

Nelson Rosenvald
Cristiano Chaves de Farias

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

19^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Obrigações

2

2025



EDITORA
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO IX

Do Inadimplemento das Obrigações II – Consequências do Inadimplemento das Obrigações

Sumário • 1. Remédios para o inadimplemento obrigacional – 2. Perdas e danos: 2.1 Noções gerais – 3. Dano patrimonial: 3.1 O dano emergente; 3.2 O lucro cessante; 3.3 A perda de uma chance; 4. Dano moral: 4.1 Dano moral negocial – 5. Juros: 5.1 Noções introdutórias; 5.2 Os juros moratórios no Código Civil; 5.3 Os juros compensatórios no Código Civil; 5.4 Os juros e as instituições financeiras; 5.5 A capitalização dos juros – 6. Cláusula penal: 6.1 Introdução; 6.2 Natureza; 6.3 Modalidades; 6.4 Funções; 6.5 A superação do modelo unitário da cláusula penal; 6.6 Espécies de Cláusula Penal; 6.7 Interpretação da cláusula Penal; 6.8 Eficácia da cláusula penal; 6.9 Delimitação perante modelos jurídicos próximos; 6.10 A cláusula penal como pena privada; 6.11 O controle da cláusula penal; 6.12 Cláusula penal e relações de consumo 6.13 Cláusula penal e os contratos empresariais – 7. Arras: 7.1 Noções introdutórias; 7.2 Arras confirmatórias; 7.3 Arras penitenciais.

*“O pagamento de dívidas é necessário para a ordem social.
O não pagamento é tão igualmente necessário para a ordem social.
Por séculos a humanidade oscilou, serenamente inconsciente,
entre estas duas necessidades contraditórias.”*

(Simone Weil)

1. REMÉDIOS PARA O INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL

A esta altura, já sabemos que o inadimplemento obrigacional é uma figura ca-leidoscópica. Aprioristicamente, incide em três contextos: a) mora (inadimplemento relativo); b) inadimplemento absoluto; c) violação positiva do contrato, como violação de deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva.

No capítulo VIII, estudamos cada qual destas *fattispecies*, inteirando-se de todas as suas particularidades e vicissitudes. Porém, é hora de avançarmos um pouco mais para tratarmos das consequências do inadimplemento. A temática é nebulosa, pois existem dois caminhos que proporcionam uma avaliação quanto aos efeitos do incumprimento. Oficialmente, há uma estrada pavimentada no Título IV do Livro II do Código Civil (artigos 389 a 420 do CC), intitulada “do inadimplemento obrigacional”. A par da via principal traçada pelo legislador, não podemos desprezar a via secundária

do artigo 475 do Código Civil, única norma desenhada para regular as consequências do descumprimento contratual: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

E é justamente a partir da via secundária que precisamos apresentar a temática, pois a inexecução obrigacional abre para o credor inúmeras possibilidades. Em verdade, há três pretensões potenciais por parte do credor, quando se verifica o inadimplemento contratual, todas interligadas pelos mesmos contornos fáticos e pelos mesmos fundamentos jurídicos, sem qualquer distinção evidente no texto normativo.

Inicialmente, em caso de mora, ao credor é permitido exigir do devedor a purga da mora pelo exato cumprimento daquilo que foi avençado, inclusive requerendo a concessão de tutela inibitória com imposição de *astreintes* sobre o moroso. Além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo, local ou modo contratados (arts. 389, 394 e 395 do CC/2002). Nos casos em que a prestação ainda é possível e útil para o credor, na sequência do cumprimento coercitivo *in natura* da obrigação, o dano a ser indenizado consiste exclusivamente naquele causado pela mora no adimplemento, pautando-se a indenização pelo interesse positivo do credor (interesse no cumprimento afetado pela mora).

Por conseguinte, ao contrário do que uma conclusão açodada poderia supor, a execução específica é um remédio adequado para a mora, não se situando no perímetro dos remédios destinados ao inadimplemento absoluto pelo artigo 475 do Código Civil. Diante da inexecução imputável da prestação poderá o credor perseguir a satisfação do crédito por meio de medidas coercitivas estatais, no exercício da função jurisdicional. Trata-se aqui da responsabilidade (*haftung*), que acompanha o débito, como a sua sombra. Tecnicamente, a execução específica é remédio apenas para o caso de mora, que confere ao credor a exata prestação contratada, satisfazendo plena e integralmente seu interesse com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontânea e pontualmente a mesma prestação. Da mesma forma que a qualificação da inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não encerra escolha arbitrária do credor, a utilização dos instrumentos de tutela a eles também disponibilizados também não pode sê-lo.¹

Com efeito, poderá o credor entender que a prestação ainda lhe é viável e economicamente interessante. Assim, pleiteará as tutelas específicas do direito à coisa ou do adimplemento do fazer e não fazer (art. 497 e 498 do CPC/15), por meio de técnicas processuais que as viabilizem (art. 538, CPC/15). Permite-se que a parte lesada obtenha *in natura* a prestação almejada, concretizando o princípio da

1. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 18. P. 52,

efetividade da jurisdição. Poderá mesmo promover requerimento de tutela específica com pedido subsidiário de resolução, para o caso de impossibilidade material ou jurídica do pedido principal (art. 326 do CPC/15), mas a recíproca não é válida, pois o pedido principal de resolução demonstra a perda da utilidade da prestação. Portanto, parece-nos que a resolução é a válvula de escape do credor, apenas nas situações de inviabilidade da prestação como decorrência da mora ou na impossibilidade de seu recebimento, por ter-se tornado impossível. Entenda-se: impossível de obtenção até mesmo pela tutela específica.

