagamento com sub-rogação refere-se apenas aos sujeitos: trata-se de um pagamento com substituição de credores por **sub-rogação pessoal ativa**.

A sub-rogação real ou objetiva não é estudada no âmbito do direito das obrigações, interessando, principalmente, o direito de família e das sucessões. **Nosso direito não contempla a sub-rogação pessoal passiva**, mas somente a novação subjetiva passiva, hipótese em que se cria uma nova obrigação pela substituição do devedor.

Conceito: traduz uma forma de cumprimento da obrigação por meio da qual substitui-se o credor originário satisfeito por um terceiro, que terá os mesmos direitos e ações daquele.

Significa cumprimento da dívida por terceiro, com a conseqüente substituição dos credores na relação obrigacional. Para o credor que sai, a obrigação está extinta.

Pagamento com sub-rogação x Cessão de Crédito

Não há identidade entre cessão de crédito e pagamento com sub-rogação. Alguns alunos perguntam se não se trata de uma cessão de crédito (pois o credor está cedendo seu crédito). De fato, há um ponto de intersecção entre os dois institutos obrigacionais, mas não são exatamente a mesma coisa.

A diferença é que, **enquanto a cessão de crédito pode ser gratuita ou onerosa, o pagamento com sub-rogação só se identifica com a cessão de crédito onerosa**.

O credor originário poderia ceder gratuitamente o crédito a um terceiro, que assumiria a posição de credor, sem realizar qualquer pagamento. Nessa hipótese, embora houvesse cessão de crédito não haveria pagamento com sub-rogação.

Pagamento com sub-rogação	Cessão de crédito
É regra especial de pagamento ou forma de pagamento indireto (ocorre pela mera substituição do credor, mantendo-se os demais elementos obrigacionais).	É forma de transmissão das obrigações.
Não há necessidade de notificação do devedor, a não ser na hipótese do art. 347, I do CC (art. 348).	Há necessidade e notificação do devedor para que o mesmo saiba a que pagar (art. 290 do CC)
Possui apenas caráter ONEROSO .	Possui caráter gratuito ou oneroso.

I. Espécies de sub-rogação

O pagamento com sub-rogação pode ser de duas espécies:

- a) Pagamento com sub-rogação LEGAL** → A substituição de credores opera-se por força de lei. Também é chamada de sub-rogação automática ou de pleno direito (*pleno iure*).

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

I - **do credor** que paga a dívida do devedor comum;

II - **do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário**, bem como do **terceiro** que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel;

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

Sobre o inciso I: Se um dos credores pagar a dívida do devedor comum, sub-roga-se nos direitos do credor satisfeito perante o devedor. O credor que paga passará a ter dois créditos (o que já possuía e o que passou a ter por sub-rogação).

No inciso II existem duas hipóteses: do adquirente e do terceiro.

Na primeira hipótese, a sub-rogação legal ocorre em favor do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário. O comprador se sub-roga nos direitos do Banco (que era credor da hipoteca). Na segunda hipótese, a sub-rogação legal ocorre em favor do terceiro que, para não perder direito sobre o imóvel, paga a dívida do devedor.

Ex: há 15 anos A aluga uma casa de Praia de D. Raimunda. A descobre que ela está devendo R\$50.000,00 ao Banco Itaú. Para A não ser privado de seu direito sobre o imóvel, pode pagar ao Banco a dívida, se sub-rogando na dívida (nos direitos do Banco).

Ou seja, o locatário paga, perante o Banco, a dívida de seu locador, subrogando-se no crédito que o Banco possui em face do locador. Claro, é possível a oposição do dono do imóvel.

Sobre o inciso III, exemplo típico de terceiro interessado é o fiador. Por força de lei, se o fiador paga ao credor originário, sub-roga-se nos direitos dele perante o devedor.

- b) Pagamento com sub-rogação CONVENCIONAL** → A substituição opera-se por força de um negócio jurídico (acordo de vontades). São os pagamentos efetivados por terceiros não interessados na dívida.

Art. 347. A sub-rogação é convencional:

I - quando o **credor** recebe o pagamento de terceiro e **expressamente lhe transfere** todos os seus direitos;

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

O inciso I do art. 347 consagra uma hipótese que é o ponto de encontro da sub-rogação com a **cessão de crédito onerosa**, pois o terceiro paga ao credor originário que lhe cede o crédito que possui em face do devedor. Flávio Tartuce lembra que embora o CC preveja a aplicação residual das regras da cessão, não haverá uma cessão propriamente dita.

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, **vigora** o disposto quanto à cessão do crédito.

Exemplo comum: o terceiro paga a dívida antes de seu vencimento ao credor, com abatimento, e se sub-roga no crédito em face do devedor.

O inciso II trata de outro tipo de sub-rogação. O terceiro empresta dinheiro ao devedor originário para que pague a dívida existente em face do credor originário, sob a condição de se sub-rogar.

O governo faz muito isso para salvar pecuaristas e agricultores: o Banco do Estado é o terceiro que abre uma linha de crédito a juros mais baixos para os agricultores peguem o dinheiro emprestado e paguem suas dívidas em face dos bancos privados.

Flávio Tartuce lembra que enquanto a sub-rogação legal é efetuada por meio de atos unilaterais, a sub-rogação convencional é efetuada por meio de atos bilaterais (negócios jurídicos).

II. Efeitos da sub-rogação

a) Liberar o credor originário.

b) Transferir ao novo credor os **direitos, ações, privilégios e garantias** existentes na relação obrigacional (antes dadas ao credor originário). O novo credor assume a posição de credor originário (assumindo o poder de cobrar do devedor e as garantias). Esse é o principal efeito do pagamento com sub-rogação.

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

Exemplo: Se o devedor deu em garantia da dívida o penhor de um relógio e hipoteca sobre um terreno e ainda há um fiador garantindo a dívida (terceiro interessado), se o fiador paga, ele se sub-roga nas garantias de penhor e hipoteca dadas pelo devedor ao credor originário: é como se o fiador (que se sub-rogou) substituisse o credor originário.

O Código não disse a qual tipo de sub-rogação essa regra é aplicada. Por isso se pode dizer que **se aplica às sub-rogações legais e convencionais**. Isso é verdade, mas é importante ponderar que os limites do alcance da sub-rogação convencional depende da convenção firmada entre as partes, pois está na seara da autonomia privada.

c) O novo credor (que substitui o anterior) **só poderá cobrar o que efetivamente houver desembolsado para solver a dívida**.

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

Para parte da doutrina, essa norma se aplica apenas às sub-rogações legais, porque as convencionais seguirão as regras definidas no negócio jurídico. Embora o art. 350 somente defina para a sub-rogação legal seu caráter gratuito, **Flávio Tartuce entende que também no caso da sub-rogação convencional veda-se a cobrança de valor a mais do quanto pago**.

CASO CONCRETO: o terceiro que paga a dívida com desconto pode cobrar do devedor originário a dívida toda ou só até o limite que pagou? Ou seja, se a dívida fosse de R\$10.000,00 e o fiador fosse até o credor e pedisse um desconto e o credor aceitasse receber R\$9.000,00, o terceiro se sub-rogaria

no valor da dívida integral (R\$10.000,00) ou no valor efetivamente pago? **O terceiro somente se sub-roga em R\$9.000,00.**

- d)** O credor que só em parte for reembolsado tem preferência sobre o sub-rogado na cobrança do restante da dívida.

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

Obs.: o STJ já decidiu (REsp 263114/SP) que o fiador, na locação, **não tem o direito de penhorar o bem de família do devedor locatário**. Até porque a regra que permite a penhora do imóvel do fiador na locação, julgada constitucional pelo STF, não comporta interpretação extensiva.

LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO EM CARÁTER REGRESSIVO. OUTORGA UXÓRIA EM FIANÇA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SUB-ROGAÇÃO DO FIADOR QUE PAGA A DÍVIDA ORIUNDA DE DÉBITOS LOCATÍCIOS. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO LOCATÁRIO.

- A nova Lei do Inquilinato **restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais instituído pela Lei nº 8.009/90**, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício.

* Com o pagamento da dívida pelo fiador da relação locatícia, fica este sub-rogado em todas as ações, privilégios e garantias que tinha o locador-credor em relação ao locatário-devedor, nos termos do Código Civil, art. 988.

* A jurisprudência já pacificou entendimento no sentido de ser **vedada a penhora de bem de família do locatário, em execução proposta pelo locador a fim de solver dívida advinda da relação locatícia**.

* Se ao **locador-credor não é possibilitado constriuir judicialmente o imóvel do locatário, e a sub-rogação transmite os direitos e ações que possuía o credor, consequência lógica é que ao fiador tal privilégio não pode ser assegurado**, de vez que não existia para o credor primitivo.

Recurso especial conhecido e provido.

5.3.2. NOVAÇÃO

É um instituto que tem raiz no direito romano.

Conceito: A novação se opera por meio de uma estipulação negocial pela qual se cria uma obrigação nova destinada a **substituir e extinguir** a obrigação anterior. **Não existe novação legal**, pois toda novação pressupõe a vontade das partes, pois depende de um novo ajuste de vontades.

Novação é um **ato complexo de eficácia complexa** porque serve a liberar o devedor e criar uma nova obrigação que substitui e quita a obrigação anterior (Roberto de Ruggiero). Pela novação, a dívida antiga é quitada, os prazos/vencimento são zerados e o nome do devedor não pode permanecer negativado.

A novação se diferencia da dação em pagamento porque, na novação, não há mero renegociamento da dívida, mas constituição de nova obrigação a partir da antiga. Não se simplesmente muda o objeto da obrigação (dação em pagamento), mas cria-se uma obrigação nova (com novos prazos, vencimento, juros), ainda que a obrigação nova seja de dar dinheiro.

Na maioria das vezes, quando há a novação o devedor se beneficia, mas isso não é obrigatório.

I. Requisitos

- a) A existência de uma obrigação anterior:** As obrigações NULAS ou EXTINTAS (ex: já pagas) NÃO podem ser objeto de novação, mas as **obrigações anuláveis podem**, servindo a novação como modo de convalidação (ex: se o contrato que dá base à obrigação primitiva está viciado por dolo).

Art. 367. Salvo as obrigações simplesmente anuláveis, não podem ser objeto de novação obrigações nulas ou extintas.

A obrigação natural pode ser novada?

Existe divergência na doutrina.

Corrente SIM → Autores como Pablo Stolze, Marcel Planiol, Serpa Lopes, Silvo Rodrigues e Guilherme da Gama sustentam a possibilidade de nova obrigação natural. Isso por conta da autonomia privada e por causa do art. 814, §1º do CC, que trata da dívida de jogo (um tipo de obrigação natural):

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, **novação** ou fiança **de dívida de jogo**; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

Corrente NÃO → Autores como Clovis Beviláqua e Washington de Barros Monteiro.

- b) A criação de uma obrigação nova substancialmente diversa da primeira:** Para que haja novação, é preciso que exista a **aliquid novi** (elemento novo), que diferencia a novação do renegociamento da mesma dívida.

Não existe novação quando apenas se verificarem acréscimos ou alterações secundárias, de aspectos acessórios, perante a mesma obrigação. Assim, redução de multa, parcelamento, a mudança da data de pagamento, etc. não são hipóteses de novação, pois se está apenas renegociando a mesma dívida, não havendo obrigação nova que venha a extinguir e substituir a obrigação velha.

O próprio STJ já decidiu que Resp 685023/RS que a simples continuidade da mesma obrigação não significa que as partes tenham novado:

Contratos bancários. Revisão. Prescrição. Novação. Comissão de permanência. Capitalização. Precedentes da Corte. [...] 2. **Não há falar em novação quando, como no caso, o julgado deixa claro que há continuidade negocial**, permitida a revisão dos contratos anteriores, nos termos da Súmula nº 286 da Corte. STJ - Resp 685023/RS.

- c) É preciso que haja inequívoco *animus novandi*:** A intenção de novar deve ser comprovada. A demonstração do *animus novandi* **pode partir de uma análise circunstancial, tácita.**

Eduardo Spínola lembra que “poucos são os Códigos que exigem uma declaração expressa da intenção de novar”. No direito mexicano, há a necessidade de que o *animus* seja explícito, no ordenamento brasileiro, porém, **o *animus novandi* pode ser implícito**, analisado por meio de indicativos, das circunstâncias do contrato (comportamento concludente).

Comportamento concludente: Significa que o juiz, ao analisar o caso concreto, pode concluir que as partes tiveram intenção de novar, a partir de **análise circunstancial, tácita**.

Art. 361. Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira.

Justamente por ser imprescindível e pessoal a intenção de novar, se não houver consentimento do fiador em caso de novação da obrigação principal, estará este exonerado da obrigação acessória em relação ao credor (art. 366 do CC).

Art. 366. **Importa exoneração do fiador** a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal.

JURISPRUDÊNCIA: O ato de entregar cheques para pagamento de duplicatas anteriores, sem a devolução das últimas ao devedor não gera novação.

O pagamento feito por cheque constitui *dação pro solvendo* (dação por causa ou em função do pagamento), não extinguindo a obrigação a que se refere até que ocorra a liquidação.

Atenção: Flávio Tartuce lembra que se o credor aceita os cheques e, ao mesmo tempo, devolve as duplicatas ao devedor, estará caracterizada a novação tácita.

II. Espécies de novação

Fundamentalmente, existem duas espécies de novação apenas (é possível que elas se conjuguem):

- a) **NOVAÇÃO OBJETIVA ou REAL** → Ocorre quando as mesmas partes criam obrigação nova, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior⁹. Não se confunde com a *datio in solutum*.

Art. 360. Dá-se a novação:

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

- b) **NOVAÇÃO SUBJETIVA** → Ocorre a substituição dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, criando-se uma nova obrigação, com novo vínculo entre as novas partes:

- **Novação Subjetiva Ativa:** Opera-se uma mudança de credores, considerando-se criada a obrigação nova com a entrada do credor novo¹⁰. Requisitos: consentimento do devedor, consentimento do antigo credor que renuncia ao crédito e a anuência do novo credor. No campo prático, essa forma de novação vem sendo substituída pela cessão de crédito, que é mais simples, pois não precisa do consentimento do devedor, já que o vínculo permanece o mesmo.

