

O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Professor de Direito Civil da Faculdade de
Direito da UFMG

I — ANTEPOSIÇÃO DA PARTE OBRIGACIONAL

A primeira inovação contida no anteprojeto refere-se à colocação do Direito das Obrigações no livro I da parte especial, logo depois da parte geral e antepondo-se ao direito das coisas e ao direito de família. Essa é precisamente a ordem lógica e didática de tratar das Obrigações, já adotada pelo código alemão no fim do século passado e hoje seguida por códigos modernos como o português de 1966. Dentre outras, a Faculdade de Direito da U.F.M.G. compreendeu a necessidade dessa anteposição da matéria obrigacional, em relação à família e às coisas, e por isso a consagrou em seu currículo, abandonando e repudiando a disposição da matéria no código vigente.

Assim dispondo, andou bem o anteprojeto, afinando-se com a codificação civil moderna e com o magistério jurídico, que por seu turno se apóiam em razões lógicas e didáticas. Com efeito, na vida civil de hoje o cidadão **se obriga** antes de constituir família e **contrata** antes de se tornar titular de um direito real. A própria família, embora constitua uma instituição, no seu complexo de relações, funda-se basicamente no **vínculo** matrimonial, vínculo jurídico de natureza típica e essencialmente obrigacional, diríamos super-obrigacional.

Logo, impossível vencer a barreira do direito das coisas e da instituição familiar sem o conhecimento da teoria e das regras

básicas das obrigações, que constituem a armadura não só do direito civil mas de toda a ciência do direito e até das ciências sociais, como bem acentuou JOSSERAND.

II — DA CESSÃO DE CRÉDITO

O anteprojeto colocou a cessão de crédito sob o título «Da Transmissão das Obrigações», logo após as modalidades ou espécies e **antes** de tratar dos efeitos e da extinção das obrigações. Foi mais lógico. A obrigação **nasce**, sob u'a **modalidade** que deve ser estudada e em seguida **circula** ou se transmite, **antes** de se extinguir por uma das causas previstas. Logo, atendendo à seqüência lógica e natural, deve-se conhecer primeiro a circulação ou transmissão, para só depois tratar da extinção das obrigações.

O código vigente inverteu essa ordem, colocando o instituto da cessão de crédito como última matéria da parte geral das obrigações, no título III, após tratar da extinção da obrigação e suas conseqüências (título II). Andou bem o anteprojeto.

III — DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

Ainda sob o título «Da Transmissão das Obrigações», o anteprojeto inova de forma digna de encômios: disciplina com autonomia, erigida em novo instituto legal, a **assunção de dívida**, ou cessão de dívida, ou cessão de débito, no lugar próprio: ao lado da cessão de crédito, ficando em perfeita simetria o instituto da circulação ou transmissão das obrigações, com os dois polos da relação obrigacional em evidência: ativo e passivo.

É conhecida a distinção entre a cessão de crédito, como gênero, e os institutos análogos ou afins da novação subjetiva ativa e do pagamento com subrogação do credor, como espécies, com caracteres peculiares, que lhes imprimem autonomia na teoria geral das obrigações.

Por que não disciplinar também, ao lado da cessão de crédito e de par com as espécies da novação subjetiva passiva e da subrogação do devedor, o gênero «cessão de dívida», tal como já fizera o código alemão na seção quinta do livro segundo, sob o título —

assunção de dívida? Seguiu a mesma trilha e foi além o novo código civil português, ao enfeixar no mesmo capítulo — transmissão de créditos e de dívidas — a cessão de crédito, a subrogação e a transmissão singular de dívidas.

O anteprojeto, adotando a nomenclatura germânica, tratou da «assunção de dívida», ao lado da cessão de crédito, completando, de forma lógica e simétrica, a disciplina da transmissão das obrigações.