Desta feita, se a prestação se tornou impossível para o devedor ou inútil para o credor, a tutela específica se inviabiliza.² Inviabilizada a restauração plena da situação jurídica violada não há mais de se cogitar da execução *in natura*. Consequentemente, configurado o inadimplemento definitivo (art. 475 do CC/2002), o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas as alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos eventualmente causadas pelo devedor.³ Ou seja, sendo a execução *in natura* irrealizável, surgem outros dois remédios, cuja eleição oscilará conforme os efeitos que o credor pretenda extrair do inadimplemento: a manutenção da relação obrigacional para a obtenção do equivalente pecuniário à prestação não cumprida, ou a extinção da relação obrigacional.

A execução pelo equivalente (ou execução genérica) confere a parte inocente a prerrogativa de preservar a relação obrigacional, não obstante o ilícito obrigacional. Tal e qual a execução específica, a execução pelo equivalente pecuniário consiste em uma demanda de cumprimento do contrato e, justamente a ela, refere-se a segunda parte do artigo 475 do CC.⁴

E por quais razões optaria o credor pela via do equivalente pecuniário, permanecendo vinculado a adimplir a contraprestação? Seja porque deseja executar a prestação que lhe incumbe – mesmo diante do inadimplemento absoluto do devedor –, seja porque já a executou em favor do devedor e não quer recebê-la de volta. A relação obrigacional não perde a sua identidade, promovendo-se uma sub-rogação real da prestação devida pelo seu equivalente pecuniário. Esta execução possui natureza de pagamento, pois consiste no oferecimento de prestação substituta à inicialmente planejada. O montante pecuniário a ser entregue ao credor corresponderá ao valor do bem no momento em que a prestação deveria ter sido executada, passando a integrar o patrimônio do credor. Neste cenário, altera-se o programa obrigacional e

2. ASSIS, Araken. Resolução do contrato por inadimplemento, p. 32. Ao comentar o art. 475 evidencia o autor que “embora seja uma vantagem, e nítida, a liberdade de opção, em geral existente, somente aproveita ao parceiro inocente no caso de descumprimento relativo. O inadimplemento absoluto, que denota falta irrecuperável, torna a demanda de cumprimento de plano inviável”.

3. STJ, EREsp 1.280.825, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 02/08/2018.

4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, P. 194. “A rejeição da prestação pela superveniência da falta de interesse do credor, conseqüente à mora, e indenização pelo inadimplemento mais as perdas e danos decorrentes da mora, o que também é cumprimento do contrato”.

o nexu de sinalagmaticidade passa a ser estabelecido entre a prestação devida pelo credor e a quantia equivalente à prestação que incumbia inicialmente ao devedor.⁵

Sob o prisma do direito substantivo, explica Antunes Varela, o que se deu foi a substituição na moldura envolvente da relação creditória, do direito à prestação principal pelo direito à indenização a que corresponde ainda “um verdadeiro dever de prestar, que é, porém, um dever secundário da prestação principal, inteiramente distinto do direito à prestação principal, mas que se enxerta na mesma relação de crédito, no mesmo direito de obrigação”.⁶

Retornando à exegese do art. 475 do CC, em sendo a opção do credor a execução pelo equivalente, o valor a lhe ser entregue pode ser visualizado em duas pretensões autônomas: a) a demanda de cumprimento contratual que lhe proporcionará adquirir no mercado prestação análoga a que lhe deveria ter sido espontaneamente entregue; b) eventualmente a “indenização por perdas e danos”, que corresponda a uma parcela indenizatória pelo *interesse positivo*, ou seja, ou interesse do credor no cumprimento da prestação devida: busca-se colocar o credor na situação de vantagem semelhante ao adimplemento planejado, perquirindo-se como estaria o patrimônio da parte inocente caso houvesse ocorrido o cumprimento espontâneo. Com efeito, a recusa ao adimplemento *in natura* é fonte de reparação de danos pela objetiva ausência da prestação originária, normalmente consubstanciados nos lucros cessantes correspondentes ao que a parte lesada deixou de ganhar com a prestação que lhe foi recusada.

Daí o cuidado na interpretação do art. 499 do CPC/15, ao considerar que “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. A expressão “perdas e danos” é aqui tomada em sentido amplo, abrangendo tanto o equivalente pecuniário como as demais perdas e danos oriundos do descumprimento da obrigação avençada.

Adiante, face à impossibilidade da prestação ou do inadimplemento que inutilize o interesse do credor, se, ao invés da execução pelo equivalente cumulada com uma indenização pelo interesse positivo (interesse do cumprimento), a opção do credor for pela resolução, o efeito será a ineficácia superveniente do negócio em decorrência do inadimplemento absoluto. Pela resolução o credor exerce – judicial

5. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 18. P. 52. A autora ilustra da seguinte forma: “O dono de grande terreno avaliado em 100 moedas celebra contrato de compra e venda com confissão de dívida pelo qual vende o imóvel para incorporador que confessa dever ao alienante 100 moedas. Após o registro do memorial de incorporação com a identificação das unidades autônomas, ajusta-se que o incorporador entregará ao credor, em lugar das 100 moedas, as futuras unidades autônomas 1 a 10 do empreendimento imobiliário a ser construído no terreno em 36 meses. Na hipótese de as obras sequer se iniciarem ao final do prazo ajustado, resta configurado o inadimplemento absoluto e o credor poderá optar entre a resolução e a execução pelo equivalente. No primeiro caso, ser-lhe-á restituído o terreno; no segundo haverá sub-rogação real e como contrapartida ao terreno transferido o credor receberá o valor pecuniário das 10 unidades autônomas referidas”.

6. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 151.

ou extrajudicialmente – o direito potestativo de se alforriar da obrigação inapta a proporcionar o interesse inicialmente almejado na prestação ou mesmo na execução genérica daquela. Fundamental: o que se extingue não é o contrato, porém a relação obrigacional dele derivada, isto é, o conteúdo prestacional. Em substituição a ela desponta uma relação de liquidação, como nova fase contratual. A seu turno, a relação de liquidação produz efeitos liberatório, restitutivo e indenizatório.

Resolução é a desconstituição da relação obrigacional, em virtude de fatos posteriores à contratação. A relação jurídica atende inicialmente aos planos de existência, validade e eficácia, porém vem a ser sepultada por ineficácia superveniente, fundada no fato do descumprimento da prestação, de modo lesivo a uma das partes. Isto é, a obrigação nasce de forma adequada, sem vícios passíveis de invalidação do negócio jurídico. Em virtude de fatos posteriores, porém, ela adoce e morre. A irreversibilidade do descumprimento da obrigação no inadimplemento absoluto faculta ao credor a alternativa de resolver judicialmente o negócio jurídico. Em princípio, sabemos que a resolução é um fenômeno que se vincula à Teoria Geral dos Contratos (arts. 474-480 do CC). Todavia, os contratos não passam de uma soma de obrigações definidas em categorias específicas de negócios jurídicos. Assim, é absolutamente corriqueiro que, da extinção da relação obrigacional, decorra a resolução, como o direito potestativo da parte lesada, de submeter o outro contratante à desconstituição da relação jurídica.

O efeito liberatório dispensa as partes de cumprir a prestação ainda não adimplida: se o credor ainda não tiver cumprido a sua prestação, poderá retê-la. As partes são mutuamente exoneradas da observância dos deveres prestacionais, sem que ao longo da fase de liquidação sejam eximidas do atendimento aos deveres de conduta heteronomamente impostos pela boa-fé objetiva, podendo-se, assim, cogitar-se uma “relação de liquidação complexa”.⁷

O efeito restitutivo permite que as partes possam recuperar aquilo que foi prestado. Na medida em que a resolução suprime a causa justificante das prestações, a restituição *in natura* se torna a via adequada ao retorno ao *status quo ante*. O mesmo não se diga dos contratos de duração – de execução continuada ou periódica – onde se cogita de uma irretroatividade eficaz. Com efeito, a resolução não interfere nas consequências antes produzidas, considerando-se que o inadimplemento superveniente é incapaz de modificar o sinalagma concernente às prestações regularmente executadas.⁸ Porém, se alguma prestação for executada após a irrupção do inadimplemento absoluto, a eficácia desconstitutiva da resolução demandará a sua restituição retroativa.

7. PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*, p. 165.

8. ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*, v.5, p. 373.

No que tange ao efeito indenizatório, propiciará o ressarcimento cabal por parte do devedor inadimplente. A Indenização não se confunde com a restituição, ambos operam em planos distintos, porém complementares. De forma combinada, permitem que as partes sejam conduzidas a um estado hipotético em que o contrato não foi celebrado. A indenização atua residualmente, como via compensatória de danos que persistem após a restituição ao credor daquilo que já havia sido prestado. Como já se observou, não se pode deixar de reconhecer que a obrigação de restituir assume certo efeito reparador indireto, dado que limita o dano, pressuposto da indenização. Justamente por isto, ao liquidar o dano, o juiz não incluirá na parcela indenizatória as verbas a serem pagas a título de restituição.⁹

Relativamente às consequências do inadimplemento, é imprescindível aferir se o inadimplemento absoluto conduziu à resolução. Com exceção dos contratos de trato sucessivo, que se resolvem para o futuro, a situação hipotética que o efeito indenizatório busca reconstruir é aquela situação que teria se concretizado caso o referido contrato jamais houvesse existido, propiciando um retorno ao *status quo* “dinâmico”, no qual, além de danos emergentes, aquele específico credor pleiteia lucros cessantes pelo montante que deixou de auferir por ter celebrado aquele contrato, pois hipoteticamente estaria em uma situação econômica diversa, caso tivesse ingressado em outro contrato (perda de uma chance) ou dado continuidade a um contrato que já estava em curso (lucro cessante). Ao contrário do que ocorre na execução específica, aqui não cabe uma indenização baseada no interesse positivo – conduzindo o credor a uma situação semelhante a que estaria se o contrato fosse cumprido –, porém um ressarcimento de menor vulto, fulcrado no interesse negativo (interesse de confiança) que provenha da resolução, com a reposição de seu patrimônio no estado em que se encontraria se não houvesse celebrado o contrato. Seria de certa forma até incongruente pleitear o credor a extinção do contrato com a volta ao *status quo* e requerer indenização que o coloque na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse positivo).¹⁰

9. TERRA, Aline de Miranda Valverde; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. *Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento*, in: TERRA, Aline de Miranda Valverde; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. *Inexecução das obrigações*, p. 400. Ilustrando a autonomia entre os efeitos restitutórios e indenizatórios, as autoras lembram dos “efeitos da previsão de cláusula limitativa do dever de indenizar: referida cláusula, a rigor, está adstrita à limitação do efeito ressarcitório, e não deveria abarcar o efeito restitutivo”.

10. CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*, p. 139/140.

2. PERDAS E DANOS

*No balanço de perdas e danos
 Já tivemos muitos desenganos
 Já tivemos muito que chorar
 Mas agora, acho que chegou a hora
 De fazer valer o dito popular
 Desesperar jamais
 Cutucou por baixo, o de cima cai
 Desesperar jamais
 Cutucou com jeito, não levanta mais*

(Desesperar jamais – Ivan Lins/Vitor Martins)

2.1 Noções gerais

Dispõe o art. 402 do Código Civil que, “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”. Essa norma se conecta aos arts. 186 e 927 do Código Civil, para ressaltar que no direito civil a inexistência do dano é óbice à pretensão de qualquer espécie de reparação.

Como explica Agostinho Alvim, “ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Essa regra decorre dos princípios, pois a responsabilidade, independentemente de dano, redundaria em mera punição do devedor, com invasão da esfera do direito penal”.¹¹

A configuração do ato ilícito independe do dano, todavia, o ilícito sem dano não é objeto de reparação, seja em sede de ato ilícito contratual – pelo inadimplemento – ou pela prática do ato ilícito extracontratual que redundará em responsabilidade civil. A responsabilidade civil, negocial ou extranegocial, é efeito de certos ilícitos civis, pois existem alguns ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar.

Nas esclarecedoras palavras de Felipe Peixoto Braga Netto, “não há fundamento teórico para tratar de forma distinta, ilícitos e responsabilidade civil. Seria, *mutatis mutandis*, o mesmo que confundir uma fábrica, produtora de um largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções. A nosso sentir, tal postura empobrece, inexplicavelmente, o contexto dos ilícitos, reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma de suas espécies”.¹²

Aliás, em um ordenamento jurídico que prioriza a dignidade da pessoa humana não há mais espaço para a visão reducionista do ilícito ao mero dever de indenizar. A maximização da proteção à pessoa humana requer mecanismos preventivos e inibitórios que tenham a aptidão de evitar o dano, acautelando-se os direitos da personalidade.

11. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução da obrigação e suas consequências*, p. 181.

12. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, p. 15.

Mas, constatada a lesão, ingressamos no plano da eficácia da responsabilidade civil de duas formas distintas: se a conduta infringe um dever jurídico geral (arts. 186 e 187 do CC), pela contrariedade entre o comportamento do agente e a norma, seja por uma conduta culposa ou pelo abuso do direito, incidirá a responsabilidade civil ou extracontratual.

Em sociedade, temos um dever negativo de não causar danos a outrem – *neminem laedere*. A partir do momento em que o indivíduo viola o dever genérico de cuidado e causa danos a terceiros, surge o dever de indenizar, em decorrência da responsabilidade extracontratual (arts. 944 a 954 do CC). Vê-se que o causador do dano não mantinha relação jurídica preexistente com o lesado.

Todavia, quando a conduta praticada for contrária a uma relação obrigacional particularizada e preexistente, ofendendo-se um dever positivo de dar, fazer ou não fazer, ingressamos na seara da responsabilidade negocial, que será imputada àquele que gerou danos à outra parte da relação jurídica. A obrigação de ressarcir decorre tanto da inexecução total do vínculo obrigacional – *inadimplemento absoluto* – como do parcial – *mora*.

Pelo visto, a obrigação de ressarcir é comum às responsabilidades contratual e extracontratual. Mas, justamente pela diversidade de seus fundamentos, recebe tratamento diferenciado no Código Civil. Aliás, não passou despercebido a Fábio Ulhoa Coelho que “pagar indenização por perdas e danos pode ser a própria prestação a que se obriga o sujeito passivo ou um dos efeitos do inadimplemento (consectário). As obrigações derivadas de responsabilidade civil têm por objeto o pagamento das perdas e danos sofridos pelo credor. Nas demais obrigações, a indenização é devida pelo sujeito inadimplente como um dos acréscimos à prestação ou em substituição desta”.¹³

A expressão *perdas e danos* é uma ocorrência típica da legislação brasileira, que, no fundo, implica redundância, pois perdas e danos compreendem apenas os danos emergentes. Melhor seria se seguissemos o direito francês, no qual se consolidou a expressão *damages et intérêts*, que poderia ser vertido como “danos e interesses”, abrangendo os danos emergentes e lucros cessantes.

O dano representa uma lesão em qualquer bem jurídico, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. No direito das obrigações, o dano equivale ao prejuízo suportado por uma das partes, em virtude do descumprimento do dever especial de prestar. O inadimplemento gera o dever de indenizar, sendo a reparação completa por envolver todo o prejuízo experimentado pelo lesado, de forma a reconstituir situação semelhante à que se encontraria antes da ofensa. A indenização dos danos proporcionará uma compensação em prol de quem sofreu um menoscabo, representando uma exigência de justiça comutativa.

13. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 179.

Caio Mário da Silva Pereira adverte que o dano indenizável é aquele que os- tenta os requisitos da certeza e da atualidade. Atual será o dano que já existe ou existiu no momento da ação de responsabilidade e a certeza é o atributo do dano fundado sobre um fato preciso e não uma mera hipótese. Excluem-se de qualquer forma de reparação os danos meramente hipotéticos, que não serão realizados.¹⁴ O dano eventual é aquele existente no imaginário, portanto não se confunde com o dano futuro (lucro cessante), que apesar de certo ainda não está definido quando a demanda indenizatória é proposta.