Art. 360, III - quando, em virtude de obrigação nova, **outro credor é substituído ao antigo**, ficando o devedor quite com este.

- **Novação Subjetiva Passiva:** Ocorre quando, por meio de expromissão ou delegação, um novo devedor substitui o antigo, considerando-se criada uma obrigação nova com o

⁹ Não há sub-rogação no pagamento, mas novação, justamente porque há criação de uma obrigação nova.

¹⁰ O que eu fiz com Mila Berenguer (coloquei ela no meu lugar na dívida que eu tinha com Carol) não criou uma obrigação nova porque Carol (a nova credora) não realizou com Mila uma nova obrigação. Houve, na verdade, uma assunção de dívida (Mila assumiu minha dívida simplesmente, sem acertar com a credora Carol).

credor. Claro, o credor necessariamente tem que participar, para formar a nova obrigação.

Art. 360. Dá-se a novação:

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

OBS: Se o devedor novo apenas substituir o antigo na *mesma* obrigação (sem criação de uma nova obrigação), haverá meramente uma assunção de dívida (e não uma novação).

A modificação de devedores pode ocorrer de duas maneiras:

- a) **Por EXPROMISSÃO**: O devedor antigo não é ouvido, mas simplesmente comunicado. Na expromissão, uma nova obrigação é criada com o novo devedor independentemente do consentimento do devedor originário. É como se houvesse uma expulsão. Previsão legal:

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

- b) **Por DELEGAÇÃO**: O antigo devedor participa do ato novatório. A novação subjetiva por delegação passiva não tem previsão legal. Essa é a forma mais democrática.

Quer seja por expromissão ou delegação, quando o novo devedor assume, considera-se criada a obrigação nova (que gera a novação).

Vale lembrar, à luz do art. 363, que, se o novo devedor for insolvente, **o credor somente terá ação regressiva contra o primeiro devedor se este atuou de má-fé na substituição**.

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

OBS: O que os autores chamam de novação mista é a aquela que é, ao mesmo tempo, objetiva e subjetiva.

Em qualquer caso, não se deve confundir:

- Novação subjetiva com a **sub-rogação**, em que há apenas uma alteração da estrutura obrigacional existente, surgindo somente novo credor.
- Novação subjetiva ativa com a **cessão de crédito**, que é forma de transmissão da obrigação e que pode ter natureza onerosa ou gratuita.
- Novação objetiva com **dação em pagamento**, já que, na primeira, cria-se nova obrigação. Justamente por isso, em havendo evicção na novação, a obrigação primitiva não se restabelece, como veremos.

III. Efeitos da novação

- a) **Efeito liberatório**: O efeito fundamental da novação é o efeito liberatório do devedor.
- b) **NÃO** transfere ao novo credor os **direitos, ações, privilégios e garantias** existentes na relação obrigacional originária porque, pelo PRINCÍPIO DA GRAVITAÇÃO JURÍDICA, a novação, ao extinguir o principal, extingue, também, em regra, os acessórios da dívida (arts. 364 e 366).

Art. 364. **A novação extingue os acessórios e garantias** da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

No pagamento com sub-rogação as garantias permanecem porque a obrigação continua a mesma. Já na novação, como há formação de uma nova obrigação, **regra geral, extinguem-se as garantias da obrigação primitiva.**

Cumpre pontuar a possibilidade de haver novação parcial, sempre que as partes estipularem que a novação não irá extinguir todos os acessórios e garantias da dívida originária (conforme previsto no art. 364)

O terceiro (que deu garantia) terá que anuir na obrigação nova para que as garantias continuem. Ademais, o fiado tem que ser ouvido na novação, sob pena de extinguir a fiança.

Se o credor novou com apenas um dos devedores solidários, isso significa que eles constituíram uma obrigação nova. Neste caso, somente sobre os bens do devedor que contrair a nova obrigação subsistirão as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários, que não participaram da novação, ficam exonerados:

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

Essa regra confirma que o *animus* de novar é pessoal.

E se um dos credores solidários realiza novação com o devedor comum?

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

IV. Questões especiais da jurisprudência do STJ envolvendo novação

a) Refis é hipóteses de novação

O Min. Luiz Fux entendeu que, no momento em que a empresa adere ao Refis (programa de parcelamento tributário federal, que pode ser instituído nas esferas estadual e municipal), não está simplesmente renegociando a dívida, operando uma novação.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA. "REFIS". ADESÃO. RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO. REQUISITO.

1. A Lei 9.964/2000, no seu art. 2º, § 6º, tem como destinatários os autores das ações que versam os créditos submetidos ao REFIS. Em conseqüência, tanto o particular em ação declaratória, quanto a Fazenda que aceita a opção ao programa, renunciam ao direito em que se fundam as ações respectivas, porquanto, *mutatis mutandi*, a inserção no REFIS importa novação à luz do art. 110 do CTN c/c o art. 999, I, do CC.

2. Os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento introduzida no organismo do processo de execução. Em conseqüência, a opção pelo REFIS importa em o embargante renunciar ao direito em que se funda a sua oposição de mérito à execução. Considere-se, ainda, que a opção pelo REFIS exterioriza reconhecimento da legitimidade do crédito.

3. Encerrando a renúncia ao direito em que se funda a ação ato de disponibilidade processual, que, homologado, gera eficácia de coisa julgada material, indispensável que a extinção do processo, na hipótese, com julgamento de mérito, pois o contribuinte, ao ingressar, por sua própria vontade, no Refis, confessa-se devedor, tipificando o art. 269, V do CPC. Até porque, o não-preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no programa de parcelamento é questão a ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial.

4. A desistência da ação é condição exigida pela Lei n.º 9.964/00 para que uma empresa, em débito com o INSS, possa aderir ao programa de recuperação fiscal denominado "REFIS".

Precedentes: REsp 718712/RS Relatora Ministra ELIANA CALMON DJ 23.05.2005; EREsp 502246/RS Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 04.04.2005; REsp 620378/RS Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ 23.08.2004.

5. Agravo Regimental desprovido

STJ AgRg nos Edcl no Resp 726293/RS

b) Novação e cláusulas abusivas (*venire contra factum proprium*)

Não esquecer: Nos termos da súmula 286 do STJ, inspirada no princípio da função social, que a novação ou, até mesmo, a renegociação da mesma dívida não pode convalidar cláusulas abusivas, admitindo-se a revisão do contrato.

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

CONTRATO BANCÁRIO. NOVAÇÃO. REVISÃO.

- A renegociação ou novação da dívida não veda a possibilidade de revisão dos contratos anteriores. Incide a Súmula 286. AgRg no Ag 801930/SC

Ainda que a pessoa faça uma renegociação ou novação perante um banco, *v.g.*, é possível acionar o Poder Judiciário. Não ocorre preclusão. Assim, não há violação ao princípio da proibição do *venire contra factum proprium* se a pessoa ajuíza ação tencionando a revisão do contrato.

O *venire contra factum proprium* não se aplica quando o segundo comportamento contraditório é justificado (e o comportamento é justificado quando albergado em lei), pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Não se deve invocar contra a parte que pretende a revisão do contrato a regra proibitiva de comportamento contraditório, uma vez que a impugnação de cláusula abusiva é medida justa e justifica pelo interesse de ordem pública.

Enunciado 362 do CJF. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos art. 187 e 422 do Código Civil.

c) O devedor antigo, que saiu da relação, pode ser chamado a voltar? (CESPE)

Excepcionalmente, o antigo devedor poderá responder perante o credor, a despeito da novação, nos termos do art. 363. Veja que a insolvência do novo devedor, por si só, não confere ao credor o direito de regresso contra o antigo, mas apenas se conjugada com a má-fé a substituição.

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

5.3.3. DAÇÃO EM PAGAMENTO (*datio in solutum*)

A doutrina também chama essa forma satisfativa de pagamento ***datio in solutum***.

Conceito: A dação em pagamento, forma especial de cumprimento da obrigação, opera-se quando o credor **aceita receber prestação diversa da que lhe é devida.**

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

Exemplo: o devedor deve pagar 10.000 reais ao credor e sugere, na mesma relação obrigacional, a entrega de seu carro e o credor aceita. Houve dação em pagamento.

O objeto é modificado a fim de se cumprir o negócio, desde que haja consentimento do credor. Mas atenção: Não há novação porque a relação jurídica entre credor e devedor é a mantida (com mesmos acessórios, tais como juros, cláusula penal etc.).

Não é uma obrigação facultativa (em que o devedor tem a faculdade de alterar o bem do pagamento) porque é necessário que haja o consentido do credor.

Há doutrinadores clássicos que entendem apenas ser cabível que a dação em pagamento tenha como objeto **coisas** a serem dadas (João Monteiro). Pablo Stolze e Flávio Tartuce entendem, contudo, que o artigo 356 do CC deixa margem para que a dação tenha como objeto uma prestação qualquer, seja de dar ou de qualquer outra natureza, podendo ser entregue um bem móvel ou imóvel. Também poderá ter como conteúdo fatos e abstenções.

- Sendo entregue dinheiro, aplicar-se-ão os comandos legais relacionados com o contrato típico de compra e venda.

Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

- Segundo o art. 358 do CC, se a coisa dada for um título de crédito, a transferência importará em cessão. Flávio Tartuce alerta que não há identidade entre as duas figuras, eis que na cessão de crédito há a transmissão da obrigação, enquanto na dação ocorre o pagamento indireto pela substituição do objeto, da prestação. Deve-se interpretar o 358 somente no sentido de que serão aplicadas as regras referentes à cessão de crédito, por analogia.

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

Não confundir

- Não confundir **dação em pagamento** com **novação real**, uma vez que na primeira não ocorre a substituição de uma obrigação por outra, mas tão-somente do objeto da prestação, mantendo-se os demais elementos do vínculo obrigacional, tais como seus acessórios.
- Não confundir a **dação em pagamento** satisfativa (*datio in solutum*) ora estudada com a **dação pro solvendo** (também chamada **dação por causa de pagamento** ou **em função de pagamento**), por não ser satisfativa imediata do interesse do devedor.

Exemplo: Se o devedor sugerir a entrega para o credor de **títulos de crédito contra terceiros** (ex: cheques ainda não compensados), o interesse do credor não é automaticamente satisfeito. Por isso, a dação muda de nome, deixando de ser dação satisfativa (*in solutum*) para ter um meio facilitador do pagamento.

A dação em pagamento satisfaz o interesse do credor, extinguindo a obrigação. A dação *pro solvendo*, por seu turno, não satisfaz plenamente o interesse do credor pois é apenas um meio facilitador do pagamento. Por isso, lembra Tartuce que, **havendo datio pro solvendo, a dívida primitiva só se extingue ao ser paga a nova.**

I. Requisitos da dação em pagamento

a) Vencimento da dívida;

- b)** Realização de uma **prestação diversa da originária**;
- c)** **O consentimento do credor**, pois este tem de aceitar – Segundo STJ, há exceção a esse requisito no caso de dívida alimentícia;
- d)** **Animus solvendi do devedor** – o devedor tem que ter intenção de pagar, pois se não for assim terá *animus donandi*. Ou seja, se o devedor, ao realizar a prestação, não atuar com *animus solvendi*, ficando demonstrado que o devedor atuou com liberalidade, sem a intenção de quitar/satisfazer a obrigação, **o ato traduz-se como doação**.

É possível a dação em pagamento de pensão alimentícia? (por exemplo, se o devedor não tiver como pagar os alimentos, é possível que dê em pagamento um imóvel?)

O STJ entende ser **possível a dação de pagamento de imóvel em favor de devedor de alimentos** (HC 20317/SP) para efeito de exoneração do devedor. **Não significa, com isso, ter havido adiantamento de herança legítima** (Resp 629117/DF).

O STJ também **admite que o imóvel seja dado em pagamento ainda que contrariamente à vontade do credor**, pois a liberdade do devedor está em jogo (ela está sujeito à prisão civil¹¹), circunstância que justifica a mitigação da regra que exige a aceitação do devedor para realização da dação em pagamento.

HABEAS CORPUS . PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO NA FORMA DO ARTIGO 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O débito, vencido há mais de dois anos e relativo a quatro anos de prestações alimentícias, alcançando alto valor, ainda que fruto de execução sob o rito do artigo 733 do Código de Processo Civil, **pode ser saldado por dação de imóvel em pagamento**.

Ordem concedida para suspender a prisão pelo prazo de trinta dias, a fim de oportunizar a postulada dação em pagamento.

STJ HC 20317/SP DJE 11/11/2002.

DIREITO CIVIL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, DE FAMÍLIA E DE SUCESSÕES. DAÇÃO EM PAGAMENTO. COTA DE IMÓVEL. DÉBITO ALIMENTAR. RECONHECIMENTO DE ADIANTAMENTO DE LEGÍTIMA. PRETENDIDA ANULAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A transferência de cota de bem imóvel do alimentante para os alimentandos, com vistas a saldar débito alimentar e evitar prisão civil, **não pode ser encarada como adiantamento da legítima**, e sim, como dação em pagamento, não havendo, portanto, preterição de outros filhos.

2. Recurso especial provido.

Resp 629117/DF – DJE 23/11/2009.

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

Segundo o art. 359 do CC, **se o credor for evicto de bem recebido por dação em pagamento, será restabelecida a obrigação anterior, ficando sem efeito a quitação dada**.

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, **ressalvados os direitos de terceiros**.

Evicção: Opera-se quando o adquirente de um bem (evicto) perde a sua posse ou propriedade, por ato judicial ou administrativo, em virtude do reconhecimento do direito anterior de outrem (evictor). A palavra evicção está intimamente ligada à idéia de perda, ser vencido.

¹¹ Hoje, a única hipótese civil possível é a prevista pelo inadimplemento de alimentos.