IV — ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO

O código atual engloba em um só título (título II do livro III), de forma tumultuada, uma série de institutos de natureza diversa, tudo sob a designação restrita «Dos Efeitos das Obrigações». Ali se trata:

- a) da sucessão na obrigação;
- b) da obrigação por fato de terceiro;
- c) do pagamento indevido;
- d) da extinção da obrigação em suas várias formas:

I — pagamento normal; II — pagamentos especiais;

III — extinção sem pagamento;

- e) da inexecução da obrigação e suas conseqüências.

O anteprojeto começa por separar a disciplina legal dos dois principais temas supra (letras **d** e **e**), sob os seguintes títulos:

Título III — **Do adimplemento**. Título IV — **Do inadimplemento**.

Pelo menos duas vantagens resultam da nova sistematização da matéria:

- 1) separa e distingue dois fenômenos diversos: o adimplemento e o inadimplemento;

- 2) sistematiza e ordena, lógica e pedagogicamente, todos os temas do inadimplemento, envolvendo suas causas e efeitos ou conseqüências, na seguinte seqüência:

- 1) causas: mora e descumprimento (inadimplemento relativo e absoluto, total e parcial);
- 2) efeitos: perdas e danos, juros, cláusula penal e arras ou sinal.

V — O INADIMPLEMENTO, SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

O título IV do anteprojeto — «Do inadimplemento das obrigações» — merece um comentário especial. Compreende os seguintes capítulos: I — Disposições gerais; II — Da mora; III — Das perdas e danos; IV — Dos juros legais; V — Da cláusula penal; VI — Das arras ou sinal.

No código vigente esses temas se acham dispersos. O anteprojeto os aproximou e disciplinou em função da inexecução da obrigação, começando pela mora, como causa do inadimplemento e tratando dos demais temas como conseqüências ou efeitos do descumprimento, no que foi seguida, pelo autor dessa parte do anteprojeto, prof. AGOSTINHO ALVIM, o sistema adotado em sua obra «Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências».

Podemos enumerar as seguintes vantagens da nova disciplina legal projetada, em relação ao código vigente:

- 1) MORA — O instituto da mora é tratado em local impróprio no código de 1916, logo após as condições subjetivas e objetivas do pagamento, em seguida à seção «do tempo do pagamento». Ora, embora tendo relação com o tempo do pagamento, a mora se relaciona muito mais com o inadimplemento e por isso não pode ser distanciada a sua regulamentação do instituto da inexecução, pois é causa de inexecução relativa (simples retardamento) e até de inexecução absoluta, quando o simples atraso for causa de resolução.

Logo, o anteprojeto veio corrigir um desvio de colocação da mora, retirando sua disciplina do setor do adimplemento e localizando-a no lugar pertinente — o inadimplemento, ganhando a mora maior amplitude e autonomia dentro do sistema.

- 2) CLAUSULA PENAL — Pelas mesmas razões lógicas e pedagógicas, a cláusula penal não pode continuar sendo tratada

como simples modalidade ou espécie de obrigação, encerrando o título «Das modalidades das obrigações» do código em vigor.

Sua verdadeira natureza doutrinária é a de perdas e danos pre-fixados ou pre-liquidados, mais do que modalidade de reforço da obrigação. Interessa mais como efeito ou remédio do que como profilaxia. Daí a vantagem da sua inclusão no sistema do inadimplemento, como decorrência deste.

3) ARRAS — Outra transposição feita pelo anteprojeto se refere às arras, cuja disciplina saiu da teoria geral dos contratos para figurar entre as conseqüências da inexecução da obrigação. **Data venia**, não procede a crítica baseada no fato casuístico de que as arras só se referem a contratos. Como temos salientado, prevalecem as razões de sistema e de ordem didática. O grande astro do sistema projetado é o inadimplemento, em cuja órbita devem gravitar todos os satélites relacionados com a idéia básica e central. Isso é tudo. A lei deve ter também um sentido pedagógico para facilitar o seu entendimento, como condição do seu cumprimento.