O dano que deva ser ressarcido demanda a presença de dois elementos: um de fato, que se manifesta pelo prejuízo; e outro de direito, consubstanciado pela lesão jurídica. A constatação do prejuízo em si será insuficiente para gerar a obrigação de indenizar. Pode acontecer que alguém pratique uma lesão a interesse de terceiros, sem que deva ressarcir os prejuízos causados, pois, na vida em sociedade, a ponderação de interesses determina que certas violações sejam suportadas por todos nós. Na ordem civil-constitucional, é fundamental qualificar o dano indenizável como o *dano injusto*. O dano injusto é uma lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico.

Para facilitar a compreensão da expressão *dano injusto*, é razoável que se exem- plifique: ilustrativamente, ninguém pode negar que sofre danos aquele empresário que perde clientes, em razão do início de uma atividade comercial concorrente em endereço próximo; outrossim, haverá prejuízos para o proprietário que perde a vista para o mar, em razão da edificação realizada pelo seu vizinho. Em comum, tanto os danos sofridos pelo comerciante como pelo proprietário, são certos e atuais. Porém, não haverá obrigação de indenizar, eis que se trata de lesões justificadas pelo siste- ma, com base, respectivamente, nos princípios da livre-iniciativa e defesa da ordem econômica (art. 170 da CF) e no direito de propriedade e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF). Excepcionalmente, caracterizando-se os atos de concorrência desleal, no primeiro exemplo, e o abuso do direito de propriedade pelo construtor, no segundo caso, será caracterizado o dano injusto, com a imposição do ressarcimento.

Enfim, na concretude de cada contexto, o magistrado recorrerá a regra da proporcionalidade, para aferir os interesses contrapostos, balanceando o peso dos direitos que se colocam em situação de tensão, aferindo qual deles será merecedor de tutela diante das circunstâncias.

Os arts. 403 e 944 do Código Civil dispõem que a indenização será mensurada pela extensão do dano. Portanto, na aferição do *quantum* indenizatório, é prescindível a aferição do grau da culpa do agente, sendo suficiente a preocupação do magis- trado com o vulto concreto dos prejuízos. Resta clara a intenção do legislador em demonstrar a finalidade ressarcitória dos danos no direito civil, focada na extensão da lesão, sendo vedada a sua ampliação, em razão de eventual comportamento doloso

14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 40.

do ofensor. O aspecto punitivo é focado na seara criminal, em que o Estado busca reprimir condutas ofensivas à sociedade e prevenir novos ilícitos.

Excepcionalmente, com supedâneo no princípio da equidade, o juiz reduzirá o montante da indenização, se a pequena culpa do ofensor for desproporcional em comparação à enorme extensão do dano. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, para afastar a reparação integral e mitigar a condenação do ofensor, quando restar provado que a negligência do causador do dano foi mínima, quase uma fatalidade, não sendo justo transferir a desgraça da vítima para o ofensor, a ponto de enfrentar vastíssimo prejuízo (art. 944, parágrafo único, do CC).

Na abalizada explicação de Milton Paulo de Carvalho Filho, “como a pequena culpa do autor pode conduzi-lo à ruína em razão do pagamento da indenização pelos danos suportados pela vítima, o Código Civil tratou de zelar para que injustiças como essas sejam evitadas, ao considerar que a gravidade da culpa, quando excessiva a desproporção entre ela e o dano, influenciará no montante da indenização a ser fixada pelo juiz, atendido o critério da equidade”.¹⁵

Porém, a recíproca não é verdadeira, tanto em sede de responsabilidade civil como contratual. Isto é, com base na própria limitação do *caput* do art. 944, um dano de pequena monta não pode ser majorado judicialmente, em atenção à reprovação intensa da conduta do agente. No mesmo sentido, a teor do art. 403 do Código Civil, por mais que a conduta danosa do devedor seja dolosa e deliberadamente praticada no intuito de lesar o credor, o valor da indenização será limitado à extensão do prejuízo do credor.

Em sede de responsabilidade contratual, a distinção entre culpa e dolo, para fins de indenização, será relevante conforme a natureza do contrato. Conforme os termos do art. 392 do Código Civil, nos contratos onerosos, caracterizados por sacrifícios e vantagens recíprocas, ambos os contratantes respondem por culpa. Porém, tratando-se de contratos gratuitos, que beneficiem uma pessoa, ela responderá por simples culpa, enquanto aquele que não extrair qualquer vantagem do negócio jurídico somente será responsabilizado por dolo. A título ilustrativo, o comodatário será responsabilizado por qualquer forma de fruição do bem que escape à natureza do contrato (art. 583 do CC); já o comodante, que nada aufere de benefício à relação, somente se responsabilizará por evicção caso tenha agido dolosamente.

O que significaria a sentença que inicia o comando do art. 402 do Código Civil, “salvo as exceções expressamente previstas em lei”? Em algumas hipóteses taxativamente abordadas no Código Civil e localizadas na responsabilidade contratual, a prova do prejuízo pelo credor será dispensada. É o que se dá na imposição de pleno direito dos juros moratórios e cláusula penal (arts. 407 e 416, CC). A pena convencional é previamente estipulada pelas partes para a hipótese de inadimplemento, sem

15. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, p. 115.

necessidade de posterior prova do prejuízo em caso de violação do contrato (art. 416 do CC). O mesmo se diga das arras penitenciais, à luz do art. 420 do Código Civil.