Se o credor perder a coisa recebida em pagamento por evicção, a obrigação originária se restabelece, porém ressalva-se os direitos de terceiros de boa-fé (que hajam adquirido o bem da obrigação originária). Ex.: credor aceita receber carro no lugar do barco em dação em pagamento; tem o carro apreendido; restabelece-se a obrigação primitiva; porém, se o barco já tiver sido vendido a terceiro de boa fé, a obrigação primitiva não se restabelece por conta do direito de terceiro de boa fé adquirente; credor deverá resolver obrigação em perdas e danos.

Caso a obrigação primitiva não possa se restabelecer por conta de terceiro de boa-fé, o credor terá de resolver a obrigação em perdas e danos.

Lembra Tartuce que o mesmo não ocorre na novação, sendo certo que a lei quis privilegiar a posição do credor na dação.

5.3.4. COMPENSAÇÃO

Conceito: A compensação, regida a partir do art. 368 do CC, é forma de extinção da obrigação em que as duas partes são, reciprocamente, credora e devedora uma da outra.

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

O art. 368 informa que a compensação poderá ser de toda a dívida ou de parte dela (total ou parcial). A compensação é uma matéria de defesa (argüida em contestação), gerando a extinção do processo com exame de mérito.

Compensação X Confusão

A compensação não se confunde com o instituto da confusão, que constitui outra forma de extinção da obrigação. Na confusão, as qualidades de credor e devedor reúnem-se na mesma pessoa, enquanto na compensação há duas partes (que são devedoras e credoras reciprocamente).

I. Espécies de compensação

- a) **Compensação convencional ou facultativa** → É a compensação que decorre do acordo de vontade das partes, independentemente dos requisitos previstos em lei, à luz do princípio da autonomia privada. As partes devem provocar o juiz. EXEMPLO: compensação de dívida líquida com ilíquida; dívida de café com gado etc.
- b) **Compensação judicial ou processual** → É a compensação que ocorre por ato (decisão) do juiz no próprio processo, independentemente de provocação. Essa é a única compensação que o juiz pode reconhecer de ofício. Vide processo civil. EXEMPLO: Quando há sucumbência recíproca (cada parte é, ao mesmo tempo, vencedor e vencida), o juiz, na própria sentença, fixa as custas processuais *pro rata* (cada parte arca com sua parte):

Art. 21 do CPC. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e **COMPENSADOS** entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

- c) **Compensação legal** → É a compensação que ocorre quando, **reunidos os requisitos** previstos em lei, o juiz, **mediante provocação** do interessado, deve reconhecê-la. Ou seja, uma vez reunidos os requisitos e provocado o juiz, ele deve declará-la. O juiz não pode conhecê-la de ofício. Essa é a espécie que cai em concurso.

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

Requisitos da Compensação Legal:

- **Reciprocidade das obrigações** – Essa é a regra geral da compensação legal. Significa que para que haja compensação é necessário que as partes sejam, reciprocamente, credoras e devedoras umas das outras.

Conforme ensina Tartuce, o art. 376 ressalta a necessidade de reciprocidade entre as dívidas:

Art. 376. Obrigando-se **por terceiro** uma pessoa, **não** se pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever.

O art. 371 do CC fixa uma EXCEÇÃO: O **fiador**, embora não seja parte recíproca na obrigação principal, se demandado, pode compensar a dívida que está garantindo com um crédito que o devedor principal tenha em face do credor e não haja invocado/apresentado. Há exceção porque o fiador compensa um crédito do afiançado e não o seu próprio. Essa possibilidade coloca em xeque a discussão a respeito do caráter pessoal da compensação.

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

EXEMPLO: O credor tem um crédito contra o devedor de 10.000 reais. Garantindo essa dívida há um fiador (terceiro interessado). Se o devedor não pagar, o credor se volta contra o fiador cobrando o crédito de R\$ 10.000. O fiador descobre que o devedor também tem um crédito contra o credor. O CC permite que o fiador, que não é parte na relação principal, compense o crédito que o devedor principal tem em face do credor. Essa é a exceção.

<h3>O fiador e a compensação</h3> <p>O fiador não é parte recíproca na obrigação principal, mas um terceiro. Apesar disso, o CC permite que, acionado pelo credor, o fiador possa compensar a dívida com um crédito que tenha em face do credor (pela regra geral), ou com um crédito que tenha o devedor principal, seu afiançado, contra o credor (pela exceção, pois, nesse caso, não há reciprocidade).</p>
--

- **Liquidez da dívida** – A liquidez das dívidas é expressa quanto forem **certas** quanto à existência e **determinadas** quanto ao valor.

Pela letra do CC não é possível a compensação de dívida certa com dívida incerta (será possível pela compensação convencional).

- **Vencimento das dívidas** – As dívidas devem ser exigíveis, vencidas. Não há, pois, compensação **legal** envolvendo prestações vincendas (que ainda não venceram), mas pode haver compensação convencional.
- **Fungibilidade ou homogeneidade das dívidas** – Só se compensam por força de lei débitos da mesma natureza (fungíveis ou homogêneos), inclusive quanto à qualidade da coisa (ex: dinheiro com dinheiro; soja com soja; café do tipo A com café do tipo A). O art. 370 do CC fixa a exigência da mesma qualidade para compensação:

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

Vale dizer, ainda que sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, não se compensarão se tiverem qualidade especificada no contrato. Assim, o réu não pode, em sua contestação, invocar a compensação legal entre 10 sacas de café do tipo A com 10 sacas de café do tipo B, se no contrato houver previsão expressa da dívida de pagar 10 sacas de café do tipo A.

OBS: Obviamente, se as duas partes quiserem, podem, de acordo com a autonomia privada, mitigar/afastar os requisitos previstos em lei e compensar dívidas de objetos de naturezas diferentes (ex: café com gado; dívida líquida com ilíquida; dívida de dar batatas com dívida de dar dinheiro). Mas aí a compensação não será legal, mas convencional.

CASO PRÁTICO: É possível haver compensação legal entre a dívida de R\$50.000,00 de moeda corrente com R\$50.000,00 de moedas raras?

Não, porque as dívidas não são homogêneas, já que a moeda corrente não tem a mesma natureza das moedas raras. Assim, a compensação legal não será possível. Contudo, a compensação convencional é possível.

II. Hipóteses de impossibilidade de compensação

Pergunta: A causa que originou os débitos interessa para a compensação?

Em regra, **a causa dos débitos recíprocos NÃO importa para efeito de compensação.** Assim, não importa que um débito seja decorrente de indenização e outro de empréstimo, sendo possível a compensação deles.

Exceção → As hipóteses em que a causa dos débitos impossibilita a compensação estão previstos no art. 373 (típico de concurso):

Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

I - se provier de **esbulho, furto** ou **roubo**;

II - se uma se originar de **comodato, depósito** ou **alimentos**;

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

Veja que o **produto do ilícito** não pode ser compensado (inciso I).

Comodato é o empréstimo gratuito de coisa infungível. É um contrato baseado na confiança, assim como o depósito. No depósito entrega-se uma coisa móvel para que outra guarde. Nos dois casos, é possível reter o objeto se a outra parte não pagar o depósito ou o comodato (ex: reter o carro para pagamento do ticket de estacionamento), mas não pode haver compensação.

Da mesma forma, não pode haver compensação se a dívida provier de alimentos. No caso em que o filho causa dano a terceiro, não pode o pai (que pagou o dano ao terceiro) compensar esse crédito com o valor que deve de alimentos perante o filho.

Em recente entendimento, **o STJ flexibilizou, para casos excepcionais, a proibição de compensação de dívida alimentar, para evitar o enriquecimento sem causa dos alimentados:**

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA SOB O RITO DO ART. 733 DO CPC - LIMITES DA MATÉRIA DE DEFESA DO EXECUTADO E LIQUÍDEZ DOS CRÉDITOS DESTES

PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA ALIMENTÍCIA - POSSIBILIDADE APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, COMO *IN CASU* - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários.

3. Todavia, **em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como na espécie.**

4. Recurso especial não conhecido.

STJ Resp 982857/RJ

O inciso III afirma não poder ser compensada a coisa não suscetível de penhora, como é o caso do salário ou do bem de família.

Em razão da regra de que não se pode compensar salário, o **STJ censura a postura do Banco que bloqueia automaticamente valores da conta do correntista** que deve ao banco. O banco deveria se valer de ação acautelatória.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. APROPRIAÇÃO, PELO BANCO DEPOSITÁRIO. DE SALÁRIO DE CORRENTISTA, A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE CPC, ART. 649, IV. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE FATO E INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. SÚMULAS NS. 05 E 07 - STJ.

[...]

II. **Não pode o banco se valer da apropriação de salário do cliente depositado em sua conta corrente, como forma de compensar-se da dívida deste em face de contrato de empréstimo inadimplido, eis que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie**, ao teor do

disposto no art. 649, IV, da lei adjetiva civil, por analogia corretamente aplicado à espécie pelo Tribunal **a quo**.

STJ AgRg no Ag 353291/RS.

É lógico que, em hipóteses previstas em lei, essa apropriação automática do bando é possível. É o caso do empréstimo consignado.

III. Outras regras referentes à compensação

Inicialmente, vale lembrar que o art. 374 foi revogado pela lei 10677/2003 (reafirmada pelo Enunciado 19 da CJF), **afastando a aplicação direta das normas civis da compensação no âmbito dos débitos tributários.**

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

Enunciado nº 19 - Art. 374: **a matéria da compensação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, não é regida pelo art. 374 do Código Civil.**

Explicando: o Governo ficou preocupado com a norma do art. 374, com medo que os contribuintes brasileiros, à luz desse artigo, deixarem de pagar seus débitos tributários, alegando compensação. Assim, editou medida provisória

e, posteriormente, ela se tornou lei, revogando definitivamente o art. 374 do CC.

ATENÇÃO: A compensação de débitos tributários é possível se isso for expressamente previsto em lei tributária, mas o Código Civil não pode ser utilizado, diretamente, para efeito de compensação dessa natureza de débito.

O art. 372 do CC dispõe que a **concessão de prazo de favor**, à luz do princípio da eticidade (boa-fé), não impede compensação:

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

EXEMPLO: Estando a dívida vencida, o devedor (B) pede um prazo a mais para o credor (A). A dá prazo de favor de 30 dias. Se, antes deste prazo, o A se tornar devedor de B, poderá alegar a compensação, em respeito à boa-fé, pois o prazo concedido era de favor.

O art. 375 prevê que não haverá compensação quando houver cláusula excludente e cláusula de renúncia à compensação.

Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a **excluírem**, ou no caso de **renúncia prévia** de uma delas.

Há divergência na doutrina quanto a essa norma:

1ª Corrente – Não há validade nas ditas cláusulas, pois envolvem matéria de ordem pública, em razão de sua relação com o princípio da economia processual (Flávio Tartuce);

2ª Corrente – Somente têm validade essas cláusulas em contratos em que houver plena igualdade entre os envolvidos (Judith Martins-Costa);

Exemplo: Não valerá a cláusula de renúncia em contrato de adesão, inclusive com base no Código Civil:

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

3ª Corrente – Para a doutrina tradicional (Caio Mário), vale a renúncia para qualquer contrato, diante da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, inclusive porque a compensação é um benefício que, como tal, pode ser afastado.

Os artigos 377 a 380 trazem algumas observações finais a respeito da compensação:

Art. 377. O devedor que, **notificado, nada opõe à cessão** que o credor faz a terceiros dos seus direitos, **não pode opor ao cessionário a compensação**, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão não lhe tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha com o cedente.

Art. 378. Quando as duas **dívidas não são pagáveis no mesmo lugar**, não se podem compensar sem **dedução das despesas** necessárias à operação.

Art. 379. Sendo a mesma pessoa obrigada por **várias dívidas compensáveis**, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à **imputação do pagamento**.

Art. 380. **Não se admite** a compensação em **prejuízo de direito de terceiro**. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito, não pode opor ao exequente a compensação, de que contra o próprio credor disporia.

5.3.5. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

Na linha da doutrina de Álvaro Vilaça, a imputação do pagamento é a determinação feita pelo devedor, pelo credor ou pela lei sobre qual dentre dois ou mais débitos líquidos e vencidos (e da mesma natureza) devidos ao mesmo credor o pagamento deve recair.

Exemplo: Quando o devedor deve três dívidas de R\$5.000,00 ao mesmo credor, mas só dispõe de R\$ 5.000,00, esse valor será oferecido para pagamento de qual das dívidas?

Regra Geral: a imputação é feita pelo **DEVEDOR**.

Art. 352. A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o **direito de indicar a qual deles oferece pagamento**, se todos forem líquidos e vencidos.

Regra 2: Caso o devedor não faça a imputação, esta será realizada pelo **CREDOR**.

Art. 353. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo.

Regra 3: Se nem o devedor nem o credor imputarem o pagamento a uma das dívidas, a **LEI** fará a imputação do pagamento. As regras da imputação legal são as seguintes:

- i. O art. 354 é pouco provável de cair em prova aberta, pois é específico para a situação em que há dívida proveniente de juros.

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

- ii. A imputação recairá sobre as dívidas mais antigas (líquidas e vencidas em primeiro lugar).
- iii. Se todas as dívidas forem vencidas ao mesmo tempo, a imputação será sobre a dívida mais onerosa. Dívida mais onerosa seria, por exemplo, aquela que tem a multa mais alta.

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

- iv. E se as dívidas forem vencidas ao mesmo tempo e forem igualmente onerosas? O Código é silente quanto a isso. Para a doutrina, a resposta estava no Código Comercial, que dizia que **a imputação seria feita proporcionalmente em cada uma das dívidas**, abrindo uma exceção para a regra segundo a qual o credor não está obrigado a receber as dívidas por partes.

Como hoje o Código Comercial foi praticamente todo revogado, a legislação mantém-se omissa. Assim, a doutrina sugere que deve ser mantida a antiga regra do Código Comercial, para que a imputação seja, com base no princípio da equidade e de segurança jurídica.

Ordem de imputação:

Devedor → Credor → Dívidas líquidas e vencidas mais antiga → Dívida mais onerosa.

5.3.6. REMISSÃO

Trata-se de um negócio jurídico bilateral expresso ou tácito, visando o perdão da dívida total ou parcial. É um direito exclusivo do credor de exonerar o devedor.