As arras, embora se refiram a contratos, e porque obrigação é sobretudo contrato, merecem figurar no título do inadimplemento, como conseqüência deste, por mais estas razões:

a) as arras têm analogia com a cláusula penal e com as perdas e danos: arra penitencial constitui uma pena ou indenização — o preço da inexecução;

b) as arras confirmatórias são também u'a modalidade de pena convencional com caráter real: antecipação de perdas e danos;

c) essa analogia recomenda a disciplina em conjunto dos temas correlatos, para confronto de suas semelhanças e distinções, com evidente vantagem didática.

VI — FONTES DAS OBRIGAÇÕES

O código vigente contém a disciplina das seguintes fontes das obrigações:

1 — contratos,

2 — declaração unilateral de vontade:

- a) títulos ao portador,
- b) promessa de recompensa;

3 — atos ilícitos.

O anteprojeto prevê as seguintes fontes obrigacionais:

1 — Contratos,

2 — Negócios unilaterais:

- a) promessa de recompensa,
- b) gestão de negócios,
- c) pagamento indevido,
- d) enriquecimento sem causa.

3 — Títulos de crédito:

- a) títulos ao portador,
- b) títulos à ordem,
- c) títulos nominativos.

4 — Responsabilidade civil.

1) **GESTÃO DE NEGÓCIOS** — A primeira inovação, no setor das fontes, foi a classificação da gestão de negócios como negócio unilateral, retirando-lhe o caráter contratual atribuído pelo código vigente. Sem dúvida que esse instituto, por sua natureza, constitui uma ingerência de alguém nos negócios de outrem, ficando mais bem situado como está no anteprojeto.

2) **PAGAMENTO INDEVIDO** — A exemplo da mora, que, sem nenhuma razão, foi relacionada ao «tempo do pagamento» e disciplinada logo em seguida, sem vinculação sistemática com o pagamento, conforme salientado acima, também o pagamento indevido foi vítima de uma colocação «indébita» no código atual, ao ser inserido na disciplina do pagamento. Pagamento é a forma normal de extinção da obrigação, enquanto que o sentido lógico-jurídico do pagamento indevido é o inverso: é a idéia de repetição, de nascimento e não de extinção da obrigação. Ficou bem situado

como fonte, ganhando autonomia e disciplina ao nível de sua importância conceitual e prática.

3) ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA — Ao lado do pagamento indevido e entre as fontes unilaterais, mereceu justa disciplina no anteprojeto o enriquecimento sem causa, o grande princípio basilar do direito das obrigações, que entre nós continua buscando apoio nos vagos e amplos princípios romanos do «nominem laedere» e «suum quique tribuere». Como esforço de sistematização e de consolidação da matéria obrigacional, é válida a disciplina autônoma e positiva desse grande instituto, em seus delineamentos básicos.

4) TÍTULOS DE CRÉDITO — A disciplina, como fonte obrigacional, ainda que em linhas gerais, de todos os títulos de crédito e não só dos títulos ao portador veio completar e enriquecer a visão do direito das obrigações, cujos horizontes se tornam mais amplos, em benefício da lógica e do seu perfeito entendimento. Interessando a todos os cidadãos e não só aos comerciantes e empresários, não se justifica a ausência, no código civil, das normas fundamentais sobre os títulos de crédito, como exuberante fonte de vínculos jurídicos.

O anteprojeto não os incluiu entre os negócios unilaterais nem os classificou como contratos. Erigiu-os em fonte autônoma, pelo seu caráter dúbio ou misto — unilateral-bilateral, conforme a perspectiva de sua visão, como também pela sua importância na vida moderna das transações, tanto mercantis como civis.

VII — DOS CONTRATOS

As inovações mais visíveis no setor geral dos contratos, contidas no anteprojeto, consistem na inclusão de novas figuras contratuais e na supressão de outras. Entre os acréscimos estão a transação e o compromisso, que foram emancipados da categoria de simples atos extintivos da obrigação para ganharem a definitiva e legal autonomia contratual. Já o código francês disciplinara a transação como contrato no início do século passado, o mesmo fazendo o código alemão, considerado modelo de

técnica, e finalmente o recente código civil português de 1966. Pelas afinidades com a transação, o compromisso merece o mesmo tratamento.