Nas três situações mencionadas, poderá até mesmo haver indenização sem a existência de qualquer dano real. Isso faz com que o legislador limite os valores destas reparações, fixando tetos. Ou seja: no fundo, não se trata de formas de indenização, mas de penas privadas, pois não é lógico cogitar-se de ressarcimento na ausência de dano. Agostinho Alvim explica que “a indenização, fora desses casos excepcionais, imposta em benefício de alguém que nada sofreu, ou além do que tenha sofrido, importaria num enriquecimento injustificado. E para quem pagasse seria uma pena. Não uma indenização”.¹⁶

Por último, deve-se atentar para a parte final do art. 403 do Código Civil: “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Ora, ao se referir a indenizabilidade do dano direto e imediato, o legislador levantou a intrincada questão do nexa causal para a determinação da responsabilidade negocial. Aliás, trata-se do único dispositivo do CC/2002 que suscita a discussão acerca da causalidade.

Pela interpretação literal da referida norma, só surgirá a obrigação de indenizar se restar provado que o dano resultou de forma direta e imediata da conduta comissiva ou omissiva do devedor. Portanto, uma coisa é certa: o Código Civil exclui a indenização do dano indireto e remoto, no qual o fato (conduta) do agente não provoca ele mesmo a lesão, porém desencadeia outra condição que a suscite.

De pronto, já se afasta a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais, que é bastante celebrada no direito penal (art. 13, CP). A teoria da *condicio sine qua non* desenvolvida pelo penalista germânico Von Buri explica que devem ser consideradas causas de um dano todas as condições sem as quais este não se teria produzido. A aplicação dessa concepção alargaria de forma demasiada o nexa causal, pois cada lesão poderia ser atribuída a uma enorme gama de responsáveis. De acordo com Binding, “a acolher-se a teoria da equivalência das condições em toda a sua extensão, talvez se tivesse de responsabilizar também, como partícipe do adultério, o próprio marceneiro que fabricou o leito no qual se deitou o casal amoroso”.¹⁷

Em um giro de 180 graus, pareceria então, pela literalidade do art. 403, que o legislador adotou a teoria do dano direto e imediato. Porém, concordamos com Fernando Noronha quando aduz que o defeito de linguagem que o dispositivo evidencia, falando em “efeito direto e imediato”, atraiçoa o espírito da lei. O Professor da Universidade Federal de Santa Catarina didaticamente traz a lume o clássico exemplo de Pothier, relativo ao negociante que vende uma vaca, escondendo o fato de ser ela portadora de patologia contagiosa. A vaca morreu e contagiou e matou o restante

16. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução da obrigação e suas consequências*, p. 181.

17. Apud TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 729.

do rebanho do comprador. Este não pôde arar as suas terras, pela falta dos animais, e nada colheu. Como não tinha dinheiro para pagar as dívidas, sua propriedade rural foi executada e arrematada. No final, desiludido, o fazendeiro deu cabo de sua própria vida, deixando ao relento viúva e filhos.¹⁸

Certamente não serão indenizadas as consequências distantes do fato do alienante. Ou seja, o vendedor da vaca doente não será responsabilizado pela arrematação da fazenda, eis que o desequilíbrio financeiro do adquirente pode ter sido acarretado por outras concausas. Porém, se adotarmos a teoria do “dano direto e imediato”, seguindo ao pé da letra o texto do art. 403, “até o exemplo formulado por Pothier, apesar de expressivo, seria inadequado para a finalidade pretendida, porque, nele, dano direto e imediato é apenas o prejuízo da perda da vaca: se o comprador não tivesse mais animais, ou se aquela tivesse ficado separada, não teria havido o contágio da peste. Entre a venda do animal doente e a morte dos restantes animais, está uma causa intermediária, que é o contágio”.¹⁹

Sendo certo que as teorias da equivalência dos antecedentes causais e do dano direto e imediato se mostram extremadas, a doutrina concebeu uma tese intermediária, capaz de deliberar a tormentosa questão do nexa causal. Nesse sentido, forte impulso adquire a teoria da causalidade adequada. Essa teoria exprime a lógica do razoável, pois haverá nexa causal em toda situação que, pela ordem natural das coisas, a conduta do agente adequadamente poderia produzir o dano. Se o magistrado observar que a lesão foi determinada por um acontecimento normalmente previsível pelas regras da experiência comum, certamente responsabilizará o ofensor pela teoria da causalidade adequada.

Sergio Cavalieri Filho narra que “nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado”.²⁰

Assim, voltando ao exemplo de Pothier, temos que o contágio do rebanho pela doença da vaca alienada ao fazendeiro não pode ser considerada consequência direta do fato, mas também não é algo alheio à conduta do alienante. Muito pelo contrário, é um dano indireto, mas, por um juízo de probabilidade, inegavelmente uma consequência adequada do fato da venda do animal. Pelo curso normal das coisas, foi a ação dolosa do vendedor, por si só, que provocou a morte dos demais animais.

Não é outra a dicção da primeira parte do art. 375 do CPC/15: “o juiz aplicará as regras de experiência comum, ministradas pela observação do que ordinariamente acontece”. A teoria da causalidade adequada é justificada pela regra da proporcionalidade, pois o magistrado partirá do senso comum da reiteração de certas práticas

18. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, p. 593.

19. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1, p. 594.

20. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 70.

humanas para estabelecer a ponte entre o fato em discussão e aquilo que acontece no ordinário da vida.