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

Exige-se, ainda, que a remissão **não cause prejuízo a terceiro**. Se o credor perdoa a dívida e deve a terceiro, este último restaria prejudicado.

Diferentemente do que ocorre no direito italiano, o perdão da dívida, no Brasil, pressupõe a **aceitação do devedor**. Logo, constitui negócio jurídico bilateral.

A remissão pode ser expressa ou tácita. Exemplo de remissão tácita: situação em que o credor entrega o título da obrigação ao devedor, quando tiver sido celebrado por escrito particular.

Art. 386. A **devolução voluntária do título da obrigação**, quando por escrito particular, **prova desoneração do devedor** e seus **co-obrigados**, se o credor for **capaz de alienar**, e o devedor **capaz de adquirir**.

Lembra Tartuce que a entrega de objeto empenhado¹² pelo credor ao devedor não presume o perdão da dívida, mas apenas a renúncia em relação à garantia.

Art. 387. A **restituição voluntária do objeto empenhado** prova **renúncia** do credor à **garantia real**, não a extinção da dívida¹³.

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

Por fim, não se pode confundir a **renúncia** (que é ato unilateral – podendo incidir sobre direitos pessoais - que não se confunde com as formas de pagamento) com o perdão (que é ato bilateral, recaindo sobre direitos creditórios).

5.3.7. CONFUSÃO

A **confusão obrigacional** opera-se quando as **qualidades de credor e devedor reúnem-se na mesma pessoa**, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, extinguindo a obrigação.

Ex.: A emite um cheque a B, que endossa o mesmo a C, que, por fim, endossa a A.

Aceções de confusão

Confusão real – Mistura de diversas matérias líquidas pertencentes a pessoas diferentes, de tal forma que seria impossível separá-las. É um modo derivado de aquisição da propriedade móvel.

Consolidação – reunião na mesma pessoas de diversos direitos sobre um bem, os quais se encontravam anteriormente separados. Caso do que ocorre com o usufrutuários que sucede nos direitos do nu-proprietário.

Atente à situação cobrada em concursos: haverá confusão também, **quando o devedor for o único herdeiro do seu credor**.

O Código Civil disciplina a confusão a partir do art. 381:

¹² Empenhado = dado em penhor, como garantia real.

¹³ Muita atenção: a entrega do objeto empenhado não presume o perdão da dívida.

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

Art. 382. A confusão pode verificar-se a respeito de **toda a dívida** ou só **parte dela**.

Art. 383. A confusão operada na **pessoa do credor ou devedor solidário** só extingue a obrigação **até a concorrência da respectiva parte do crédito**, ou na dívida, **subsistindo** quanto ao mais a **solidariedade**.

Quando a confusão cessar a obrigação anterior será reestabelecida. Quanto à prescrição, deve-se entender que ela não corre nesses casos, presente uma condição suspensiva¹⁴.

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

EXEMPLO de cessação da confusão (de Planiol, Ripert e Raonant): quando o herdeiro (devedor) é excluído por indignidade da herança do credor. Como cediço, em virtude do princípio da *saisine*, a herança do *de cuius* é automaticamente transmitida a seus herdeiros. Assim, com a ação de exclusão por indignidade, o herdeiro/devedor é excluído, cessando a confusão porventura existente.

Obs.: nos casos em que há um único herdeiro, sempre se entendeu que a legitimidade na ação de exclusão por indignidade seria da Procuradoria do Município. Cresce na doutrina, contudo, a corrente segundo a qual o MP seria o legitimado.

5.3.8. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

É uma forma especial de pagamento que será estudada em Processo Civil.

5.3.9. TRANSAÇÃO e COMPROMISSO

A transação e o compromisso não são mais formas de pagamento indireto (como eram no CC/16), mas sim CONTRATOS TÍPICOS que geram a extinção de obrigações eminentemente **patrimoniais**.

- **Transação:** ocorre quando, por contrato, as partes resolvem a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas. Isso não é possível quando o objeto da obrigação envolve direitos indisponíveis. O instituto está previsto entres os arts. 840 e 850 do CC.
- **Compromisso ou Arbitragem:** as partes pretender resolver o conflito envolvendo obrigação mediante a nomeação de um ou mais árbitros de confiança das partes. A matéria está regulada no CC, no CPC e na lei 9.307/96.

6. Transmissão das Obrigações

Clóvis do Couto e Silva, na memorável obra “a obrigação como um processo” (Editora FGV), preleciona que **a relação obrigacional é dinâmica**, como se fosse uma relação processual, visando

¹⁴ Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

I - pendendo condição suspensiva;

à satisfação do interesse do credor. **O vínculo obrigacional admite movimento**, tanto no pólo ativo como no pólo passivo.

O endosso de um cheque, por exemplo, é uma forma de movimentar uma relação obrigacional, fazendo circular o crédito.

Nesse contexto insere-se a transmissão das obrigações como forma de movimentação da relação obrigacional. As obrigações podem ser transmitidas/movimentadas das seguintes formas:

- a) Cessão de crédito → prevista nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.
- b) Cessão de débito (assunção de dívida) → prevista no Código Civil de 2002 apenas.
- c) Cessão de contrato → Não tem previsão legal.

6.1. Cessão de Crédito

Conceito: A cessão de crédito consiste em um negócio jurídico (bilateral e sinalagmático, a título gratuito ou oneroso) por meio do qual o credor (cedente) transmite total ou parcialmente o seu crédito a um terceiro (cessionário), mantida a mesma relação obrigacional com o devedor cedido.

Diferenciando os institutos

Não se trata de uma novação subjetiva ativa, com mudança de credores, pois na novação, quando o novo credor entra, considera-se criada uma nova obrigação. Na cessão de crédito, porém, não há criação de uma nova obrigação: o cessionário assume a posição de credor na mesma obrigação inicial (e o mesmo contrato).

Se parece com o pagamento com subrogação convencional. A diferença é que a cessão de crédito tanto pode ser onerosa como gratuita, enquanto o pagamento com subrogação só pode ser oneroso:

Pagamento com sub-rogação	Cessão de crédito
Regra especial de pagamento ou forma de pagamento indireto , pela mera substituição do credor , mantendo-se os demais elementos obrigacionais.	Forma de transmissão das obrigações.
Não há necessidade de notificação do devedor, a não ser hipótese do art. 347, I (previsão do art. 348).	Há necessidade de notificação do devedor para que o mesmo saiba a quem pagar (art. 290).
Caráter ONEROSO , tão-somente.	Caráter gratuito ou oneroso .

I. Vedação da cessão de crédito

A regra geral é de que todo credor pode ceder o seu crédito:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, **se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção** com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Mas a cessão de crédito não será possível nas seguintes hipóteses:

- **Se a natureza da obrigação impedir a cessão** (ex: uma obrigação de alimentos não pode ser cedida).
- **Se a lei vedar a cessão**, pois o próprio legislador pode vedar a cessão. Exemplos:
 - Art. 1.749 do CC. Ainda com a autorização judicial, não pode o **tutor**, sob pena de nulidade:
 - II - dispor dos bens do **menor a título gratuito**;
 - Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
 - Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.
- **Quando o contrato contiver cláusula *expressa* proibitiva de transferência do direito.** É chamado pacto de *non cedendo*, que se funda no princípio da boa-fé objetiva.
 - Enunciado 363 do CJF. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação.

Pacto de *non cedendo*

O pacto de *non cedendo* deve constar **explicitamente** no contrato. Ou seja, a convenção proibitiva, para que surta efeitos em face de terceiros, deve estar no contrato (não podendo ser oral, p. ex. – “não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”.) Não adianta a proibição ser “de boca”, pois é necessário que a cláusula esteja escrita, expressa, para que o terceiro não possa alegar que aceitou ser cessionário por boa-fé.

Observe que, como dispõe o art. 287, “salvo disposição em contrário, na cessão de crédito abrangem-se todos os seus acessórios”. Assim, com a cessão, são transferidos todos os elementos da obrigação, como os **acessórios** (juros) e as **garantias** da dívida, salvo disposição em contrário.

Lembra Flávio Tartuce que a cessão de crédito exige capacidade plena do cedente, sem a qual poderá ser tida como nula ou anulável. Se envolver imóvel. Exige outorga uxória ou marital, conforme previsão do art. 1.647 do CC¹⁵. Não havendo a referida autorização, a cessão poderá ser anulada, sendo a ação proposta até 2 anos após o término da entidade conjugal (art. 1.649 do CC¹⁶).

II. Eficácia da cessão

Em regra, a cessão **tem eficácia *inter partes***. Para ter eficácia perante terceiros, é necessária a celebração de um acordo escrito, por meio de instrumento público ou particular, revestido das solenidades do art. 654 do CC. Assim dispõe o art. 288, CC:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.

¹⁵ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

¹⁶ Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Os requisitos para que a cessão por meio de instrumento particular tenha eficácia *erga omnes* são os seguintes:

- Indicação do lugar onde foi passada;
- Qualificação do cedente, cessionário e do cedido;
- Data da transmissão;
- Objetivo da transmissão;
- Designação e a extensão da obrigação transferida.

A cessão independe de anuência do devedor (cedido), que não precisa consentir com a transmissão. Vale citar, ainda que o art. 129 da LRP prevê que “estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos a terceiros [...]: os instrumentos de cessão de direitos e de créditos”.

No caso do cessionário de crédito hipotecário, este “tem o **direito** de fazer averbar a cessão no **registro** do imóvel” (art. 289), mas não obrigação.

III. Notificação do devedor

QUESTÃO: Na cessão de crédito, faz-se necessária a autorização prévia do devedor?

Não é necessário que o devedor autorize a cessão de crédito (ele não tem legitimidade para autorizar ou não). Como explica Tartuce, “a cessão independe da anuência do devedor (cedido), que não precisa consentir”.

Contudo, à luz do princípio da boa-fé objetiva, e em respeito ao dever anexo de informação, **a comunicação ao devedor da cessão é condição de eficácia da transmissão em face do devedor**, para que, a partir dessa comunicação, ele se vincule ao novo credor, ao qual deverá pagar (de maneira que se pagar para o credor primitivo, não poderá ser responsabilização pelo pagamento “errado”).

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

Vale dizer, **pelo sistema brasileiro, o devedor deve ser notificado/comunicado da cessão para que esta cessão repercuta perante ele.** A notificação pode ser judicial ou extrajudicial.

O devedor deve ser notificado inclusive para outros efeitos. Assim, se o devedor não for notificado e pagar ao credor antigo, estará protegido e não terá que pagar de novo, já que não há prazo para a notificação.

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

No caso de mais de uma cessão notificada, o devedor deve pagar ao cessionário que lhe apresentar o título de cessão ou da obrigação cedida. Segundo o art. 292, a regra é que **vale sempre o pagamento da última cessão que foi notificada ao devedor.**

Em suma, **não é necessário que o devedor autorize a cessão de crédito.** Mas a cessão só repercutirá na esfera jurídica do devedor quando ele for comunicado.

A ausência de notificação do devedor não obsta que o cessionário exerça todos os atos necessários à conservação do crédito objeto da cessão, como a competente ação de cobrança ou de execução por quantia certa.

Art. 293. Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, **pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido.**

A notificação serve também para que o devedor possa se defender da dívida contra o novo credor. **ATENÇÃO:** A cessão não impede que o devedor oponha as defesas que possuía em face do devedor, senão haveria fraude.

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

EXEMPLO: Se o crédito foi constituído mediante fraude, mesmo havendo cessão do crédito a terceiro de boa-fé, o devedor poderá opor contra ele essa defesa.

E mais: “ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a **TRADIÇÃO do título do crédito cedido**” (art. 291).

IV. Garantia da existência do crédito

Pergunta: Na cessão de crédito, qual seria a dimensão da responsabilidade do cedente?

Nos termos dos art. 295 a 297 do CC, a regra geral, quanto à responsabilidade pela cessão, é no sentido de que **o credor originário garantirá apenas a existência do crédito que cedeu**. Isso é o que a doutrina chama de **cessão PRO SOLUTO**, e só se aplica em duas situações:

a) Cessão de crédito onerosa

b) Cessão de crédito onerosa ou gratuita, se o cedente estiver de má-fé.

No entanto, segundo o princípio da autonomia privada, nada impede que o cedente também expressamente se responsabilize pelo pagamento da dívida e solvência do devedor. Neste caso, a cessão é chamada de cessão **PRO SOLVENDO**.

Art. 295. Na cessão por título ONEROSO, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela **existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu**; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título GRATUITO, se tiver procedido de má-fé.

Art. 296. Salvo estipulação em contrário, **o cedente não responde pela solvência do devedor.**

Art. 297. **O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros**; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

A cessão dos acessórios é hipótese de cessão legal:

Art. 287. Salvo disposição em contrário, **na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.**

Regra geral → Cessão pro soluto: Não é necessário que o cedente garanta a solvabilidade do devedor.

Exceção → Cessão pro solvendo: É necessário que o cedente ofereça garantia da existência do crédito que cedeu.

Última regra referente à cessão:

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

V. Espécies de Cessão de crédito

Flávio Tartuce estabelece as seguintes classificações de cessão de crédito:

- a) **Cessão Legal** → É a cessão que decorre de lei. Ex: cessão de acessórios da obrigação, no caso de cessão de crédito.
- b) **Cessão Judicial** → É a cessão oriunda de decisão judicial, após processo civil regular, como é o caso de decisão que atribui ao herdeiro um crédito do falecido.
- c) **Cessão convencional** → É a mais comum de ocorrer na prática, constituindo a cessão decorrente de acordo firmado entre cedente e cessionário. Ex: contrato de *factoring*.

Quanto às obrigações que gera:

- a) **Cessão a título oneroso** → Assemelha-se ao contrato de compra e venda e diferencia-se da sub-rogação. Ex: contrato de *factoring*.
- b) **Cessão a título gratuito** → Assemelha-se ao contrato de doação, pela ausência de caráter oneroso. Nesse ponto, até pode se confundir como contrato de sub-rogação (entretanto, no plano conceitual, a cessão é uma forma de transmissão da obrigação, enquanto a sub-rogação é uma forma especial de pagamento indireto).