Como contratos novos, o anteprojeto incluiu o contrato estimatório, a comissão, a agência e distribuição, a corretagem, a incorporação e os contratos bancários.

Foram excluídos da disciplina, como contratos, a sociedade, que ganhou destaque e especial relevo no livro II como atividade negocial, e a parceria, que é objeto do Direito Agrário.

VIII — RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

No capítulo da extinção do contrato, o anteprojeto consagra em lei o instituto da lesão superveniente, como causa de resolução do contrato ou de redução do ônus excessivo.

Já na parte geral o anteprojeto inovou ao introduzir a lesão inicial ou contemporânea do negócio jurídico como causa de sua anulação, equiparando-a aos vícios do consentimento (art. 159).

Completando a disciplina do instituto da lesão, em todas as suas modalidades, admitiu-se, nos arts. 474 a 476 a resolução por lesão superveniente ou futura.

Na primeira hipótese — lesão inicial ou contemporânea à formação do negócio — o ônus excessivo, aliado ao estado de necessidade ou à inexperiência da parte lesada, contamina o próprio nascimento do vínculo, tornando-o anulável.

Na segunda hipótese, sendo o contrato de execução continuada ou diferida e se a prestação vier a se tornar excessivamente onerosa, supervenientemente, admitir-se-á a sua resolução, desde que verificados estes quatro requisitos que o anteprojeto colheu da melhor doutrina e da jurisprudência:

- 1) ocorrência de um fato **extraordinário** na fase de execução do contrato;
- 2) que esse fato tenha sido **imprevisível** no momento da formação do vínculo;
- 3) que dele tenha resultado um **ônus excessivo** para uma parte;

4) que do mesmo tenha decorrido uma **vantagem excessiva** para a outra parte.

Observe-se ainda que o anteprojeto foi prudente em ambas as hipóteses de lesão, não interferindo na economia do contrato, em respeito à liberdade dos contratantes, mas tão somente anulando-o ou resolvendo-o, conforme a hipótese, apenas para liberar a parte lesada, e restituindo às mesmas a liberdade de estipular de novo, em regime de igualdade e de justiça. Tudo, pois, dentro do melhor figurino doutrinário.

IX — FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, PROIBIDADE E BOA FÉ

Aí estão, consagrados nos arts. 417 e 418 do anteprojeto, respectivamente, os princípios dominantes da teoria contratual moderna. O primeiro é a regra conciliadora dos interesses público e privado na sociedade socializada do século XX. O segundo postulado se dirige aos próprios contratantes e no seu exclusivo interesse e segurança. A boa fé dos contratantes erige-se em regra dominante de hermenêutica do contratualismo em nossos dias.

Daí porque, tendo o código consagrado os dois princípios, não receamos a possibilidade de o primeiro deles vir a constituir motivo constante de recusa ao cumprimento do pactuado, sob a invocação de atentado à função social. Ao intérprete cabe recorrer, em tal hipótese, ao segundo princípio, para concluir se o argüinte está agindo de boa ou de má fé, em face das circunstâncias, tanto mais quando a boa fé deve existir tanto na formação como na execução do contrato, conforme dispõe o anteprojeto.

X — RESPONSABILIDADE CIVIL — DANO MORAL

No setor da responsabilidade civil foi onde mais se destacaram as inovações admitidas pelo anteprojeto. A primeira e mais importante foi a consagração expressa do dano moral como objeto de indenização.

A doutrina conhece pelo menos três teorias a respeito do dano moral: a que o admite como indenizável, a que não o admite

e a que só admite a indenização do dano moral com reflexo patrimonial. Para CAIO MÁRIO, esta última corrente integra a segunda, pois a repercussão patrimonial exclui o caráter de dano moral. Na sua pura e típica conceituação, o dano moral está ligado ao sentimento humano, às sensações de dor, de afeição e outros valores correlatos. Daí o exemplo dado por PONTES DE MIRANDA, extraído de autores alemães, do verdadeiro sentido da reparação do dano moral puro: o financiamento de uma viagem ao exterior, para que a vítima possa se recuperar do grande sofrimento causado pela perda de um filho menor. Onde a conclusão de AGOSTINHO ALVIM, segundo a qual, em nosso código civil somente existe uma hipótese de dano moral puro e típico, que é a do art. 1.543 (o preço da afeição), eis que em todas as demais aproximações — injúria, calúnia, difamação, ofensa à honra e deformidade da mulher — há sempre uma perda de conteúdo econômico. Partindo desse conceito, o maior óbice à institucionalização do ressarcimento do dano moral tem sido a dificuldade de critério para a liquidação da indenização, jogando com elementos puramente subjetivos.