3. DANO PATRIMONIAL

*Por medida de economia
A moçada mudou sua filosofia
Pra poder se segurar
Pois o bicho quer pegar
Por medida de economia
Alterou a rotina do seu dia a dia
Pedi tempo pra pensar
Como é que vai ficar
Já são mais de vinte anos
Só de perdas e de danos
Vendo o barco afundar
E o povo naufragar*

(Perdas e danos – Beth Carvalho)

3.1 O dano emergente

No conceito de Serpa Lopes, o dano patrimonial “é o que afeta a um interesse patrimonial, a um bem considerado como de ordem patrimonial, tradicionalmente estimável em dinheiro. Assim, entende-se por dano toda diminuição do patrimônio do credor, quer consistente na perda sofrida (*damnum emergens*), quer num lucro de que haja sido privado (*lucrum cessans*)”.²¹

Em sentido estrito, o dano é a lesão ao patrimônio, sendo ele abrangido pelo conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa, apreciáveis economicamente. Portanto, o dano patrimonial consiste na ofensa a um interesse econômico avaliável em dinheiro. A locução dano patrimonial é mais ampla que o simples “dano material”. Este surge como contraposição ao dano pessoal, importando uma lesão que atinja determinada coisa. Todo dano material é por essência um dano patrimonial. Já o dano patrimonial tanto pode resultar do dano à coisa (material) como de um dano à pessoa. Basta pensar nos lucros cessantes consequentes a um homicídio, em favor dos familiares da vítima. Cuida-se de espécie de dano patrimonial que derivou de um dano à pessoa.

O dano patrimonial abrange os *danos emergentes* (dano positivo) e os *lucros cessantes* (dano negativo). O ressarcimento tem o condão de repor o lesado a uma situação de equivalência ao momento anterior à lesão, a teor do exposto no art. 402 do Código Civil.

21. LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, v. II, op. cit., p. 387.

Os danos emergentes traduzem os valores efetivamente perdidos pelo ofendido, em razão da lesão. Há um desfalque atual em seu patrimônio real e efetivo, acarretando imediato déficit patrimonial. O dano emergente tanto pode referir-se à redução do ativo como ao aumento do passivo. As indenizações por danos emergentes, em nenhuma hipótese, serão concedidas sem suporte na realidade fática. Assim, ilustrativamente, o valor que seria objeto de mútuo, negado por força de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, não pode ser ressarcido a título de dano emergente.²²

Os danos emergentes correspondem ao montante indispensável para eliminar as perdas econômicas efetivamente decorrentes da lesão, reequilibrando assim o patrimônio da vítima. Configuram os prejuízos necessariamente nascidos da ação ou omissão danosa. Nem sempre o dano emergente consistirá na diminuição do ativo do lesado, pois poderá eventualmente resultar no aumento de seu passivo, naquelas hipóteses em que se encontra em situação de insolvência e a lesão apenas acentua a sua debilidade econômica.

A prova do dano emergente – também tido como dano positivo – é singela em comparação ao lucro cessante, sendo possível estabelecer com precisão uma estimativa do desfalque patrimonial, sem a necessidade de penetrarmos no terreno do hipotético. A maior dificuldade em aferir a medida do dano emergente reside em perquirir se o devedor está obrigado a indenizar o dano abstratamente considerado ou o dano que o credor sofreu. Explica Agostinho Alvim²³ que o dano objetivo concerne ao valor da coisa. Já o dano subjetivo diz respeito a uma utilidade particular da coisa para o credor. A teoria da diferença acolhe a ideia do dano em relação ao patrimônio de quem o sofreu. Seria a situação real do patrimônio depois de ter se verificado o evento danoso, comparando-se com o estado imaginário que apresentaria se não houvesse a produção do dano. No direito pátrio, o fundamental é o dano subjetivo, compreendendo o prejuízo do lesado, o dano que ele sofreu em sua utilidade particular e não o dano objetivo (o valor nominal do bem). A teoria se aplica mesmo que o dano sofrido pelo credor seja inferior ao dano objetivamente encarado. A variação de valor é admitida para cima e para baixo, sob pena de enriquecimento injustificado do credor.

De acordo com a teoria da diferença, é na diferença entre a situação atual do lesado e a que se encontraria se não houvesse a inexecução da obrigação que se averigua a extensão das perdas e danos. Portanto, se certo fato antijurídico não representou qualquer alteração no patrimônio da vítima, antes ou depois do ilícito,

22. STJ, Informativo nº 602 – 3.T – 24 de maio de 2017. “No caso em análise, constata-se que a negativa do mútuo não representou qualquer alteração no patrimônio da vítima, antes ou depois do ilícito (negativação indevida), já que impediu tanto o acréscimo de bens quanto a aquisição da dívida equivalente. Nessa perspectiva, admitir-se o reconhecimento de dano emergente pelo valor que seria objeto do mútuo frustrado seria, por via oblíqua, autorizar a teratológica condenação com liquidação equivalente a “dano zero” ou “sem resultado positivo”. Dessa forma, não há perda material efetiva pela conduta da negativa de crédito, carecendo o ressarcimento por dano emergente de suporte fático, consistindo a condenação, nessas condições, em verdadeira hipótese de enriquecimento ilícito” (REsp 1.369.039-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/4/2017).

23. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações*, p. 190.

admitir-se o reconhecimento de dano emergente importaria em autorizar a teratológica condenação com liquidação equivalente a “dano zero” ou “sem resultado positivo”.²⁴ Avulta considerar que no direito brasileiro o dano não concerne à lesão objetivamente correspondente ao valor do bem, abstratamente considerado (v.g., o carro vale 100 e, sendo destruído, a indenização é de 100). A teoria da diferença demonstra que o fundamental é a avaliação do dano, em consideração ao patrimônio de quem o sofreu. Trata-se do valor subjetivo da coisa para o seu titular, a utilidade particular que dele possa extrair. Importa o dano subjetivo, o desfalque patrimonial do lesado. Como enfatiza a parte final do art. 402, “[...] ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Daí se infere que, mesmo sendo o dano causado ao credor de montante inferior ao dano objetivamente extraído do valor do bem em si, não será o devedor compelido a pagar a diferença. Duas razões justificam a resposta: a uma, trata-se de uma questão de isonomia, se admitimos que a indenização possa ser superior ao valor real do bem, também poderá eventualmente ser inferior; a duas, raciocínio contrário acarretaria enriquecimento sem causa ao credor, culminando por auferir valor superior a seus interesses concretamente lesados.

De fato, apesar de o conceito jurídico de patrimônio compreender uma unidade incorpórea, à qual se aplicam as normas próprias de cada grupo de direitos patrimoniais a que pertence – direito das obrigações, direito das coisas (incluindo a posse e a transferência de direitos) –, há de se entender que tal noção jurídica é insuficiente para resolver a questão dos danos patrimoniais, que não podem prescindir da noção de valor. Entende-se por valor de um bem não apenas o seu valor de troca, mas também outros valores positivos, como o valor de uso, de sorte que pode existir lesão a um interesse susceptível de reparação, se alguém, por exemplo, destrói objeto de outrem, ainda que este objeto só acarretasse despesas para o proprietário. Estaria igualmente sujeita à reparação do dano aquela pessoa que matasse um animal de criação de outro, mesmo que esse animal representasse tão somente ônus financeiro para o dono.²⁵

Portanto, uma adequada interpretação do artigo 402 a partir da diretriz da concretude, requer que se privilegie o interesse do ofendido em si, e não de qualquer vítima abstratamente considerada.

Pela prática de nossos tribunais, parece corriqueira a ideia de que a reparação do dano seja realizada pela via do equivalente pecuniário ao bem jurídico ofendido. Se esta solução corresponde àquilo que habitualmente se aplica, longe está de representar o ideal em termos de efetividade, pois o que a vítima deseja é que a sentença lhe

24. STJ, Informativo nº 0602: 24 de maio de 2017. O valor que seria objeto de mútuo, negado por força de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, não pode ser ressarcido a título de dano emergente. Dessa forma, não há perda material efetiva pela conduta da negativa de crédito, carecendo o ressarcimento por dano emergente de suporte fático, consistindo a condenação, nessas condições, em verdadeira hipótese de enriquecimento ilícito (REsp 1.369.039-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, DJe 10/4/2017)

25. BAPTISTA, Sílvio Neves. *Teoria geral do dano*, p. 80.

restitua o *status quo*, ou seja, conceda um resultado mais próximo possível daquilo que possa restabelecer o equilíbrio econômico rompido pela lesão.

Situação ilustrativa, como narra Paulo de Tarso Sanseverino,²⁶ é usual nos danos patrimoniais decorrentes de acidente de trânsito. Convencionou-se, com o objetivo de agilizar a reparação, que o proprietário do veículo batido pode consertá-lo após a elaboração de três orçamentos em oficinas diferentes. Ocorre que normalmente esses orçamentos são elaborados por concessionárias, o que enseja um valor elevado para o conserto. Por isso, usualmente o proprietário opta por arrumar o carro em uma oficina mais simples a um custo inferior ao dos três orçamentos. A dúvida é se, no momento do ajuizamento da ação indenizatória, cobrará o valor do menor dos orçamentos ou o montante efetivamente despendido. A função indenitária do princípio da reparação integral determina que o lesado tem o direito de obter a reparação do prejuízo efetivamente sofrido, e não o mero valor do conserto, para evitar o enriquecimento injustificado. O menor dos três orçamentos é apenas o teto máximo que pode ser exigido do responsável a título de indenização, não estando impedido o proprietário lesado de realizar o conserto em uma oficina mais cara.

Adiante, a indenização em dinheiro é meramente subsidiária e sub-rogatória em nosso sistema jurídico. Busca-se a recomposição do bem danificado ou a restituição de bem semelhante ao subtraído ou destruído. Em comum a essas situações, a impossibilidade de restituição esvazia a possibilidade de recomposição do bem ou recolocação de um bem semelhante. Em não sendo constatada a dita impossibilidade, a destruição de um veículo será ressarcida pela entrega de outro; a indenização pelo dano estético decorrente de um procedimento cirúrgico negligente corresponderá à realização de uma nova cirurgia. Vale dizer, a execução específica, direta, da reparação, promoverá maior satisfação do credor do que a tradicional conversão da entrega do objeto em obrigação de dar quantia certa.

Se o bem é fungível – bem móvel substituível por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, a teor do disposto no art. 85 do Código Civil – o ofensor pode, entregando bem equivalente, livrar-se da indenização. Neste sentido, disciplina o artigo 947 do Código Civil: “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Assim, o ressarcimento pecuniário será a opção substitutiva do julgador tão somente nos casos em que a reparação *in natura* se mostrar inviável no contexto.

No mesmo sentido dispõe o artigo 952 do Código Civil: “havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor de suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado”. Vê-se que a reparação subsidiária pecuniária só se legitima quando não mais haja a possibilidade de restituição do bem.

26. SANSEVERINO, Paulo. *Princípio da reparação integral*, p. 185.