Quanto à extensão a cessão pode ser:

- a) **Cessão total** → O cedente transfere todo o crédito objeto da relação obrigacional.
- b) **Cessão parcial** → O cedente retém parte do crédito consigo.

Quanto à responsabilidade do cedente em relação ao cedido:

- a) **Cessão *pro soluto*** → É a que confere quitação plena e imediata do débito do cedente para com o cessionário, exonerando o cedente. É a regra geral, não havendo responsabilidade do cedente pela solvência do cedido (art. 296 do CC).
- b) **Cessão *pro solvendo*** → É aquela em que a transferência do crédito é feita com intuito de extinguir a obrigação apenas quando o crédito for efetivamente cobrado. Deve estar expressamente prevista pelas partes, situação em que o cedente responde perante o cessionário pela solvência do cedido (art. 297 do CC).

6.2. Cessão de Débito ou Assunção de Dívida

Conceito: A cessão de débito consiste em um negócio jurídico bilateral por meio do qual o devedor, por **expresso consentimento do credor**, transmite, de forma expressa ou tácita, a um terceiro a sua posição contratual (seu débito), na mesma relação obrigacional.

A transmissibilidade é no pólo passivo da obrigação.

Diferenciação de institutos

Não se trata de **novação subjetiva passiva**, porque não há configuração de nova obrigação. Na cessão de débito, o novo devedor assume, na **mesma relação** obrigacional, o débito antigo.

Apesar disso, a cessão de débito recebe a mesma classificação da novação passiva (assunção por expromissão ou por delegação).

Só haverá a transferência do débito se o credor aceitar (diferentemente do que ocorre na cessão de crédito). Esse consentimento deve ser **EXPRESSO**, de maneira que o seu silêncio é interpretado como uma recusa.

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

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

Conforme previsto na segunda parte do art. 299, operada a cessão de débito, o antigo devedor se exonera. Contudo, poderá ser chamado a responder se o novo devedor for insolvente e o credor ignorava essa circunstância à época da assunção. Essa regra é um pouco dura com o devedor, pois visa a proteger o crédito.

Se o novo devedor for insolvente e o credor o ignorar, o antigo devedor reassume a obrigação.

A cessão de débito pode ser cumulativa. Existem duas formas de co-assunção, segundo o enunciado 16 do CJF:

Enunciado 16 do CJF. O art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor.

O art. 303 é norma que mitiga a regra segundo a qual o consentimento expresso do credor na assunção de débito é obrigatória:

Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, **não impugnar em trinta dias a transferência do débito**, entender-se-á dado o **assentimento**.

Segundo o enunciado 353 da IV JDC, a recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado, comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada.

Se o devedor primitivo deu garantias ao credor, assumindo um novo devedor sem seu consentimento, aquele está exonerado. Se, contudo, o devedor primitivo der consentimento na cessão de débito, as garantias que houver dado permanecem. OBS: Veja que essa regra é distinta daquela prevista para a cessão de crédito, que, em regra, abrange todos os acessórios (art. 287).

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

Enunciado 352 do CJF. Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção de dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente são mantidas no caso em que este concorde com a assunção.

A respeito do art. 301, explica Tartuce: **A** cede o débito a **B**, que é garantido por uma fiança prestada por **C**. O credor é **D**. A cessão é anulada por ação judicial, pela presença de dolo de **A**. Pois bem, em regra a dívida original é restabelecida, estando exonerado o fiador. Entretanto, se o fiador tiver conhecimento do vício, continuará responsável. O CC responsabiliza o que age de má-fé, em sintonia com a eticidade.

Art. 301. Se a substituição do devedor vier a ser anulada, **restaura-se o débito**, com todas as suas garantias, **salvo as garantias prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação**.

Art. 302. O **novo devedor não** pode opor ao credor as **exceções pessoais** que competiam ao credor primitivo.

O art. 303 é norma que mitiga a regra segundo a qual o consentimento expresso do credor na assunção de débito é obrigatório:

Art. 303. O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, **não impugnar em trinta dias a transferência do débito**, entender-se-á dado o **assentimento**.

*Segundo o enunciado 353 da IV JDC, a recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado, comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser **justificada**.*

I. Classificação

O mais comum é que a mudança de devedores ocorra por delegação. Mas é possível que a mudança de devedores ocorra por expromissão? Sim. É possível que o credor expulse o devedor velho, substituindo-o por um novo, na mesma obrigação, sem ouvi-lo.

A cessão de débito recebe a mesma classificação da novação subjetiva passiva:

- a) Assunção por expromissão** → É a situação em que terceira pessoa assume espontaneamente o débito da outra, sendo que o devedor originário não toma parte nessa operação. Essa forma de assunção pode ser:
- Liberatória*: quando o devedor primitivo se exonera da obrigação; ou
 - Cumulativa*: quando o expromitente entra na relação como novo devedor, ao lado do devedor primitivo, conforme tratamento dado pelo já comentado enunciado 16 do CJF.
- b) Assunção por delegação** → É a situação em que o devedor originário, denominado delegante, transfere o débito a terceiro (delegatário), com a anuência do credor (delegado).

II. Distinções

	Cessão de crédito	Cessão de débito	
Consentimento	Não é necessário haver consentimento do devedor para sua realização (apenas para ter eficácia contra o devedor).	Sua contratação depende do consentimento expresso do credor.	
Regime de garantias	A cessão abrange todos os seus acessórios (inclusive garantias).	Salvo consentimento expreso do devedor primitivo, consideram-se extintas , a partir da assunção, as garantias especiais por ele dadas ao credor.	
Exceções pessoais	O devedor pode opor ao cessionário (novo credor) as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio	O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo (art. 302).	Compensação
		Grave: novo devedor não	O devedor que, notificado, nada opõe à cessão que o credor faz a terceiros , não pode

	a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente (art. 294) [exceto a compensação, como veremos].	pode opor!	opor ao cessionário a compensação , que antes da cessão teria podido opor ao cedente (art. 377). Se, porém, não tiver sido notificado da cessão, o devedor poderá opor ao cessionário compensação do crédito que antes tinha contra o cedente.
--	--	------------	--

6.3. Cessão de Contrato ou Cessão de Posição Contratual

Conceito: Na cessão de contrato, mais abrangente do que a cessão de crédito ou de débito, o cedente **transfere a sua própria posição contratual** a um terceiro, mediante a concordância da outra parte.

Não tem previsão legal, mas se enquadra no art. 425 do CC:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos **atípicos**, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Vale lembrar que, embora a nossa codificação seja omissa, o Código Civil de Portugal, a partir do art. 424, disciplina essa matéria. Assim, o Código Português (que foi um dos que mais influenciou o nosso) influenciou a doutrina brasileira, que admite a cessão de contrato, apesar da omissão legislativa.

Segundo Emilio Betti, a cessão de contrato realiza a forma mais completa de sucessão a título singular/particular na relação obrigacional.

Diferentemente do que ocorre na cessão de crédito ou de débito, na cessão de posição contratual, o cedente transfere a sua própria situação jurídica no contrato a um terceiro, que passará a substituí-lo na relação originária.

Na cessão de crédito, existe uma singularidade (porque cede o crédito). Também na cessão de débito há singularidade, onde o devedor cede o débito. A cessão de contrato, por sua vez, é muito mais complexa e abrangente, pois cede a posição no contrato, e não apenas o crédito ou o débito.

A cessão de contrato é muito comum em alguns tipos de figuras contratuais: empreitada, financiamento, locação.

I. Teorias explicativas da cessão de contrato

Fundamentalmente, duas teorias tentam explicar a cessão de contrato:

- **Teoria da DECOMPOSIÇÃO, ATOMÍSTICA** (*Zerlegungskonstruktion*) – Sustentava que a cessão de contrato implicaria uma cessão de múltiplos créditos e débitos, ao mesmo tempo. A cessão de contrato não geraria uma cessão uniforme/unitária da posição

contratual, mas várias cessões de crédito e de débito. Essa primeira teoria não aceitava a autonomia da cessão de contrato. Essa teoria não vingou porque ao fragmentar a cessão de contrato, a deixa complicada.

- **Teoria UNITÁRIA** – A segunda teoria é a mais adequada, por defender a **cessão global e uniforme** da posição contratual. Para essa teoria, a cessão de contrato é instituto autônomo em relação à cessão de crédito e de débitos que ocorre por um único ato e de forma global. Não haveria a cessão do conjunto de créditos e débitos, mas sim da posição no contrato. Isso é importante, pois mostra que a cessão de posição contratual não pode ser parcial, mas apenas integral. Expoentes: Pontes de Miranda, Antunes Varela, Silvo Rodrigues.

II. Requisitos da cessão de contrato

Para saber quando pode acontecer a cessão de contrato, é preciso analisar os requisitos da cessão. Isso é um assunto importante para concurso, pois não está no Código.

Fundamentalmente, são três os requisitos da cessão de contrato:

- Celebração de negócio jurídico entre cedente e cessionário;**
- Integralidade da cessão (a cessão deve ser global)** – não pode haver cessão de parte da posição global, pois essa hipótese não se enquadra na teoria unitária;
- Anuência da outra parte** – O Código de Portugal prevê esse requisito e a doutrina brasileira o reafirma, diante da ausência de previsão legal da cessão de contrato no ordenamento brasileiro. A anuência é necessária porque a cessão de débito faz essa exigência (e a cessão de contrato engloba a cessão de débito). Emilio Betti diz que a falta da anuência gera a **invalidade** do ato.
 - **Regra geral:** É requisito da cessão de contrato a **anuência** da outra parte contratante.
 - **Exceção:** É possível que a lei autorize a cessão de contrato independentemente da anuência da parte adversa. Essa é a denominada **cessão LEGAL** ou **IMPRÓPRIA**. Exemplo: art. 31, §1º da Lei 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano):

Art. 31 - O **contrato particular pode ser transferido por simples trespasse**, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando-se o número do registro do loteamento, o valor da cessão e a qualificação do cessionário, para o devido registro.

§ 1º - A **cessão independe da anuência do loteador**, mas, em relação a este, seus efeitos só se produzem depois de cientificado, por escrito, pelas partes ou quando registrada a cessão.

Contrato de Gaveta

A regra geral é no sentido de que a instituição financeira, especialmente no âmbito do SFH (Sistema Financeiro de Habitação), **deverá anuir para que ocorra a cessão de contrato**. Isso porque a solvabilidade de quem quer ser beneficiário do sistema financeiro de habitação é requisito necessário para adquirir o *status* de mutuário (porque isso pode repercutir na responsabilidade do cedente).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MÚTUO DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. AÇÃO REVISIONAL. CESSÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE INTERVENIÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO.

A interveniência da instituição financeira é obrigatória na transferência de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação pois, sem esta, não tem o cessionário legitimidade ativa para ajuizar ação visando discutir o contrato realizado entre o mutuário cedente e o mutuante.

Agravo no recurso especial não provido. STJ AgRg no REsp 934989-RJ

Outros julgados: STJ – Resp 1180397/RJ; Resp 783389/RO; Resp 1102757/CE.

Contudo, em relação a um período específico da história, em razão do grande número de “contratos de gaveta” (cessão de contrato informal, sem anuência do agente financeiro) celebrados no campo do sistema financeiro de habitação, POR EXCEÇÃO, a lei 10.150/2000, nos termos e nas condições de seu art. 20, admitiu a **regularização dos negócios celebrados sem a anuência do agente financeiro, por meio de contrato de gaveta**.

Art. 20 da lei 10150/2000. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei no 8.692, de 28 de julho de 1993, que **tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.** [...]

Esse Resp deixa claro que mutuários que cederam posição no contrato de financiamento sem ouvir o banco, se atendidos os requisitos do art. 20 da lei, terão contrato de gaveta válido.

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FCVS. CESSÃO DE OBRIGAÇÕES E DIREITOS. "CONTRATO DE GAVETA". TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MUTUANTE. LEI Nº 10.150, DE 2000 (ART. 20).

1. A cessão de mútuo hipotecário carece da anuência da instituição financeira mutuante, mediante comprovação de que o cessionário atende aos requisitos estabelecidos pelo Sistema Financeiro de Habitação-SFH. Precedente da Corte Especial: REsp 783389/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2008, DJ de 30/10/2008.[...]

3. Ressalva do ponto de vista do Relator no sentido de que, a despeito de a jurisprudência da Corte Especial entender pela **necessidade de anuência da instituição financeira mutuante, como condição para a substituição do mutuário, a hipótese *sub judice* envolve aspectos sociais que devem ser considerados.**

4. **A Lei n.º 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.**

5. **A Lei n.º 10.150/2000, por seu turno, prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n.º 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados “contratos de gaveta”, originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.**

6. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

7. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Dessa sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

8. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente **considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida.** Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de

um princípio fundamental dos direitos reais.

10. Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, posto que para esse fim há lei especial – Lei nº 8.004/90 –, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303, do Código Civil de 2002.[...]. STJ AgRg no REsp 838127-DF

7. Extinção da obrigação sem pagamento

Em algumas situações há a extinção da obrigação sem cumprimento e sem que isso possa importar em qualquer consequência para o devedor. Isso ocorre nos seguintes casos:

- a) **Prescrição** – Segundo Tartuce, a prescrição faz desaparecer o direito subjetivo tutelado, tendo o poder de extinguir o crédito.
- b) **Advento de condição resolutiva ou termo extintivo.**
- c) **Impossibilidade de execução sem culpa do devedor** – Ocorre nas hipóteses de caso fortuito ou força maior. A parte só responderá por caso fortuito ou força maior:
 - Se for devedor e estiver em mora, a não ser que prove ausência de culpa e que a coisa se perderia mesmo não havendo a mora.

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.

- Houver previsão no instrumento obrigacional de **cláusula de assunção convencional** de responsabilidade
- Nos casos previstos em lei, como no caso do art. 583 do CC:

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

8. TEORIA DO INADIMPLEMENTO

Segundo a doutrina alemã, a obrigação é visualizada de forma dualista, concebida à luz do binômio débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*). Cumprida totalmente a obrigação, haverá apenas o primeiro. Se, contudo, ela não é satisfeita conforme pactuado, surge a responsabilidade (*Haftung*). Assim sendo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, inexecução ou descumprimento, surgindo a responsabilidade civil contratual prevista a partir do art. 389, CC.