A despeito de tudo isso, grandes tratadistas são franca e entusiasticamente favoráveis ao seu amparo legal, ainda que se adote um critério tarifário ou se transfira ao juiz a liquidação, em cada caso, mas contanto que não se desamparem as vítimas e muito menos se deixe de reprimir, civilmente, os autores de tais ilícitos. Entre nós, é completa no gênero a obra do prof. WILSON MELO DA SILVA, como sempre advogando soluções avançadas no campo do direito civil.

A própria jurisprudência, sob a influência da doutrina, já evoluiu no sentido de admitir a reparação do dano moral. Como exemplo significativo desse avanço podemos citar a Súmula 491 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que consagrou a ressarcibilidade do dano **potencial**, numa aproximação do dano moral:

«É INDENIZÁVEL O ACIDENTE QUE CAUSE A MORTE DE FILHO MENOR, AINDA QUE NÃO EXERÇA TRABALHO REMUNERADO».

Num dos acórdãos da referência dessa Súmula, acentuou o Relator, Ministro ALIOMAR BALEEIRO:

«As vítimas tinham quase 10 anos, uma, e cerca de 4 anos, outra, segundo a sentença, e receberam sepultamento pago pela recorrida, que alega ter procedido desse modo por espírito de solidariedade humana. «Não há dúvida alguma quanto à responsabilidade da ré pelo evento», também o reconhece a decisão confirmada, cujo ilustre autor entende que não houve qualquer prejuízo de ordem material para os recorrentes, pais das duas crianças. O dano moral só seria indenizável, — continua — se ocasionasse também dano material, pois o menor é fonte de despesa e não de receita. Não se indeniza a conjectura do auxílio possível no futuro, mas só a perda certa, efetiva e atual.

Sem dúvida, há inúmeras decisões com os mesmos fundamentos do douto magistrado de São Paulo.

Há poucas em sentido contrário e nelas me apóio, para conhecer do recurso, a fim de que se reabra o velho debate sobre esse tema. Vejamos algumas:

«O colendo T. J. do Rio Grande do Sul, na ap. civ. nº 4.364 condenou empresa de bondes a indenizar a morte duma criança de 8 anos porque «importa em real prejuízo, embora fonte de despesa e não de auxílio para os pais. Há uma expectativa, que o desastre elimina, de que a criança sacrificada à negligência da empresa poderosa venha a ser útil à família». «Trata-se de supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas que indubitavelmente constitui dano econômico (rel. Des. Erasto Correia — Rev. Forense, 97/158).»

E prossegue o eminente Relator:

«Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a responsabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa (votos na Rev. Forense, 37/201 e 24/473) a Orozimbo Nonato (Rev. Forense, 127/397, de

Aguiar Dias («Respons. Civ. VII, nº 227 e segs. além de comentários na R.F., 107/397, etc.) ao atual Presidente do T.J. da GB (R.F. 97/698).»

«Na doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que Clóvis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola e outras estrelas de primeira grandeza».

E conclui:

«Vou além e aceito os fundamentos do acórdão já citado do colendo Tribunal do Rio Grande do Sul (R.F., 97/158), que alude ao prejuízo real, à «expectativa de que o menor venha a ser útil», «supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas que constitui, indubitavelmente, dano econômico». (**Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal**, de Jardel Noronha e Odaléa Martins, v. 26, Súmula 491, págs. 120 a 123).

Como se vê, não se trata ainda do dano moral puro e típico, mas dele se aproxima.