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

Já falamos aqui que a relação obrigacional **não é estática**, mas DINÂMICA. Ela aponta para o adimplemento ou inadimplemento. O inadimplemento se desdobra em inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo. Para diferenciá-las deve-se analisar a utilidade do cumprimento tardio da obrigação para o credor:

- a) **Inadimplemento Relativo** – É a MORA. Há utilidade no cumprimento tardio.
- b) **Inadimplemento Absoluto** – É o descumprimento total da obrigação. Não há utilidade no cumprimento tardio.

Violação Positiva do Contrato/Crédito ou Cumprimento Defeituoso

Também é chamado de inadimplemento ruim e inexecução contratual positiva. Essa idéia surgiu na Alemanha, por **Staub**. Para ele tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora correspondiam a violações negativas do crédito (no primeiro caso a obrigação não é realizada, no segundo ela não é realizada no momento adequado), enquanto **as hipóteses de violação positiva do crédito acarretariam descumprimento obrigacional exatamente porque a obrigação foi realizada**.

Há julgados tratando do cumprimento defeituoso, que pode ser percebido, ainda, no caso de vícios rebitórios (art. 441 a 446 do CC) e vícios do produto ou do serviço (CDC).

Para Flávio Tartuce, o cumprimento defeituoso seria, na verdade, caso de MORA (inadimplemento relativo) que, nos termos do art. 394 pode se configurar não somente quando o cumprimento inexato se referir ao tempo, mas também ao **lugar** e à **forma** de adimplemento.

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

Deveres anexos de conduta decorrentes da boa-fé

O autor lembra que **também gera violação positiva do contrato a quebra dos deveres anexos, laterais ou secundários de conduta**, decorrentes da boa-fé objetiva¹⁷, com responsabilidade extracontratual daquele que os desrespeita, bem como a oposição da exceção do contrato não cumprido.

Vale dizer, a moderna doutrina tem entendido que o descumprimento de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva (violação positiva do contrato) determina responsabilidade civil objetiva.

Enunciado 24 do CJF. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a **violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa**.

Enunciado 363 do CJF. Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da lesão.

Por fim, Flávio Tartuce lembra que há quem diga (e ele concorda) que **a violação da boa-fé e dos direitos anexos, mais do que uma forma de mora, consubstancia uma terceira forma de inadimplemento**, ao lado do inadimplemento absoluto e da mora, pois possui regramento específico.

Justificativa:

A boa-fé possui três funções: de interpretação do negócio jurídico (fundada nos art. 113 do CC); de controle (fundada no art. 187 do CC) e de integração (com base no art. 422 do CC).

- **Função de interpretação:** Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados

¹⁷ **Deveres anexos:**

Os deveres anexos de conduta comportam tratamento que abranja toda relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em **dever de informação; dever de cuidado; dever de vigilância; dever de guarda; dever de cooperação; dever de assistência; dever de agir conforme a razoabilidade, equidade e boa-razão; dever de lealdade e probidade; dever de respeito** etc. Clóvis Couto Silva afirma que o contrato e a obrigação trazem um processo de colaboração entre as partes decorrente desses deveres anexos que devem ser respeitados pelas partes em todo o curso obrigacional. **Sua violação gera responsabilidade EXTRACONTRATUAL** (segundo João, pouca gente sabe disso).

conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

- **Função de Controle:** Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
- **Função de integração:** Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Em relação à **função de controle**, haverá abuso de direito na atuação de quem manifestamente excede os limites da boa-fé objetiva. Como a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito gera a responsabilidade objetiva, pode-se dizer que **há responsabilidade civil objetiva para a violação dos direitos anexos da boa-fé** (conseqüência diversa da decorrente da mora). Ademais, no que concerne à **função de integração** temos que a boa-fé deve ser respeitada em todas as fases do contrato: pré-contratual, contratual e pós-contratual (Enunciados 25 e 170 do CJF). Assim, enquanto **a violação positiva do contrato pode estar presente em qualquer das fases obrigacionais**, o inadimplemento absoluto só pode ocorrer nas fases pré e pós-contratual.

8.1. Inadimplemento relativo, parcial, atraso ou MORA

Ocorre a **mora**, espécie de inadimplemento relativo, quando o pagamento não é feito no **tempo, lugar ou forma convencionados**. Para que ocorra mora, o atraso, retardamento ou a imperfeita satisfação obrigacional não pode decorrer de caso fortuito ou força maior.

Existem dois tipos de mora:

Mora *debendi, debitoris* ou *solvendi* → devedor

Mora *accipiendi, creditoris* ou *credendi* → credor

Segundo Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz, havendo mora recíproca, do **credor e do devedor**, deverá o juiz, na **medida do possível, compensá-las**, ficando **tudo como está**.

Ex: o devedor tem que pagar no dia 10 mas só procura o credor no dia 15. O credor não aceita receber no dia 15, só aceitando no dia 20. Cada parte esteve em mora por 5 dias. Nesse caso, ficará como está, não havendo pagamento de juros.

8.1.1. Mora do devedor, *debendi* ou *solvendi*

Conceito: Traduz o retardamento culposo no cumprimento da obrigação. É a mais comum.

I. REQUISITOS da mora do devedor

Clóvis Beviláqua aponta os seguintes requisitos:

- a) **Existência de uma dívida líquida e certa;**
- b) **Vencimento da dívida (sua exigibilidade)** → A mora pode ser *ex re* ou *ex persona*:
 - **Mora *ex re*:** Quando a obrigação é **positiva, líquida** e tem **vencimento certo**, a constituição em mora do devedor opera-se automaticamente, de pleno direito,

conforme o aforisma ***dies interpellat pro omne***¹⁸. Não se exige, assim, nestes casos, que o credor constitua em mora o devedor.

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

- **Mora ex persona ou pendente:** Ocorre quando a constituição do devedor em mora depende que o credor o interpele, em razão de (i) existir previsão contratual ou legal específica nesse sentido ou de (ii) a obrigação não possuir vencimento certo (se não houver estipulação de termo certo para a execução da obrigação assumida).

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

No caso de mora *ex persona*, a caracterização do atraso dependerá de uma providência, do credor ou seu representante, por meio de interpelação, notificação ou protesto do credor, que pode ser judicial ou extrajudicial¹⁹. Ex.: comodato sem prazo. ATENÇÃO:

Enunciado 354 da IV Jornada de Direito Civil. A cobrança de encargos e **parcelas indevidas ou abusivas** impede a caracterização da mora do devedor.

Atente também para a súmula 380 do STJ: A simples **propositura** da **ação de revisão de contrato não inibe** a caracterização da **mora** do autor.

c) Culpa do devedor → Só haverá mora do devedor se houver fato imputável a ele:

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

OBS: Existem vozes na doutrina pós-moderna apontando que a culpa não é fato necessário e indispensável para a caracterização da mora do devedor. Judith Martins Costa cita, por exemplo, os casos que envolvem obrigação de resultado, situações em que a análise da culpa é dispensada.

d) Viabilidade do cumprimento tardio da obrigação → É preciso que ainda haja interesse ou utilidade ao credor do adimplemento tardio da obrigação.

Se a prestação, **objetivamente considerada**, não for mais de interesse do credor, não havendo mais viabilidade em seu cumprimento tardio, não haverá mais simples **mora**, mas sim **inadimplemento absoluto** da obrigação, que se resolverá em perdas e danos.

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

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

OBS: Dentro dessa idéia pode-se mencionar a teoria do adimplemento substancial (vide 5.1).

Inadimplemento relativo simultâneo – O que acontece se, na mesma relação obrigacional, houver, ao mesmo tempo, mora do devedor e do credor?

¹⁸ Significa “o dia interpela pelo homem”, pois a mora é automática no prazo do vencimento.

¹⁹ Segundo TARTUCE, no campo processual, essa necessidade de notificação torna presente uma das condições da ação, qual seja, interesse de agir.

Segundo Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz, havendo mora simultânea, o juiz deverá compensá-las.

II. EFEITOS da mora do devedor

- a) **A responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao credor, em virtude da mora:** O devedor cumprirá a obrigação principal pagando em juros de mora (legal ou convencional), cláusula penal (se houver), correção monetária e honorários de advogado.

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

Súmula 379 do STJ. Nos **contratos bancários** não regidos por legislação específica, **os juros moratórios** poderão ser fixados em **até 1% ao mês**.

- b) **A responsabilidade civil pela integridade da coisa devida durante a mora:** Esse efeito é chamado pela doutrina de **PERPETUATIO OBLIGATIONIS** (é a perpetuação da obrigação, enquanto permanece a mora). Define que se a coisa se destruir durante a mora, em regra, a responsabilidade será do devedor em mora, ainda que a impossibilidade da prestação decorra de caso fortuito ou força maior.

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**.

Exceção à *perpetuatio obligationis*

Nos termos do art. 399, existem as seguintes exceções à regra da responsabilidade do devedor em mora pela impossibilidade da prestação:

- Se o devedor provar que **não teve culpa** no atraso do pagamento;
- Se o devedor provar que, mesmo que houvesse desempenhado oportunamente a prestação, **o dano, ainda assim, sobreviria**.

Obviamente, o efeito da *perpetuatio obligationis* se aplica apenas à obrigação de dar (ex: devolver um bem). Em relação às obrigações de fazer ou não fazer, não há qualquer sentido nisso.

III. Mora presumida ou irregular

Encontra-se prevista no art. 398 do CC, pelo qual “nas obrigações provenientes de **ato ilícito**, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

IV. Purgação da mora

Purgar (ou emendar) a mora significa **afastar** ou **neutralizar** os efeitos do atraso decorrentes. Através desse instituto, tanto o credor quanto o devedor que incorreram em mora **corrigem, sanam a falta cometida, cumprindo com a obrigação** ainda em **tempo hábil** do adimplemento.

Art. 401. Purga-se a mora:

I - por parte do devedor, **oferecendo este a prestação** mais a importância dos **prejuízos decorrentes do dia da oferta** [*juros, correção monetária, multa, honorários advocatícios e eventuais perdas e danos*].

II - por parte do credor, oferecendo-se este a **receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora** até a mesma data.

Purgação da mora x cessão da mora (Maria Helena Diniz):

- Ocorre a purgação de mora por meio de ato espontâneo do sujeito obrigacional em atraso, que visa **remediar a situação a que deu causa**, evitando seus efeitos decorrentes. Somente produz efeitos **futuros (ex nunc)**.
- A cessação de mora, por sua vez, ocorrerá por um fato extintivo dos efeitos **pretéritos e futuros**, como sucede quando a obrigação se extingue com a **novação** ou **renúncia** do credor.

8.1.2. Mora do credor

Conceito: O credor estará em mora quando recusar, injustificadamente, o recebimento da obrigação.

Ocorre nas situações em que o credor se recusa a aceitar o adimplemento da obrigação no tempo, lugar ou forma pactuados, **sem justo motivo para tanto**.

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

Citada por Roberto de Ruggiero, uma antiga corrente dizia que o credor não poderia estar em mora, já que titular de direito. Essa corrente não vingou.

Alguns autores, como o grande Silvio Rodrigues, afirmam que a mora do credor não só existe como **independe do aditamento da culpa**. Não há que se averiguar se o credor teve culpa ou não na recusa em receber a prestação. Para tal corrente, cuida-se de **mora objetiva**. OBS: Flávio Tartuce trata dessa corrente como se fosse a única.

O devedor poderá utilizar a ação de consignação em pagamento para se voltar contra a mora do credor.

I. EFEITOS da mora do credor, *accipiendi* ou *credendi*

Os efeitos da mora do credor estão previstos no art. 400 do CC, muito cobrado pelo CESPE:

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

- a) **Subtrair o devedor isento de dolo da responsabilidade pela conservação da coisa:** Se o credor não recebe o pagamento no dia acertado, o devedor não será mais responsável pela conservação da coisa, mas responderá se der fim à coisa por dolo.

Ex: devedor que deve entregar animal a alguém não pode matá-lo, mas não é obrigado a conservá-lo.

- b) **Obriga o credor a ressarcir o devedor pelas despesas empregadas na conservação da coisa** – o devedor não é obrigado a conservar a coisa, mas se fizer, deverá ser ressarcido.

- c) **Sujeita o credor a receber a coisa pela estimativa mais benéfica ao devedor**, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Se o devedor de arroba de gado não paga no dia acertado por mora do credor, e o valor da arroba do boi oscilar, o credor terá que receber o valor da arroba pelo melhor valor, em relação ao devedor (ou seja, o mais barato).

Ex.: **A** deve entregar a **B**, no dia x, uma vaca, mediante pagamento do valor correspondente à arroba naquele dia. Se **B**, credor, estiver em mora (não receber no dia do vencimento) e, com o tempo, o valor da arroba oscilar, o devedor receberá o valor **mais alto** (se aumentar, o devedor recebe mais; se diminuir, recebe o valor do dia em que o credor se recusou a receber).

8.2. Inadimplemento absoluto

O inadimplemento absoluto traduz o **descumprimento total** da obrigação, hipótese em que esta não pode ser mais cumprida, tornando-se inútil ao credor.

I. Espécies de inadimplemento absoluto

Ele se desdobra em: fortuito e culposo.

- **INADIMPLEMENTO FORTUITO** → Deriva de fato **não imputável** ao devedor, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 393)²⁰.

Art. 393. O devedor **não responde** pelos prejuízos resultantes de **caso fortuito** ou **força maior**, se **expressamente não se houver por eles responsabilizado [cláusula de assunção convencional]**.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no **fato necessário**, cujos efeitos **não era possível evitar** ou **impedir**.

Em geral, a conseqüência do descumprimento fortuito é a **extinção da obrigação** sem perdas e danos. Ex.: no dia do cumprimento da obrigação, o devedor é seqüestrado. Observações:

- Excepcionalmente, poderá o devedor assumir os efeitos decorrentes do caso fortuito ou da força maior, como se dá com as companhias de seguro;
 - **Assalto em ônibus** (questão do MP): vale lembrar que o STJ tem mantido a tese segundo a qual assalto à mão armada em ônibus traduz **evento fortuito**, excluindo a responsabilidade civil da empresa viária (ela também seria vítima da falta de segurança).
- **INADIMPLEMENTO CULPOSO** → Deriva de fato **imputável** ao devedor (culpa ou dolo), impondo-se a **obrigação de pagar perdas e danos**, sem prejuízo de eventual tutela jurídica específica (art. 389).

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

²⁰ Os arts. 389 a 393, juntos, consagram a denominada responsabilidade civil contratual. Lembra Flávio Tartuce que é errado fundamentar a responsabilidade civil contratual no art. 186 (que trata da responsabilidade civil contratual ou aquiliana).

Na obrigações negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que o fato é executado (art. 390). Complementando, o art. 391 prevê o *princípio da responsabilidade patrimonial do devedor* ou *princípio da imputação civil do dano*:

Art. 390. Nas **obrigações negativas** o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem **todos os bens do devedor**.

Na verdade, não são todos os bens do devedor que respondem pelo inadimplemento, pois existem bens impenhoráveis. Assim, deve-se levar em consideração a redação dada pelo art. 591 do CPC:

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Nos contratos benéficos, responderá por culpa aquele que tem benefícios (ex.: comodatário) com a obrigação do contrato e apenas por dolo aquele a quem não favoreça (ex.: comodante):

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

No caso de inadimplemento absoluto, a principal consequência refere-se ao pagamento de perdas e danos, previstas entre os arts. 402 a 404 do CC (o art. 405 trata de juros).

II. Perdas e danos

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

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

Que exceções são essas a que alude o art. 402?

Há situações em que a lei pode limitar o pagamento das perdas e danos. Ex.: a lei de imprensa tarifava o valor da indenização. Quando a lei estabelece um **sistema de tarifamento** (tabelamento) da indenização, o valor das perdas e danos pode não corresponder ao dano emergente + lucro cessante.

É em razão do art. 403 que não é possível a indenização do dano eventual ou hipotético.

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

Art. 404. As **perdas e danos**, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com **atualização** monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo **juros, custas e honorários** de advogado, sem prejuízo da **pena convencional**.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Dano moral no inadimplemento contratual

As perdas e danos referenciadas no CC apenas tratam dos danos materiais, não havendo qualquer referência aos **danos extrapatrimoniais** (ex.: danos morais). No caso da responsabilidade civil contratual, não terá o prejudicado direito a tal reparação? Qual o fundamento jurídico?

Flávio Tartuce responde que, sem dúvidas, será possível ao prejudicado pleitear tais danos imateriais. O fundamento jurídico, contudo, não está no art. 186, que trata da responsabilidade civil aquiliana, mas sim o art. 5º, V e X, da CF/1988.

8.3. Violação positiva do contrato (extraído do livro de Flávio Tartuce)

Ao lado do inadimplemento absoluto e da mora, a doutrina alemã acrescenta a idéia da **violação positiva do contrato (violação positiva do crédito)**.

Para essa doutrina, tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora corresponderiam a violações negativas do crédito: no primeiro, a prestação não é realizada; no segundo, a prestação não é realizada no momento adequado. Já as hipóteses de violação positiva acarretariam descumprimento obrigacional exatamente porque a prestação **foi realizada**.

O CC não trata da situação, também chamada (pela doutrina) de **cumprimento defeituoso**, adimplemento ruim, inexecução contratual positiva, violação positiva do crédito etc. O traço distintivo desta modalidade de incumprimento não consiste no atraso/inexecução, mas sim **em deficiências ou defeitos na prestação que é desempenhada**. Ex.: casos de vício reidibitório ou vícios do produto ou do serviço.

Para Flávio Tartuce, o conceito de mora já inclui o de cumprimento inexato. Contudo – acrescenta o autor – ainda dentro da idéia de violação positiva do contrato surge a chamada **quebra dos deveres anexos ou laterais de conduta**, decorrentes da **boa-fé objetiva**.

8.4. Cláusula penal ou Pena convencional

Conceito: A cláusula penal ou pena convencional consiste em um **pacto acessório** por meio do qual as partes **fixam antecipadamente a indenização devida** em caso de:

- a) **Inadimplemento absoluto** (cláusula penal compensatória)
- b) **Inadimplemento relativo/Mora** (cláusula penal moratória)
- c) **Descumprimento de alguma cláusula específica do contrato** (cláusula penal moratória).

I. Finalidade da cláusula penal

A grande vantagem da cláusula penal é que ela permite a economia processual, já que ela tem a função primordial de **prefixar os danos devidos em caso de inadimplemento**.

Cláusula penal X Multa contratual

Há quem chame a cláusula penal de multa contratual, mas parte da doutrina não concorda porque enquanto a função primordial da multa é punitiva, a função da cláusula penal é indenizatória (de antecipar a liquidação da reparação civil).

Orlando Gomes e Cristiano Chaves lembram que, além da **função primordial indenizatória/compensatória**, a cláusula penal possui uma **função secundária intimidatória/coercitiva**, visando incentivar o cumprimento voluntário da obrigação.

Em suma, a cláusula penal é uma obrigação acessória que visa fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento, bem como garantir o cumprimento da obrigação principal.

II. Espécies de Cláusula Penal

A disciplina da cláusula penal é feita a partir do art. 408 do CC, desdobrando-se em duas espécies fundamentais:

- a) **Cláusula penal compensatória** – no caso do inadimplemento absoluto;
- b) **Cláusula penal moratória** – nos casos de mora (atraso) e de descumprimento de obrigação específica contratual.

Em regra, a incidência da cláusula penal exige a culpa genérica do devedor.

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, **culposamente**, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Ler enunciado 355 a 359, bem como artigo jurídico a respeito do reconhecimento de ofício de cláusula abusiva em contrato bancário (está no material de apoio).

- **CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA**

A **cláusula penal moratória** é mais simples, de valor menor, visando indenizar o credor pelo atraso do devedor. Ela é pactuada para o caso de mora (atraso – inadimplemento relativo) ou de descumprimento de alguma cláusula isolada ou específica do contrato.

Regra geral, os juros moratórios são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado.

Art. 411. Quando se estipular a **cláusula penal para o caso de mora**, ou em **segurança especial de outra cláusula determinada**, terá o credor o **arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal**. [obrigação principal + multa]

- **CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA ou REMUNERATÓRIA**

A **cláusula penal compensatória** é a que **indeniza** o credor pelo **descumprimento total** da obrigação principal, **pré-liquidando os danos** devidos em razão do inadimplemento.

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, **culposamente**, **deixe de cumprir a obrigação** ou se **constitua em mora**.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à **inexecução completa da obrigação**, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Observação: Guilherme Gama lembra que, por exceção, o jogador de futebol que resolva exercer o direito de desistir do contrato, mesmo não estando tecnicamente descumprindo obrigação, poderá ser compelido a pagar cláusula penal (art. 28 da Lei 9.615/98).

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

Nos termos do art. 410 do CC (seguindo a linha do art. 1.152 do Código da Espanha), diferentemente do que ocorre na cláusula penal moratória, a execução da cláusula penal compensatória afigura-se como uma **alternativa** ao credor, uma vez que pode ele optar entre: **(i)** exigir o cumprimento da obrigação principal (via tutela específica, por exemplo) ou **(ii)** executar a cláusula penal.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de **total inadimplemento da obrigação** [cláusula penal compensatória], **esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. [obrigação principal ou multa].**

Assim, o credor não poderá cobrar o valor da cláusula penal compensatória e, cumulativamente, cobrar o cumprimento da obrigação. Isso decorre do fato de que a cláusula penal não tem função punitiva, mas sim indenizatória. A indenização já compensa o descumprimento da obrigação principal, não podendo o credor executar a cláusula penal e ainda exigir o descumprimento da obrigação principal.

Multa mora = obrigação principal + multa

Multa compensatória = obrigação principal ou multa

Por óbvio, especialmente para se evitar o enriquecimento sem causa, o valor de uma cláusula penal não poderá ultrapassar o valor da própria obrigação principal (art. 412).

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

ATENÇÃO: Segundo Flávio Tartuce, esse artigo não se aplica à cláusula penal moratória, **sujeita ao limite de 10% sobre o valor da dívida**, conforme previsto nos artigos 8º e 9º da Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933). A doutrina não é pacífica, havendo quem entenda que o art. 412 se aplica a ambos os casos, limitando também a cláusula penal moratória. **Nos contratos de consumo, a cláusula penal moratória limita-se a 2%, conforme prevê o art. 52, §1º do CDC (Lei 8.078/1990).**

8.4.1. Questões

I. Indenização suplementar (Questão de concurso)

Se o valor do prejuízo do credor ultrapassar o valor estipulado na cláusula penal, é possível a ele pedir indenização suplementar?

Em regra, a suplementação da cláusula penal **não é possível**, e o credor não precisa provar a ocorrência de prejuízo. Contudo, o parágrafo único do art. 416 estabelece que **a indenização suplementar é possível, se houver previsão contratual e o credor provar o prejuízo.**

Nesse caso, alegando e provando o prejuízo, o credor poderá aumentar o valor da cláusula penal, estando esta limitada, claro ao valor da obrigação principal. Convém comparar o art. 416 com o parágrafo unido do art. 404 do CC:

<p>Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.</p> <p>Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.</p>	<p>Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.</p> <p>Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.</p>
---	--

II. Redução judicial da cláusula penal

A cláusula penal pode ter seu valor reduzido. Judith Martins Costa diz que o juiz não pode suprimir a cláusula penal prevista no contrato, sob pena de violar o princípio da autonomia da vontade. Contudo, a redução da cláusula penal é possível.

A redução eqüitativa da cláusula penal pelo juiz será possível em duas situações:

- a) Se a obrigação principal foi cumprida em parte, ou
- b) Se o montante da penalidade for manifestamente excessivo.

Art. 413. A penalidade **deve ser reduzida eqüitativamente** pelo juiz se a obrigação principal tiver sido **cumprida em parte**, ou se o montante da penalidade for **manifestamente excessivo**, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio²¹.

Enunciado 359 do CJF. A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

Esse artigo amplia o poder-dever de revisar o negócio, para que o contrato possa atingir sua função social. Nossos tribunais já vêm aplicando a redução, a fim de evitar a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa.

Como esse dispositivo consagra norma de ordem pública, não pode ser afastado pelas partes (enunciado 355 do CJF).

A redução da cláusula penal pode ser realizada de ofício pelo juiz?

Depende da banca. A doutrina mais conservadora entende que não, em razão do princípio da autonomia privada. A doutrina mais moderna, porém, sob o influxo do princípio da função social dos contratos, estabelece a possibilidade do juiz reduzir, **de ofício**, o valor da cláusula penal (Judith Martins-Costa entende que é dever do juiz reduzir o valor da cláusula penal abusiva).

Enunciado 356 da IV Jornada de Direito Civil. Nas hipóteses previstas no art. 413 do CC, o juiz deverá reduzir a cláusula penal **de ofício**.

ATENÇÃO: O juiz tem capacidade para reduzir a cláusula penal, mas jamais poderá suprimi-la.

²¹ Segundo o enunciado 355 do CJF/STJ, não podem as partes renunciar à possibilidade de redução, por se tratar de preceito de ordem pública. O enunciado 358, por seu turno, prevê que o "caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração de circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para o mais e para o menos".

Como dito, a doutrina moderna, a exemplo de Flávio Tartuce, tem sustentado que, à luz do princípio da função social, o juiz deve, **de ofício, reduzir o valor excessivo de uma cláusula penal.**

Contudo, segundo a súmula 381 do STJ, o juiz não poderá mais reconhecer de ofício cláusula abusiva em contrato bancário.

Súmula 381. **Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.**

Com ela, fica definido que um suposto abuso em contratos bancários deve ser demonstrado cabalmente, não sendo possível que o julgador reconheça a irregularidade por iniciativa própria.

Como fica a situação da redução da cláusula penal com a súmula nova?

O STJ editou essa súmula para mensurar/equilibrar o princípio da congruência (pois os juízes estavam julgando *extra petita* ordinariamente). Só que o problema é que o tribunal terminou deixando parecer que o juiz não poder conhecer de ofício da abusividade em qualquer cláusula, o que não foi a intenção do STJ.

A única interpretação possível, que não torne o juiz um mero repetidor de idéias – numa involução desnecessária – é no sentido de que ao julgador **não é possível reconhecer de ofício abusividade de cláusula em contrário bancário que não esteja nos limites do *thema decidendum*.**

O STJ quis, portanto, que, se num processo, está sendo discutindo a cláusula 2, 4 ou 8, o juiz não pode reconhecer a abusividade de uma cláusula 18. Contudo, nos casos das cláusulas que tratem do *thema decidendum*, o juiz deve conhecer de ofício da abusividade.

Assim, o que o juiz não pode é se pronunciar de ofício sobre cláusulas abusivas que desdobrem o limite da lide (ex.: sobre correção monetária, que não está sendo discutida).

III. Revisão da cláusula penal

QUESTÃO: É válida uma cláusula penal que preveja como pena a perda de todas as prestações já pagas ou dos cheques emitidos?

Inicialmente, registramos que os consórcios têm disciplina específica, nos termos da lei 11795/2008, saindo do conteúdo do nosso programa. Vale dizer, o caso da desistência do consórcio tem regras próprias e, não está abarcado pela resposta a seguir.

A resposta vai depender da análise do caso concreto, mas a diretriz do STJ é de que, para os contratos celebrados antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, esse tipo de cláusula era mais facilmente sustentada. Entretanto, com a entrada em vigor do CDC tornou-se judicialmente viável a impugnação deste tipo de cláusula. Julgado: Resp 399123/SC e 435608/PR.

Hoje, esse tipo de cláusula pode ser impugnada, de modo que o contratante só retenha as cláusulas referentes a sua efetiva indenização.

O STJ, nesse ponto, estabeleceu um divisor de águas ao permitir a **aplicação do CDC** em face de contratos **celebrados após a sua vigência** com o fito de impugnar, à luz do caso concreto, esse tipo de cláusula.