Andou bem o anteprojeto em consagrar a reparabilidade do dano moral. E o fez nestes termos:

«Título IX — **Da responsabilidade Civil.**

Capítulo I — Da obrigação de indenizar.

Art. 986 — Aquele que, por ato ilícito (arts. 187 e 188) causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Art. 187 — Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que simplesmente moral**, comete ato ilícito». (Grifamos).

O dispositivo vale pelo apoio doutrinário, vale como estímulo à atuação tímida da jurisprudência e sobretudo é válido como incorporação, ao novo código, de vigência longo duradoura, de

uma das mais avançadas conquistas da civilização — a reparação do dano moral — que atende não só à valorização do homem como ao alargamento das fronteiras do direito das obrigações.

XI — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — TEORIA

DA REPARAÇÃO

O grande ideal e a meta suprema do direito das obrigações, no plano contratual, é assegurar o cumprimento da obrigação, de forma específica e coativa, para plena satisfação do credor. Porisso o inadimplemento é um desvio, é uma patologia que tem na reparação ou substitutivo (perdas e danos) um remédio ou solução imprópria.

Já no plano da responsabilidade civil, ou dos atos ilícitos, o direito das obrigações tem como meta precisamente a reparação ou indenização, de forma completa e irrestrita. O dano é inevitável na vida em sociedade, seja decorrente de dolo, de culpa ou de força maior. Donde a grande missão do direito obrigacional consistir, não em evitá-lo, como no domínio dos contratos, mas repará-lo diante dos atos ilícitos, de forma completa e ampla. Completa na sua extensão ou valor econômico e moral. Ampla ou irrestrita na abrangência de todos os danos ou de maior número possível, a fim de não deixar vítima sem reparação. Sob este último aspecto é que tem mais evoluído o direito obrigacional nos últimos tempos. Na longa caminhada, desde o direito romano até nossos dias, a história da responsabilidade civil tem sido a história do abrandamento e do desaparecimento do requisito da culpa como causa de reparação. Os impactos à teoria da culpa se deram por várias formas:

a) através do desaparecimento da distinção clássica entre culpa lata, leve e levíssima;

b) pela substituição da culpa **in abstracto**, cujo padrão era o **bonus pater familias**, pela culpa **in concreto**, cujo modelo é o próprio agente, em sua vida diária e normal;

c) pela concepção de novas formas de culpa, ampliadoras da responsabilidade: **in contraendo**, **in eligendo**, **in vigilando**;

d) pela inversão do ônus da prova, a cargo do autor do dano, através da culpa presumida;

e) pela responsabilidade sem culpa ou objetiva, através da teoria do risco criado ou risco profissional;

f) pela substituição final da idéia de responsabilidade pela de reparação, através da socialização de todos os riscos, meta suprema e sublime do direito das obrigações no campo da responsabilidade civil.

O grande RIPERT já advogava a substituição da responsabilidade pela reparação, a culpa pelo risco e a responsabilidade subjetiva pela objetiva.

Entre nós, refulge a concepção avançada do prof. WILSON MELO DA SILVA, autor de «Responsabilidade Sem Culpa», através deste ideal que já vai se transformando em realidade: «a socialização de todos os riscos pela garantia da efetiva reparação, ideal de paz social e de segurança individual».

O anteprojeto teve essa preocupação de ampliar o elenco dos danos reparáveis, pelas seguintes inovações dignas de registro:

1) «haverá a obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei» (parágrafo único do art. 986);

2) haverá a mesma obrigação, sem culpa, se o dano resultar de atividade perigosa — risco criado (art. 986, § único);

3) o incapaz será responsável pelo dano que causar, não sendo possível a reparação por parte de seus responsáveis (pais, tutores, curadores) — (art. 987);

4) a responsabilidade dos pais será **independente de culpa** sua, pelos atos ilícitos dos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia (arts. 991, I e 992);

5) a responsabilidade do patrão, amo ou comitente será **independente de culpa** sua, pelos atos ilícitos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 991, III e 992).