Em relação aos contratos celebrados antes do CDC, não é possível utilizar esse diploma para tentar impugnar essa cláusula, razão pela qual o STJ tem mantido, nesses casos, a perda de todas as parcelas já pagas.

REsp 399123-SC. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E CESSÃO. INADIMPLÊNCIA RECONHECIDA DOS RÉUS. RESCISÃO DECRETADA. PERDA DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS CONSOANTE CLÁUSULA PENAL. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. VALIDADE DA COMINAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO INSUFICIENTE. SUCUMBÊNCIA. CPC, ART. 20, § 4º.

I. Reconhecida a inadimplência dos réus, em contrato de promessa de compra e venda e cessão imobiliária, **válida é a cláusula que prevê a perda das parcelas pagas quando celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ.**

REsp 435608-PR. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR. CONTRATO ANTERIOR AO CDC. INAPLICABILIDADE. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS PREVISTA EM CLÁUSULA PENAL.

I. **Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a contrato celebrado antes da sua vigência, pelo que a cláusula penal que prevê a perda da totalidade das parcelas pagas, contratada antes da entrada em vigor da Lei n. 8.078/80, não pode ser afastada com base em tal diploma. Precedentes do STJ.**

A cláusula penal que estipula a **perda de todas as prestações** pagas passou a ser passível de revisão, segundo as características do caso concreto, após a entrada em vigor do CDC.

IV. Obrigação divisível/indivisível e cláusula penal (arts. 414 e 415 do CC)

Conforme previsto no art. 414, se a obrigação for de entrega de um touro, com cinco devedores e uma multa moratória de R\$1.000,00, na hipótese em que houver culpa de apenas um deles quanto ao atraso, apenas deste a multa poderá ser exigida na totalidade (R\$1.000,00). Quanto aos demais, somente poderá ser exigida a quota correspondente, ou seja, R\$200,00. Mesmo assim, os não culpados poderão ajuizar ação regressiva contra o culpado que deu causa à multa moratória.

Art. 414. **Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.**

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a **ação regressiva** contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Sob outro prisma, se a obrigação for divisível só incorre na pena o devedor culpado, e proporcionalmente à sua parte no prejuízo.

Art. 415. **Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.**

8.5. Dos juros remuneratórios e moratórios

Um dos principais efeitos do inadimplemento da obrigação é a incidência de juros a serem suportados pelo devedor. Os juros são **frutos civis** ou **rendimentos**, devidos pela utilização do capital alheio. Duas são as suas espécies:

- **Juros compensatórios** – aqueles que decorrem de uma utilização consentida do capital alheio, como nos casos de **inadimplemento total** da obrigação ou de **financiamentos** em geral;
- **Juros moratórios** – constituem um **ressarcimento** imputado ao devedor pelo **descumprimento parcial** da obrigação. Como regra, são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado.

Os juros compensatórios e moratórios podem ser classificados em **convencionais e legais**.

I. Juros convencionais

São aqueles estabelecidos pelas partes no instrumento negocial, **sejam moratórios ou compensatórios**, decorrentes da autonomia privada, e que, para Flávio Tartuce, não podem exceder a taxa de até 24% anuais ou 2% ao mês, por previsão do art. 1º da Lei de Usura.

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).

Observe-se que a, pela literalidade, a limitação da Lei de Usura **se refere tanto aos juros moratórios quanto aos juros remuneratórios**.

Vale ressaltar que o CC/1916, no art. 1.062, atrelou a taxa de juros de mora (taxa legal) ao percentual de 0,5% a.m. e a Lei da Usura limitou a taxa de juros ao dobro da taxa legal. **Assim, prevalece que o limite é o de 1% a.m.**

Alguns autores sustentam que não há limites para a cobrança de juros convencionais, principalmente no caso de juros cobrados por instituições financeiras, por conta da súmula 596²² do STF, pela qual **as instituições bancárias, como as integrantes do sistema financeiro nacional, não estão sujeitas à Lei de Usura**. Tartuce discorda deste entendimento, bem como da súmula 283 do STJ, que informa:

“As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”.

Infelizmente, o STJ não tem sido guiado pela doutrina, de modo que instituições bancárias e financeiras, apesar de sujeitas ao CDC, **continuam cobrando as já conhecidas taxas de mercado, que muitas vezes atingem valores astronômicos, de até 12% ao mês**.

Esse entendimento, por sinal, acaba de se consolidar no STJ, no julgamento dos Recursos Especiais 402.483, 400.255, e 1061530.

REsp. 400255. CARTÃO DE CRÉDITO. TAXA DE JUROS. SÚMULA Nº 596-STF. JUROS MORATÓRIOS.

- As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64.

- **Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF.**

- **São admissíveis os juros de mora à taxa de 1% ao mês, desde que assim pactuados na avença.**

Após diversas decisões no mesmo sentido, a Segunda Turma do STJ aprovou a súmula nº 379, sedimentou entendimento que limita os juros mensais de contratos bancários. Seu teor é:

Súmula 379 do STJ. Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os **juros moratórios** poderão ser fixados **em até 1% ao mês**.

Conclusão: Apesar de não se submeterem à Lei de Usura, podendo cobrar taxa de juros compensatórios até o limite estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional, as instituições

²² TARTUCE sugere o cancelamento dessa súmula, diante do recente entendimento do STF de aplicação do CDC aos contratos bancários mantidos com os correntistas. Segundo o Supremo, as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pelo CDC (cf., inclusive, súmula 297 do STJ).

financeiras (nos contratos bancários não regidos por lei específica) não podem cobrar juros **moratórios** acima de 1% ao mês.

Nesse sentido, o voto do relator, ministro Barros Monteiro, no REsp 400255:

As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/64. Assim decidiu esta c. Turma ainda há pouco, quando do julgamento do REsp nº 450.453-RS, Relator para Acórdão o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Pacificou-se a jurisprudência no sentido **de não incidir a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7.4.1933) quanto à taxa de juros, nas operações realizadas com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, entendimento cristalizado com a edição da Súmula nº 596 do c. Supremo Tribunal Federal**. Confirmam-se nesse sentido os julgados insertos nas RTJs 77/966 e 79/620. Nos dois precedentes aludidos, a Suprema Corte assentou que os percentuais das taxas de juros se sujeitam unicamente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Nesta Casa, tem predominado a mesma orientação: REsp nºs 4.285-RJ, Relator Ministro Athos Carneiro; 5.212-SP, Relator Ministro Dias Trindade; 19.294-SP, 26.927-5/RS, 29.913-9/GO e 32.632-5/RS, por mim relatados; 158.508-RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; 122.776-RS, Relator Ministro Costa Leite; 124.779-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; 128.911-RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter; 130.875-RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha.

Conforme a jurisprudência desta Corte, tal entendimento é estendido às administradoras de cartões de crédito (cfr. REsp 419.037/RS, de relatoria do em. Min. Aldir Passarinho Junior, entre outros).

Assiste razão, por conseguinte, à recorrente ao propugnar pela subsistência da taxa de juros tal como convencionada. Limitando-a ao teto estabelecido na denominada Lei de Usura, o Acórdão recorrido afrontou o art. 4º, IX, da Lei nº 4.595/64, bem como dissentiu do referido verbete sumular nº 596-STF.

2. No tocante aos juros moratórios, são eles cabíveis à taxa de 1% ao mês, desde que assim pactuados na avença. No caso, segundo a sentença, há expressa estipulação a respeito no contrato (fl. 92). Nessa linha assentou há pouco a eg. Segunda Seção quando do julgamento do REsp nº 402.483, Relator Ministro Castro Filho.

II. Juros legais

Serão legais os juros, caso as partes não convencionarem por instrumento obrigacional. O CC-02 não trata de juros legais remuneratórios, mas apenas moratórios. **Segundo o art. 406 do CC, os juros legais moratórios são devidos, na taxa que “estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.**

A grande polêmica: qual é a taxa prevista nesse dispositivo? Há duas correntes:

- **1ª corrente** ➔ Posiciona-se no sentido de essa taxa ser a **SELIC**. Atualmente, é a corrente que tem prevalecido no STJ, com base em julgamento da Corte Especial, embora haja precedentes em sentido contrário. Essa taxa não deve ser cumulada com correção monetária, pois ela já está embutida.

"Conforme decidiu a Corte Especial, 'atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)' (REsp 727.842, DJ de 20/11/08)" (REsp 1.102.552/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação).

- **2ª corrente** → Sustenta a inconstitucionalidade dessa taxa (SELIC), já que traz como conteúdo, além de juros, a correção monetária. Além disso, não constitui um parâmetro seguro para a fixação dos juros. É a opinião de Flávio Tartuce, seguida pelo Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil, que adota a taxa prevista no art. 161 do CTN: 1% ao mês.

E. 20. “A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, §1º do CTN, ou seja, 1% ao mês. 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 o 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 CF, se resultarem juros reais superiores a 12% ao ano”.

Esse enunciado tem sido aplicado em vários julgados do STJ, inclusive para fins tributários. Apesar disso, o entendimento **está longe de ser unânime**.

Confira-se recente julgado sobre o tema:

EDcl no REsp 953460 / MG

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 09/08/2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA.

ESCLARECIMENTO. NECESSIDADE. JUROS LEGAIS. INCIDÊNCIA. DIREITO

INTERTEMPORAL. TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM CORREÇÃO

MONETÁRIA.

5. Nas obrigações ainda não adimplidas, anteriores à vigência do CC/02, a jurisprudência tem se orientado no sentido de reputar aplicável, quanto aos juros, o art. 1.062 do CC/16 até a data de 10/1/2003, e o art. 406 do CC/02 após essa data. Precedentes.

6. O índice que deve ser aplicado de conformidade com o art. 406 do CC/02 é, consoante precedente da Corte Especial, a Taxa SELIC, não obstante a existência de julgados recentes aplicando, à espécie, o art. 161, §1º, do CTN.

7. A taxa SELIC abrange juros e correção monetária, não pode ser cumulada a nenhum outro índice que exprima tais consectários.

III. Informações finais

- Segundo o art. 405 do CC, os juros de mora contam-se desde a citação inicial. Esclarece o Enunciado 163 que essa regra somente se aplica à responsabilidade **contratual**.

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

Em razão do art. 398, nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou. Esse é o teor da súmula 54 do STJ: “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual”.

Mas atente: no caso de responsabilidade civil contratual, havendo mora de obrigação **líquida e vencida**, os juros serão contados a partir da data do inadimplemento, já que há mora

solvendi ex re, com a aplicação da máxima *dies interpellat pro omne*. Assim, o **art. 405 somente deve ser aplicado nos casos de obrigação líquida e não vencida**.

- Cite-se, ainda, o enunciado 164, segundo o qual “tendo a mora do devedor início ainda na vigência do CC/16, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do CC/02”.

Como os juros estão no plano da eficácia do negócio jurídico, deve ser aplicada a norma do momento dos efeitos obrigacionais. A jurisprudência, na maioria das vezes, tem seguido o entendimento consubstanciado nesse enunciado.

- Por fim, não se pode esquecer que, segundo o art. 407 do CC, ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, contados tanto para as dívidas em dinheiro quanto para as prestações de outra natureza.

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

Atenção:

- **A capitalização anual de juros sempre foi permitida pela Lei de Usura, que proibia apenas a capitalização com periodicidade inferior a um ano** (DECRETO Nº 22.626, DE 7 DE ABRIL DE 1933. Art. 4º. *E proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano*);

CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. ENCARGOS MENSAS. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO.

A Segunda Seção entendeu que, **para os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), até a entrada em vigor da Lei n. 11.977/2009, não havia regra especial a propósito da capitalização de juros, de modo que incidia a restrição da Lei de Usura** (art. 4º do Dec. n. 22.626/1933). Para tais contratos, não é válida a capitalização de juros vencidos e não pagos em intervalo inferior a um ano, **permitida a capitalização anual, regra geral que independe de pactuação expressa**. Ressalva do ponto de vista da Min. Relatora no sentido da aplicabilidade no SFH do art. 5º da MP n. 2.170-36, permissivo da capitalização mensal, desde que expressamente pactuada. Assim, no SFH os pagamentos mensais devem ser imputados primeiramente aos juros e depois ao principal nos termos do disposto no art. 354 do CC/2002 (art. 993 do CC/1916). Esse entendimento foi consagrado no julgamento pela Corte Especial do REsp 1.194.402-RS, submetido ao rito do art. 543-C. E, **caso o pagamento mensal não seja suficiente para a quitação sequer dos juros, cumpre-se determinar o lançamento dos juros vencidos e não pagos em conta separada, sujeita apenas à correção monetária, com o fim exclusivo de evitar a prática de anatocismo**. REsp 1.095.852-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção do STJ, julgado em 14/3/2012.

- **É lícita a capitalização mensal de juros (e por outros períodos inferiores a um ano) nos contratos bancários celebrados a partir de 31.03.2000** (MP 1.963-17, atual MP nº 2.170-36);

- No âmbito do **Sistema Financeiro de Habitação**, a **capitalização mensal** de juros tornou-se possível apenas **após a Lei 11.977/2009. A anual sempre foi possível**;
- A alteração dos juros de mora, na fase de execução, não ofende a coisa julgada (STJ, AgRg no Ag 1229215, informativo 490/2012);
- A **Súmula 472 do STJ** trata da cobrança de **comissão de permanência**. Diz o enunciado: “A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.”;
- A **Súmula 379 do STJ** determina o seguinte: “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os **juros moratórios** poderão ser fixados em **até 1% ao mês**”;
- De acordo com a **Súmula nº 54 do STJ**, “os juros **moratórios fluem a partir do evento danoso**, em caso de responsabilidade **extracontratual**”. No caso de responsabilidade contratual, contam-se os juros, em regra, a partir da citação;
- O CDC, em seu art. 52, §1º, limita a **multa de mora** ao percentual de 2% do **valor da prestação** (a multa só incide uma vez).
- Nos termos da recente **Súmula 530 do STJ (DJe 18/05/2015)**, “Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma”.
- Nos termos da recente **Súmula 523 do STJ (DJe 27/04/2015)**, “A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.